

Universidad de Buenos Aires  
Facultad de Ciencias Económicas  
Escuela de Estudios de Posgrado

---

**MAESTRÍA EN PROCESOS DE INTEGRACION  
REGIONAL CON ENFASIS EN EL MERCOSUR.**

---

TRABAJO FINAL DE MAESTRÍA

---

“Asimetrías jurídicas en materia de promoción crediticia de  
las exportaciones en el MERCOSUR”

---

AUTOR: MARIA MANUELA MOCCERO.

TUTOR: RICARDO FUENTE.

## INTRODUCCION

Desde el momento en que los países que integran el Mercosur han decidido por intermedio de la firma del Tratado de Asunción (TA) la conformación de un mercado común (MC), no pueden dejar de prever como se obtiene una competencia libre de distorsiones, en tanto la misma constituye (como lo señala implícitamente el mismo Acuerdo fundacional), un presupuesto ineludible de ese elemento estructural de este grado de integración, que es la libre circulación de bienes y servicios intrazona.<sup>1</sup>

Conforme con ello, la normativa emanada de los órganos del Mercosur se ha encargado de precisar que deben ser objeto de disciplinamiento subregional, no solo las prácticas privadas, sino también aquellas prácticas públicas que ocasionan o puedan llegar a ocasionar distorsiones en la competencia en el comercio entre los socios.<sup>2</sup>

Este disciplinamiento conlleva el tratamiento de las asimetrías normativas entre las legislaciones de los países que conforman el Mercosur en la medida que su subsistencia provocan

---

<sup>1</sup> El artículo 1º del TA, suscripto el 26 de marzo de 1991, estipula que el mercado común implica, entre otras cosas, la coordinación de determinadas políticas "...a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes".

También los Considerandos de la Decisión 18/96, a fin de justificar la existencia de un régimen de Defensa de la Competencia en el Mercosur, disponen: "la libre circulación de bienes y servicios entre los Estados Partes requiere del establecimiento de condiciones adecuadas de competencia".

<sup>2</sup> Véanse en este sentido las Decisiones Nº 10/94, 20/94, 18/96 y 31/00.

Al respecto Canseco Nuñez nos dice: "(...) en la medida que se admita que el objetivo de todo proceso de integración consiste en ampliar los mercados y promover la circulación de bienes y servicios, también debe reconocerse que dicho objetivo podría ponerse en peligro si (...) por ejemplo, (...) un Estado proporciona subsidios a sus industrias para (...) fomentar artificialmente sus exportaciones hacia otros Estados", es que "estas ayudas aunque puedan parecer beneficiosas desde la perspectiva nacional a corto plazo, pueden amenazar y poner en peligro la unidad del Mercado Común, cuya propia existencia y desarrollo constituyen la mejor posibilidad para promover un desarrollo armónico". Luis José Diez-Canseco Nuñez: "Competencia e Integración en América Latina. Reflexiones sobre su importancia y sobre los temas que deberían ser considerados. Ponencia preparada para el Seminario "Políticas de Competencia e Integración: Opciones y Necesidades", organizado por el Centro de Formación para la Integración Regional (CEFIR), Montevideo, Uruguay del 8-10 de septiembre de 1997, p. 36.

ventajas competitivas artificiales que permiten el posicionamiento de las firmas en el mercado como exclusivo resultado de las ayudas estatales.<sup>3</sup>

A los efectos negativos que provoca la concesión de subsidios (en este caso crediticios) por su incidencia artificial, tanto sobre las empresas y sectores que deben subsistir en el mercado, como en la localización de inversiones con fines de exportación, habría que agregar aquel efecto que produce sobre los avances alcanzados en materia de liberalización comercial. En este sentido, Brittan expresa:

"Los subsidios constituyen de cualquier modo una amenaza (...) ellos pueden tomar el lugar de los aranceles eliminados y hacer correr el riesgo de transferir los problemas de un estado a otro."<sup>4</sup>

Circunstancia ésta a la que no escapa nuestro proceso de integración, en tanto el Programa de Liberación Comercial previsto como Anexo I al TA se ha cumplimentado en su casi totalidad.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Respecto de las asimetrías de política industrial y de comercio exterior en el Mercosur (entre las que la autora incluye la clase de incentivo que hace a nuestro interés), Nofal ha sostenido: "Resulta evidente que un marco regulatorio y legal diferente en uno otro país puede generar ventajas (desventajas) competitivas artificiales que en el contexto del Mercado Común deben desaparecer. Esto permitirá que el posicionamiento de las firmas en el mercado resulte de la capacidad empresarial para incorporar tecnologías, reducir costos e insertarse cada vez más en los mercados internacionales, en vez de ser el resultado de subsidios o apoyos del estado". Beatriz Nofal: "Argentina y Brasil. Asimetrías de política industrial y de comercio exterior" en *IDEA*, Buenos Aires, noviembre de 1991, p. 34.

<sup>4</sup> Leon Brittan. 1992: *A Bonfire of Subsidies? A Review of States Aids in the European Community*. European Acces.3, En Kostas A. Lavdas and Maria Mendrinou: **Politics, Subsidies and Competition. The new politics of states intervention in the European Union**. Editor Edward Elgar Publishing Limited,. UK, 1999, p. 38.

<sup>5</sup> Así en el trabajo "Órganos y procedimientos regionales contra las prácticas desleales de comercio. Análisis del Mercosur y la experiencia comparada", "se ha señalado que en un mercado común o en una unión aduanera, luego de desaparecidas las barreras aduaneras y cuantitativas intrazona y de establecido el arancel externo común, la incidencia de las ayudas estatales y de las prácticas empresariales anticompetitivas tiende a aumentar, al mismo tiempo que aumenta el riesgo de desvío de bienes y factores productivos por las asimetrías de tratamiento en la materia. Desde esa óptica, el territorio común debería ser regulado como uno doméstico". Flavio Floreal Gonzales. Primer Premio. Concurso V Aniversario de la Comisión Nacional de Comercio Exterior. Mayo de 1999, p. 59.

De allí también que por el artículo 5º del Tratado se procure la simultaneidad y convergencia entre la implementación del "Programa de Liberación Comercial" y los restantes instrumentos en él previstos para la consecución del mercado común. Véanse los artículos 1 y 5 del TA y el artículo 1º del Anexo I.

Al mismo tiempo debe tenerse presente que es muy probable que, en aquellos países que se han decidido a formar parte de un proceso de integración, aún estén vigentes leyes tendientes a contrarrestar prácticas desleales como son las de los subsidios. Al respecto no puede dejar de pensarse que ante el cambio cuasi radical de reglas de juego que implica la participación de un país en este tipo de procesos, los actores económicos perjudicados pueden verse tentados a presionar a sus gobiernos, para que estos apliquen este tipo de instrumentos desvirtuando su finalidad original.<sup>6</sup>

Todo lo cual resulta ser particularmente cierto tratándose de la clase de incentivos que hacen al objeto de este trabajo, desde que, según la "jurisprudencia" de la Organización Mundial del Comercio (OMC):

"(..)las subvenciones a la exportación se prohíben por razón de sus efectos directos de distorsión del comercio, y (..) probablemente los créditos subvencionados a la exportación sean, entre las diversas formas de subvención a la exportación, la que entraña una posibilidad más inmediata, y por consiguiente, mayor de distorsión de las corrientes comerciales".<sup>7</sup>

Justificada entonces, por el conjunto de razones expuestas, la necesidad de contrarrestar, reducir o eliminar en el marco del proceso de integración subregional, el grado de asimetrías existentes en la materia,<sup>8</sup> se tendrá que dilucidar la cuestión relacionada con la elección del mecanismo normativo idóneo para proceder en este sentido.

---

<sup>6</sup> Véase a John Jackson: **The World Trading System. Law and Policy of International Economic Relations**. MIT Press, 2000, p. 300.

Como señala Luis José Díez -Canseco Nuñez "Es por si solo evidente que una actitud abierta hacia el comercio reforzará las políticas destinadas a favorecer o propiciar la competencia en el mercado doméstico, pero también que la restructuración de la industria que ello conlleva puede originar demandas de protección. ... Ello le posibilita a la industria la excusa para dilatar el ajuste. (...). Puede diluir las ganancias prometidas por el incremento de la competencia interna, mientras también puede aparejar un mayor costo en términos de daños en las relaciones comerciales y pérdidas de mercados de exportación como castigo". op.cit. , p. 77.

<sup>7</sup> Informe del Grupo Especial. Recurso al párrafo 5 del art. 21 del ESD. Asunto Brasil-Programa de Financiación de las Exportaciones de Aeronaves. 9 de mayo de 2000. WT/DS46 RW (00-1749). Párrafo 5.137.

<sup>8</sup> Según señala Beatriz Nofal: "Desde el punto de vista semántico la palabra asimetría se refiere a la "falta de simetría", es decir la "ausencia de armonización entre las partes o puntos similares con respecto a otros" (Enciclopedia Gran Omeba- Tomos 1 y 10). op. cit. , p. 1.

En este orden de ideas destacamos que no existe un mecanismo único, y que la eficacia de la elección del instrumento regulatorio estará condicionada por una serie de variables de muy diversa índole, y que, en pos de resultar efectivo, el mismo debe formularse y/o implementarse llevando en consideración entre otras cosas el contexto, histórico. Institucional, económico, etc, específico.<sup>9</sup>

En segundo lugar nos interesa poner de manifiesto que, con prescindencia de las diferentes metodologías utilizadas para abordar esta temática, por ejemplo por parte de la OMC y la Unión Europea (UE), en ambos casos el propósito buscado es la prohibición o cuasi prohibición del otorgamiento de créditos a las exportaciones, en el ámbito multilateral y al interior del mercado comunitario respectivamente.<sup>10</sup>

Puntualmente respecto del Mercosur constatamos que han sido varios los intentos normativos por regular la cuestión relativa a las políticas públicas que distorsionan la competitividad, entre los que cabe destacar el Protocolo de Defensa de la Competencia (PDC) (Dec.18/96).<sup>11</sup> Intentos estos que, en virtud de la alta sensibilidad política que generan entre los estados (en combinación con los grandes problemas estructurales y coyunturales que atraviesa el bloque), no se han traducido en avances concretos. Frustración por su parte, que ha aparejado que la clase de subsidios que nos ocupa, se continúe rigiendo subregionalmente por un texto normativo que tiene como características primordiales la parquedad y ambigüedad. Lo que a su turno conlleva el hecho de facilitar su coexistencia con asimetrías legislativas de aparente irresolución.

A esto último debe sumarse que en los grandes socios del Mercosur las marchas y contramarchas de la promoción crediticia de las exportaciones, han estado condicionadas por la evolución de las políticas macroeconómicas de cada uno de los países, lo cual atenta contra la necesidad de contar con "reglas claras y estables que se hagan cumplir con firmeza".<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Véase a Welber Barral: "Tratamiento das práticas de dumping e subsídios nos processos de integracao (em especial no Mercosul)". Concurso V Aniversario de la Comisión Nacional de Comercio Exterior. p. 31.

<sup>10</sup> La Unión Europea admite la promoción crediticia de las exportaciones destinadas fuera de la Comunidad, en condiciones acordes con el "Consenso" de la OCDE.

<sup>11</sup> Este texto prevé la regulación intrazona de las ayudas estatales en el marco de la política de defensa de la competencia Mercosur.

<sup>12</sup> Beatriz Nofal: "Argentina y Brasil: asimetrías de política industrial y de comercio exterior", op.cit. , p.57.

Es en función de lo expuesto, y en un contexto subregional que a nuestro entender *imposibilita, por el momento, introducir las modificaciones normativas e institucionales necesarias para implementar la Dec.18/96,*<sup>13</sup> que nos proponemos efectuar una lectura de la normativa actualmente aplicable, que haga de sus lagunas y ambivalencias, más que un obstáculo, un instrumento funcional a la consolidación de la unión aduanera (UA), hasta tanto una nueva regulación (más acorde con los propósitos del MC) sea implemetada.

A este fin y a los efectos de evidenciar las asimetrías existentes, realizaremos una comparación de las legislaciones nacionales vigentes en Argentina y Brasil en materia de promoción crediticia de las exportaciones.<sup>14</sup> Seguidamente describiremos el tratamiento que ha recibido esta cuestión en el escenario internacional, poniendo particular énfasis en la OMC (en tanto parámetro de cualquier regulación que se acuerde entre Miembros de esta Organización), y en la UE, en razón de su grado de desarrollo y peculiares características.

A su turno, (y en tanto coexisten con la Dec.10/94), contrastaremos la normativa aplicable por estos dos socios en materia de derechos compensatorios (DC), entre sí y en relación con la Parte V del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (ASMC), con la intención de poner de resalto su insuficiencia y disfuncionalidad *en el marco del proceso de integración subregional.*

Para abocarnos en último término al estudio de la normativa Mercosur propiamente dicha, aunque focalizando nuestra atención en el análisis de la "jurisprudencia" emanada de la OMC y de los Tribunales Ad Hoc del Mercosur, en combinación con ciertos principios interpretativos (entre los que destaca el de "efecto útil"), y los métodos interpretativos teleológico y sistemático.

Todo ello con el propósito de deducir de esta Decisión una prohibición casi total para conceder esta clase de incentivos al interior del Mercosur. Regulación ésta que en la práctica se asemeja a la de la UE (en la que la tendencia de la Comisión ha sido declarar la incompatibilidad de esta clase de ayudas con el MC), y que resulta ser más rigurosa que la de la OMC, en tanto circunscribe las excepciones al supuesto de los bienes de capital que se financien a largo plazo.

---

<sup>13</sup> Véase Beatriz Nofal: "Hacia la integración profunda. Relanzamiento ya", en *Encrucijadas*, Año I, Nº 4. Buenos Aires, febrero de 2001.

Véase también Daniel Roiter: "Brasil y la Argentina se necesitan, por eso hay que salvar el Mercosur", diario *La Nación*, Sección Economía y Negocios. Domingo 30 de septiembre de 2001.

<sup>14</sup> Se circunscribe el análisis a los dos principales socios por considerar más elocuente el impacto negativo que sus asimetrías pueden tener en el intercambio intra-Mercosur.

Esta interpretación presenta la ventaja de desalentar el recurso a las legislaciones en materia de DC (evitando los inconvenientes que con relación a ellas hemos señalado), desde que con esta propuesta, resulta más atractivo solicitar la corrección de la distorsión en el ámbito subregional que ante las instancias nacionales, en tanto en el primero caso la dificultosa prueba del daño y de la relación de causalidad no será requerida por considerarse al perjuicio, ínsito en la práctica desleal efectuada en el comercio intrazona.

Por otra parte exhibe un bajo costo institucional al no requerirse, para asegurar su enforcement, más que acudir al Protocolo de Brasilia (PB) sin conllevar la creación de nuevos órganos o supeditar su viabilidad a la asignación de supranacionalidad a los existentes.

Ahora bien, como señala Nofal, de lo dicho no cabe presumir: "(...) que se propone una total prescindencia del estado, ya sea en la transición hacia el Mercado Común o en el seno del mismo una vez logrado.<sup>15</sup>, ni considerarse a la lectura propuesta como incompatible con la concesión de otras clases de incentivos intrazona en el marco de la categoría de subvenciones "no recurribles" de la OMC o de las reglas de minimis de esta Organización, que tengan por propósito "potenciar la capacidad competitiva de la región y aumentar la inserción **regional** en la economía global".<sup>16</sup>

---

15 "...Precisamente, la adopción de políticas explícitas permitirá transitar el proceso de integración con un grado razonable de cohesión social, lo cual es indispensable para el éxito del proyecto del Mercado Común". Beatriz Nofal: "Argentina y Brasil: asimetrías de política industrial y de comercio exterior", op. cit. , p. 57.

<sup>16</sup> Ibid. , p. 35.

## CAPITULO I: LAS ASIMETRIAS LEGALES ENTRE ARGENTINA Y BRASIL EN MATERIA DE PROMOCION CREDITICIA DE LAS EXPORTACIONES

Expuestas en términos generales las consecuencias disvaliosas que apareja la existencia de asimetrías en de esta clase entre países que conforman un proceso de integración, nos abocaremos ahora a su identificación en el ámbito del Mercosur.

A este respecto y a título introductorio diremos, acorde con el Centro de Comercio Internacional de la UNCTAD, que la financiación del comercio internacional:

"puede suscitarse ya antes del envío de la mercadería, cuando la empresa ha de sufragar la adquisición de insumos (sean materias primas o bienes de capital y piezas de repuesto) o las tareas de transformación. En este caso estaremos ante un supuesto de pre financiación de las exportaciones.<sup>17</sup>

Pero también:"Las empresas (...) podrán necesitar que se financien sus exportaciones una vez efectuados los bienes, ya que su capacidad para competir eficazmente y hacerse con contratos dependerá de que puedan respaldar sus ofertas a los compradores extranjeros con condiciones crediticias atractivas.<sup>18</sup>

Ahora

"Esta asistencia puede limitarse al "pure cover", que involucra el seguro o la garantía dada a los exportadores o instituciones de préstamo sin asistencia financiera, o puede otorgarse en la forma de "financing support", que incluye

---

<sup>17</sup> "Constituye pre financiación todo préstamo donde el crédito y la cuantía del anticipo se basen en que el prestatario despache mercancías con arreglo a un contrato de exportación (lo que le generará el dinero para reembolsar el préstamo) (...) Este préstamo puede revestir la forma de un simple descubierto o de un préstamo a plazo fijo o a plazos." **La financiación de las exportaciones. Guía para las economías en desarrollo y en transición.** Centro de Comercio Internacional (CCI) UNCTAD/OMC. 1997. Capítulo I. p.p. 2-3.

<sup>18</sup> "En este caso se supone que el envío a generado efectos a cobrar, lo que le permite recibir un préstamo con cargo a esos efectos para mantener el flujo de tesorería. ". Ibid. Capítulo III, p.31.

créditos directos, refinanciación, y todas las formas de subsidio a la tasa de interés de los créditos".<sup>19</sup>

Nuestro trabajo se focalizará en esta última modalidad debido a que en el marco de la OMC, el tipo de incentivo cubierto por la primera recibe un tratamiento parcialmente distinto de los que hacen a nuestro interés.<sup>20</sup> Normativa internacional que respetaremos debido a que el Mercosur no hace ninguna disquisición al respecto.

A su turno esta clase de financiación puede asumir la modalidad de "supplier's credit", cuando el crédito se concede directamente al exportador, o de buyer's credit, en la que el banco del exportador u otra institución financiera hace el préstamo al comprador (o a su banco).<sup>21</sup>

### 1.1. La legislación argentina

En nuestro país se encuentra vigente la Ley 23.101 de "Promoción de las exportaciones", la que menciona entre sus objetivos al de "diversificar las exportaciones argentinas de bienes y servicios destinados al mercado exterior, favoreciendo el crecimiento de las exportaciones con mayor valor agregado y de aquellas para las cuales el acceso al mercado externo les posibilite alcanzar niveles decrecientes de costos, procurando una mayor utilización de materias primas y tecnología local y auspiciando la incorporación de la empresa de capital nacional especialmente las pequeñas y medianas, al mercado internacional."

A estos fines el artículo 9 establece que las exportaciones de bienes y servicios promocionadas gozarán de:

*Pre financiación y financiación* consistente en el apoyo crediticio de las distintas etapas de la producción y/o comercialización, sin que este apoyo afecte a las líneas crediticias ordinarias del exportador. (art.9.inc.c).<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> **La Promoción de exportaciones en el Brasil: el caso del financiamiento subsidiado.** FIEL, Buenos Aires, abril de 1997, p. 13. El estudio fue realizado por un equipo de trabajo dirigido por el Dr. Ricardo López Murphy, bajo el patrocinio del BICE.

<sup>20</sup> Obsérvese que si bien tanto las garantías, los seguros de créditos a la exportación y los créditos a la exportación están enumerados dentro de la lista de subvenciones a la exportación prohibidas a que alude el Anexo I del ASMC, mientras los dos primeros se rigen por el inciso j), estos últimos se rigen por el inciso k) de este Anexo.

<sup>21</sup> **La Promoción de exportaciones en el Brasil: el caso del financiamiento subsidiado**, op.cit. , .12.

*Pos financiación* en condiciones especiales y montos relacionados con el valor F.O.B. de los bienes y servicios exportados, con el propósito de asegurar la continuidad de las corrientes exportadoras (art.9 inc d).

No obstante el contenido de este texto legal en los hechos los exportadores argentinos, principalmente prefinancian y financian sus exportaciones en las condiciones que establecen para este tipo de líneas, el Banco de Inversión y Comercio Exterior (BICE) y el Banco Nación (BN).

### 1.1.1. Líneas del BICE

En sentido estricto en Argentina el principal "mecanismo de financiamiento" de las exportaciones es operado por este banco.

Esta institución fue creada en 1991, como una sociedad anónima de capital estatal, cuyos accionistas son el Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos de la Nación y el BN.

Fué concebido como un banco mayorista de financiación de proyectos de inversión y de comercio exterior de mediano y largo plazo,<sup>23</sup> a cuyas líneas se accede a través de la red de bancos que operan con él.<sup>24</sup>

En sentido estricto este banco no cumple un rol de fomento de la actividad exportadora, dado que de su Estatuto surge la obligatoriedad de regirse por los criterios de rentabilidad del mercado financiero local o internacional y cuenta con líneas de prefinanciación y financiación.

#### *Líneas de crédito disponibles*

##### a) Prefinanciación de las exportaciones

---

<sup>22</sup> Establece además en el mismo artículo que: "para las exportaciones de bienes de capital y de plantas llave en mano, los bienes objeto de las mismas y la documentación fehaciente que los respalden se podrán considerar requisitos suficientes para garantizar el otorgamiento de estos créditos".

<sup>23</sup> Tiene por objeto realizar operaciones activas, pasivas y de servicios, propias de los bancos comerciales.

<sup>24</sup> "Los bancos comerciales seleccionados y calificados por el BICE son teóricamente los encargados de distribuir las líneas y de mantener la relación directa con las empresas tomadoras, valorando la viabilidad económica y asumiendo el riesgo de cada operación. Pese a ello el BICE también debe evaluar previamente el proyecto". J.A. Bekinschtein, op.cit. , p. 29.

### Productos financiables

Productos primarios de economías regionales, manufacturas de origen industrial y agropecuario destinadas a la exportación, transformación de bienes importados temporalmente para ser exportados.

### Porcentaje financiable

Hasta el 100% del valor FOB de las *mercaderías o servicios* a producir y a exportar.

### Plazo

Se ajustará al ciclo productivo de cada bien.

### Montos a financiar

De 30.000 a 500.000 dólares.

b) Posfinanciación: (admite las modalidades de *supplier's credit* y *buyer's credit*)

### Bienes a financiar

Productos primarios de economías regionales, manufacturas de origen industrial y agropecuario, plantas industriales y obras llave en mano y servicios técnicos, investigaciones y estudios. Transformación, modernización, reparación y ajuste de elementos de transporte, equipos y maquinarias introducidas temporalmente al país con el objeto de ser exportados.

Bienes de capital y hasta el 10% de su valor FOB en repuestos y accesorios.

### Plazo

Oscila entre los dos y diez años, según el tipo de bien, y en función del grado de industrialización o del valor agregado.

### Porcentaje financiable

#### *Supplier's credit*

Hasta el 100% del valor FOB.

En operaciones de descuento sin recurso se financiará hasta el monto cubierto por el seguro de crédito a la exportación.

*Buyer's credit*

Hasta el 90% del valor FOB.

Límite mínimo y máximo de cobertura

30.000 a 25.000.000.

1.1.2. Líneas de crédito concedidas por el Banco Nación

a) Pre financiación de exportaciones

Destino

Se concede para financiar la producción tanto de *bienes como de servicios*.

Beneficiarios

Exportadores finales de todos los sectores: agropecuario, industrial y minero.

Porcentaje de apoyo

Hasta el 80% del valor FOB.

Plazo

Hasta 180 días antes del embarque. Existen excepciones en función del ciclo productivo de los bienes (bienes de capital, bienes agrícolas, etc).

Condiciones exigibles

Vinculación crediticia con el banco.

*Sector Agropecuario*

Crédito documentario irrevocable abierto a su favor o contrato u orden de compra en firme o confirmación de la transacción por parte del intermediario o comprador, debiendo constar por escrito que el destino de la mercadería es la exportación.

*Sectores Industrial y minero*

Crédito documentario irrevocable abierto a su favor o contrato u orden de compra en firme.

Garantías

A satisfacción del banco

### Cancelación

Con la percepción del pago de la venta en tanto se realice antes del vencimiento del plazo o al momento en que se formalice el otorgamiento de un eventual financiamiento de exportación por parte del banco.

b) Financiación de exportaciones

### Destinatarios

Exportadores argentinos de mercaderías.

### Bienes beneficiados

Los bienes de capital y de consumo durable pueden obtener financiamiento de mediano y largo plazo sin afectar la capacidad crediticia del cliente.

Los bienes en general pueden ser financiados a corto plazo, mediante la compra de documentos de embarque, que pueden afectar el margen de crédito del cliente cuando se compra con recurso o no afectarlo cuando se compran sin recurso (forfaiting).

### Condiciones para acceder al crédito

Contar con vinculación con el banco, ser titular de una cuenta corriente o ser notificados por el banco de la apertura de una carta de crédito documentaria de exportación a su favor.

### Plazos

Bienes de capital hasta cinco años.

Bienes de consumo durable: hasta dos años.

Bienes en general: hasta 360 días.

### Proporción del apoyo (bienes de capital y de consumo durable)

Podrá alcanzar hasta el 100% del valor del bien exportado, del valor del flete internacional, la prima de seguro de transporte internacional según el INCOTERM que se haya pactado. Y también el 100% de la prima de seguro de crédito a la exportación contra riesgos extraordinarios.

Asimismo se podrá financiar hasta el 100% del valor facturado en servicios técnicos por la instalación y puesta en marcha del bien exportado, con un máximo del 10% del valor de algunos incoterms, en concepto de repuestos y accesorios.

### Proporción del apoyo (bienes en general)

100% del valor de los documentos.

### Garantías

Bienes de capital y de consumo durable

Seguro de crédito a la exportación que cubra riesgos extraordinarios. Salvo que el destino final de la exportación sea Brasil, Paraguay, Uruguay, Chile y Bolivia, en cuyo caso se requerirá letras de cambio que se afecten a los Convenios de Pagos y Créditos Recíprocos suscritos entre el BN y sus similares en estos países.

Bienes en general en operaciones con recurso y sin recurso

Documentos de embarque negociados conforme.

Endose de letras de cambio o cesión de derechos de cobro de los instrumentos de pago según corresponda. Pudiéndose exigirse garantías adicionales a satisfacción del banco en las operaciones con recurso.

## **1.2. La legislación brasileña<sup>25</sup>**

Los principales incentivos crediticios se conceden por intermedio de dos instituciones bancarias: a) el Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social (BNDES),<sup>26</sup> a través del BNDES-Exim, b) el Banco do Brasil, (BB) a través del PROEX.<sup>27</sup>

También desempeñan un rol destacado en la promoción del comercio internacional los mecanismos de Adelanto de Contrato de Cambio (ACC) y el Adelanto de Contrato de Exportación (ACE), a los que solo aludiremos a los efectos de brindar una visión integral del régimen brasileño, ya que su naturaleza jurídica es bastante controvertida.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> Este Punto fue elaborado en base a las páginas web del BNDES y del Banco do Brasil.

<sup>26</sup> Esta institución depende del Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio (MDIC).

<sup>27</sup> Este banco depende del Ministerio de Economía.

<sup>28</sup> Véanse en este sentido a Pedro Motta Veiga: "Políticas de apoio ás exportacoes no Brasil: antecedentes, situacao atual e principais tendências". Trabajo presentado en el Foro de Política sobre Promoción de Exportaciones. Auditorio del INTAL. Buenos Aires, 4 y 5 de junio de 1998.

Véase también el Laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur constituido para entender en la reclamación de la República Argentina al Brasil, sobre Subsidios a la Producción y Exportación de Carne de Cerdo.

### 1.2.1. BNDES Exim

Este banco opera junto a instituciones comerciales, concediendo créditos de prefinanciación y financiación de las exportaciones a través de lo que se conoce como BNDES-Exim,<sup>29</sup> y bajo las siguientes modalidades:

- a) Pre-embarque: financia la producción de los bienes a ser exportados en embarques específicos.
- b) Pre embarque especial: financia una parte de la producción nacional de bienes a ser exportados, sin vinculación con embarques específicos, pero sujeto a un período en el que debe ser efectivizado.
- c) Pos embarque: financia la comercialización de bienes y de servicios, a través del refinanciamiento al exportador (supplier's credit), o mediante la concesión de créditos a los importadores (buyer's credit), a través del descuento de títulos de créditos, o la cesión de los derechos creditorios.
- d) Asimismo para facilitar aún mas el acceso al crédito se ha creado el Fondo de Garantía para la Promoción de la Competitividad (FGPC), destinado principalmente a las micro, pequeñas y medianas empresas.<sup>30</sup>

#### a) Pre embarque

##### Destino

Se financia la producción de bienes con índice de nacionalización igual o superior a 60% a criterio de la FINAME, mediante la apertura de crédito fijo.

##### Beneficiarios

Micro, pequeñas y medianas empresas. Podrán también ser apoyadas grandes empresas de los segmentos de bienes de capital exclusivamente en las operaciones vinculadas a financiamiento de BNDES-Exim pos embarque.

---

<sup>29</sup> El BNDES-Exim es el sector de la FINAME, subsidiaria del BNDES, que ofrece líneas de financiamiento en los mencionados casos para empresas de cualquier porte radicadas en Brasil (sean de capital nacional o extranjero).

<sup>30</sup> Se lo menciona y describe someramente a los mismos efectos que los mecanismos ACC y el ACE.

### Porcentaje financiable

Hasta el 100% del valor FOB, excluida la comisión del agente comercial y eventuales pre pagos. Cuyo monto se puede efectuar en una sola entrega si el embarque se concreta dentro de los doce meses.

### Plazo

Hasta 30 meses, de acuerdo con el ciclo de producción. Incluido el período de carencia.

### Cancelación

La fecha límite para cancelar cada parte del crédito que se hubiere concedido es de hasta seis meses después de efectuado el embarque, conforme lo aprobado por la FINAME, o de hasta cinco días hábiles después de la liquidación del cambio relativo al pago de la exportación, el que ocurriera primero.

### Costo del Crédito

Tasa LIBOR, variable semestralmente, o TJLP (tasa de interés de largo plazo) a criterio del cliente + spread básico del 1%+ spread del agente (negociado entre la institución garante de la operación y el cliente). Si la operación está garantizada por el FGPC es de hasta el 4%.

### Otros gastos

Comisión de reserva del crédito del 0,1% al mes, incidiendo sobre el saldo no utilizado de cada parte del crédito.

### Garantías exigibles

Serán aquellas que se negocien entre la institución financiera interviniente y el exportador.

### Bienes no financiables

Automóviles de paseo y productos de menor valor agregado tales como: celulosa, azúcar, y alcohol, granos, jugos de naranja, etc.

### Exigencias especiales de la institución financiera interviniente

A negociarse con el exportador.

b) Pre embarque especial

Se rige por idénticas condiciones, que las descriptas para el embarque común a excepción de las siguientes:

Plazo

Hasta doce meses.

Porcentaje financiable

Será fijado en función del incremento estimado de las exportaciones tomando como periodo de base o referencia los doce meses anteriores.

c) Pos embarque (supplier's credit)

Se efectúa mediante redescuento de títulos de crédito, como ser letras de cambio o la cesión de derechos de crédito.

Beneficiarios

Empresas de cualquier porte (personas jurídicas constituidas conforme a la ley brasileña y que tengan sede y administración en Brasil), exportadoras de bienes y/o servicios, incluyendo las trading companies.

Período de cobertura

Hasta doce años, sin que se exceda el período fijado en el registro de Operaciones de Crédito (RC) del SISCOMEX. Este plazo se comenzará a contar, en el caso de los bienes, a partir de la fecha del embarque. Y en el caso de los servicios será definido en función de cada operación.

Costo financiero

LIBOR vigente a la fecha de embarque, correspondiente al plazo de financiamiento + spread básico (1%), cuando se trate de operaciones garantizadas por instituciones registradas tanto de Brasil como del exterior, o del 2% cuando se trate de una institución financiera mandataria. A ello hay que agregarle el spread del agente (que es negociado entre la institución financiera garante y el cliente), y el spread de riesgo.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Respecto del spread de riesgo, definido en el análisis de la operación, hay que tener en cuenta que, si se trata de una operación que se beneficia de la ecualización del PROEX se le podrá aplicar a criterio de la FINAME, una reducción de hasta el 1% al año en la tasa de descuento.

Otros costos (a ser establecidos en función de la operación)

Comisión de administración (del banco mandatario) de hasta 1% flat sobre el valor descontado.

Comisión de cobranza, a ser negociada con el banco mandatario, en razón del servicio de cobranza.

Comisión de compromiso de hasta el 5% al año, por la emisión del Certificado de Compromiso.

Monto o porcentaje a ser financiado

Hasta el 100% del valor de la exportación, en cualquier INCOTERM pactado, que conste en el Registro de las Operaciones de Crédito. Descontada la suma que se aplica en concepto de tasa de descuento de los títulos representativos de la operación, convertida por la tasa media de compra de dólares americanos, divulgada por la SISBACEN, en el día anterior al de la fecha de liberación y vigente para esa fecha.

Bienes y servicios no financiados

Bienes: los mismos que se mencionan en la modalidad a) y b).

Garantías exigibles

Aval, fianza bancaria, carta de crédito, seguro de crédito contra riesgo comercial político y extraordinario.

d) Fondo de Garantía para la Promoción de la Competitividad (FGCP)<sup>32</sup>

Este es un Fondo creado con recursos del Tesoro Nacional, administrado por el BNDES, por intermedio del cual se procura garantizar parte del riesgo en que incurren las instituciones financieras cuando otorgan créditos a micro, pequeñas y medianas empresas exportadoras, que utilicen, entre otras, las líneas del BNDES-Exim.<sup>33</sup>

Mas puntualmente provee recursos para garantizar el riesgo de las operaciones realizadas por el BNDES y por la FINAME (directamente o a través de instituciones financieras intermediarias), con microempresas, empresas de pequeño porte y medianas, cuyos presupuestos operacionales no excedan una cantidad determinada, y que sean en el último de los casos, exportadoras o fabricantes de insumos utilizados directamente en los procesos productivos, de montaje, o de embalaje de mercaderías destinadas a la exportación.

---

<sup>32</sup> Fue creado por la Ley 9531 (del 10-12-97) y reglamentado por el Decreto 3113 (6-7-99).

<sup>33</sup> Actualmente existen tres Fondos de Aval: BNDES/FGPC, Sebrae/Fampe y SEBRAE/Fampex.

### Saldo máximo garantizado

Hasta el 80% del saldo deudor, pudiendo el BNDES establecer niveles máximos diferenciados en función del tamaño de la empresa beneficiaria y de su localización regional.

Se admite la acumulación de esta garantía con la de otros recursos públicos en la medida que no se exceda el límite máximo señalado.

### Garantías exigibles:

Se exigirá la constitución de garantía fidejussoria por la totalidad de la deuda, o garantías reales a criterio del BNDES.

### Costo

Comisión a ser fijada por el BNDES.

#### 1.2.2. Banco Do Brasil/PROEX<sup>34</sup>

El Programa de Promoción de las Exportaciones, es un Programa del Gobierno Federal para financiar exportaciones brasileñas de mercaderías y servicios en condiciones equivalentes a las del mercado internacional. El BB es el agente exclusivo del Gobierno para el PROEX.<sup>35</sup>

Tiene dos modalidades de apoyo a las exportaciones: a) PROEX-Financiamiento: por intermedio del cual se otorga **financiamiento directo** al exportador brasileño o al importador con recursos del Tesoro Nacional y b) PROEX-Equiparación: donde la exportación es financiada por instituciones financieras en el país y en el exterior, en la cual el PROEX paga parte de los costos financieros, haciéndolos equivalentes a aquellos practicados en el mercado internacional.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Fue creado por la ley 8.187 el 1º de junio de 1991 y se mantiene en virtud de las medidas provisionales adoptadas por el Gobierno brasileño a intervalos mensuales. Entre las que se destaca la Medida Provisional N° 1629 de 12 de febrero de 1998.

<sup>35</sup> Para un descripción del PROEX y un análisis de su impacto en la pauta de exportaciones brasileñas véase: Sérvulo Vicente Moreira y Adelaide Figueiredo dos Santos: "Políticas Públicas de Exportacao: o caso do PROEX", Texto para a discussao, IPEA, Brasília, outubro de 2001.

<sup>36</sup> Según argumenta Brasil, en el marco de un panel ante la OMC: "(...) la equiparación de intereses sólo se concede a operaciones "no incluidas" (Ley N° 8187) o "no cubiertas" (Medidas Provisionales) por el plan de financiación directa. Como consecuencia, este país aduce que el artículo 2 de estas medidas elimina la posibilidad de la concesión en el marco del PROEX de financiación directa y equiparación de intereses para la misma transacción. Informe del Grupo

a) Financiamiento de Exportaciones de bienes y servicios

En este supuesto el BB puede refinanciar al exportador, mediante descuento de los respectivos títulos de venta a plazo al exterior o cesión de los derechos de crédito (supplier's credit),<sup>37</sup> u otorgarle crédito al importador (buyer's credit). Esto último necesariamente ocurrirá a través de una entidad extranjera del sector público que haya firmado un contrato de financiamiento con el gobierno brasileño.

La ley permite al Tesoro Nacional subsidiar los préstamos concediendo recursos a tasas menores al costo de su captación. Consistiendo específicamente la ayuda oficial en el subsidio de la tasa de riesgo país.<sup>38</sup>

Tasa de interés

LIBOR fija o variable.

Bienes a financiar

Este Programa que inicialmente había sido concebido para apoyar a las exportaciones de bienes de capital ha venido ampliando la lista de bienes a financiar.

Por la Portaria MDIC Nº 375, publicada en el Boletín Oficial el 21/12/99, se dispuso que se benefician de esta modalidad del PROEX las mercaderías mencionadas en el Anexo de la Portaria 374/99. Admite también extender el financiamiento a bienes no encuadrados en el Programa, en la medida que sean exportados junto con otros bienes sí elegibles, y que sean de naturaleza conexas.

---

Especial que intervino en el Asunto Brasil-Programa de Financiación de las exportaciones de aeronaves. WT/DS46/R. 14 de abril de 1999. (99 1402). Párrafo 4.109.

No obstante ello, recuérdese lo afirmado respecto del subsidio del spread de riesgo en las operaciones de pos financiación del BNDES-Exim, ya que como surge de la misma página web de este banco: "si la operación se puede beneficiar del sistema de ecualización, previsto en el PROEX podrá ser aplicado, a criterio del Banco, una reducción de hasta el 1%".

<sup>37</sup> En el caso de financiamientos otorgados con recursos del exportador o de terceros, el financiamiento se formaliza a través del descuento de letras de cambio (supplier's credit). Se encuentran dentro de la categoría de financiamientos con recursos de terceros, aquellos concedidos por los bancos autorizados a operar con cambio en el país y por el BNDES/Finame con recursos propios, a través del programa específico denominado FINAMEX post embarque.

<sup>38</sup> Legislación actualmente aplicable a esta modalidad: a) Portaria MDIC Nº 375 y Anexo Portaria Nº 374 del MDIC (productos elegibles), b) Circular Nº 2825, del 24-06.98 del BACEN, c) Resolución Nº 2575 del 17-12-98.

Esto se conoce como "pacote", no pudiendo exceder el valor de las mercaderías no elegibles del 20% de la sumatoria de los bienes elegibles.

#### Servicios a financiar

Instalación, montajes, mantenimiento y puesta en marcha en el exterior de máquinas o equipos de fabricación nacional, programas de computadoras o softwares, o films.

#### Monto a financiar

El financiamiento autorizado es de hasta el 85% del valor de la mercadería para bienes que cuentan con un índice de nacionalización mayor al 60%, reduciéndose la participación relativa del financiamiento proporcionalmente a la reducción del índice de nacionalización. Pudiendo llegar la cobertura al 100% en los créditos con plazo de amortización no superior a los dos años.

#### Plazos

Varían de los 60 días hasta los 10 años y se definen de acuerdo con el valor agregado de la mercadería o a la complejidad de los servicios. Los mismos son definidos en el Anexo de la Portaria MDIC 374. Existen excepciones en función del valor unitario de los bienes.

En el caso de los servicios el plazo es decidido caso por caso por el Comité de Créditos de las Exportaciones.

#### Forma de pago

En cuotas semestrales, iguales y sucesivas. En las operaciones de corto plazo se admite el pago único al final.

#### Garantías exigibles

Aval, Carta de Crédito, Seguro de Crédito y CCR.

b) La modalidad de la equiparación de las tasas<sup>39</sup>

Por esta modalidad se concede crédito al exportador o al importador de bienes y servicios brasileños a través de otras instituciones financieras situadas en el país o en el exterior, en las

---

<sup>39</sup> Actualmente esta modalidad se rige por la siguiente legislación: a) Resolución del BCB N° 2.799, por la que se redefine los criterios aplicables a las operaciones del sistema de equalización de tasas (publicada en el Boletín Oficial el 7-12-00, b) Portaria MDIC N° 374 (bienes elegibles), c) Resolución del Consejo Monetario Nacional N° 2799 del 6-12-00.

cuales el PROEX asume parte de los costos financieros a fin de tornarlos compatibles con el mercado internacional.<sup>40</sup>

En otras palabras por esta segunda alternativa se subsidia el spread de los bancos que operan con el Programa. El financiamiento se concede en la fase pos embarque.

Es decir que bajo esta modalidad en las operaciones de financiamiento de las exportaciones de bienes y servicios, el Tesoro Nacional equipara la diferencia existente entre los intereses pactados con el tomador y el costo de captación de los recursos del proveedor, el que varía de acuerdo con cada operación. Reduciéndose la tasa a pagar a medida que aumente el plazo de amortización.<sup>41</sup> El spread pagado dentro del PROEX a los bancos se fue incrementando sucesivamente de (1 %, 3 %) a (2 %, 3,8 %),<sup>42</sup> dependiendo del plazo de financiamiento, aumentando el margen de ganancia de los bancos y estimulando las operaciones.

Al igual que en el caso anterior esta equiparación se puede utilizar para conceder financiamiento al importador, de modo que le permita el pago a la vista o anticipado al exportador radicado en Brasil (buyer's credit), o al exportador mediante el descuento de los títulos de crédito de la exportación (supplier's credit).

### Beneficiarios

Son las instituciones financieras que conceden los créditos. En Brasil: los bancos comerciales, de inversión, de desarrollo y el BNDES-Exim y en exterior cualquier establecimiento de crédito o institución financiera, incluidas las agencias de bancos brasileños.

### Condiciones de financiamiento

Son diferentes de las de la ecualización y se negocian libremente entre el tomador del crédito con el banco financiador: garantía, tasa de interés, plazo y porcentaje financiable (que podrá alcanzar hasta el 100%), etc. La única exigencia del PROEX es que el pago de los intereses sea semestral, venciendo la primera cuota 6 meses después del embarque de la mercadería.

---

<sup>40</sup> Moreira y Figueiredo dos Santos, op. cit. , p. 12.

<sup>41</sup> Se establece también que a los fines de la reglamentación la tasa LIBOR es aquella disponible en el Sistema de Informaciones del Banco Central (SISBACEN). De esta forma, se establece un spread fijo para la ecualización a realizarse por el Tesoro Nacional, permitiendo la previsibilidad de los gastos relacionados con el PROEX y haciendo que todo el riesgo de la fluctuación de las tasas de interés internacionales sea soportado por el Tesoro.

<sup>42</sup> Este ha sido modificado por las Circulares N° 2881 y N° 2799 (para aeronaves) del Banco Central y reducido al 2,5%.

### Plazo de financiación

En las exportaciones de bienes los plazos máximos ecualizables van hasta los diez años, admitiéndose excepciones en función del valor de la mercadería.

### Productos financiables

Son aquellos que constan en la Portaria N° 374 del MDIC,<sup>43</sup> en las mismas condiciones que la modalidad anterior.

### Porcentaje ecualizable

Hasta 85% del valor exportado.

### Forma de pago:

La ecualización se paga al financiador a través de la emisión de Notas del Tesoro Nacional, de la serie I - NTN-I, de acuerdo al tipo de cambio vigente a la fecha del vencimiento de los intereses.

### 1.2.3. El ACC y el ACE

El ACC es el anticipo de recursos en moneda nacional, a cuenta de una exportación a ser realizada en el futuro, a fin de que sean invertidos en la continuidad del proceso productivo, en el acondicionamiento y gastos asociados al embarque de la mercadería.<sup>44</sup>

El adelanto podrá ser de hasta el 100% del valor de la exportación, con plazo de hasta 360 días. Siendo necesario para obtenerlo ser una empresa exportadora cliente del BB y tener límite de crédito aprobado por esta entidad.

Es condición que la mercadería sea embarcada, caso contrario el contrato de cambio se cancela y el exportador quedará obligado a devolver los recursos que le fueron adelantados, con

---

<sup>43</sup> Se encuadran en el Programa, los servicios de instalación, de montaje, mantenimiento y puesta en marcha en el exterior, de máquinas o equipamientos de fabricación nacional, aun cuando el valor de estos servicios no estuviere incorporado al valor de las mercaderías y siempre que sean ejecutadas por la empresa exportadora de bienes. Publicada en el Boletín Oficial el 22-12-99.

<sup>44</sup> El plazo máximo para los ACC varía de acuerdo con los intereses del Banco Central en la gestión de la entrada de las divisas extranjeras al país.

los correspondientes intereses fijados por el Banco Central. Este por ejemplo es uno de los puntos que lo diferencia del "pre pago de las exportaciones", que se describe seguidamente.<sup>45</sup>

Inicialmente el sistema establecía que el exportador debía declarar qué producto iba a exportar, pagando importantes multas en caso de incumplimiento. En la actualidad esa información no es mas exigible, por el contrario, es posible que una empresa use exportaciones de otra para tomar fondos por ACC.<sup>46</sup>

Los beneficios resultantes son:

- La obtención de capital de giro a un costo reducido (tasas de interés internacional).
- Se obtiene la exención del IOF.

Este último beneficio resulta interesante dado que en Brasil este impuesto (aplicable a las operaciones financieras), tiene una alícuota creciente para plazos más cortos. Esta exención desaparece si los tomadores de ACC no tienen la mercadería disponible en el momento en que debía producirse el embarque, pagando este impuesto sobre los contratos no cumplidos.

Existe asimismo lo que se llama "o ACC indirecto", a través del cual el financiamiento es concedido a los fabricantes de materias primas, productos intermedios y material de embalaje considerados insumos para el proceso productivo de las mercaderías a ser exportadas.

En el Adiantamento sobre Cambiais Entregues (ACE) se le anticipa al exportador recursos en moneda nacional, una vez que ha efectuado el embarque de la mercadería al exterior, mediante la transferencia al BB de los documentos y derechos sobre la venta a plazo.<sup>47</sup> En este caso se adelanta en hasta 180 días, también hasta el 100% del valor de lo exportado.

Como se observa la diferencia con el ACC radica en que si bien ambos se efectivizan mediante al celebración de un contrato de cambio de exportación y le conceden capital de giro a la empresa, en el primero de los casos se da en la fase pre embarque y en el segundo en la fase pos embarque. Por su parte con el FORBEX lo diferencia, el plazo de financiamiento, la posibilidad que

---

<sup>45</sup> La otra diferencia es el origen de los recursos, mientras en el primer caso son propios del BB en el segundo se obtienen de instituciones extranjeras.

<sup>46</sup> La Promoción de Exportaciones en el Brasil: el caso del financiamiento subsidiado, op. cit., 19.

<sup>47</sup> Esta modalidad fue creada en 1996 por la Circular 2312 del Banco Central para reducir las dificultades de financiación de aquellas empresas que ya tenían celebrado el contrato de exportación pero aún no habían embarcado la mercadería.

tiene este último de combinarse con el PROEX, la necesidad de transferir los títulos representativos de la exportación a favor del BB, etc.

#### 1.2.4. El pre pago a la exportación

Bajo esta modalidad los exportadores brasileños pueden obtener financiamiento de hasta el 100% del valor exportado en la etapa pre embarque. En este caso los recursos son obtenidos del exterior por intermedio de los bancos corresponsales, contra la presentación de garantía bancaria. Sin perjuicio de ello se admite que, en el caso que la mercadería no sea embarcada, la operación se convierta (a pedido del exportador y con anuencia del Banco Central), en una inversión directa de capital o en un préstamo en dinero con registro en el Bacen.

Quiere decir que esta alternativa le permite al exportador obtener capital de giro hasta con 360 días de antelación al embarque, a tasas de interés equivalentes a las del mercado internacional. Siendo sus beneficiarios aquellas empresas exportadoras que tengan límite de crédito aprobado por el Bando do Brasil.

#### 1.2.5. Forfex

Este mecanismo consiste en la financiación del 100% del valor de las exportaciones de bienes y servicios en la fase pos embarque mediante el descuento de títulos representativos de la exportación. El contrato de cambio de exportación se liquida en la fecha de ingreso de las divisas resultantes de ese descuento y es posible encuadrarlo en el marco del PROEX ecualización.

Se destina a las operaciones a partir de los 50.000 dólares por embarque y con plazo de pago de hasta 36 meses a contar a partir de la fecha de embarque.

No obstante lo expuesto importa resaltar que este mecanismo resulta en menores costos financieros para el exportador en tanto la operación sea encuadrada en el marco del PROEX.

Ventajas resultantes:

- Las ventas al exterior financiadas se cobran a la vista.
- Permite que se amplíen los plazos de financiación de las ventas externas, aumentando la competitividad de los productos, sin comprometer el capital propio.
- Se accede a tasas mejores (si se combina con el PROEX)

- Al funcionar esta modalidad, mediante el descuento de los títulos en caso de no pago por el importador el riesgo se transfiere al BB.

### 1.3. Algunas apreciaciones sobre el capítulo

Respecto de los mecanismos de financiamiento del comercio exterior existentes en estos dos países pueden enumerarse como características comunes a ambos: a) la disponibilidad de líneas de prefinanciación y financiación de las exportaciones (y en este último supuesto, tanto en la modalidad de supplier's credit como de buyer's credit), b) la existencia de bancos estatales, o con participación estatal, que operan junto con bancos comerciales o privados, c) la posibilidad de ofrecer como garantía de la operación el seguro de crédito a la exportación y de operar en el marco del Convenio de Créditos Recíprocos de la ALADI.

Sin embargo, las similitudes o simetrías acaban allí, ya que por empezar solo Brasil cuenta con una línea de ecualización de tasas, que le permite brindar financiamiento en condiciones acordes con la del mercado internacional, al subsidiar el riesgo país.<sup>48</sup> Esto, en los hechos implica que los bancos que actúan junto al BB puedan conceder financiación casi a tasa LIBOR, con independencia del costo en que hayan incurrido para hacerse de los fondos. Asimetría que se acentúa si tenemos en cuenta que el margen de subsidio, en este caso, varía principalmente en función del plazo de amortización del crédito, con prescindencia de las restantes condiciones del crédito.

A lo mencionado cabe adicionar la posibilidad con que cuenta el exportador brasileño, de combinar las líneas de financiación de exportaciones concedidas por el BNDES-Exim (las que de por sí resultan ser más beneficiosas que las argentinas en cuanto a las restantes condiciones del crédito), con la de ecualización de tasas, lo que en la práctica posibilita la reducción del spread de riesgo. Recordemos que ésta combinación también es admisible con el FORBEX.

Otra diferencia notable consiste en que únicamente en Brasil se efectúa un trato diferencial en función del tamaño de la empresa. En este sentido debe tenerse en cuenta que solo el BNDES concede prefinanciación, y que la línea de pre-embarque común tiene por beneficiarias principales a las pymes. Acceso al crédito que se procura reforzar con la existencia del FGCP (también

---

<sup>48</sup> No efectuaremos con relación a este punto un análisis de tipo económico, nos limitaremos a tratar la cuestión del punto de vista normativo que es el aspecto que hace al objeto de este trabajo.

administrado por esta entidad), en tanto, en la proporción autorizada, respalda el compromiso de repago por ellas asumido, reduciendo sus costos de financiación.

Asimismo cabe resaltar que en Brasil se propicia la producción de bienes con fines de exportación a través del ACC y el "Pre pago de las exportaciones", que son dos mecanismos que brindan capital de giro en condiciones compatibles con las del mercado internacional. Estos a su vez se complementan con lo que se conoce como el "ACC INDIRECTO", por el que se financia (también en las mismas condiciones), pero al productor de las materias primas, productos intermedios y material de embalaje, considerados insumos para el proceso productivo de mercaderías a ser exportadas. A lo que hay que sumarle que por el PROEX-financiamiento se accede a financiación a tasa LIBOR.

De este modo la situación de un exportador brasileño contrasta enormemente con la de un exportador argentino, quien en primer lugar, no cuenta con mecanismos articulados ni complementados entre sí, como los instrumentados por el socio mayor del Mercosur (los que parecen concebidos como formando parte de un todo), ni puede acceder a las tasas de interés a que acceden sus eventuales competidores, ya que en el mejor de los casos logrará financiamiento público a tasas comerciales locales, pero nunca equiparables a las del mercado internacional.

Ello es así porque el principal proveedor de créditos de este tipo en nuestro país, el BICE, se encuentra inhabilitado por su Estatuto a operar en condiciones distintas de las de mercado.<sup>49</sup> En la práctica esto implica que el BICE nunca podría llegar a subsidiar, como lo hace el BB, el spread que cobra la institución prestamista a la hora de conceder los créditos, y menos aún en porcentajes fijos, que como ya se destacó denotan la falta de correlación con la operación concreta y las condiciones de acceso al crédito por parte de estas últimas entidades.

De hecho una de las deficiencias que se atribuye a la operatoria con este banco es que, "existen altos costos de intermediación, tanto de la banca de primer piso, como del propio BICE, lo que resulta en tasas de interés finales no inferiores al doble de la tasa del Consenso de la OCDE (7,75%) aceptada internacionalmente como costo de créditos a la exportación".<sup>50</sup> Esto en definitiva está indicando que con independencia de los cálculos que se puedan efectuar, las asimetrías en

---

<sup>49</sup> Señala J.A. Bekinschtein: "El BICE no da ni puede subsidiar los créditos. Sus estatutos le imponen regirse con criterios de rentabilidad propios de las entidades financieras y de acuerdo con las prácticas y usos vigentes tanto en los mercados locales como en los internacionales", op. cit , p-29.

<sup>50</sup> J.A. Bekinschtein, op.cit. , p.29.

este aspecto existen y continuarán existiendo hasta tanto una u otra legislación se modifique. Pero analicémoslas más en detalle:

#### *Plazo de amortización del crédito*

##### Prefinanciación

En este caso las líneas brasileñas resultan marcadamente más beneficiosas. En tanto el BNDES-Exim concede créditos con plazo de amortización de hasta 30 meses. En Argentina y tratándose del BN el plazo usual para este tipo de crédito es 180, y solo como excepción se otorga crédito hasta 360 días para bienes de capital en función del ciclo de producción.

En el caso del BICE la financiación se ajusta al ciclo productivo y a la negociación de los instrumentos de pago del bien o servicio.

##### Financiación

En este supuesto también existen diferencias ya que en Brasil a través del BNDES-Exim se puede llegar a acceder a un financiamiento entre 10 (PROEX) y 12 años (BNDES), mientras que en Argentina solo por excepción se admite como máximo financiación a 10 años para la exportación de plantas industriales y proyectos llave en mano. Siendo la regla general (tratándose de bienes de capital), el plazo que oscila entre los cinco años del BN y los 8 del BICE.

En el caso del BN la diferencia con los bancos brasileños se acentúa tratándose de bienes en general, ya que se concede crédito con un máximo de hasta 360 días.

#### *Porcentaje financiable*

##### Prefinanciación

En ambos países se puede llegar a prefinanciar hasta el 100%. Pero mientras en Brasil esta es la regla general para BNDES-Exim (que es la única de las dos entidades brasileñas que dispone de este tipo de líneas), el ACC y el Pre pago de las exportaciones, en Argentina esto solo sucede en el caso del BICE, ya que el BN concede prefinanciación hasta el 80% del valor FOB.

##### Financiación

En ambos países se llega a financiar, aunque en distintos supuestos, hasta el 100% de la operación, pero mientras en Argentina el BN financia por este porcentaje tanto en el supuesto

supplier's credit como de buyer's credit, el BICE solo lo hace en el primero de los casos, llegando el porcentaje máximo en el segundo al 90%.

Vale aclarar que en Brasil solo el BNDES concede una cobertura total, ya que el PROEX en sus dos modalidades no excede el 85%. Con ciertas excepciones (financiamiento a dos años). El que además se fija en función del contenido nacional, que no debe ser inferior al 60%.

### *Cobertura de las líneas*

En este caso la Argentina, a diferencia de Brasil, prefinancia tanto bienes como servicios, limitándose el segundo a financiar a los primeros. Esta diferencia dejar de existir en el caso de las líneas de financiación. Sin perjuicio de ello el contraste mayor, en éste aspecto, se encuentra en el tipo de bienes o de servicios que se prefinancian o financian.

### *Prefinanciación*

En el caso del BN la disponibilidad es bien horizontal ya que acceden a este tipo de línea todos los exportadores finales de los tres sectores: minería, agricultura e industria.

En el caso del BICE la prefinanciación tiene características relativamente más selectivas (bienes primarios de economías regionales), y tiene la particularidad de financiar la transformación y reparación de bienes importados introducidos temporariamente al país para ser exportados, lo que resulta contraproducente para la UA.

En el caso del BNDES-Exim se cubren todos los bienes excepto, los autos y ciertos bienes en función de su menor valor agregado.

### *Financiación*

En Argentina se repiten las características apuntadas, en tanto el BN sin hacer disquisiciones otorga créditos a los exportadores de bienes de capital, de consumo durable y a los de bienes en general. Por otra parte, financia todos aquellos servicios que sean necesarios para la puesta en marcha del bien exportado. Mientras que el BICE tiene la particularidad de financiar las exportaciones de plantas industriales y obras llave en mano, servicios técnicos y la transformación, modernización, reparación y ajuste de elementos y maquinarias introducidos temporalmente.

En el caso de Brasil la cobertura es sumamente amplia, llegando en el caso del PROEX a financiarse a casi la totalidad de los ítems comprendidos en la Nomenclatura brasileña. Sin

perjuicio, del sesgo de fomento a los bienes de mayor valor agregado (lo que se traduce en la práctica en la concesión de mayores plazos de amortización, mayor porcentaje de cobertura, etc.). Peculiaridad que se repite en el caso del BNDES.

### *Garantías*

#### Prefinanciación

En el caso argentino, se exigirán aquellas que se negocien con el cliente, a satisfacción del banco. En el caso brasileño la situación es similar, salvo por la posibilidad con que cuenta el exportador pyme brasileño de hacer uso del FGPC.

#### Financiación

En general en ambos países se admiten las pólizas del seguro de crédito a la exportación (cubriendo riesgos ordinarios y extraordinarios), instrumentos de pago avalados por un banco que esté autorizado a operar a través de los CPR, letras avaladas por otras entidades, cartas de crédito, etc.

## CAPITULO II: LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL

El contexto internacional muestra que no existe una única manera de abordar la cuestión de los subsidios en el marco de un proceso de integración o cooperación reforzada. No obstante, cabe destacar que, al menos todos los Miembros de la OMC presentan como común denominador el hecho de verse obligados a respetar sus reglas en la materia, con independencia de la metodología que adopten. Regla ésta a la que, según veremos más adelante, no escapa el Mercosur. De allí que comencemos por referirnos a esta organización internacional.

### 2.1. EI ASMC

Efectivamente el hecho que, los procesos de integración subregionales o regionales constituyan una excepción a la Cláusula de la Nación más favorecida (CNMF),<sup>51</sup> por conformar zonas de libre comercio o UA en los términos del artículo 24 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT),<sup>52</sup> no obsta a que la normativa emanada de sus órganos deba obedecer a su correlativa del sistema multilateral, la que en el particular esta prevista en los artículos VI y XVI de ese texto último texto y en el ASMC.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> Reza el artículo primero del GATT de 1994, relativo a la Cláusula de la Nación más Favorecida en su parte pertinente: "en materia de derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias de fondos efectuadas en concepto de pago a las importaciones o exportaciones...cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de las demás partes contratantes o a ellas destinado".

<sup>52</sup> Estipula el párrafo 4º del artículo XXIV en su parte pertinente que las partes contratantes del GATT entienden "la conveniencia de aumentar la libertad de comercio. Desarrollando, mediante acuerdos libremente concertados, una **integración mayor de las economías de los países que participen en tales acuerdos**". Reconocen también que el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio debe tener por objeto facilitar el comercio entre los territorios constitutivos sin obstaculizar el de las otras partes contratantes con estos territorios".

Dispone el párrafo 5 que sus disposiciones no impedirán, entre los territorios de las partes contratantes, el establecimiento de una unión aduanera ni de una zona de libre comercio, a condición que se respeten las exigencias a que se supedita su validez, contenidas en el mismo artículo.

<sup>53</sup> Afirma Gary P. Sampon: "Ante la presencia de la Cláusula de la Nación Mas Favorecida no será posible para los miembros de la OMC conceder preferencias solo a un grupo específico de países. Los acuerdos comerciales regionales por definición son una clara desviación del principio de "no discriminación", desde que un grupo de países acuerda abolir

Sin perjuicio de ello, cabe aclarar que tampoco nada impide que, en el marco de un proceso de integración, se adopte un régimen propio atendiendo a las particularidades del mismo, (que inclusive vaya mucho más allá de lo previsto internacionalmente), a condición que se lo haga respetando ese "mínimo" por él impuesto.<sup>54</sup>

En este sentido destaca la Comisión Europea, en oportunidad de pronunciarse sobre la compatibilidad con el régimen comunitario de ayudas estatales de los créditos a la exportación concedidos por el gobierno francés a las exportaciones dirigidas a Grecia: "El hecho que los Estados Miembros de la Comunidad hayan asumido obligaciones en sus relaciones mutuas que les imponen disciplinas más estrictas entre ellos que con relación a terceros países es inherente a la naturaleza de la Comunidad".<sup>55</sup> (el subrayado es nuestro)

Ahora bien, el ASMC aborda el tema de los subsidios desde dos aspectos diferentes, aunque interrelacionados: a) estableciendo disciplinas multilaterales, (Partes I, II, III y IV), y b) fijando parámetros a tener en cuenta por los Estados Miembros (EM) en sus legislaciones sobre DC.<sup>56</sup> Más específicamente, estas reglas que están contenidas en la Parte V, establecen los requerimientos sustanciales y procedimentales que tienen que reunirse como condición para su aplicación, ya que su incumplimiento puede ser objeto de reclamo ante los órganos de la OMC y dar lugar a la anulación de la medida.<sup>57</sup>

---

o reducir substancialmente las barreras contra las importaciones procedentes de otro, pero no con respecto a aquellos que no son partes del acuerdo regional".

De allí que también afirme respecto del ya transcrito artículo 24: "el propósito de una unión aduanera o una zona de libre comercio debería ser el de facilitar el comercio". A lo que agrega que "**Las reglas de la OMC en materia de acuerdos regionales han sido creadas para minimizar la posibilidad de que aquellos que no son partes no se vean adversamente afectados**". "Regional Trading arrangements and the multilateral system" en *The International Review of World Trade*, p.p. 17-19.

<sup>54</sup> En el caso de la UE señala Guy Isaac: "El derecho surgido de los compromisos externos se inscribe en la jerarquía del ordenamiento jurídico comunitario en un rango inferior al derecho primario, pero superior al derecho derivado". **Manual de Derecho Comunitario General**. Editorial Ariel. 1995, p. 165.

<sup>55</sup> Commission Decision of 17 May 1982. 82/364/ECC.

<sup>56</sup> El propio Acuerdo lo define como "aquel derecho especial percibido para contrarrestar cualquier subvención concedida directa o indirectamente a la fabricación, producción o *exportación* de un producto, de conformidad con lo establecido en el propio GATT".

<sup>57</sup> Véase el artículo 10 del ASMC.

Por nuestra parte aclaramos que en este acápite del Capítulo solo aludiremos a las disciplinas multilaterales, dejando las referencias relativas a la Parte V para más adelante.<sup>58</sup>

Acorde con ello, destacaremos en primer lugar que, conforme con el artículo 1º de la Parte I del ASMC habrá subsidio cuando haya: a) una contribución financiera,<sup>59</sup> b) de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro y c) con ello se otorgue un beneficio, d) y en tanto además sea específico. Este último criterio, en reglas generales significa acorde con el artículo 2 que se concedan a una empresa o industria o a un grupo de empresas o industrias.<sup>60</sup>

Se consideran también específicas las subvenciones que se limitan a determinadas empresas situadas en una región geográfica designada de la jurisdicción de la autoridad otorgante, o cuando *no rijan* criterios o condiciones objetivos en la determinación del derecho a obtener la subvención o su cuantía.<sup>61</sup>

El principio que subyace a la exigencia de especificidad,<sup>62</sup> como condición para que un subsidio sea objeto de una contramedida o un derecho compensatorio, es que un "subsidio que distorsiona la asignación de recursos al interior de una economía tiene que estar sujeto a disciplinas". Ya que cuando el subsidio está ampliamente disponible esa distorsión se presume que no ocurrirá".<sup>63</sup>

---

<sup>58</sup> Sin perjuicio de lo cual dejamos sentado que los artículos 1 y 2 del ASMC, a los que seguidamente aludimos, se aplican a la Parte V.

<sup>59</sup> Señalan Williams y Salembier: "las prácticas que son consideradas soporte de los ingresos y de los precios conforme con el artículo XVI del GATT están también incluidas, constituyan o no contribuciones financieras. "International Disciplines on Subsidies. The GATT, the WTO and the future agenda", en *Journal of World Trade*. Vol. 30. Nº 1. February 1996, p.p. 10 y 12.

<sup>60</sup> Artículo 2º del ASMC.

<sup>61</sup> El Acuerdo considera que existe objetividad en la determinación cuando "sean utilizados criterios o condiciones que sean imparciales, que no favorezcan a determinadas empresas con respecto a otras y que sean de carácter económico y de aplicación horizontal (...)".

<sup>62</sup> Existen cuatro tipos de especificidad en el Acuerdo: a) la relacionada con la asignación del subsidio a una empresa o grupo de empresas, b) la vinculada con la asignación por el gobierno de un subsidio a una industria o grupo de industrias en particular, c) o cuando se los concede a productores que están localizados en determinada área geográfica, d) la que se genera por la concesión de subsidios a la exportación. Subsidies and Countervailing Measures: Overview. Página web de la OMC.

<sup>63</sup> Ibidem.

Al mismo tiempo hay que tener en cuenta que el ASMC contempla tres categorías de subsidios en función de su capacidad de distorsión del comercio internacional: los prohibidos (Parte II), los recurribles (Parte III), y las irrecurribles (Parte IV).<sup>64</sup>

Empecemos por las subvenciones recurribles. Serán susceptibles de ser clasificadas dentro de esta categoría, según el artículo 5º, aquellas medidas mediante cuyo empleo *se causen efectos desfavorables para los intereses de otros Miembros*. Es decir que provoquen:

- a) *daño* a la rama de producción nacional de otro Miembro;
- b) *anulación o menoscabo* -directa o indirectamente para los EM- de los beneficios resultantes de la aplicación del Acuerdo del GATT 1994, en particular las ventajas derivadas de las *concesiones consolidadas de conformidad con el artículo II mismo Acuerdo*;
- c) *perjuicio grave a los intereses de otro Miembro*.<sup>65</sup>

Esta clase de subvenciones es pasible tanto de medidas compensatorias, como de contramedidas (en cuyo caso para su aplicación deberá seguirse el procedimiento previsto en el artículo 7º del ASMC),<sup>66</sup> pues aún cuando no tengan como finalidad subvencionar la exportación, por no estar directamente relacionados con el comercio, son también susceptibles de hacer sentir su impacto sobre el precio del producto de exportación y en consecuencia sobre el intercambio comercial internacional.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> Sostiene Diana Tussie que esta categorización se ha realizado: "Con la intención de proveer un ordenamiento de las subvenciones (y por lo tanto de las circunstancias en las cuales se puede recurrir a las medidas compensatorias)". "La política comercial en el marco de la Organización Mundial del Comercio". *Revista de la Cepal*, N° 62, agosto de 1997, p.124.

<sup>65</sup> Existirá perjuicio grave cuando: a) el total de subvención ad valorem aplicado a un determinado producto sea superior al 5%, b) sean el instrumento para cubrir pérdidas de explotación sufridas, ya fuere por una rama de la producción (inciso b) o una empresa (inciso c), con la salvedad en éste último caso que prevé el mismo inciso, c) cuando exista una condonación directa de deuda o se hagan donaciones para cubrir el reembolso de deuda.

Es de destacar que en estos supuestos que están previstos en el primer artículo 6 del ASMC el perjuicio grave se presume, lo que hace que se invierta la carga de la prueba. En consecuencia, por ejemplo en el primer caso bastará para considerar que existe esta clase de efecto desfavorable que el Estado afectado acredite el tamaño del subsidio liberándose de probar los efectos que el mismo provoca en el comercio. Véase John Jackson, op. cit. , p. 291.

<sup>66</sup> En este supuesto sí se determina que la subvención ha tenido efectos desfavorables para los intereses de otro EM, se dispondrá que "el Estado Miembro que las otorgue o las mantenga, *adopte las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables o retire la subvención*". Previéndose ante el incumplimiento la posibilidad del Estado reclamante de solicitar autorización para aplicar contramedidas.

<sup>67</sup> Resumen del "Foro de Política sobre Promoción de Exportaciones", organizado por el BID INTAL. Buenos Aires del 4 al 5 de junio de 1998. Página web del BID-INTAL.

Se considerarán como “no recurribles”, en los términos de la Parte IV, a aquellas medidas que:

- no sean específicas en el sentido del art. 2º (en tanto se concedan en función de criterios objetivos y de aplicación horizontal),
- no obstante ser específicas, cumplan con todas las condiciones especiales requeridas por el Acuerdo en los párrafos 2 a), 2 b) o 2 c), del artículo 8. Entre ellas cabe enumerar a la asistencia a:

a) actividades de investigaciones realizadas por empresas o por instituciones contratadas por ellas;<sup>68</sup>

b) regiones desfavorecidas;

c) o tendiente a promover la adaptación de instalaciones existentes a las nuevas exigencias ambientales impuestas mediante leyes y/o reglamentos que supongan mayores obligaciones o una mayor carga financiera para las empresas.<sup>69</sup>

Esta categoría abarca entonces subsidios horizontales de naturaleza general que no tienen un impacto directo sobre los precios, y que por lo tanto no distorsionan el comercio,<sup>70</sup> o trata de subvenciones que, aún siendo específicas, están autorizadas por el Acuerdo bajo ciertas condiciones en él previstas.

En estos casos, no obstante su denominación, puede ocurrir que sean cuestionadas por cualquier EM que alegue que le causan un efecto desfavorable grave, capaz de ocasionar un perjuicio difícilmente reparable. Pudiendo derivar inclusive *en la autorización por parte del Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias (CSMC), para aplicar contramedidas, si habiendo transcurrido seis meses de emitida la recomendación, se incumple con la misma en el sentido de no "modificar el contenido del programa que esta ocasionando el perjuicio"*.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> En el sentido especificado por el artículo 8.2 del ASMC.

<sup>69</sup> Véase el artículo 8 del ASMC.

<sup>70</sup> Diana Tussie y Miguel Lengyel: "Compromisos en la Organización Mundial de Comercio sobre promoción de exportaciones", en *Revista de Integración & Comercio*. INTAL BID, Año. 2, N° 4/5, enero-agosto, 1998.

Véase la nota 35 al art.10.

<sup>71</sup> Artículo 9.4 ASMC.

En último término nos referimos a la categoría de subvenciones prohibidas del artículo 3º del Acuerdo, que incluye en ella a: a) las subvenciones que se supeditan de jure o de facto a los resultados de exportación, como condición única o entre varias condiciones, con inclusión de las citadas a título de ejemplo en el Anexo I,<sup>72</sup> y b) las supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, como condición única o entre varias.

Es de destacar que de conformidad con el artículo 2.3 las subvenciones prohibidas se consideran específicas con solo acreditar su naturaleza y su existencia.<sup>73</sup>

Dada su condición de prohibidas pesa sobre los EM *la obligación de no mantener o no conceder subvenciones de este tipo* (art.3.2).

Para garantizar la eficacia de esta norma el artículo 4º del ASMC prevé un procedimiento de consultas y de solución de diferencias, el que puede derivar (en caso de corroborarse durante su transcurso el carácter prohibido de la subvención), en una recomendación del Grupo Especial (GE) para que el EM que, mantiene o concede la subvención, la retire en el plazo que se especifique.<sup>74</sup> Dando lugar su incumplimiento, a que el EM perjudicado solicite la autorización para adoptar contramedidas.<sup>75</sup>

Al mismo tiempo, y durante el transcurso del período de transición previsto por los artículos 27 y 28 del ASMC (según se trate de países en desarrollo o desarrollados respectivamente), también podrán ser objeto de medidas compensatorias.

La razón de su prohibición y de la sujeción de las mismas a reglas de fondo y procedimentales, más estrictas que las previstas para las otras dos categorías de subvenciones radica en que, en estos casos, se está ante subsidios explícitamente destinados a las

---

<sup>72</sup> Este Anexo contempla la "Lista ilustrativa de Subvenciones a la Exportación" y en su inciso k, alude a los créditos a la exportación, objeto de este trabajo.

<sup>73</sup> Artículo 4.2 del ASMC.

<sup>74</sup> El Grupo deberá respetar el contenido del inciso 8 del artículo 4.

<sup>75</sup> La autorización la debe conceder el Órgano de Solución de Diferencias.

Acorde con Australia en el Asunto "Australia-subvenciones concedidas a los productores y exportadores de cuero para automóviles, "El objeto y el fin de los procedimientos acelerados es hacer frente a una medida que está causando un daño tal que es necesario resolver rápidamente la situación con arreglo al ESD". Informe del GE. WT/DS126/R. 25 de mayo de 1999. (99 1888). Párrafo 6.52.

exportaciones y que en consecuencia afectan de modo mas claro al comercio,<sup>76</sup> en tanto se entiende que es muy probable que tengan efectos adversos sobre los intereses de otros Miembros.<sup>77</sup>

## **2.2. El Grupo de los Tres (G3)**

El G3 es el resultado de la firma de un tratado de libre comercio por parte de Colombia, Venezuela y México, por intermedio del cual estos países procuran la creación de una zona de libre comercio. En este caso, conforme lo señala González, ante la presencia de subsidios extra o intrazona las partes:

"podrán aplicar cuotas compensatorias (..) Los procedimientos son regidos por las normas nacionales, que deben contemplar como mínimo las pautas establecidas en el Tratado. Las modificaciones a las legislaciones deben ser notificadas a las otras partes.( . ), si esto no se cumple,(..) se sigue el procedimiento de solución de controversias establecido en el Capítulo XIX del Tratado. Las actuaciones deben ser llevadas adelante por las autoridades nacionales. Cuando la aplicación de una cuota compensatoria sea incompatible con alguna de las disposiciones del capítulo, se abre la instancia del procedimiento de solución de controversias".<sup>78</sup>

## **2.3. Acuerdo entre la Unión Europea y el Area de Libre Comercio Europea (EFTA)**

En este caso, debido a que el objetivo último es la absorción de las normas de defensa comercial nacionales por las reglas de defensa de la competencia comunitaria, se ha optado por su no aplicación entre los países firmantes del acuerdo, durante un período de transición, tendiente a lograr la armonización legislativa correspondiente, aunque se admiten excepciones puntuales.<sup>79</sup>

## **2.4. Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TCLAN)**

---

<sup>76</sup> De allí también que, como lo hemos señalado, a las subvenciones prohibidas se las considere específicas con solo acreditar su existencia y naturaleza.

<sup>77</sup> Subsidies and Countervailing Measures: Overview. Página web de la OMC.

<sup>78</sup> Flavio Gonzales, op. cit. , p. 43.

<sup>79</sup> Weber Barral, op.cit. , p. 23.

En este caso, en el cual Canadá, Estados Unidos y México persiguen la creación de una zona de libre comercio: "Cada país conserva sus normas y procedimientos para remediar las prácticas desleales, pero al mismo tiempo, se establece un sistema de revisión arbitral binacional en tanto entren en contradicción con los compromisos adoptados en el TLCAN".

Asimismo, se autoriza a las partes a introducir reformas a los textos de su legislación aplicable en la materia, pero:

"los cambios deben ser compatibles con el GATT y el TLCAN, deben ser notificados con antelación y estar expuestos a un sistema de consultas. En caso de que se viole lo señalado, se establece un sistema de revisión de las reformas legislativas mediante la conformación de un panel arbitral para que emita una opinión declarativa sobre la pertinencia de las mismas con lo establecido en el Tratado. Tal opinión puede llegar a recomendar modificaciones a la reforma. Si la parte que ha reformado sus normas no acata la opinión del panel, queda expuesta a la aplicación de medidas legislativas equiparables o a la denuncia del Tratado por la otra parte".<sup>80</sup>

## **2.5. Australia-New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement**

Respecto de este Acuerdo sostiene Delgado:

"Australia y Nueva Zelanda firmaron en 1983 un acuerdo de integración económica regional que, en sus comienzos, mantuvo el régimen antidumping y antisubvenciones entre ambos países, estableciendo una transición hasta julio de 1990, cuando fue definitivamente eliminado".

"Durante el período de transición, el acuerdo estableció obligaciones muy extensas de consultas y cooperación antes de la imposición de medidas antidumping y compensatorias, y en ciertas circunstancias, consultas entre las industrias de ambos países a fin de analizar las medidas a adoptar; este enfoque se denomina *watch-dog*. En ciertos casos, además, los miembros contaban con la facultad de aplicar medidas de salvaguardia antes del año 1988, con notificación y consulta previa. Estas consultas constituyeron el único medio disponible de

---

<sup>80</sup> Flavio Gonzales, op. cit. , p. 34.

solución de controversias, y estuvo prevista la participación formal e informal de las empresas".<sup>81</sup>

"Asimismo, se articuló un sistema por el cual las empresas cuentan con derechos directos para garantizar comportamientos competitivos. De este modo, se extendió la prohibición del uso anticompetitivo del poder de mercado de cada legislación nacional a las empresas del socio. En tal sentido, se modificaron las legislaciones antimonopólicas nacionales para incluir al restante Estado Parte del acuerdo".<sup>82</sup>

Asimismo y en relación a la metodología utilizada afirma:

"Lo interesante de este modelo de reemplazo del régimen antidumping y antisubvenciones por políticas de competencia (en particular, por las leyes contra la depredación de precios) es que no requiere de cortes comunes ni de una legislación supranacional. La extraterritorialidad de las leyes de competencia fue institucionalizada en cada legislación nacional."<sup>83</sup>

## 2.6. Comunidad Andina de Naciones

En este proceso de integración conformado por Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia resulta aplicable, a fin de prevenir y corregir las distorsiones que se puedan generar en el bloque como consecuencia de la concesión de subsidios, la Decisión N° 283 de la Comisión. Esta norma subregional establece el procedimiento a seguir por y ante la Junta en la aplicación de medidas de defensa comercial cuando se trate de los siguientes casos:<sup>84</sup>

a) de prácticas originadas en el territorio de otro País Miembro (PM) que amenacen causar o causen perjuicio importante a la producción nacional destinada al mercado interno del país afectado;

b) de prácticas originadas en el territorio de un PM que amenacen causar o causen perjuicio importante a la producción nacional destinada a la exportación a otro PM;

c) de prácticas originadas en un país de fuera de la sub región que amenacen causar o causen perjuicio importante a la producción nacional destinada a la exportación a otro PM; y,

---

<sup>81</sup> Raúl Ricardo Delgado: "Una propuesta OMC-plus para los mecanismos de defensa comercial contra las prácticas desleales en el mercado ampliado", Concurso CNCE-V Aniversario, marzo de 1999, p. 19.

<sup>82</sup> Ibid. , p. 19.

<sup>83</sup> Ibid. , p.19.

<sup>84</sup> Señala González que las mismas se corresponden en líneas generales con las normas de la OMC.

d) de las prácticas originadas en un país de fuera de la sub región que amenacen causar o causen perjuicio importante a su producción nacional; se trate de los productos a los que se aplique el Arancel Externo Común; y **las medidas correctivas deban aplicarse en más de un PM.**

*En los demás casos, se autoriza a aplicar las disposiciones reglamentarias nacionales de cada PM, y a que los procedimientos sean llevados adelante por las autoridades de los EM.*

Asimismo nos interesa resaltar del procedimiento realizado ante la Junta que:

- 1) la misma puede propiciar soluciones de compromiso y.
- 2) puede ordenar la aplicación de derechos definitivos,<sup>85</sup> y de derechos provisionales.

Las decisiones de éste órgano son revisables por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, vía de la acción de nulidad.<sup>86</sup>

## **2.7. La Unión Europea (UE)**

Nuestro interés por realizar un estudio mucho más pormenorizado del caso europeo radica, no solo en el hecho que la Comunidad Europea (CE) cuenta con el mecanismo más perfeccionado y aceptado de los existentes, sino también en la intención de poner de resalto las razones o circunstancias que explican ese grado de desarrollo. Entre ellas, que merecen un lugar destacado el rol que vienen desempeñando los órganos comunitarios y sus originales lecturas interpretativas del acervo comunitario.

En primer lugar queremos resaltar que la UE, a diferencia de los otros procesos de integración que hemos descripto someramente, regula la concesión de los subsidios (o de ayudas estatales en el lenguaje comunitario), dentro del llamado derecho de la competencia, alterando de este modo la concepción tradicional del término y descartando con ello la posibilidad que los EM recurran a sus legislaciones nacionales para aplicarse recíprocamente DC. Con lo cual la

---

<sup>85</sup> Las Resoluciones de la Junta determinan que los gobiernos impongan los derechos de acuerdo a los montos que en ellas se establezcan.

<sup>86</sup> Flavio Floreal González, op. cit. , p.p. 29-33.

aplicación de este último tipo de medidas, queda circunscripta a las importaciones subsidiadas provenientes de terceros países, que se rijen por el Reglamento comunitario 2026/97.<sup>87</sup>

En lo que se refiere a las ayudas concedidas por los EM a las exportaciones destinadas a terceros países, el Tratado de Roma (TR) contiene el mandato de proceder a la armonización progresiva, en la medida necesaria para evitar que se falsee la competencia entre las empresas de la Comunidad.<sup>88</sup> No obstante ello, en el caso puntual de los créditos a la exportación, los países de la Comunidad se rigen por el "Arrangement on guidelines for officially supported export credits' ('the consensus'), esto es el Acuerdo de la OCDE.<sup>89</sup>

En cuanto a las ayudas concedidas al interior del espacio comunitario su régimen está contenido en los artículos 87 y 88 del mencionado Tratado (antiguos artículos 92 y 93).<sup>90</sup>

De acuerdo con los órganos comunitarios el fundamento de la existencia y la peculiaridad de este régimen radica en que la concesión de una ayuda estatal importa el desconocimiento de uno de los principios básicos consagrados en el TR (artículo 3 inciso g),<sup>91</sup> en tanto su otorgamiento genera "una discriminación entre las empresas beneficiarias de las ayudas y las que no las reciben, implicando esto un menoscabo al libre juego de la competencia que debe caracterizar el funcionamiento del mercado común".<sup>92</sup> (el subrayado es nuestro)

El cual, conforme lo señalan Lavdas y Mendrinou:

"En contraste con el Tratado Europeo del Carbón y del Acero (art. 4 c), (...) no considera todas las ayudas como ilegales. En su lugar prevé un sistema para evaluar la compatibilidad de cada esquema de ayuda de manera individual. En consecuencia procura asegurar que haya una competencia libre de distorsiones, permitiendo al mismo tiempo la concesión de ayudas en áreas o sectores en que

---

<sup>87</sup> Véase en este sentido a Flavio Floreal González, op. cit. , p. 20.

<sup>88</sup> Artículo 112 del Tratado Constitutivo de la CE. Araceli Mangas Martin: **Tratado de la Unión Europea y Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas.** Editorial. Tecnos. Madrid.1996, p. 243.

<sup>89</sup> Commission Decision of 17 May 1982. 82/364/ECC.

<sup>90</sup> La numeración del Tratado de Roma ha sido modificada por el Tratado de Amsterdam en vigor el 1º de mayo de 1999.

<sup>91</sup> Este artículo precisa que uno de los objetivos de la Comunidad consiste en el establecimiento de "un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior".

<sup>92</sup> "Explicación de las normas aplicables a las ayudas estatales". *Derecho de la competencia en las Comunidades Europeas.* Volumen II B, Luxemburgo. 1997, p. 5.

la intervención estatal es considerada aceptable o necesaria".<sup>93</sup> (el subrayado es nuestro)

El resultado de la vigencia de este sistema es la presencia de un mecanismo de control que se caracteriza en general por ser PREVIO,<sup>94</sup> y en consecuencia, por el hecho que los EM están obligados a comunicar sus proyectos de ayudas a la Comisión Europea antes de implementarlos, a fin de evitar su ilegalidad.<sup>95</sup>

### 2.7.1. El concepto de ayuda estatal

El apartado 1 del artículo 87 establece: "Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados Miembros, las ayudas concedidas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen con falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones".<sup>96</sup>

La redacción de este artículo ha sido precisada por la actividad de la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de las Comunidades (TJCE), ya que el mismo se limita a definir la fuente de la ayuda y sus consecuencias, sin brindar una definición y una lista de los tipos de medidas que se consideran prohibidas.<sup>97</sup>

Conforme con ello señalan Ladvas y Mendrinou:

"las ayudas estatales son definidas de un modo negativo, como cualquier medida del Estado que independientemente de su forma, distorsiona o pueda llegar a distorsionar el comercio, al favorecer a ciertas empresas o la producción de ciertos bienes y afectando de ese modo el intercambio comercial entre estados en la Comunidad".<sup>98</sup> (el subrayado es nuestro)

---

<sup>93</sup> Kostas A. Ladvas y Maria Mendrinou, op. cit. , p. 50.

<sup>94</sup> Ello lo diferencia del mecanismo que está en vigor en la OMC.

<sup>95</sup> "Explicación de las normas aplicables a las ayudas estatales", op.cit. , p.5.

<sup>96</sup> Araceli Mangas Martín, op. cit. , p. 212.

<sup>97</sup> "Explicación de las normas aplicables a las ayudas estatales", op. cit. , p. 7.

<sup>98</sup> Ladvas y Mendrinou , op cit. , p.50.

De allí que "(...) en el exámen y la evaluación de los casos de ayuda estatal el énfasis es puesto (...) en los efectos más que en las formas".<sup>99</sup>

a) Beneficio para una o varias empresas

La jurisprudencia reiterada del TJCE, ha establecido que el concepto de ayuda corresponde a cualquier ventaja concedida por las autoridades públicas a una empresa, sin remuneración o con una remuneración que solo refleja de manera mínima el importe en que puede valuarse la ventaja en juego.<sup>100</sup> Entre ellas cabe contar a los préstamos sin interés o a tipo reducido, bonificaciones de interés, etc.<sup>101</sup>

De la publicación "Explicación de las normas aplicables a las ayudas estatales" surge:

"Una definición de este tipo abarca la asignación de recursos y la concesión de la exención al pago de costes que, de no ser por ella, tendría que soportar la empresa, lo que le permite ahorrar".<sup>102</sup>

"En este sentido una contribución pública cuyo efecto se limitara estrictamente a compensar una desventaja objetiva que pesa sobre la empresa beneficiaria no entraría en el ámbito de aplicación del artículo 87".<sup>103</sup>

Acorde con ello según el TJCE:

"Se consideran ayudas, entre otras, las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente caen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos (véanse, en particular, las sentencias de 15 de marzo de 1994, Banco Exterior de España, C-387/92, Rec. p. I-877, apartado 13, y de 17 de junio de 1999, Bélgica/Comisión, C-75/97, Rec. p. I-3671, apartado 23).<sup>104</sup>

---

<sup>99</sup> Ibid. , p.50.

<sup>100</sup> "XXXº Informe sobre la Política de Competencia". Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas 7-5-2001. Sec (2001) 694. Punto 314.

<sup>101</sup> "Explicación de las normas aplicables a las ayudas estatales", op.cit. , p. 8.

<sup>102</sup> Ibid. , p. 8.

<sup>103</sup> Ibid. , p. 7.

<sup>104</sup> Sentencia del 19 de septiembre de 2000. En "Explicación de las normas aplicables a las ayudas estatales", op.cit. , p.7.

En el caso de los créditos interesa resaltar que:

"(...) la Comisión adoptó las normas para la determinación del tipo de referencia para cada país a la hora de calcular la ventaja financiera de un préstamo bonificado (...)".

"Se considera que esos tipos reflejan el nivel medio de los tipos de interés en vigor en los distintos Estados Miembros para los préstamos a medio y largo plazo (de 5 a 10 años) combinados con garantías normales".<sup>105</sup>

## b) Origen de los recursos

Se señala en el "XXX<sup>o</sup> Informe sobre Política de la Competencia":

"Para que una medida se considere ayuda, **se ha de demostrar que confiere una ventaja financiada con recursos públicos**. Una vez más el Tribunal confirma en su sentencia *Ladbroke Racing Ltd and Commission*<sup>106</sup> que el apartado 1 del artículo 87 del Tratado CE abarca todos los medios financieros mediante los cuales el sector público puede ayudar a empresas, **independientemente de que tales medios sean o no activos permanentes del sector público**. El hecho de que los importes en cuestión permanezcan constantemente bajo control público y, por lo tanto, estén a disposición de las autoridades nacionales, basta para que se les considere ayudas estatales y para que las medidas encuadren en el ámbito de aplicación del apartado I del artículo 87 del Tratado CE".<sup>107</sup> (el subrayado es nuestro)

En último término destacamos que de acuerdo con el Informe: "Derecho de la Competencia en las Comunidades Europeas":

"(..) la distinción que establece el apartado 1 del artículo 92 entre ayudas concedidas por el Estado y por medio de recursos públicos (...) tiene por objeto

---

«Ayuda concedida a las empresas de los nuevos Estados federados alemanes - Medida fiscal para favorecer las inversiones». Asunto C-156/98. Punto 25. Página web de las Comunidades Europeas.

<sup>105</sup> Comunicación relativa al método de fijación de los tipos de referencia y de actualización (DO C 273 ed 9.9.1997). "XXVII<sup>o</sup> Informe sobre Política de la Competencia". Comisión Europea. Bruselas. 1998. Puntos 220 y 221. Nota de pie de página N<sup>o</sup>.3.

<sup>106</sup> Sentencia del TJCE de 16.5.2000, C 83/98 P.

<sup>107</sup> "XXX<sup>o</sup> Informe sobre la Política de Competencia", op.cit. Punto 303.

incluir en el concepto de ayuda las modalidades de apoyo previstas por los organismos públicos o privados nombrados o instituidos por el estado."<sup>108</sup> (el subrayado es nuestro)

De este modo se contemplan

(...) **las ventajas concedidas tanto directamente, es decir, por las propias autoridades públicas, como indirectamente, por mediación de organismos independientes en puridad de la estructura oficial** (..) En la segunda hipótesis, son organismos (...) incluso privados los encargados de llevar a cabo la concesión (..). Lo importante es que las ayudas en cuestión sean imputables al Estado (...). El criterio de imputabilidad tiene por objeto determinar si los organismos en cuestión actúan de manera autónoma o sí, por el contrario, es el estado el que dicta su conducta, en virtud de un poder de control o de una influencia determinante que ejerza sobre ellos".<sup>109</sup>

### c) Carácter selectivo de la ayuda

Para encuadrarse en el ámbito de aplicación del artículo 87 será necesario también que la ayuda concedida sea selectiva es decir:

"que afecte el equilibrio entre la empresa beneficiaria y sus competidores. Este carácter selectivo diferencia a las medidas de ayuda estatal de las medidas generales de fomento o apoyo económico, que se aplican a todas las empresas en todos los sectores de actividad de un Estado Miembro (...). En consecuencia las medidas que tengan repercusiones en todos los sectores, se puedan aplicar en todo el territorio del Estado Miembro y se destinen a favorecer a la economía en su conjunto no constituyen ayuda estatal". (el subrayado es nuestro)

Respecto de las medidas de política económica general cabe señalar:

"su efecto distorsivo sobre la competencia se minimiza debido a su dispersión a través de toda la economía. Su compatibilidad está condicionada a que no apoyen a regiones o sectores en particular, lo que por ejemplo puede depender del modo

---

<sup>108</sup> "Derecho de la Competencia en las Comunidades Europeas, op.cit. , p. 8.

<sup>109</sup> Ibid., p.8.

en que sean utilizadas. En estos casos las medidas deberán ser notificadas separadamente a la Comisión para su evaluación (...)".<sup>110</sup>

El ámbito de aplicación del artículo 87 al que estamos aludiendo abarca:

"a los operadores que participan en el conjunto de las actividades y sectores económicos contemplados por el Tratado con excepción de los que dependen de la industria del carbón y del acero sujetos al Tratado CECA y de la energía nuclear sujetos al Tratado EURATOM. Además las normas del Tratado (...) se aplican sin excepción a toda actividad remunerada, sean que tengan carácter económico, cultural u otro y en tanto afecten la producción de bienes y servicios, como su distribución. Por otra parte se ha establecido que los beneficiarios pueden ser tanto empresas públicas como privadas".<sup>111</sup>

d) Consecuencias sobre el comercio intracomunitario

De acuerdo con el "Informe XXX sobre la Política de Competencia":

"(...) la medida también ha de falsear la competencia y afectar el comercio entre los EM. Para demostrar el impacto de este falseamiento sobre los intercambios basta concluir que el beneficiario ejerce, aunque sea parcialmente, actividades que conllevan intercambios entre los EM."<sup>112</sup> (el subrayado es nuestro)

---

<sup>110</sup> "XXX<sup>o</sup> Informe sobre la Política de Competencia", op.cit. Punto 320.

Conforme Lavdas y Mendrinou., op.cit. , p. 52.

En este mismo sentido se aclara en "Explicación de las normas aplicables a las ayudas estatales", que aunque esta clase de medidas: " (...) no entren en el ámbito de aplicación de los artículos 92 y siguientes del Tratado, (...) pueden no obstante someterse a otras disposiciones del Tratado como, por ejemplo, los artículos 101 y siguientes", op. cit. , p. 9. Nota N<sup>o</sup> 11.

El artículo 101 establece: "En caso de que la Comisión compruebe que una divergencia entre las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados Miembros falsea las condiciones de competencia en el mercado común y provoca por tal motivo, una distorsión que deba eliminarse, procederá a celebrar consultas con los Estados Miembros interesados. Si tales consultas no permitieren llegar a un acuerdo para suprimir dicha distorsión, el Consejo...adoptará...las directivas necesarias a ese fin. La Comisión y el Consejo podrán adoptar cualquiera otras medidas apropiadas previstas en el presente Tratado". Araceli Mangas Martin, op. cit. , p. 218.

<sup>111</sup> "Explicación de las normas aplicables a las ayudas estatales", op.cit. , p. 9.

<sup>112</sup> "Informe XXX sobre la Política de Competencia", op.cit. Punto 323.

De este modo: "no entran en el ámbito del artículo 87 las ayudas a favor de empresas que operan con bienes y servicios que no son objeto de intercambios intracomunitarios y que por lo tanto se destinan al mercado exclusivamente local".<sup>113</sup>

No obstante, prosigue el Informe citado:

**"las consecuencias sobre la competencia han de ser apreciables.** En este contexto, el Tribunal de Justicia volvió a subrayar en su decisión República Federal de Alemania c/ Comisión,<sup>114</sup> que **al margen del monto relativamente pequeño de la ayuda o de la empresa beneficiaria, cuando las ayudas concedidas por el Estado o a través de fondos públicos refuerzan la posición de una empresa en relación con la de otras empresas competidoras en el comercio intracomunitario, se ha de considerar que estas últimas se verán afectadas por dichas ayudas**".<sup>115</sup> (el subrayado es nuestro)

Conforme a este último criterio Slot resalta:

" (...) la asistencia refuerza la posición de la empresa beneficiaria comparada con otras empresas que operan en la misma línea comercial. Sin embargo **no** es necesario que la Comisión produzca un análisis completo del producto ni del mercado geográfico en cuestión (...). La Comisión tendrá que mostrar que la asistencia tiene un impacto sobre el comercio entre los Estados Miembros".<sup>116</sup>

En el caso particular de los créditos que se conceden a la exportación en el ámbito comunitario se considera que crean falseamientos a la competencia en dos aspectos.<sup>117</sup>

---

<sup>113</sup> "Explicación de las normas aplicables a las ayudas estatales", op.cit. , p. 9.

<sup>114</sup> Sentencia del TJCE de 19 de septiembre de 2000, C-156/98. "Informe XXX sobre la Política de Competencia", op.cit. Punto 324.

<sup>115</sup> Ello en parte se relaciona con las normas sobre "**minimis**", reguladas en la Comunidad por el Reglamento N° 69. Este criterio **alude a aquella ayuda que se concede en una cantidad mayor a la estipulada en esta norma comunitaria durante un período de tres años**, a contar del otorgamiento de la primera ayuda al mismo beneficiario. **Las ayudas de minimis no están sujetas a la obligación de notificación previa. Cabe destacar, sin embargo que las ayudas a la exportación no se pueden beneficiar con esta excepción.**

<sup>116</sup> Piet Jan Slot. "Asistencia estatal en la Unión Europea". Ponencia preparada para el Seminario "Política de Competencia e Integración: opciones y necesidades", organizado por el Centro de Formación para la Integración Regional (CEFIR). Montevideo, Uruguay. del 8 al 10 de septiembre de 1997, p.109.

<sup>117</sup> "Informe XXVII sobre la Política de Competencia", op.cit. , p. 87. Punto 304.

- entre exportadores de distintos EM, en lo que se refiere al comercio INTRACOMUNITARIO y EXTRACOMUNITARIO;
- entre compañías aseguradoras de créditos a la exportación, que ofrecen protección para el comercio con los EM y determinados terceros países.

## 2.7.2. Categorías de excepciones previstas por el Tratado al principio general <sup>118</sup>

Como ya se mencionara el principio de incompatibilidad de otorgar ayudas estatales no es absoluto, en tanto se han previsto en los apartados segundo y tercero del artículo 87, dos clases de excepciones al mismo. En efecto, estos dos apartados prevén algunas categorías de ayudas consideradas compatibles en el primer caso o que pueden llegar a serlo (si así lo establece la Comisión), en el segundo. <sup>119</sup>

Ahora bien, dado que el apartado 2º declara a las clases de ayudas en él enumeradas siempre compatibles con el MC, la Comisión carece de una facultad de evaluación en cuanto a la pertinencia de aplicar las excepciones previstas. Debiendo limitarse este órgano a comprobar si estas ayudas se benefician efectivamente de las excepciones previstas en el mismo, lo cual no exime de la obligación de notificar sus proyectos de ayuda al EM que pretenda ampararse en ellas.

Estas excepciones de "pleno derecho" se refieren a tres categorías. Se trata, en primer lugar, de las ayudas de tipo social concedidas de manera puntual a los consumidores y siempre que no impliquen ninguna discriminación en cuanto al origen del producto. La segunda categoría la forman las ayudas otorgadas con el fin de reparar perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional, previéndose dentro de la tercera, las ayudas justificadas por la división de Alemania.

Por su parte dentro del apartado tercero se contemplan en el inciso a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida es anormalmente bajo

<sup>118</sup> Este acápite ha sido elaborado en base a "Explicación de las normas aplicables a las ayudas estatales", op.cit. , p.p 11-14.

<sup>119</sup> "Pese a todo, la incompatibilidad de las ayudas estatales es la norma general y los apartados 2 y 3 (...) deben interpretarse de manera restrictiva (...)" . Ibid. , p. 12.

o en las que existe una grave situación de subempleo. La letra b) se refiere a las ayudas destinadas a promover la realización de un proyecto importante de interés común europeo o a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un EM.

La letra c) trata de las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común. La letra d) se refiere a las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio. *Mientras que el apartado e) alude a "las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión"*.

Las excepciones previstas con arreglo a este último apartado del artículo 87 tienen un alcance diferente al previsto en el apartado anterior, en tanto, solo se podrán aplicar, habiendo mediado una valoración discrecional de la Comisión que declare a la ayuda estatal compatible con la normativa en vigor.<sup>120</sup> Esta determinación de la compatibilidad o incompatibilidad con el MC implicará una **evaluación de tipo económico que debe efectuarse en pro del interés comunitario** y no estrictamente nacional, **con el fin de evitar que las ayudas tiendan simplemente a transferir las dificultades económicas de un EM a otro, en lugar de solucionarlas**.<sup>121</sup>

Acorde con ello, las ayudas deben responder al principio de eficacia, es decir, permitir por ejemplo a las empresas beneficiarias **solucionar de manera definitiva** las dificultades económicas que justifican la concesión de la **ayuda y funcionar en condiciones normales de mercado**.

Este principio combinado *con el de proporcionalidad*, implica en particular, que las ayudas están limitadas ( tanto desde el punto de vista de su contenido como de su duración), a las medidas estrictamente necesarias **para permitir a las empresas beneficiarias recuperar su lugar en el mercado**. Por otra parte, junto con ellos, la Comisión generalmente aplica al momento

---

<sup>120</sup> En este Informe se resalta: "(...) **los límites de esta facultad de la Comisión, se han precisado en función de los principios que emanan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia** a este respecto (sentencia del 17 de septiembre de 1980 en asunto 730/70 Phillips Morris, Rec, pág 2671, punto 2, y pág 2620, fundamento 17 y 14 de febrero de 1990 en el asunto C-301/87 Francia/Comisión, Rec pag.307)". Nota de pie de página 26, p. 14.

<sup>121</sup> Según Lavdas y Mendrinou: "las categorías de ayudas estatales incluidas en este inciso están posicionadas en un punto intermedio entre la compatibilidad y la prohibición", op. cit. , p. 51.

de tomar su decisión, el principio de la contrapartida, por el que se impone a las empresas beneficiarias que también colaboren en la solución de sus propios problemas.

Respecto de las ayudas a la exportación en el "XXVIIº Informe de la Comisión sobre Política de Competencia" se afirma:

"Según una jurisprudencia bien establecida,<sup>122</sup> las ayudas para la exportación de mercaderías o servicios destinados a países de la Unión o al espacio Económico Europeo son en general incompatibles con el mercado común".<sup>123</sup>

Por esta clase de ayudas la Comisión entiende:

"Una ayuda (...) directamente relacionada con las cantidades exportadas, al establecimiento u operación de una cadena de distribución o a los gastos corrientes asociados a la actividad exportadora. El no incluye las ayudas destinadas a paliar los costos de participación en ferias comerciales, o los estudios o servicios de consultoría necesarios para el lanzamiento de un producto nuevo o existente en un nuevo mercado".<sup>124</sup> (el subrayado es nuestro)

Sostuvo concordantemente este órgano comunitario, en oportunidad de pronunciarse sobre los subsidios concedidos en forma de créditos por el gobierno francés a las exportaciones dirigidas a Grecia, una vez que este país había ingresado a la Comunidad:

"Con respecto a las ayudas a las exportaciones aplicadas en el comercio intra comunitario, la Comisión siempre ha sostenido su posición de que ellas son incompatibles con el mercado común, de acuerdo con el artículo 92 (1) del Tratado ECC, y que no se pueden beneficiar de ninguna de las derogaciones contenidas en el tercer párrafo de ese artículo. Ésta fue avalada por la Corte Europea de Justicia en su pronunciamiento de los casos acumulados 6 y 11/69 (Francia tasas de interés preferenciales de redescuento), y fue reafirmada en numerosas ocasiones por la Comisión (...)"<sup>125</sup>

---

<sup>122</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1969 en los asuntos acumulados 6/69 Y 11/69 Francia/Comisión, Rec.1969, p.523. En "XXVIIº Informe de la Comisión sobre Política de Competencia". Punto 303.

<sup>123</sup> Ibid. Punto 303.

<sup>124</sup> Commission notice on the de minimis rule for State aid.(96/C 68/06). OJ C 68, 6.03.1996.

<sup>125</sup> Decisión del 17 de mayo de 1982 (82/364/EEC): "Concerning the subsidizing of interest rates on credits for exports from France to Greece after the accession of that country to the European Economic Community. *Official Journal L 159*, 10/06/1982 p. 0044 - 0047.

### 2.7.3. Reglas de procedimiento aplicables a la evaluación y concesión de ayudas estatales<sup>126</sup>

En lo tocante a las cuestiones de procedimiento debe decirse que las reglas básicas se hallan contenidas en el artículo 88 del tratado.<sup>127</sup>

#### a) Reglas de procedimiento aplicables a las ayudas nuevas

El principio de control previo establecido en el apartado tres del artículo mencionado supone que la Comisión será informada a su debido tiempo de los proyectos de ayuda.<sup>128</sup> De ese modo pesa sobre los Estados la obligación de notificar tanto los proyectos de medidas a implementar como las modificaciones de medidas ya existentes.<sup>129</sup>

---

<sup>126</sup> Este acápite ha sido elaborado en base a "Explicación de las normas aplicables a las ayudas estatales". *Derecho de la competencia en las Comunidades Europeas*. Volumen II B, Luxemburgo. 1997, p.p. 31-42.

<sup>127</sup> El Consejo ha dictado el Reglamento N° 659/1999, por el que se establecen de manera compilada las reglas de procedimiento relativas a las ayudas estatales. Publicado en el DO L 83 de 27.3.1999. En "Informe XXX° de la Comisión sobre Política la Competencia". nota 251 al punto 417.

<sup>128</sup> Ello implica que estas medidas deben notificarse cuando aún están en la fase de proyecto, **es decir antes de llevarse a cabo y mientras pueden aún adaptarse a las posibles observaciones de la Comisión.**

<sup>129</sup> Hay que resaltar que, en uso de las facultades que le concede el art. 89 del Tratado (antiguo artículo 94) el Consejo dictó el Reglamento N° 994 por el que autoriza a la Comisión a ". 1 (...) declarar compatibles con el mercado común y no sujetas a la obligación de notificación establecida en el apartado 3 del artículo 88 (antiguo artículo 93) del Tratado, las siguientes categorías de ayudas:

a) (...) **en favor de las pequeñas y medianas empresas, la investigación y el desarrollo, la protección del medio ambiente, el empleo y la formación;**

b) (...) las que se ajusten al mapa aprobado por la Comisión para cada Estado miembro a efectos de la concesión de ayudas regionales.

Estas últimas se corresponden con las ayudas que se mencionan en el art. 87 inc. c).

Artículo 3. Reglamento (CE) n° 994/98 del Consejo, de 7 de mayo de 1998, sobre la aplicación de los artículos 87 y 88 (antiguos artículos 92 y 93) del Tratado constitutivo de la CE a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales. Diario Oficial L 142 de 14.05.1998.

La Comisión hizo uso de esta prerrogativa y **dictó los Reglamentos N° 70 (ayudas destinadas a las pequeñas y medianas empresas), 68 (ayudas a la formación) y 69 (norma de "minimis"), por los cuales efectivamente concede a los EM la posibilidad de otorgar ayudas que respondan a las condiciones en ellos fijadas, sin notificación previa ni acuerdo de la Comisión. Circunscribiéndose su obligación a informar a la Comisión cada ayuda que se conceda, las modalidades correspondientes, como a presentar informes anuales recapitulativos sobre el conjunto de ayudas abonadas.** XXX° Informe sobre la Política de Competencia. Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas 7-5-2001. Sec (2001) 694. Punto 293.

Reglamento (CE) n° 68/2001- Diario Oficial L 10 de 13.01.2001

Esta obligación de notificar recae sobre los EM que pretenden conceder la ayuda,<sup>130</sup> y se complementa, como hemos visto, con la prohibición de implementarla hasta tanto la Comisión dé su autorización. El incumplimiento de estas dos obligaciones convierte a la ayuda otorgada en ilegal, pudiendo de ese modo ser objeto de recuperación, sí además se demuestra (a lo largo de un procedimiento con características particulares y más exigentes) su incompatibilidad con el MC.<sup>131</sup> EXTENDER ESTE CRITERIO A LAS SUBVENCIONES QUE NO SE PUEDEN MANTENER EN EL MERCOSUR, ESTO ES A LAS PREEXISTENTES

Habiéndose dado acuse de recibo de la ayuda notificada, la Comisión puede solicitar del Estado cuestionado aclaraciones o datos complementarios, disponiendo de dos meses para examinar el proyecto de ayuda. Es en este "período de instrucción", durante el cual el Estado está obligado a no hacer efectiva la ayuda al beneficiario y a cuyo término la Comisión puede optar por: no plantear objeciones, por no pronunciarse, o por incoar el procedimiento previsto por el apartado 2 del artículo 88, con la finalidad de despejar dudas acerca de su compatibilidad con el régimen de ayudas comunitario.<sup>132</sup> En este último caso emplazará al EM afectado para que presente sus observaciones y hará lo propio con los demás interesados.<sup>133</sup>

---

Reglamento (CE) n° 69/2001- Diario Oficial L 10 de 13.01.2001

Reglamento (CE) n° 70/2001- Diario Oficial L 10 de 13.01.2001

**Debe hacerse notar que las normas comunitarias relativas a las ayudas de minimis y a pequeñas y medianas empresas, con fundamento en el ASMC, expresamente excluyen de su ámbito de aplicación a las ayudas a las exportaciones.**

<sup>130</sup> Sin perjuicio de ello la Comisión puede llevar adelante el procedimiento por iniciativa propia o tras haber recibido una denuncia de otro Estado o de un particular.

<sup>131</sup> Repárese en la diferencia de significado de los criterios de "incompatibilidad con el mercado común", e ilegalidad de la ayuda.

<sup>132</sup> Este procedimiento tiene por objeto permitir a la Comisión recabar opiniones para el exámen del caso, como así también permitir que las "partes" que se sientan perjudicadas por la concesión de la ayuda, puedan defender sus intereses.

<sup>133</sup> El Tribunal de Justicia ha precisado cuales son las partes interesadas que menciona el apartado 2 del art.88. En esta categoría incluye a la empresa beneficiaria de la ayuda, a los demás EM y a cualquier persona, empresa o asociación que pueda verse perjudicada por la concesión de la ayuda, pero en particular a las empresas que compiten con la empresa beneficiaria y a las asociaciones profesionales interesadas. Como se puede observar entre éstos terceros también se encuentra la empresa beneficiaria de la ayuda, ello es así porque el procedimiento se lleva a cabo entre el EM y la Comisión. Sin perjuicio de ello, es considerada un tercero más privilegiado desde el punto de vista de la protección judicial de sus derechos al equiparárselo en este sentido al EM afectado. Estas partes con interés legítimo

**La decisión final** que la Comisión adopta puede ser negativa, positiva, positiva pero con la imposición de determinados requisitos, etc. La que además debe precisar, en su caso, el plazo en el cual el EM debe ajustarse a lo por ella establecido. En caso que el EM no adopte a su debido tiempo las medidas necesarias a tal efecto, la Comisión puede recurrir directamente al Tribunal de Justicia, con la propuesta de condenar al Estado por incumplimiento de las obligaciones que emanan del Tratado.

Si la Comisión opta por el silencio la ayuda se integra automáticamente bajo el régimen de ayudas existentes, como compatible, lo que legitima al Estado a poner en práctica el proyecto sin incurrir en ilegalidad, sujeto al único requisito de informar a la Comisión acerca de su intención.

b) Reglas de procedimiento aplicables a las ayudas existentes (art.88 apartados.1 y 2)

El ex art. 93 establece que la Comisión debe proceder al examen permanente de las ayudas existentes. En este caso, dado que no existe la obligación de notificación y de suspensión que acompañan a la primera clase de ayudas, el control a priori se torna a posteriori.

Se incluyen dentro de esta categoría a las ayudas: a) concedidas antes de la entrada en vigor del Tratado; b) que ya fueron autorizadas por la Comisión explícita o implícitamente, por no haberse pronunciado éste órgano dentro del plazo en que debía haberlo hecho.

A su vez, dentro de las ayudas concedidas antes de la entrada en vigor del Tratado se incluyen: 1) a las específicas concedidas antes de esa fecha, y 2) a los casos de aplicación de regímenes preexistentes. *En este último supuesto ello será así en la medida que no se haya producido ninguna modificación tras la entrada en vigor del Tratado, pues de lo contrario, como hemos visto, se consideraría ayuda nueva.*

Destaca particularmente el "XXVII<sup>o</sup> Informe sobre Política de la Competencia" que la categoría de ayudas existentes concede a la Comisión, la posibilidad de controlar los casos de aplicación de regímenes de ayudas por ella previamente autorizados, y también que:

---

hacen valer sus derechos en la etapa denominada pre-contenciosa que se abre con la publicación de la decisión de incoar el procedimiento.

"Un régimen de ayuda es una medida nacional, normalmente de tipo legislativo, que fija las condiciones en las que los proyectos pueden optar por la concesión de una ayuda, así como los límites y la intensidad de ésta y sus modalidades de pago. Un régimen de ayudas se diferencia así de las ayudas específicas o ad hoc, en que afecta no a una empresa específica, sino a varias empresas cuya identidad y cantidad están por determinar. Después se adoptan medidas de ejecución del régimen cada vez que una empresa debe beneficiarse de estos regímenes respetando las condiciones fijadas por la Decisión de autorización de dicho régimen por la Comisión." <sup>134</sup> (el subrayado es nuestro)

Esta distinción es importante tenerla presente dado que puede suceder que tratándose de una "ayuda existente" (en virtud de una autorización de la Comisión), que además constituye una aplicación de un régimen de ayudas, la medida en cuestión se vea de todos modos sujeta a las obligaciones de notificación y suspensión, y consecuentemente al mismo procedimiento que el de las ayudas nuevas, si así lo impuso la Comisión al momento de autorizarla. En consecuencia, *tanto el EM como el beneficiario de la ayuda, se verán obligados a corroborar, no solo que se ha concedido conforme al régimen aprobado, sino también que la exigencia de notificación previa se haya cumplimentado.* <sup>135</sup>

En el transcurso de este procedimiento, la Comisión puede llegar a concluir que el régimen sigue justificado y cerrar el asunto, proponer modificaciones, o inclusive su supresión. <sup>136</sup> *En caso que el EM no se avenga a lo ordenado por la Comisión, ésta puede dar inicio al procedimiento a que hace alusión el apartado 2 del art.88.* <sup>137</sup>

### c) Procedimiento de examen de ayudas ilegales

Como ya lo adelantamos, cuando un estado procede a adoptar o a hacer efectivas ayudas sin cumplir con su obligación de notificar o sin esperar la decisión de la Comisión, la ayuda puede

---

<sup>134</sup> "XXVIIº Informe sobre Política de la Competencia", op. cit. , p. 34.

<sup>135</sup> Estos supuestos se presentan por ejemplo cuando los beneficiarios de estas medidas son empresas que dependen de sectores sensibles de la actividad económica o cuando las medidas en cuestión tienen fines particulares.

<sup>136</sup> Existen en este caso también las fases preliminar y de examen presentes en el supuesto anterior. En la fase preliminar, la Comisión realiza un examen previo sobre la compatibilidad inicial de un régimen de ayudas o de una ayuda con relación a un régimen ya aprobado.

<sup>137</sup> La **decisión final no tiene efecto retroactivo y no puede dar lugar a una solicitud de recuperación de las ayudas ya concedidas sobre la base de un régimen existente.**

ser objeto de un procedimiento con características que lo distinguen de los anteriormente descritos.

En este supuesto la Comisión, luego de constatar que un EM ha incumplido las obligaciones que pueden llevar a la ilegalidad, invita a los EM a presentar sus observaciones al respecto en un plazo perentorio.<sup>138</sup> Si se omite responder o si las respuestas no son satisfactorias, la Comisión da inicio al procedimiento comentado del apartado 2 del art. 88. Con la diferencia que su substanciación suele correr pareja con la aplicación de **medidas provisionales**,<sup>139</sup> y que una vez concluido el examen de la ayuda, la Comisión **puede adoptar una decisión final retroactiva, con posibilidades de que la ayuda sea recuperada, inclusive con el pago de intereses** calculados sobre la base del tipo comercial, a partir de la fecha de la concesión de la ayuda.

A su vez si el EM no acata las medidas provisionales en los plazos fijados, o la decisión definitiva de recuperar la ayuda, la Comisión puede valerse del apartado segundo del art. 88 y elevar el caso al TJCE.

Es de suma relevancia destacar que *la obligación de restituir es una creación jurisprudencial,* desde que el artículo 88 del Tratado solo contempla la modificación o la supresión de la ayuda. **El Tribunal consideró al cumplimiento de esta obligación eventualmente necesario para asegurar el "EFECTO ÚTIL" de las medidas.**<sup>140</sup>

---

<sup>138</sup> Con la finalidad de evitar o limitar los falseamientos de la competencia provocados por la ayuda.

<sup>139</sup> Este tipo de medidas tienen por finalidad impedir la concesión de la ayuda, o si es demasiado tarde, al menos impedir su pago.

<sup>140</sup> Sentencia del 12 de julio de 1973, Comisión/Alemania.

### **CAPITULO III: LAS REGLAS APLICABLES EN EL MERCOSUR A LOS SUBSIDIOS A LAS EXPORTACIONES INTRAZONA**

#### **3.1. Consideraciones generales**

Debe destacarse en primer lugar, como lo hace el propio Tratado constitutivo del Mercosur, el carácter de elemento estructural que, para la conformación del MC, reviste la existencia de la "libre circulación de bienes, servicios y factores productivos", como al mismo tiempo la naturaleza instrumental y el carácter de presupuesto ineludible que a ese fin tiene la presencia de una competencia ausente de distorsiones.<sup>141</sup>

Acorde con ello el Consejo Mercado Común (CMC) emitió la Decisión 20/94 en el entendimiento que: "en ciertos casos las políticas públicas pueden distorsionar esas condiciones, afectando la implementación de los objetivos del Tratado de Asunción".

Con fundamento entonces en el imperativo de identificar las medidas que generan distorsiones y en su decisión de definir el tratamiento que les cabe dar a estas medidas en el contexto de la consolidación de la UA, el Consejo instruyó a la Comisión de Comercio (CCM) para que ésta cree un Comité Técnico específico (CT).<sup>142</sup>

El CT N° 4 "sobre Políticas Públicas que distorsionan la competitividad", tenía como objetivo identificar aquellas medidas de política pública vigentes en cada EP que pudieran distorsionar las condiciones de competencia dentro de la región por su carácter discriminatorio, al beneficiar a los agentes económicos localizados en el país que practicaba la ayuda.

---

<sup>141</sup> Véase el art. 3 del TR.

<sup>142</sup> Art.1 de la Decisión 20/94.

En la conveniencia de definir, en el marco de los objetivos, propósitos y principios establecidos en el artículo 1º del TA, las áreas, instrumentos y mecanismos prioritarios para avanzar hacia el MC, el CMC emitió la Decisión 6/95 o "Mandato para la consolidación del mercado común". Esta norma a su turno dio lugar a la Dec.9/95 o "Programa de Acción del Mercosur hasta el año 2000", en el cual se asigna un carácter prioritario al tratamiento de las políticas públicas que distorsionan la competitividad y a la defensa de la competencia.

Una vez identificadas, las medidas debían ser clasificadas de acuerdo con las siguientes categorías: a) medidas que implican excepciones al régimen comercial común del Mercosur, b) medidas de naturaleza tributaria, c) medidas de naturaleza crediticia, d) medidas asociadas al régimen de compras gubernamentales y e) otras medidas.

*Con base en esta clasificación el CT tenía que cumplir el mandato de elaborar una propuesta de distinción entre medidas compatibles e incompatibles con el funcionamiento de la UA teniendo en cuenta  criterios de eficiencia económica y los objetivos generales del Mercosur, sin dejar de tener en consideración las disposiciones del GATT-OMC sobre el particular.*<sup>143</sup>

En la elaboración de esa propuesta el CT debía especificar plazos y sugerir:

- la armonización de las medidas que considerara compatibles (pudiendo consistir esta armonización tanto en la compatibilización general de las normas vigentes o en su mantenimiento, en tanto se justificara su permanencia),
- su eliminación progresiva, si las consideraba incompatibles.

La realidad se ha encargado de mostrar que debido a la alta sensibilidad política del tema, los trabajos del Comité no han resultado muy fructíferos.<sup>144</sup> A raíz de ello, el CMC, en el marco del Proceso de "Relanzamiento del Mercosur",<sup>145</sup> emitió la Dec.31/00,<sup>146</sup> por la cual instruyó al Grupo Mercado Común (GMC) a que elabore una propuesta que incluya: "disciplinas para eliminar el uso de los incentivos a las exportaciones intrazona",<sup>147</sup> y volvió a insistir en la necesidad de efectuar "un relevamiento e intercambio de información respecto de los incentivos financieros (...) utilizados en los EP que incidan en el comercio intrazona".<sup>148</sup>

---

<sup>143</sup> Artículos 2, 3 y 5.

<sup>144</sup> Véase el Informe Mercosur. BID. INTAL. Año 5. Informe N° 6. Período 1999-2000, p. 105.

<sup>145</sup> Señala Beatriz Nofal: " El concepto de "Relanzamiento" (...) fue adoptado en forma generalizada para expresar la necesidad de relanzar el Mercosur en la dirección original, es decir la integración profunda". **Hacia la integración profunda. Relanzamiento ya,** op. cit. , p. 47.

<sup>146</sup> En los considerandos de esta Decisión se vuelve a insistir en la necesidad que tiene el MC de contar con disciplinas comunes en materia de incentivos a...la exportación. Y en "que es fundamental evitar la existencia de tratamientos diferenciales que alteren las condiciones de competencia entre los Estados Partes (...)".

<sup>147</sup> Esta propuesta también deberá incluir "las fechas a partir de las cuales se instrumentarán las disciplinas en materia de incentivos... a la exportación". (Artículo 1).

<sup>148</sup> Artículo 2º. Dec. 31/00.

Ello contrasta con la instrucción dada en relación con los incentivos a la producción y a la inversión, respecto de los cuales la propuesta a elevarse debe tender solo a limitarlos.

Por su parte, y respecto de extrazona, el artículo 4º del TA establece: "En las relaciones **con terceros países, los Estados Partes asegurarán condiciones equitativas de comercio.** A tal efecto, aplicarán sus respectivas legislaciones a fin de inhibir importaciones cuyos precios estén influenciados (...) por subsidios. Paralelamente, los Estados Partes coordinarán sus respectivas políticas nacionales, con el objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial."<sup>149</sup>

Nótese sin embargo que esta norma no alude, al menos expresamente, a la armonización de las políticas de promoción de las exportaciones por parte de los países del Mercosur destinadas fuera del bloque.<sup>150</sup>

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto cabe destacar que, ínterin, en el Mercosur se ha intentado regular,<sup>151</sup> al menos someramente, la cuestión de las ayudas estatales en el marco de una política de defensa de la competencia subregional (Dec.18/96).<sup>152</sup>

---

<sup>149</sup> En este sentido ha sido aprobado por la Dec.29/00 el "Marco Normativo del Reglamento Común de Defensa contra Subvenciones concedidas por Países no Miembros del Mercosur". A su turno por la Dec.28/00 el CMC encomendó al GMC a que elabore una propuesta de Reglamento Común que esté en consonancia con lo dispuesto en el Marco Normativo (art. 3).

Este tipo de instrumentos reviste importancia en la medida que evita que, a un producto que un PM le esté aplicando una medida compensatoria, ingrese por otro EM, burlando la legislación del primero, y obligando a fin de evitar esa situación, a contar y aplicar rigurosas reglas de origen intrazona.

<sup>150</sup> A pesar de este silencio en el Mercosur la promoción crediticia de las exportaciones extrazona está regulada por el artículo 4º de la Dec.10/94, al que nos referiremos más adelante.

<sup>151</sup> Dado que la Decisión 18/96 aún no se encuentra vigente por falta de ratificación de todos los Estados Partes.

<sup>152</sup> El Artículo 32 estipula que "Los Estados Partes se comprometen, dentro del plazo de dos años de la entrada en vigencia del presente Protocolo, y a los fines de incorporación a este instrumento, a elaborar normas comunes que disciplinen las ayudas de Estado que puedan limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia y sean capaces de afectar el comercio entre los países".

**"Para ello se tendrán en consideración** los avances sobre el tema de las políticas públicas que distorsionan la competitividad y **las normas pertinentes de la OMC**".

Respecto de la su reglamentación puede decirse que no se registraron avances en materia de ayudas estatales, lo que quizás se relacione con el hecho que la incorporación de este artículo estuvo teñida de desentendimientos entre las partes, ya que Argentina supeditó la aprobación del Protocolo a la inclusión de un artículo sobre la asistencia estatal, mientras Brasil se oponía a que la cuestión fuera objeto del acuerdo. A la par, nuestro país, propiciaba la vigencia de las legislaciones nacionales sobre derechos antidumping y compensatorios en el comercio intrazona. Véase el "Informe Mercosur" N° 3 del BID INTAL, Bs. As, julio-diciembre 1997, p. 27.

Ahora bien, respecto de la clase de incentivos que hace a nuestro interés se constata que, no obstante su inclusión dentro de las clase de medidas a ser analizadas por el CT N° 4 en los términos de la Decisión 20/94, con anterioridad a su dictado el CMC emitió la Decisión N° 10/94, relativa a la "armonización para la aplicación y utilización de los incentivos a la exportaciones por parte de los países integrantes del Mercosur".

Esta Decisión resulta particularmente importante en tanto es la normativa Mercosur que resulta aplicable en la actualidad, atento la falta de concreción de los proyectos mencionados tendientes a perfeccionarla.

Por otra parte hay que destacar que también en el marco de la etapa de "Relanzamiento del Mercosur", el CMC dictó la Dec.28/00 por la cual instruyó al GMC a que elabore una propuesta "con el objeto de disciplinar el proceso de investigación y de aplicación de (...) los derechos compensatorios en el comercio intrazona".<sup>153</sup> Propuesta que, ha sido elaborada y aprobada por la Dec.64/00,<sup>154</sup> lo cual implica, por un lado la postergación del propósito implícitamente contenido en la Dec.18/96,<sup>155</sup> de reemplazar la aplicación de las legislaciones nacionales sobre derechos compensatorios intrazona por un régimen de ayudas Mercosur, y al mismo tiempo que la Dec.10/94 coexista con éstas legislaciones.<sup>156</sup>

En función de lo expuesto y siendo Argentina y Brasil miembros de la OMC, podemos deducir que, ante la concesión de subsidios a las exportaciones intrazona por parte de cualquiera de los socios del Mercosur, cada uno de ellos contará con las siguientes opciones: a) recurrir ante los órganos de solución de controversias de esta Organización,<sup>157</sup> b) reclamar ante sus

---

<sup>153</sup> Decisión 28/00 Relanzamiento del Mercosur-Defensa Comercial y de la Competencia".

Por intermedio de su artículo segundo se encomienda que la propuesta "defina los instrumentos aplicables con vistas a la eliminación gradual de la aplicación de ... derechos compensatorios en el comercio intrazona". (el subrayado es nuestro)

<sup>154</sup> Asimismo por esta Decisión se instruye al GMC par que elabore disciplinas adicionales a las que constan en su Anexo. Estas disciplinas adicionales han sido aprobadas por la Dec. 22/02. Sin perjuicio de la incorporación como normativa Mercosur del acuerdo ASMC, por intermedio de la Dec. 14/02.

<sup>155</sup> Lo cual se deduce de su alusión al tratamiento interrelacionado que se le debe dar a las reglas de defensa comercial y a las de defensa de la competencia, como también de la mención expresa, que hace esta norma de la Dec. 18/96.

<sup>156</sup> Por la Decisión 7/01 ("Adecuación de los plazos del Programa de Relanzamiento del Mercosur"), se han prorrogado los plazos previstos en las Decisiones 28/00, 31/00 y 64/00. Estos plazos, a su turno, han sido nuevamente prorrogados por la Dec. 16/01 y 10/03.

<sup>157</sup> En cuyo caso tendrá que invocar y seguir los procedimientos previstos en las Partes II y III del ASMC.

autoridades nacionales a fin de que éstas apliquen sus legislaciones sobre DC,<sup>158</sup> o c) poner en marcha el Sistema de Solución de Controversias del Mercosur (SSC), invocando la aplicación de la Decisión 10/94.<sup>159</sup>

### 3.2. La normativa en materia de derechos compensatorios (DC)<sup>160</sup>

Frente al escenario subregional descrito y antes de abocarnos de lleno a la última Decisión mencionada, creemos conveniente detenernos a identificar (siempre en el contexto de la regulación internacionalmente aplicable), las **asimetrías legislativas** existentes a este respecto entre Argentina y Brasil. Ello, a los efectos de **demostrar la disfuncionalidad de esta clase de regulación para administrar la concesión de subsidios crediticios** en el marco del proceso subregional,<sup>161</sup> y **también la posibilidad de que, a partir de la presencia de estas divergencias normativas y de sus resquicios, los sectores de la industria nacional (no dispuestos a efectuar los ajustes que demandan las nuevas reglas de juego impuestas por la UA), pueden obtener de sus gobiernos una aplicación desnaturalizada de estos mecanismos de defensa comercial.** Con lo cual se aplazaría su reestructuración e se impondrían al mismo tiempo, nuevas trabas en el comercio intrazona que asumirían el lugar de los restricciones arancelarias eliminadas a consecuencia de la liberalización comercial acordada.<sup>162</sup>

---

<sup>158</sup> En este caso las legislaciones deberán ser acordes a la Parte V del ASMC y respetar los artículos 1 y 2 del mismo Acuerdo, y en tanto se presenten los presupuestos allí previstos.

<sup>159</sup> En cuyo caso tampoco podrá dejar de tenerse en cuenta lo estipulado en el referido Acuerdo, atento, no solo la remisión a este texto que hace la misma Decisión, sino también la condición de PM de esta Organización que revisten los países socios del Mercosur.

<sup>160</sup> Este capítulo ha sido elaborado a partir del "Compendio de Legislaciones sobre antidumping y derechos compensatorios" que figura en la página web del ALCA y la ley 24.425, por la que Argentina incorpora a su ordenamiento jurídico los resultados de la Ronda Uruguay, las Decisiones, Declaraciones y Entendimientos Ministeriales y el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC.

<sup>161</sup> Véanse en este sentido los Considerandos del PDC. Decisión 18/96.

<sup>162</sup> Esta es la lectura que hace el Tribunal Ad Hoc del Mercosur que entendió en el asunto "Aplicación de Medidas Antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes de Brasil ", la cual consideramos extensiva a la aplicación de derechos compensatorios: "Es que, aun cuando el procedimiento antidumping puede estar destinado efectivamente a contrarrestar una conducta comercial desleal, también puede ser utilizado como un recurso de naturaleza comercial y de corte proteccionista, para impedir o limitar las importaciones desde otros mercados regionales y así evitar la competencia con la producción nacional. (punto 151). (el subrayado es nuestro)

En esta última hipótesis el procedimiento antidumping se vuelve un instrumento restrictivo del comercio que cabe en la definición del artículo 2 del Anexo I al TA y, como tal, es absolutamente incompatible con el régimen de libre circulación de bienes propio de las áreas de libre comercio y de las uniones aduaneras (Punto 152). (el subrayado es nuestro)

De este modo creemos que las conclusiones que se extraerán de este acápite constituirán un elemento adicional para justificar nuestro propósito de realizar una lectura más categórica de la Dec.10/94, como la que se propone en este trabajo.

Dicho esto y sin dejar de reconocer los enormes progresos obtenidos con la aparición del ASMC,<sup>163</sup> cuya Parte V resulta aplicable en estos casos,<sup>164</sup> como el hecho que las críticas y apreciaciones que aquí se realizan se las efectúa al solo efecto de poner de resalto su ya apuntada disfuncionalidad e insuficiencia para estos casos, clasificamos nuestras consideraciones acerca de la misma, del siguiente modo:<sup>165</sup>

### 3.2.1. En cuanto a su objeto o finalidad

Como lo hemos mencionado aún subsiste para los productores de Argentina y Brasil que se consideren afectados por la concesión de un subsidio, la posibilidad de acudir ante sus propias autoridades competentes con la finalidad de que ésta aplique un DC que contrarreste sus efectos distorsivos.

Respecto de esta clase de normativa cabe destacar en primer lugar, que ha sido pensada para regir ante otro tipo de situaciones o en un contexto distinto de aquel que se genera con motivo de un proceso de integración, dado que (en tanto excepción al principio general de NO DISCRIMINACION que impera en la OMC), resulta aplicable para resguardar a la industria local, ante ciertas circunstancias.

Esta finalidad contrasta abiertamente con las razones expresadas en los Considerandos de la Dec.18/96 para justificar la presencia de un mecanismo (como es el PDC que por ella se crea), que resguarde las condiciones de competencia a nivel subregional, en tanto de su texto se desprende: "que la libre circulación de bienes y servicios

---

<sup>163</sup> Véase en este sentido a Weber Barral, op.cit., p.p. 6-7.

<sup>164</sup> Argentina ha adoptado e internalizado los Acuerdos aprobados en la Ronda Uruguay (entre los que se encuentra el ASMC), por ley 24.425 del 5/1/95. Sin embargo dado que esta ley no ha sido reglamentada en lo que respecta a las investigaciones para aplicar derechos compensatorios, le resultará aplicable, en tanto no se contraponga con el texto de esa ley, el Decreto 2121/94 que reglamenta los resultados de la Ronda Tokio sobre el particular.

En Brasil los resultados de esta Ronda Multilateral han sido incorporados al ordenamiento brasileño por el Decreto 1.335, del 30/12/94. Por su parte el Decreto 1.751 del 19/12/95, establece el procedimiento a seguir para la aplicación de derechos compensatorios.

<sup>165</sup> Aclaremos que cuando existe alguna asimetría entre las legislaciones y/o una discordancia con lo establecido en esta Parte del Acuerdo se lo menciona expresamente, debiendo presumirse la identidad de textos en la situación contraria.

entre los Estados Partes torna imprescindible asegurar condiciones adecuadas de competencia, que contribuyan a la consolidación de la unión aduanera". Y en la **medida que su presencia asegura: "el crecimiento equilibrado y armónico de las relaciones intrazona, el aumento de la competitividad de las empresas establecidas en los Estados Parte"**, como así también "el libre acceso al mercado y la distribución equilibrada de los beneficios del proceso de integración económica".<sup>166</sup> (el subrayado es nuestro)

### 3.2.2. En cuanto a su ámbito de aplicación material

La Parte V del ASMC y las correlativas legislaciones nacionales, solo resultarán aplicables para contrarrestar los efectos de las exportaciones subvencionadas en el territorio del país importador.<sup>167</sup> De allí que la aplicación del DC esté condicionado, entre otras cosas, a que se acredite que se ha producido daño a la rama de producción nacional.<sup>168</sup>

El único supuesto en que el ASMC admite la evaluación y castigo de los efectos de una exportación subsidiada en un mercado distinto del país perjudicado, es el caso en que existe perjuicio grave (previsto en la Parte III del Acuerdo).<sup>169</sup>

Esto explica que los términos "rama de la producción", "daño", "amenaza de daño", como el mismo examen que debe realizarse sobre la repercusión que tienen estos últimos, se interpreten o apliquen limitándose al ámbito nacional, sin entrar a considerar su dimensión subregional.

---

<sup>166</sup> En este sentido Terry Collins-Williams y Gerry Salembier señalan: "El esfuerzo en la Ronda Uruguay de negociaciones de desarrollar una disciplina multilateral en materia subsidios en parte surgió del deseo de crear un mecanismo alternativo al de los derechos compensatorios (...) que pueda ser utilizado en lugar de este mecanismo que favorece a la industria doméstica..", op. cit., p. 12.

<sup>167</sup> Quedan excluidos en consecuencia, los casos en que los efectos de la subvención perjudiquen al país reclamante en el mismo mercado del país concedente de la subvención, o en un tercer mercado. Estos supuestos solo serán cuestionables con fundamento en la existencia de perjuicio grave (Parte III del Acuerdo, artículos 5 y 6). Véase a John Jackson, op. cit, p.p. 280-281.

<sup>168</sup> En este sentido, en el Capítulo I, "Del objeto y ámbito de aplicación ", el art. 2 de la Dec.18/96 estipula: "**Las reglas de este Protocolo se aplican a los actos que tengan por objeto producir o que produzcan efectos sobre la competencia en el ámbito del Mercosur y que afecten el comercio entre los Estados Partes**".

<sup>169</sup> Véanse los incisos a, b, c y d) del artículo 6.

### 3.2.3. En cuanto a los márgenes de discrecionalidad a que dan lugar las normas

De modo general cabe destacar que en el artículo 6º de la Dec.64/00,<sup>170</sup> se establece que los procedimientos serán monitoreados por la CCM, debiendo los EP notificarle de su apertura e informarle sobre su evolución.<sup>171</sup>

Este acápite a su vez puede ser subclasificado en:

#### a) Supuestos generales

Cálculo de la cuantía de la subvención, en función del beneficio. En este caso, aunque se brindan parámetros, su determinación se deja librada a la normativa nacional (art. 14.1 ASMC). A ello se debe adicionar que las reglamentaciones nacionales están enunciadas de modo muy general.

En este sentido debe recordarse la estrecha relación que existe entre el margen de beneficio o subsidio que se detecte y el margen de derecho compensatorio que resultará aplicable.<sup>172</sup>

Dada esa vinculación tampoco podemos dejar aquí de mencionar la opción con que cuentan los EM de: "fijar la cuantía de un derecho compensatorio en un monto igual o menor a la cuantía del subsidio". Limitándose a una expresión de deseo que la misma equivalga a la cantidad suficiente para eliminar el daño a la rama de la producción nacional (art.19.2 ASMC).

La legislación brasileña determina que "en circunstancias excepcionales, el Ministro de Industria, Comercio y Turismo y el Ministro de Finanzas (ambas autoridades competentes en esta clase de investigaciones), podrán determinar por razones de interés nacional, la suspensión de la aplicación de DC o la aplicación de una tasa distinta de la recomendada".<sup>173</sup>

---

<sup>170</sup> Esta Decisión ha sido reemplazada por la Dec. 22/02.

<sup>171</sup> Se alude a esta Decisión a los efectos de demostrar que efectivamente estas legislaciones presentan los inconvenientes señalados desde la introducción de este trabajo, los cuales se pretende salvar con su redacción.

<sup>172</sup> Véase el artículo 19 del ASMC.

<sup>173</sup> El primero de los casos está acorde con el párrafo segundo del art. 19 cuando dice: "La decisión de establecer o no un derecho compensatorio...habrán de adoptarlas las autoridades del Miembro importador".

Debe recordarse que según el párrafo 4º del citado artículo no se podrá percibir nunca un derecho compensatorio que sea superior a la cuantía de la subvención, calculada por unidad de producto subvencionado y exportado.<sup>174</sup>

En este sentido la Dec.64/00 dispone que "el derecho compensatorio deberá corresponder al derecho necesario para anular el efecto dañino del (...) subsidio".<sup>175</sup>

En relación con las reglas relativas a la duración y exámen de los DC y de los compromisos, también el artículo 21.del ASMC deja librado a la autoridad nacional la determinación del tiempo que será necesario que el DC permanezca en vigor para contrarrestar el daño. Con un límite temporal fijado en cinco años a contar desde la fecha de imposición (o desde la fecha del último examen).<sup>176</sup> El que podrá prorrogarse por otros cinco años, *si las autoridades determinan que la supresión del derecho daría lugar a la continuación o a la repetición de la subvención y de daño*.<sup>177</sup>

Es de destacar que la legislación brasileña dispone para el caso en que: "las autoridades determinen que el derecho compensatorio no esté ya mas justificado, que el mismo deberá suprimirse inmediatamente" y reembolsarse, si se determina que los derechos eran más altos de lo necesario para compensar el daño, y su subsistencia ya no se justifica.

Otra ocasión que puede dar lugar a la discrecionalidad de la autoridad nacional, es la que se genera con motivo de la aceptación o rechazo de los compromisos, ya que la norma reconoce a la autoridad competente la posibilidad de rechazarlos, no obstante que se hayan cumplido todos los recaudos del art.18.2 (ASMC),<sup>178</sup> sí considera que no sería realista tal aceptación, o por otros motivos, entre ellos de política general. El recurso a este último fundamento, dada su amplitud e imprecisión, puede ser utilizado para responder a un fin distinto del que se ha propuesto la normativa OMC con su previsión.<sup>179</sup>

---

<sup>174</sup> Véase el punto 39 del Laudo Arbitral Tribunal Arbitral del Mercosur sobre pollos citado.

En el particular Brasil cuestiona el método utilizado por Argentina para la aplicación del derecho antidumping, el que según Brasil, en la práctica termina siendo más elevado que el margen de dumping detectado. Como se observa la controversia se relaciona con el dumping, no obstante ello dada la similitud de normas en este aspecto, la consideramos extensible al caso de subsidios.

<sup>175</sup> Punto 4 inc. b).

<sup>176</sup> Por el art. 5 de la Dec.64/00 este plazo se reduce a tres años.

<sup>177</sup> Véase el artículo 21, incisos 1, 2 y 3.

<sup>178</sup> Haya mediado una determinación preliminar positiva.

<sup>179</sup> Téngase presente que la Dec.64/00 y su sustituta, la Dec. 22/02, instan a la autoridad investigadora a su celebración.

El supuesto de la aplicación retroactiva de DC también es importante ya que de presentarse "circunstancias críticas" que hagan concluir que existe un daño difícilmente reparable (apreciación que se deja librada a la autoridad de aplicación nacional), podrán percibirse derechos sobre las importaciones que se hayan declarado a consumo noventa días, como máximo, antes de la fecha de aplicación de las medidas provisionales.<sup>180</sup>

Un caso particular es el contemplado en el artículo 18.5 del ASMC, ya que trata las consecuencias que se derivan de la negativa por parte de un País Miembro a aceptar el compromiso sugerido por la autoridad investigadora, (en el caso en que el primero no lo ofrezca unilateralmente), y en los que goza de la prerrogativa de determinar que "es más probable que la amenaza de daño llegue a materializarse".<sup>181</sup>

La Dec.64/00 insta a la autoridad investigadora a que promueva la concreción de compromisos antes de la aplicación de derechos provisionales (esto es una vez que se ha dictado una determinación preliminar positiva sobre la existencia de subsidio y de daño a la rama de producción nacional).

En último término señalamos a la decisión de aplicar medidas provisionales, desde que el artículo 17 establece que ellas solo podrán aplicarse cuando: "la autoridad competente juzgue que tales medidas son necesarias para impedir que se cause daño durante la investigación. Sin perjuicio de los otros supuestos a que la norma condiciona su establecimiento.

Independientemente de ello destacamos que la Dec.64/00 exige la celebración de consultas en forma previa a la aplicación de cualquier medida.

b) Supuestos en que los márgenes de apreciación de la autoridad nacional pueden atentar contra las reglas del debido proceso (en este caso siempre ha de tenerse presente los contados casos en que es posible una revisión imparcial)

Aludiremos en primer lugar al artículo 11.6 del ASMC dado que autoriza el inicio de oficio de la investigación cuando en "circunstancias especiales", se cuente con pruebas suficientes de la

---

<sup>180</sup> Por este inciso del artículo 20 se crea una excepción a la regla general contenida en el inc. 1).

<sup>181</sup> La norma brasileña resulta más benévola que el texto del ASMC al estipular: "esta decisión no irá en perjuicio de la consideración del caso ni cambiará la determinación preliminar".

existencia de subvención, del daño y de la relación de causalidad. Tanto la determinación de ésta "suficiencia" como la existencia de esas circunstancias excepcionales es una cuestión a evaluar por la autoridad nacional sin que exista posibilidad de cuestionamiento alguno.

En segundo lugar la facultad de examinar la exactitud e idoneidad de las pruebas presentadas a fin de determinar si son suficientes para justificar el inicio de una investigación a pedido de la rama de la producción nacional o en su nombre (art.11.3), puede ser permeable o funcional a ciertos intereses nacionales.

La Dec.64/00 prevé que antes de darse inicio a la investigación, se informe al estado exportador de la admisibilidad de la solicitud de investigación, se brinde la oportunidad de tomar vista del expediente, de celebrar consultas, y se intercambie información.

c) Conceptos o determinación de ciertas situaciones que por su propia naturaleza implican un cierto grado de discrecionalidad (no obstante la precisión de las normas o de los presupuestos a los que se las condicione)

Hacemos referencia aquí a la determinación de la existencia de amenaza. Esto es advertido por el propio ASMC que dispone que en estos casos "la aplicación de las medidas compensatorias se examinará y decidirá con especial cuidado"( Art.15.8).

d) Vinculadas a los aspectos institucionales y a la frágil garantía de defensa

El hecho de que en ninguno de los dos casos intervengan en la investigación órganos totalmente independientes del Poder Ejecutivo es una cuestión a tener en cuenta, desde que ello los hace más permeables a los intereses proteccionistas.<sup>182</sup> Máxime cuando la posibilidad de

---

<sup>182</sup> En el caso de Brasil la aplicación de derechos compensatorios es decidida por dos ministerios, luego de la intervención de una instancia inferior que depende de uno de ellos. Mientras que en Argentina se deciden en uno solo, aunque con intervención, en ciertas etapas de la investigación, de un órgano desconcentrado del Ministerio de Economía Obras Y Servicios Públicos, la Comisión Nacional de Comercio Exterior. Pero es de destacar que solo en Argentina se da que la determinación del daño la realice un órgano técnico (como es la CNCE), distinto de aquel que se pronuncia acerca de la existencia o no de subvención. Véase en este sentido a Gustavo D. Lazzari y Martin Simonetta: "Instrumentos de Resguardo comercial para un regionalismo abierto: El caso Mercosur". *Contribuciones. Juventud y Política*. Konrad Adenauer-Stiftung. N° 3. 1999, p.p. 159-160.

obtener una revisión judicial o independiente de las resoluciones tomadas en el marco de estas investigaciones no son muchas.<sup>183</sup>

Relacionado a este último aspecto importa resaltar que el texto del art. 23 del ASMC solo prescribe de manera general, que cada Miembro "mantenga tribunales o procedimientos judiciales, arbitrales o administrativos destinados a la pronta revisión de las determinaciones definitivas y a las determinaciones a que alude el artículo 21 (duración y exámen de los DC). De ahí las diferencias que presentan entre sí las legislaciones.<sup>184</sup> Ello implica que de acuerdo con el texto de la OMC, y a título de ejemplificativo, los EM no están obligados a asegurar la revisión de:

- La decisión que considera que existen pruebas suficientes para proceder a la apertura de la investigación, la que justifica que la investigación se abra de oficio, la que fija la cuantía del derecho compensatorio en un monto mayor al necesario para paliar el subsidio, la que rechaza el ofrecimiento de compromiso, etc.<sup>185</sup>
- Las determinaciones preliminares.<sup>186</sup>

Tratándose de este último caso importa destacar que el ASMC estipula que previo a su emisión se debe dar intervención a las partes.<sup>187</sup>

---

<sup>183</sup> En este sentido destacan Gustavo D. Lazzari y Martin Simonetta con la idea de asegurar que la aplicación de un derecho compensatorio sea transparente que, la UE aplica: "la regla de interés comunitario" que significa que antes de tomar cualquier decisión en materia de resguardo comercial debe realizarse una evaluación de todos los intereses a favor y en contra de tal medida. En términos prácticos, señalan los autores significa que participan del proceso no solo los productores de la UE, sino también las industrias usuarias y los consumidores. Debe recordarse que la parte V del Acuerdo en el inciso 10 del art. 12 prevé su participación pero al solo efecto de presentar información. Lo que según los autores citados ha sido utilizado por Brasil para no brindar participación específica a las entidades que los agrupan, op.cit.

<sup>184</sup> Serán recurribles, según la legislación argentina, las determinaciones preliminares y finales y las decisiones que suspendan, denieguen, revoquen o terminen las investigaciones. Las restantes decisiones que se dicten durante la investigación son irrecurribles.

<sup>185</sup> Véase en este sentido el Laudo arbitral sobre pollos, el cual no obstante que trata el tema dumping lo consideramos extensible al tema subsidios en virtud del parecido de las normas de la OMC que rigen en uno y otro caso.

<sup>186</sup> Recuérdese que nuestro país prevé el control a que alude el artículo 23 del ASMC, para esta clase de determinaciones.

<sup>187</sup> Por ejemplo el artículo 17 (relativo a la aplicación de medidas provisionales), estipula que ellas solo serán aplicables sí: "media determinación preliminar y se le ha dado a las partes interesadas oportunidades adecuadas de presentar información y hacer observaciones" (incisos. a y b).

Al respecto las legislaciones nacionales presentan divergencias, ya que mientras en nuestro país no se contempla una norma correlativa a la del Acuerdo (aunque se otorga la posibilidad de argumentar después de su dictado), en Brasil se da la situación inversa.

Esta no es una cuestión menor si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 17 la imposición de medidas provisionales está sujeta, entre otros presupuestos, a la existencia de una determinación de este tipo.<sup>188</sup>

Recuérdese asimismo que la posibilidad reconocida a las partes interesadas para que soliciten a la autoridad nacional la revisión de la decisión de mantener un derecho compensatorio, esta justamente circunscripta a ese caso y no se extiende al de aplicación de medidas provisionales.<sup>189</sup>

Cabe destacar que la Dec.64/00 exige a la autoridad investigadora del país importador que antes de ser alcanzada una determinación preliminar (negativa o positiva), ofrezca la oportunidad de realizar consultas con vistas al intercambio de informaciones sobre los elementos de prueba en consideración.

Tratándose de determinaciones definitivas ninguno de los dos estados tienen prevista una intervención posterior de las partes. Ello está en consonancia con el Acuerdo que solo prevé la intervención previa en el art.12.8. Ahora respecto de esta última existen asimetrías entre ambas legislaciones pues, mientras Brasil reproduce su texto en la legislación nacional, Argentina guarda silencio.<sup>190</sup>

---

Ello estaría en consonancia con la nota 44 al art. 13 donde se establece que es "especialmente importante que no se formule ninguna determinación positiva (preliminar o definitiva) sin haberse brindado una oportunidad razonable para la celebración de consultas".

<sup>188</sup> Debe resaltarse nuevamente aquí que en el caso de Argentina, se prevé la aplicación de medidas provisionales, siempre que se le haya dado a las partes la posibilidad de emitir su opinión respecto de la determinación preliminar. Es decir que se admite intervención posterior de los interesados.

<sup>189</sup> Y ello sin perjuicio que se prevea para ellas una duración máxima de cuatro meses (art. 17.4).

<sup>190</sup> Sin perjuicio del ya aludido artículo 21.

No existe en la legislación argentina una norma correlativa al inciso 8 del artículo, por lo tanto no existe una norma que explícitamente prevea la intervención en estos casos. Se autoriza de manera general a la CNCE como la Subsecretaría de Comercio Exterior, a realizar audiencias para escuchar alegatos y refutaciones en el área de sus competencias.

Por el contrario Brasil reglamenta el artículo 12.8 específicamente.

Lo afirmado por la Dec.64/00 respecto a la celebración de consultas en forma previa a la determinación preliminar es extensivo a la determinación definitiva.

### 3.3. La normativa MERCOSUR propiamente dicha: nuestra interpretación

#### 3.3.1. Marco interpretativo

En primer lugar nos interesa resaltar que esta lectura se efectuará teniendo siempre presente que, por el artículo 1º de la Dec.10/94 los EP expresamente se comprometen a conceder incentivos en forma compatible, no solo con esa Decisión, sino también en conformidad con los compromisos adquiridos por las partes al respecto ante la OMC.

Remisión explícita que a nuestro criterio torna a la normativa de la OMC "fuente" directa de derechos y de obligaciones para los EM.<sup>191</sup> Y ello, sin dejar de tener presente que, siendo el Mercosur una excepción a la CNMF (por tratarse de una UA en los términos del artículo XXIV del GATT), los PM se encuentran autorizados a establecer reglas propias que, sin desconocer las reglas internacionales, respondan al peculiar tratamiento que debe recibir este tema en los procesos de integración.

Asimismo queremos resaltar, en función de ese mismo marco en el que ha sido dictada la Decisión 10/94, esto es de consolidación y profundización de la integración subregional, la especial relevancia que a nuestro entender adquiere en la tarea interpretativa el enfoque teleológico.<sup>192</sup> En este sentido, consideramos de especial trascendencia (y hacemos nuestro), el carácter funcional que a ese método, y a ese mismo fin, le viene asignando sistemáticamente la "jurisprudencia" Mercosur, como así también su recurso permanente (y su lectura con idéntico sentido

---

<sup>191</sup> En este sentido en el punto 130 del Laudo del Mercosur sobre pollos se ha dicho: "La aplicación de normativa OMC como normativa Mercosur es posible sólo por remisión expresa a aquélla de una norma del Mercosur (...)". (el subrayado es nuestro)

A lo que agregaremos que ello no obsta a que en virtud del artículo 19 del PB se recurra a estos textos, aunque en éste último caso tendrá valor interpretativo pero no el carácter de "fuente" directa de derechos y obligaciones por no tratarse de normativa Mercosur, ya que difiere de los casos en que la normativa Mercosur hace suya a la normativa OMC.

<sup>192</sup> De conformidad con Manuel Díez de Velasco por interpretación se entiende: "la operación de determinar el verdadero sentido y el alcance de los términos empleados en una norma o un negocio jurídico". **Instituciones de Derecho Internacional Público**. Editorial Tecnos. Madrid. 1994, Tomo I, p.183.

instrumental), al artículo 31 de la Convención de Viena en combinación con los principios de pacta sunt servanda y buena fe.<sup>193</sup> Artículo este último que dispone, que un tratado debe ser interpretado según el sentido común de los términos del mismo, en su contexto y a la luz de su objeto y finalidad.

En este orden de ideas el Primer Laudo Arbitral sobre Licencias expresa:

"(...) ha de tenerse en cuenta que dicho cumplimiento (el de la letra del Tratado) deberá realizarse de buena fe, principio este unido al de pacta sunt servanda (...) ratificado por abundante y pacífica jurisprudencia de los Tribunales Internacionales (...). Incluyendo en el concepto de buena fe no sólo la honestidad de los actos de ejecución y su apego formal a la letra de los textos, (...), sino la idoneidad de la actividad de las Partes para dar cumplimiento a los fines y objetivos de las normas convencionalmente acordadas. De igual modo, las obligaciones han de ser analizadas e interpretadas desde esta perspectiva como medios apropiados para alcanzar los fines comunes convenidos. De no tener en cuenta esta perspectiva finalista "de un tratado marco se haría así un tratado bloqueado" en la expresión de Robert Lecourt (L'Europe des Juges, Bruylant, Bruxelles, 1976, p. 235).<sup>194</sup> (el subrayado es nuestro)

"El enfoque teleológico resulta más patente aún en los tratados e instrumentos que conforman organismos internacionales o configuran procesos o mecanismos de integración. A diferencia de otros instrumentos en cierto modo estáticos, donde los derechos y obligaciones se agotan en algunos pocos actos de ejecución, en aquellos casos constituye un marco, una estructura, para desarrollar actividades variadas y múltiples, donde la valoración teleológica de las obligaciones y de las actividades ocupa un lugar central so pena de perder todo sentido. Es que no se trata de "un derecho acabado" al decir de Lecourt (Op. cit. p. 237), sino de un proceso dinámico, dentro de una realidad en cambio. **El método teleológico, como enseña Fausto Quadros, procura garantizar que las normas "sean eficaces en relación con su fin último, que es el de dar satisfacción a las exigencias de la integración"** (Direito das Comunidades

---

<sup>193</sup> Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. 1969.

Su invocación constante se hace con fundamento en el artículo 19 del Protocolo de Brasilia (PB) que establece: "El Tribunal Arbitral decidirá la controversia sobre la base de (...) así como también de los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables a la materia".

<sup>194</sup> "Controversia sobre Comunicados N° 37 del 17 de diciembre de 1997 y N° 7 del 20 de febrero de 1998 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco". Punto 56.

Europeias e Direito Internacional Público, Almedina, Lisboa, 1984, p. 426 a 427). En el mismo sentido Lecourt (Op. cit. p. 237) anota que en estos instrumentos internacionales existe "la vocación común de extraer la plenitud de los efectos buscados" y derivar de los textos "todas las consecuencias razonables".<sup>195</sup> (el subrayado es nuestro)

A lo que agrega:

"(..) en tanto no haya contradicción con textos expresos, la interpretación de las disposiciones en un conjunto normativo cuyo fin es la integración debe guiarse por este propósito y hacerlo posible. Especialmente pertinente resulta este criterio cuando se presentan situaciones dudosas o existen lagunas o vacíos en parte de la estructura jurídica y se hace necesario colmar las insuficiencias (cf. Quadros, op. cit. p. 429 a 430 y Lecourt, op. cit. p. 241 a 247).<sup>196</sup> (el subrayado es nuestro)

Asimismo cabe resaltar el interés del Primer Tribunal Arbitral por destacar la importancia **del principio de "efecto útil"** para interpretar las normas de integración:

"Como corolario de la interpretación teleológica y en relación con la misma, la jurisprudencia comunitaria, señala Quadros (op. cit. p. 427), aplica el concepto de efecto útil o de eficacia mínima de las normas. Brotons (op. cit. p. 313) a su vez, glosando los trabajos de la comisión de derecho internacional, concluye que el efecto útil significa "escoger entre las varias soluciones posibles según los términos del tratado en su contexto, aquélla que mejor sirve a la satisfacción de su objeto y fin".<sup>197</sup> (el subrayado es nuestro)

Por otra parte es interesante observar que el Cuarto Tribunal Ad Hoc expresamente deriva del principio de buena fe una obligación de carácter negativa o de no hacer: "En esta línea, y

---

<sup>195</sup> Primer Laudo Arbitral sobre Licencias. Punto 57.

<sup>196</sup> Ibid. , Punto 58.

En el mismo sentido en el Tercer Laudo Arbitral se expresa: "Como todo acuerdo que ya ha alcanzado el nivel de área de libre comercio y está en camino a completar una unión aduanera, el sistema MERCOSUR tiene por objetivo eliminar las barreras al comercio entre sus miembros. Toda interpretación por parte del Tribunal estará en concordancia con estos propósitos que representan el objeto y fin de los acuerdos de base. Por lo tanto toda interpretación debe promover más que inhibir aquellos propósitos". Laudo Arbitral sobre "Aplicación de medidas de salvaguardia sobre productos textiles (Res. 861/99) del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos" . Punto c).

<sup>197</sup> Primer Laudo Arbitral sobre Licencias. Punto 61.

de conformidad con el principio de buena fe, tampoco deberán los Estados -obligación de no hacer- realizar acciones que por su naturaleza se opongan o frustren el propósito de la norma aprobada pero aún no incorporada".<sup>198</sup> (el subrayado es nuestro)

En último término destacamos la interpretación interrelacionada o sistemática de las normas, que de este modo, propone el Primer Tribunal Ad Hoc:

"(...) la tarea del Tribunal no consiste en decidir acerca de la aplicación de alguna o algunas disposiciones específicas y aisladas, sino en situar y resolver la controversia planteada bajo la perspectiva del conjunto normativo del mercosur (Protocolo de Ouro Preto, art.41), **interpretándolo a la luz de las relaciones recíprocas que emanan del conjunto de esas normas y de los fines y objetivos** que los estados partes asumieron explícita e implícitamente al adoptar dichas normas, confirmados por sus actos posteriores en el contexto de un proyecto integrador común".<sup>199</sup>

Conforme con Guy Isaac este método consiste en: "la interpretación de las normas en el marco de su relación sistemática con otras normas y con el conjunto de la reglamentación, teniendo en cuenta su lugar y su función en un conjunto organizado".<sup>200</sup>

Este mismo autor propicia el uso interrelacionado de los dos métodos interpretativos aludidos de modo más claro en el siguiente párrafo, al sugerir que el método sistemático:

**"adquiere una dimensión nueva al apoyarse en el método teleológico**, en el cual los objetivos y los fines sirven de guía para la interpretación que debe tender a su realización" (...) siendo "la utilización conjunta de los dos métodos en la actualidad la más frecuente (...)"<sup>201</sup>

Inclusive, hace notar Isaac que el TJCE:

"apoyándose sobre todo en los objetivos de los Tratados ha sacado un cierto número de principios fundamentales tendientes todos más o menos a promover y salvaguardar el mercado común (libre circulación, no discriminación...etc) (...) de

---

<sup>198</sup> Cuarto Laudo Arbitral sobre pollos. Punto 117.

<sup>199</sup> Primer Laudo Arbitral sobre Licencias. Punto 49.

<sup>200</sup> Guy Isaac, op. cit. , p. 172.

<sup>201</sup> Ibid. , p. 172.

los que se sirve como instrumentos directamente operatorios para interpretar restrictivamente las excepciones que pueden aportársele (...) como para suprimir las consecuencias de una carencia normativa (...)".<sup>202</sup> (el subrayado es nuestro)

En definitiva y teniendo en consideración lo dicho al principio de este acápite, esta "jurisprudencia" ha sido invocada con el objeto de avalar nuestra intención de realizar una lectura de la Dec.10/94, que se valga no solo de los principios apuntados y de los métodos teleológico y sistemático de forma combinada, sino también aplicando este último método, considerando a las disposiciones pertinentes de la Decisión aludida y a las del ASMC, como formando parte de un todo. IMPORTANTE

### 3.3.2. Ambito de aplicación de la Decisión 10/94

Esta norma regula, entre otros supuestos, la concesión de los incentivos crediticios a las exportaciones tanto para extra como para intrazona, refiriéndose a ellos los artículos 4º y 12 inc.a) respectivamente. Ello se desprendería del encabezado de este último artículo que expresa: "Los incentivos a las exportaciones no serán aplicables al comercio intrazona, CON LAS EXCEPCIONES SIGUIENTES. Presentando este último artículo, la particularidad de admitir el financiamiento de las exportaciones al interior de la UA solo para el supuesto de los bienes de capital, y en la medida que se lo otorgue a largo plazo en las condiciones establecidas en el artículo 4º aludido.

Esta prohibición cuasi absoluta, que a nuestro criterio rige en virtud de este texto para el comercio intrabloque, contrasta abiertamente con las condiciones establecidas para las exportaciones de extrazona en cuanto el artículo 4º estipula: "Los Estados Partes podrán conceder créditos de fomento y financiamiento de las exportaciones cuando los mismos sean otorgados en condiciones, de plazos y tasas de interés compatibles con las aceptadas internacionalmente en operaciones equivalentes".

Cabe preguntarnos ahora si, invalidan o relativizan nuestra lectura, otras disposiciones de la Decisión 10/94, como son los artículos 2º, 11º inc. 2 o 14. Creemos que no, pero veamos porque.

---

<sup>202</sup> Ibid., p. 173.

Señala este mismo autor: "el Tribunal de Justicia razona en forma deductiva deduciendo de la noción de Comunidad las consecuencias que le son ineluctables y del acervo comunitario, es decir, del estado de avance de la construcción comunitaria, las implicancias necesarias", op. cit. , p. 176.

Para ello primeramente deseamos resaltar una vez mas lo dispuesto en el artículo 1º, ya que es con este artículo de fondo o de marco (y en consonancia con lo que hemos dicho en el acápite anterior), que efectuaremos la lectura de esta Decisión.

Este artículo dice literalmente que: "Los Estados Partes se comprometen a aplicar incentivos a las exportaciones que respeten las disposiciones resultantes de los compromisos asumidos en el ámbito del GATT y en forma compatible con lo dispuesto en la presente Decisión".

Con la redacción de este artículo, y como ya lo hemos expresado, a nuestro entender, se va mucho mas allá del supuesto contemplado en el artículo 19 del PB, en el que se alude a: "los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables a la materia" como una de las fuentes normativas a consultar por los Tribunales Arbitrales Ad Hoc a la hora de decidir una controversia.<sup>203</sup>

Insistimos en que, en este caso, el ASMC constituye una "fuente" de derechos y obligaciones para los EM a consecuencia de que, a través de una norma Mercosur, se le ha asignado esa naturaleza.<sup>204</sup> En este sentido debe recordarse que por tratarse la 10/94, de una Decisión que en sentido estricto sí constituye una fuente jurídica del Mercosur,<sup>205</sup> la misma resulta obligatoria para los signatarios de Asunción haciendo extensivo ese carácter al citado Acuerdo.<sup>206</sup> Lo que no obsta a que, en caso de incompatibilidad entre las disposiciones "en materia de incentivos a las

---

En relación a estos principios recuérdese lo dicho en el acápite referido a la UE.

<sup>203</sup> Esto es con alcance meramente interpretativo.

<sup>204</sup> Artículo 1º y considerandos de la Dec.10/94.

<sup>205</sup> Dispone el artículo 41 del Protocolo de Ouro Preto: "Las fuentes jurídicas del Mercosur son:

El Tratado de Asunción, sus Protocolos y los instrumentos adicionales y complementarios.

Los Acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus Protocolos.

Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción.

A su turno dispone la parte pertinente del **artículo 42** del mismo Protocolo: "Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el artículo 2 de este Protocolo, tendrán **carácter obligatorio** (...)"

<sup>206</sup> En este mismo sentido sostienen Emilio Cárdenas y Guillermo Tempesta respecto del Segundo Laudo Arbitral del Mercosur, en el que uno de los objetos de la controversia era la clase de incentivos objeto de este trabajo y en el que el Tribunal Ad Hoc se valió del ASMC para resolverla: "En rigor de verdad, el Tribunal Arbitral no acudió al derecho internacional general y se limitó a aplicar las normas de la OMC aplicables **ratione materiae**. Ello, no tanto por aplicación del referido artículo del Protocolo de Brasilia, sino por el hecho que es **la propia Decisión** CMC N° 10/94 la que remite a dichas normas". "El Laudo arbitral del Mercosur sobre subsidios a las exportaciones", *La Ley*, Año LXIV, N° 138. Jueves 20 de julio de 2000, p. 2.

exportaciones" del ASMC y el resto del articulado de la Dec.10/94, la "normativa Mercosur" prevalezca sobre la normativa OMC, en las condiciones expuestas.<sup>207</sup>

Hecha esta aclaración vayamos en primer lugar al inciso 2º del artículo 11º que respecto de los EP establece: "Asimismo instrumentarán las medidas que resulten necesarias para **evitar que otros incentivos** sectoriales, regionales o tributarios que el marco normativo interno reconoce a favor de la actividad productiva /exportadora se apliquen al comercio intrarregional".

A nuestro criterio este segundo párrafo ha sido incluido con una finalidad similar a la que se ha tenido en cuenta al momento de incorporar en el art.3 del ASMC, el criterio de la supeditación de facto de los subsidios a las exportaciones. Consistente en asegurar la eficacia de la prohibición contenida en el encabezado de este artículo, mediante la elusión de la supeditación de iure. Mientras que en el Mercosur se estaría procurando evitar que indirectamente se malogren las consecuencias mas benéficas que apareja la aplicación, con limitaciones o características determinadas, de los incentivos sí mencionados taxativa y específicamente por la Decisión 10/94.

En sentido similar parece haberse pronunciado el Segundo Tribunal Arbitral Ad Hoc sobre carne de cerdo, el que al emitir su opinión sobre este inciso afirmó: "Se trata de un compromiso asumido por los Estados Miembros destinado a evitar que los incentivos no previstos en dicha norma distorsionen el desarrollo del comercio intrarregional y la consolidación del mercado común, fin último del proceso de integración".<sup>208</sup> Lo cual ha sido ratificado por este mismo Tribunal con motivo del pedido de Aclaratoria del Laudo solicitado por la República Argentina.

Pasemos ahora a los artículos 2º y 14. El primero de ellos sostiene que: "la concesión de cualquier nuevo incentivo a las exportaciones por parte de alguno de los Estados Parte, a partir del 1.1.95, así como el mantenimiento de los existentes, deberá ser objeto de consultas entre ellos", y el segundo hace una referencia muy somera al procedimiento por intermedio del cual

---

<sup>207</sup> En sentido estricto tanto los Considerandos como el art. 1º aluden al GATT y no a la OMC, no obstante el Segundo "Tribunal Ad Hoc sobre subsidios a las exportaciones de carne de cerdo aclara: "En el ámbito regional, la Decisión N°10/94 en su art. 1 estipula que: "Los Estados Partes se comprometen a aplicar incentivos a las exportaciones que respeten las disposiciones resultantes de los compromisos asumidos en el ámbito del Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) y en forma compatible con lo dispuesto en la presente Decisión". Si bien la redacción de la Decisión n°10/94 es anterior a la actual definición de subsidios del ASMC dada por la Ronda Uruguay, no contraría ninguna disposición del nuevo sistema de la OMC, sino que es más estricta, siendo su propósito el de la liberalización progresiva del comercio y eliminación de los obstáculos que pesan sobre el libre comercio entre las Naciones del MERCOSUR. Párrafo 66.

<sup>208</sup> Segundo Laudo sobre carne de cerdo. Párrafo 89.

serán canalizados los eventuales reclamos que susciten por la concesión o el mantenimiento de los incentivos a que alude el primer artículo.

Respecto del artículo 2º diremos que esta norma de ningún modo puede entenderse como una autorización implícita para que los EP concedan incentivos crediticios a las exportaciones después de la fecha que en él se menciona, ya que como el Segundo Laudo Arbitral lo aclara:

"(...) la eventualidad de que se creen nuevos incentivos a la exportación, fuera de los ya expresamente previstos y regulados, o que existan diferencias entre los Estados respecto a los existentes, cuenta con un mecanismo de consulta (Dec.Nº10/94 art. 2) y de un procedimiento de reclamo (Dec. Nº10/94 art. 14) que tiene como finalidad evitar y procurar solucionar distorsiones al desarrollo del comercio intrarregional".<sup>209</sup>

De lo que se desprende que no resulta aplicable, al menos respecto de los nuevos, a las clases de incentivos ya previstos en la Dec.10/94.

Por nuestra parte también creemos que la inclusión de estos artículos es la consecuencia lógica que se deriva del hecho que no se puedan descontar de antemano eventuales transgresiones a la norma, como así también, de la preferencia (tanto por parte de la OMC como del Mercosur), por las consultas, como vía para solucionar las eventuales desinteligencias que se susciten con motivo de la aplicación de esta norma.<sup>210</sup>

En este sentido debe tenerse en cuenta una característica del ASMC que consideramos extensiva al Mercosur, y que consiste en que ni aún en el caso de las subvenciones prohibidas (dentro de las cuales se halla incluida el financiamiento a las exportaciones), la prohibición es automática.<sup>211</sup> Debiendo ello ser así determinado en cada caso concreto por los órganos respectivos, mediante un procedimiento cuya etapa inicial siempre son las consultas.<sup>212</sup> Y ello sin perjuicio de algunas precisiones que haremos al respecto más adelante.

---

<sup>209</sup> Ibid. Párrafo 91.

<sup>210</sup> Véase en este sentido el artículo 2 del PB que prevé a las negociaciones directas entre las partes, como la primera etapa del procedimiento en él previsto para solucionar las controversias que tengan lugar entre Estados.

<sup>211</sup> El artículo 25.7 del ASMC parece corroborar esta interpretación al sostener que la notificación a la Organización de una medida no prejuzga acerca de su condición jurídica o su naturaleza.

<sup>212</sup> Recordemos que el procedimiento previsto en el art. 4º tendiente a obtener que se "retiren" las subvenciones a las exportaciones prohibidas se inicia con la celebración de consultas.

La interpretación contraria, esto es que implícitamente se deduzca de la lectura conjunta de estos dos artículos una autorización para crear otras excepciones a la prevista en el inciso a) del art.12, desnaturalizaría, por otra parte, la función u objeto de las consultas, la que según el artículo 4.3 del ASMC es "dilucidar los hechos del caso y llegar a una solución mutuamente convenida".

El Laudo del Segundo Tribunal Arbitral, parece respaldar esta interpretación, en tanto (y continuando su interpretación del inciso 2 del artículo 11), afirma:

"Dicho compromiso" (el de los Estados Miembros **de evitar que los incentivos no previstos distorsionen el desarrollo del comercio intrarregional**), "ha sido materializado además mediante la institucionalización del mecanismo de consultas, al cual deberán recurrir los Estados Miembros para la creación o concesión de cualquier nuevo incentivo a las exportaciones por parte de alguno de los Estados Parte, a partir del 1.1.95, así como el mantenimiento de las existentes" (Dec. N°. 10/94, art. 2). Asimismo, se ha previsto un mecanismo de reclamo ante los órganos del Mercosur, mediante el cual, el Estado que se viera afectado por la aplicación de incentivos, presentará a la Comisión de Comercio del Mercosur los elementos probatorios a fin que dicho organismo, luego de evaluar la documentación presentada y en un plazo no superior a los noventa días, eleve sus conclusiones al Grupo Mercado Común".<sup>213</sup>

Pretendemos, con lo dicho, haber logrado corroborar nuestras dos afirmaciones iniciales consistentes, por un lado, en que el artículo 12 constituye la única disposición substancial destinada a regular la cuestión de los incentivos crediticios intrazona, y por el otro que su inciso a) contiene una prohibición cuasi absoluta o general a su respecto.<sup>214</sup>

De este modo a nuestro criterio, el texto del artículo 12 inc a), en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1 y de los Considerandos de la Decisión 10/94 (que como ya dijimos obligan a respetar los compromisos del ASMC), se alinea con el inciso k) del Anexo I (en tanto

---

<sup>213</sup> Segundo Laudo Arbitral. Párrafo 90.

<sup>214</sup> El Segundo Laudo Arbitral sobre subsidios a las exportaciones de carne de cerdo parece corroborar nuestras conclusiones al haber decidido: "Por unanimidad, declarar procedente la reclamación de la República Argentina con relación a la utilización del Programa de Financiamiento para Exportaciones (PROEX), (...) y en su mérito declarar, que (...) **solamente podrán ser objeto de financiamiento PROEX las exportaciones con destino Mercosur que involucren bienes de capital a largo plazo que observen las condiciones de plazo y de tasas de interés compatibles con las aceptadas internacionalmente en operaciones equivalentes**". Punto II de la parte decisoria del Laudo.

alude al mismo tipo de incentivo que prevé el inciso a), y por ende con el artículo 3 del ASMC, del cual este inciso es un ejemplo. Esto implicaría adoptar su misma metodología, consistente en prohibir "las subvenciones supeditadas de iure o de facto<sup>215</sup> a los resultados de las exportaciones (...)",<sup>216</sup> aunque con la salvedad apuntada respecto del financiamiento a los bienes de capital a largo plazo.

Creemos que esta interpretación se encuentra más que justificada, si a su vez se tiene en cuenta que conforme a la "jurisprudencia" de la OMC:

"(...) las subvenciones a la exportación se prohíben por razón **de sus efectos directos de distorsión del comercio, y que probablemente los créditos subvencionados a la exportación** sean, entre las diversas formas de subvención a la exportación, la que **entraña una posibilidad más inmediata, y por consiguiente, mayor de distorsión de las corrientes comerciales**".<sup>217</sup>

Efectos negativos que, en virtud de las razones que venimos señalando, se potencian aún más en el marco de la consolidación de una UA, como es el Mercosur.

De hecho el Segundo Laudo Arbitral sobre subsidios a la producción y a las exportaciones de **carne de cerdo, invocó expresamente al inciso k)** para encuadrar normativamente uno de los cuestionamientos que se le hacía a Brasil en el marco de este procedimiento.<sup>218</sup>

---

<sup>215</sup> Según el mismo Acuerdo: "Esta norma se cumple cuando **los hechos** demuestran que la concesión de una subvención aun sin haberse supeditado de jure a los resultados de exportación **está de hecho vinculada a las exportaciones o a los ingresos de exportación reales o previstos**. El mero hecho de que una subvención sea otorgada a empresas que exporten no será razón suficiente para considerarla subvención a la exportación en el sentido de esta disposición" (el subrayado es nuestro).

<sup>216</sup> Recuérdese que el texto completo del inciso a) del art. 3 del ASMC dice: "... con inclusión de las citadas a título de ejemplo en el Anexo I.

<sup>217</sup> Informe del GE. Recurso al párrafo 5 del art. 21 del ESD. Asunto Canadá. Medidas que afectan a las exportaciones. DE Aeronaves. Párrafo 5.137.

<sup>218</sup> "La remisión genérica a las normas del GATT, determina que resulte necesario analizar si las exoneraciones y reducciones en cuestión, configuran subsidios en el ámbito del Acuerdo sobre Subsidios y Medidas Compensatorias (ASMC). A este respecto, el Anexo I del ASMC establece que (...) " Párrafo 85.

### 3.3.3. El significado de "incentivo" en la Dec.10/94

A este respecto cabe resaltar que esta Decisión carece de una definición del término por ella utilizado. Acorde con la interpretación que proponemos se hace necesario entonces dilucidar si el este concepto está equiparado al de subvención, contenido en el artículo 1 del ASMC.

Dado que la "jurisprudencia" emanada de los tribunales arbitrales del bloque se ha valido del texto del artículo 1 citado sin introducirle modificaciones, aludiremos a estos dos términos indistintamente,<sup>219</sup> y en función de ello, pasamos a tratar su significado en el marco del ASMC.

Ya hemos destacado en parte que, para que exista subvención en los términos de este Acuerdo debe existir: 1) una contribución financiera (que en él supuesto que particular consista en una práctica que implique una transferencia directa de fondos), 2) de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro, 3) que con ello confiera un beneficio, y 4) y que además sea específica.

Entremos ahora a desentrañar cada uno de estos supuestos acudiendo para ello, no solo a la letra del Acuerdo, sino también a la "jurisprudencia" emanada de los diferentes Grupos Especiales (GE) y del Organo de Apelación Permanente (OAP) de la OMC, dada su contribución al esclarecimiento del contenido de esta normativa internacional.

#### a) Contribución financiera

Tratándose de préstamos o créditos, el mismo ASMC dispone que debe entenderse por contribución financiera, la práctica de un gobierno que implique una transferencia directa de fondos (párrafo 1 a) 1) del artículo 1).<sup>220</sup>

---

<sup>219</sup> En este sentido el Segundo Tribunal Ad Hoc señala "La remisión genérica a las normas del GATT, determina que resulte necesario analizar si las exoneraciones y reducciones en cuestión, configuran subsidios en el ámbito del Acuerdo sobre Subsidios y Medidas Compensatorias (ASMC) (...)". Párrafo 85. (el subrayado es nuestro)

A lo que agrega: "En el ámbito de la OMC, se ha señalado que la existencia de subsidios requiere de la configuración de tres elementos: la existencia de una contribución financiera del gobierno, la existencia de un beneficio y que el subsidio sea específico". Párrafo 65.

De hecho el Tribunal corroboró la existencia de cada uno de estos elementos en el caso concreto. A nuestro criterio incurriendo en el error de indagar si había especificidad cuando tratándose de subvenciones a la exportación (y por lo tanto prohibidas), las mismas se consideran automáticamente específicas.

<sup>220</sup> Este supuesto es extensible al supuesto previsto por párrafo 1 a) 1) iv) del artículo 1º del Acuerdo SMC, en tanto dispone que también constituye subvención cuando un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación o

El GE que intervino en el Asunto "Brasil-Programa de financiación de las exportaciones para Aeronaves" (en adelante Asunto Brasil-PROEX), se aboca al significado de transferencia directa, indentificándola con el pago presente o futuro concedido o a concederse en el marco de una Programa de subvenciones, en estos términos: " (...) el **beneficio deriva del hecho de que un pago, es decir una transferencia directa de fondos**, ha sido o será efectuada".<sup>221</sup>

El GE que intervino con motivo del "Segundo Recurso al párrafo 5 del art. 21 del Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD)" en el mismo Asunto, avaló esta conclusión para las medidas propuestas por Brasil, en cumplimiento de la *obligación de retirar* la subvención dispuesta en la primera intervención de este GE:

"El Grupo Especial considera que los pagos PROEX III respecto de exportaciones de aeronaves regionales, así como los pagos en el marco de los PROEX I y II, constituyen contribuciones financieras del Gobierno del Brasil (...). El párrafo 1 a) 1) i) del *Acuerdo SMC* dispone que hay contribución financiera de un gobierno cuando "la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo ...préstamos y (...)). En nuestra opinión, esta práctica concreta constituye una transferencia directa de fondos. De cualquier modo el Brasil no objeta que los pagos PROEX III sean contribuciones financieras efectuadas por su Gobierno".<sup>222</sup> (el subrayado es nuestro)

En sentido estricto, como el mismo GE tuvo oportunidad de aclarar en su primera intervención en este mismo Asunto, la transferencia directa se asocia con el compromiso jurídico de efectuar ese pago, lo cual parece deducirse del siguiente párrafo: "**(...) la cuestión de si el Brasil ha asumido el compromiso jurídico, y hasta qué punto, de efectuar pagos PROEX es pertinente para determinar cuándo** puede considerarse que el Brasil ha efectuado una transferencia directa de fondos en forma de un pago PROEX".<sup>223</sup>

---

encomiende esta función a una entidad privada, o le ordene llevarla acabo, y esa práctica no difiera en esencia de la llevada a cabo por el gobierno.

<sup>221</sup> Informe del GE que se ocupó del asunto "*Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves* , iniciado por Canadá. WT/DS46/R. 14 de abril de 1999. (99- 1402). Punto 7.70.

<sup>222</sup> Informe GE. Segundo Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD. WT/DS46/RW/2. 26 de julio de 2001 (01-3570). Asunto Brasil-PROEX. Programa de Financiación de las exportaciones para aeronaves. Punto 5.22.

<sup>223</sup> Informe del GE. Asunto Brasil-PROEX. Punto 7.70.

En sentido similar se expresó el GE interviniente en el Asunto "Australia-Subvenciones concedidas a los productores y exportadores de cuero para automóviles" (de ahora en más Asunto Australia-EEUU):

"Una promesa jurídicamente aplicable hecha por el Gobierno de proporcionar fondos constituye un activo sobre el cual Howe puede contar al establecer sus planes comerciales. Como tal, es una "contribución financiera" que confiere un "beneficio" en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC".<sup>224</sup>

La importancia de esta observación radica en que esto presupone la posibilidad de cuestionar la subvención (en la medida que se reúnan los otros presupuestos a que se condiciona su existencia), aún antes que ella haya sido efectivizada, o sea, antes que se traduzca en un pago concreto. Acorde con esta tesitura en el marco del mismo Asunto los Estados Unidos expresaron:

"si una parte debe esperar hasta que se haga efectiva la subvención para impugnarla, esa prescripción tendría como efecto privar de todo significado las disciplinas previstas por el Acuerdo SMC en materia de subvenciones prohibidas."<sup>225</sup>

En este sentido el GE que intervino en el Asunto Brasil-PROEX afirmó:

"(...) observamos que, según el párrafo 1 i) del artículo 1, existe subvención cuando la practica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos o posibles transferencias directas de fondos y no solamente cuando un gobierno realiza efectivamente tal transferencia o posible transferencia (...). **Si se considerara que las subvenciones existen solamente una vez que se ha efectuado realmente una transferencia directa** o una transferencia posible de fondos, el Acuerdo perdería toda eficacia y ni siquiera sería posible la medida correctiva típica de la OMC (es decir, la cesación de la violación)."<sup>226</sup>

Ahora bien esta aclaración, a nuestro criterio, no debe confundirse con el hecho de que en el marco de la OMC, y por ende de Mercosur, sea posible que el objeto de la controversia o

---

<sup>224</sup> Australia-subvenciones concedidas a los productores y exportadores de cuero para automóviles. Informe del GE. WT/DS126/R. 25 de mayo de 1999. (99 1888). Punto 7.43.

<sup>225</sup> Informe del GE Asunto Brasil-PROEX. Párrafo 4.24.

<sup>226</sup> Informe del GE. Asunto Brasil-PROEX. Punto 7.13.

reclamación lo constituya el pago en sí,<sup>227</sup> una práctica efectuada en el marco de un Programa de Subvenciones,<sup>228</sup> o el Programa mismo.<sup>229</sup> De hecho existen numerosos paneles en los que se cuestionan individual o conjuntamente.<sup>230</sup>

Así en el Asunto Brasil-PROEX el GE consideró:

"No entendemos que el Canadá alegue que el componente de equiparación de los tipos de interés del Programa PROEX *per se* es la medida prohibida, porque el Canadá no solicita una conclusión o recomendación con respecto al Programa mismo. En realidad, el Canadá se limita a impugnar los pagos del PROEX con respecto a determinado sector (...) el Canadá alega que todos los pagos en el marco de dicho programa, en la medida en que se relacionan con las aeronaves regionales brasileñas exportadas, *incluidos los pagos que han de efectuarse en el futuro con arreglo al plan de equiparación de los tipos de interés del PROEX*, constituyen subvenciones prohibidas. Por lo tanto, consideramos que el Canadá impugna no solamente pagos específicos, sino en general la práctica de pagos PROEX.<sup>231</sup> (el subrayado es nuestro)

---

<sup>227</sup> En el Asunto Australia-EEUU, se cuestionaron pagos individuales con arreglo a un contrato.

<sup>228</sup> Canadá también impugna **los pagos en el marco del PROEX III, con lo que quiere decir "la práctica de pagos PROEX**. Informe del GE. Asunto Brasil-PROEX. Segunda Apelación al recurso del párrafo 5 del art. 21 del ESD. Párrafo 5.7.

<sup>229</sup> Véase una lista de estos fallos en la nota 33 del Informe de GE que intervino en el Segundo Recurso al párrafo 5 del art. 21 del ESD. Asunto Brasil-PROEX.

Este mismo GE sostuvo "De lo anterior se desprende que nuestra tarea en el presente procedimiento es examinar la compatibilidad con el *Acuerdo SMC* del Programa PROEX III *per se*, esto es, el marco jurídico del PROEX III (...)." Punto 5.8.

<sup>230</sup> Véase el Informe del GE que intervino en el Asunto "Canadá-Medidas que afectan a las exportaciones de aeronaves civiles" (en adelante Asunto Canadá-aeronaves). En él: "Brasil impugna el Programa de la EDC, alegando de que se trata *per se* de una subvención a la exportación prohibida por el artículo 3 del Acuerdo SMC. El Brasil también impugna la práctica de la EDC, con inclusión de la financiación, la ayuda, los fondos y los beneficios concedidos en el marco del Programa de la EDC destinado a la producción de aeronaves de transporte regional". WT/DS70/R. 14 de abril de 1999. (99-13-98). Párrafo 9.121.

En función de esta abundante "jurisprudencia" entendemos que son posibles estos tipos de cuestionamientos aún cuando el inciso i del párrafo 1 a) del art. 1 del ASMC alude solo expresamente a las **prácticas**.

<sup>231</sup> Informe del GE. Asunto Brasil-PROEX. Párrafo 7.2.

b) De un gobierno o de cualquier organismo público

En primer lugar destacamos que luego de la Ronda Uruguay, mediante el ASMC es posible cuestionar los subsidios concedidos por todas las subdivisiones del estado, esto es gobierno federal o nacional, estadual y municipal, o sus equivalentes.

En segundo lugar entedemos importante recordar que en la UE se consideran incompatibles con el MC las ayudas otorgadas por el Estado o mediante fondos estatales, lo cual significa, según hemos visto, que habrá que atenderse más, que a quien efectivamente otorga los fondos, a quien financia la ayuda.<sup>232</sup>

Esta disquisición es importante tenerla en cuenta debido a que, el principal apoyo a los exportadores brasileños se hace a través del mecanismo de ecualización de tasas. Modalidad en la que si bien el gobierno es el que subsidia una parte del spread que se traduce en rebajas de las tasas de interés, son los bancos comerciales que operan con él, quienes conceden los créditos.

En razón de ello consideramos que debe tenerse en cuenta que también para el artículo 1º inciso IV) existe subvención cuando: "un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación o encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en el inciso i) a iii) supra que normalmente incumbirían al gobierno o le ordene que las lleve a cabo".

c) Con la cual se otorgue un beneficio

Constatamos que tampoco existe una definición general de este término en la Dec.10/94, por lo cual adoptaremos la misma metodología que en el acápite anterior. Sin perjuicio de ello adelantamos que la normativa Mercosur contiene una disposición específica al respecto que ha de prevalecer.

En este caso se da la particularidad, como señala Canadá en el marco del Asunto "Canadá-Aeronaves, que:

"(...) el término "beneficio" no está definido en el Acuerdo SMC (...) alegando " (...) que para determinar en qué circunstancias se "otorga" un beneficio hay que

---

<sup>232</sup> Téngase presente en este sentido el artículo 1.1 a) IV) del ASMC, ya invocado.

recurrir a las normas consuetudinarias de interpretación de los tratados, en particular el artículo 31 de la Convención de Viena".<sup>233</sup>

Siguiendo ese mismo razonamiento al interpretar el término "beneficio" el GE interviniente en el mismo Asunto constató:

"(...) 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".<sup>234</sup> (el subrayado es nuestro)

Según el OAP (Asunto Canadá-aeronaves):

"(...) el mercado proporciona una base de comparación apropiada al determinar si se ha otorgado un "beneficio", porque los posibles efectos de distorsión del comercio de una "contribución financiera" pueden identificarse determinando si el receptor ha recibido una "contribución financiera" en condiciones más favorables que las que hubiera podido obtener en el mercado.<sup>235</sup>

Es más, el OAP se encargó de dejar sentado que: "(...) existe un "beneficio" si el receptor ha recibido una "contribución financiera" en condiciones más favorables que las que hubiera podido obtener en el mercado competitivo".<sup>236</sup>

---

<sup>233</sup> Informe del GE. Asunto "Canadá-aeronaves. Punto.5.28.

<sup>234</sup> Ibid. Párrafos 9.112 y 9.120.

<sup>235</sup> Informe del OAP. Asunto: "Canadá-medidas que afectan a las exportaciones de aeronaves civiles". WT/DS70/AB/R. 2 de agosto de 1999. (99 3221). Punto 157.

<sup>236</sup> Ibid. Punto 158.

Para arribar a esta definición el OAP siguió todo un razonamiento, del cual transcribimos las partes que consideramos importantes, y lo hizo tomando como parámetro las afirmaciones del GE que intervino en el mismo Asunto:

"Un "beneficio" no existe en abstracto, sino que debe ser recibido por un beneficiario o un receptor, que disfruta de él. Lógicamente, sólo puede decirse que existe un "beneficio" si una persona, física o jurídica, o un grupo de personas, ha recibido de hecho algo. Por lo tanto, el término "beneficio" implica que debe haber un receptor. El texto apoya así

Concordantemente con ello el GE del Asunto Brasil-PROEX (Segundo Recurso al párrafo 5 del art. 21 del ESD) sostuvo: "(...) al "mercado" al que debe hacerse referencia es el mercado comercial, es decir, un mercado no distorsionado por la intervención del gobierno".<sup>237</sup>

A este **respecto nos interesa resaltar** también que, **a los efectos de la determinación de la existencia del beneficio habrá de contrastar con el mercado comercial, no solo las tasas de interés ofrecidas en uno y otro caso, sino también las demás condiciones y términos del crédito.** Así lo afirma el GE interviniente en el "Segundo Recurso al párrafo 5 del art. 21 ESD" (Asunto Brasil-PROEX): IMPORTANTE

"En nuestra opinión, **el hecho de que la contribución financiera haya otorgado o no un beneficio a los productores** de aeronaves regionales (...) **DEPENDEN DE LA REPERCUSIÓN DE LOS PAGOS PROEX III EN LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES DE LA FINANCIACIÓN DE LOS CRÉDITOS A LA EXPORTACIÓN** que puedan obtener los compradores de aeronaves regionales brasileñas.<sup>238</sup> (el subrayado es nuestro)

Concentrémonos **ahora en el Mercosur**. Ya hemos manifestado que si bien la Decisión 10/94 no brinda una definición del término beneficio, sí contiene una disposición relativa a él que, en función de la forma de interpretar ésta Decisión que hemos propuesto, ha de prevalecer sobre el ASMC.

Esta disposición está contenida en el artículo 4º, en cuanto dispone: "Los EP podrán conceder crédito de fomento y financiamiento a sus exportaciones (...) en condiciones, de plazos y tasas de interés, compatibles con las aceptadas INTERNACIONALMENTE en operaciones

---

**la idea de que la investigación realizada con arreglo al párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC debe centrarse en el receptor y no en la autoridad otorgante.** Por consiguiente, creemos que el argumento del Canadá de que el "costo para el gobierno" es una manera de concebir el "beneficio" está reñido con el sentido corriente del párrafo 1 b) del artículo 1, que se centra en el *receptor* y no en el *gobierno* que proporciona la "contribución financiera". Punto 154. **Creemos también que la palabra "beneficio", (...), implica algún tipo de comparación.** Esto debe ser así, **porque no puede haber un "beneficio" para el receptor a menos que la "contribución financiera" lo coloque en una situación mejor que la que habría tenido de no existir esa contribución (...)**". Punto 157. (el subrayado es nuestro)

Sin perjuicio de ello aconsejamos la lectura de los puntos 153 a 161 del Informe del OAP y los puntos 9.112 a 9.120, del Informe del GE.

<sup>237</sup> Este Grupo expresamente invoca al OAP, en su intervención en el Asunto Canadá-aeronaves. Informe del GE. Segundo Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Asunto Brasil-PROEX. Punto 5.29.

equivalentes".<sup>239</sup> Es decir, se restringe el benchmark, al no permitir tomar como punto de comparación al mercado local.

En consecuencia en el ámbito subregional, y a los fines de determinar la existencia de beneficio habrá que tomar como parámetro: a) el mercado,<sup>240</sup> b) comercial <sup>241</sup> c) internacional,<sup>242</sup> d) y compararse tanto la tasa, como las restantes condiciones del crédito. IMPORTANTE

Con relación a este último supuesto insistimos en que debe efectuarse una lectura amplia del artículo 4º y no circunscribirse la comparación a las tasas y los plazos, como podría llegar a deducirse de una interpretación literal de este texto. En efecto, a nuestro criterio se debería realizar una comparación de todas aquellas condiciones del crédito que tengan como efecto tornar ineficaz el establecimiento de una tasa comercial internacional. De allí, que consideremos extensivo a este supuesto las afirmaciones que haremos más adelante respecto de la interpretación de la cláusula de la ventaja Importante, contenida en el inciso k) del Anexo I del ASMC.

d) La subvención debe ser específica

Ya hemos visto que conforme con el Segundo Tribunal Arbitral Ad Hoc del Mercosur, el criterio de la especificidad forma parte del concepto de subsidio.<sup>243</sup> Ahora bien, dado que la

---

<sup>238</sup> Informe del GE. "Segundo Recurso al párrafo 5 del art. 21 ESD". Asunto Brasil-PROEX. Punto 5.28.

<sup>239</sup> Recuérdese que acudimos a este artículo por remisión expresa del inciso a) del artículo 12.

<sup>240</sup> Y no el gasto en que incurre el gobierno. Lo cual surge también implícitamente del art. 4.

Esta interpretación está avalada por el Segundo Tribunal Arbitral, en tanto expresa: "La segunda condición para que exista un subsidio es la existencia de un beneficio. El beneficio ha sido entendido como una ventaja, dada a una empresa o rama de producción, a través de una acción del gobierno, en términos más ventajosos que la práctica usual de mercado". Párrafo 63.

<sup>241</sup> Por oposición al que conforman el constituido por entidades privadas que coexisten con bancos oficiales de otros gobiernos.

<sup>242</sup> El Segundo Tribunal Arbitral así también parece haberlo entendido al afirmar respecto del inciso k) del Anexo I del ASMC y el art. 4 de la Dec.10/94: "Si bien ambas normas se refieren a financiamientos otorgados por los Estados, lo cual no se da en el caso de los instrumentos de ACC y ACE, marcan igualmente un principio en cuanto al concepto de subsidio vinculado al financiamiento de exportaciones, el cual se configuraría en la medida que las condiciones de financiamiento se apartaran de las tasas de interés compatibles aceptadas internacionalmente en operaciones equivalentes". Párrafo 87. Véanse también los párrafos 85 y 86.

Efectuamos esta aclaración ya que el inciso b) artículo 14 del ASMC admite indistintamente como benchmark al mercado comercial local y al internacional. Ello, no obstante que la misma tenga por objetivo determinar la cuantía de la subvención en función del beneficio y en el marco de un procedimiento de derechos compensatorios.

<sup>243</sup> Segundo Tribunal Arbitral sobre subsidios a las exportaciones de carne de cerdo. Párrafos 61 y 64.

Dec.10/94 no contiene ninguna mención a este criterio nos atendremos al texto del artículo 2º del ASMC,<sup>244</sup> el cual ya hemos transcrito en otra parte de este trabajo a la que remitimos. Sin perjuicio de ello no queríamos dejar de resaltar nuevamente aquí que, de conformidad con su apartado 3, las subvenciones prohibidas (esto es las supeditadas a los resultados de exportación), se consideran específicas.

### 3.3.4. El concepto de subsidio y su prohibición respecto de las exportaciones

Ya hemos expresado las razones que a nuestro criterio explican que el artículo 3º del ASMC rija en el ámbito del Mercosur en combinación con el inciso a) del art. 12. Pasemos ahora en función de ello a desentrañar su contenido, que estipula:

3.1.A reserva de lo dispuesto en el Acuerdo de Agricultura, las siguientes subvenciones, en el sentido del artículo 1, se considerarán prohibidas:

a) Las subvenciones supeditadas de jure<sup>245</sup> o de facto a los resultados de exportación, como condición única o entre varias condiciones, con inclusión de las citadas a título de ejemplo en el Anexo I.

3.2. Ningún Miembro concederá o mantendrá las subvenciones a que se refiere el párrafo 1.

a) Supeditadas de iure o de facto

En primer lugar queremos resaltar respecto de esta parte del artículo que de conformidad con el OAP esta doble prohibición está llamada a jugar un rol en particular. Veamos cual:

"(...) el párrafo 1 a) del artículo 3 prohíbe *cualquier* subvención que esté supeditada a los resultados de exportación, ya sea la supeditación "*de jure* o *de facto* (...)". Así "los negociadores de la Ronda Uruguay intentaron evitar que se

---

<sup>244</sup> El Tribunal ratificó su postura al respecto con motivo de la Aclaratoria del Laudo al sostener: "A juicio del Tribunal es claro que en el apartado 74 del laudo el Tribunal entendió que el concepto de subsidio requiere la especificidad, según lo previsto en el artículo 2 del ASMC de la OMC". Aclaratoria al Punto 3.

<sup>245</sup> Establece la nota 4 de este artículo "Esta *norma se cumple* cuando los **hechos demuestran** que la *concesión* de una subvención, aun sin haberse supeditado *de jure* a los resultados de exportación, **está de hecho vinculada a las exportaciones o los ingresos de exportación reales o previstos**. El mero hecho de que una subvención sea otorgada a empresas que exporten no será razón suficiente para considerar la subvención a la exportación en el sentido de esta disposición".

eludiera la prohibición de las subvenciones supeditadas *de jure* a esos resultados de exportación".<sup>246</sup>

El GE que intervino en el mismo Asunto (Canadá-Aeronaves) sostuvo:

"(...) 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 reales o previstos**".<sup>247</sup> (el subrayado es nuestro)

El OAP avaló al Grupo en estos términos:

"A nuestro juicio, en el párrafo 1 a) del artículo 3, el término fundamental es "supeditadas". Como observó el Grupo Especial, el sentido corriente de "supeditadas" es "condicionadas a" o "dependientes para su existencia de algo". Esta manera corriente de comprender la palabra "supeditadas" queda respaldada por el texto del párrafo 1 a) del artículo 3, que establece una vinculación explícita entre supeditación y condicionalidad, al declarar que la supeditación a la exportación puede ser la "condición única o entre otras varias condiciones".<sup>248</sup> (el subrayado es nuestro)

Todo lo cual es extensivo a las subvenciones a las exportaciones supeditadas de jure, dado que a juicio de este Organismo (Asunto Canadá-aeronaves): "(...) el criterio jurídico expresado por la palabra "supeditadas" es el mismo cuando la supeditación es *de jure* y cuando es *de facto*."<sup>249</sup>

Sin embargo el OAP en el mismo Asunto destacó:

"(...) hay una diferencia en las pruebas (...). La supeditación *de jure* a la exportación se demuestra a partir del texto de la ley, reglamento u otro instrumento legal pertinente (...). Tratándose de la supeditación de facto, por el contrario, la **existencia de esa relación de supeditación entre la subvención y los resultados de exportación, debe inferirse** de la configuración total de los

---

<sup>246</sup> Informe del OAP. Asunto Canadá-Aeronaves. Punto 167.

<sup>247</sup> Informe del GE. Párrafo 9.331.

<sup>248</sup> Informe del OAP. Asunto Canadá-aeronaves. Punto 166.

<sup>249</sup> Ibid. Punto 167.

hechos que constituyen la concesión de la subvención y la rodean, ninguno de los cuales será probablemente decisivo por sí solo en ningún caso determinado".<sup>250</sup> (el subrayado es nuestro)

En el mismo sentido el GE que intervino en el Asunto Canadá-aeronaves sostuvo:

"todos los hechos pueden ser pertinentes, siempre que "demuestren" (de forma individual o conjuntamente con otros hechos) que una subvención no se habría otorgado a no ser por las exportaciones o los ingresos de exportación previstos, o demuestre el caso contrario (...) esto es válido respecto de la orientación a la exportación del receptor,<sup>251</sup> o de la razón que impulsó a otorgar la subvención, así como respecto de una serie de otros factores que puedan rodear la concesión de la subvención en cuestión (...)".<sup>252</sup> (el subrayado es nuestro)

Por su parte el GE que intervino en el Asunto Australia-EEUU refuerza y complementa esta afirmación al sostener que se deben examinar: "(...) todos los hechos relativos a la concesión o al mantenimiento de la subvención impugnada, incluyendo la naturaleza de la subvención, su estructura y su funcionamiento y las circunstancias en las que se otorgó."<sup>253</sup> (el subrayado es nuestro).

#### b) Obligación de no conceder ni mantener subvenciones prohibidas

Como ya lo hemos hecho notar el artículo 3º refuerza la prohibición de conceder subvenciones a las exportaciones estableciendo que ningún Miembro concederá ni mantendrá esta clase de subvenciones.

#### *Definición de conceder*

---

<sup>250</sup> Informe OAP. Asunto Canadá-aeronaves. Punto 167.

<sup>251</sup> Téngase presente que según el OAP la orientación a la exportación de un receptor: "puede tenerse en cuenta como un hecho pertinente, siempre que sea uno de varios hechos considerados y no el único hecho en que se apoye una constatación". Informe del OAP Asunto Canadá-aeronaves. Párrafo 173.

<sup>252</sup> Informe del GE. Asunto Canadá-aeronaves. Párrafo 9.337.

<sup>253</sup> Informe del GE. Párrafo 9.57.

Véanse los puntos 169, 172-174 del Informe del OAP. Asunto Canadá-aeronaves, en los que en cierto modo se resume lo hasta aquí expuesto.

Dado que el artículo 31 de la Convención de Viena dispone que a fin de interpretar las disposiciones de un tratado internacional ha de acudirse primeramente a su significado corriente, respetaremos esta disposición e invocaremos el Informe del GE interviniente en el Asunto Brasil-PROEX del que surge que "(...) el verbo "conceder" ha sido definido como, entre otras cosas, "otorgar mediante acto formal" y "dar, otorgar, conferir"."<sup>254</sup> (el subrayado es nuestro)

Acorde con ello (y haciendo suya esta definición) el OAP, en el marco de ese mismo Asunto sostuvo que, a su criterio:

"(...) las subvenciones a la exportación se conceden (...) en el momento en que ha nacido el derecho jurídico e incondicional del beneficiario a recibir los pagos, incluso si los pagos mismos aún no han tenido lugar".<sup>255</sup> "(...) una vez cumplidas todas las condiciones jurídicas que confieren al beneficiario el derecho de recibir las subvenciones".<sup>256</sup> (el subrayado es nuestro)

Al mismo tiempo el OAP se encargó de resaltar, al igual que el GE que:

"(...) las cuestiones de una "contribución financiera" y de un "beneficio", así como sus respectivas definiciones, constituyen dos elementos jurídicos independientes en el párrafo 1 del artículo 1 del *Acuerdo SMC*, que *conjuntamente* determinan si *existe* o no una subvención, y no si *se concede* una subvención (...)"<sup>257</sup>

Se deduce de ello que de acuerdo con la "jurisprudencia" de la OMC una cosa es la cuestión relativa a la dilucidación de sí se hallan reunidos los presupuestos o elementos que hacen a la existencia de la subvención (o a la forma que asume), y otra es la relativa a cuando ella se hace concede, con independencia del momento en que efectivamente se materialice un pago.

Así el OAP sostuvo:

" (...) a los efectos del párrafo 4 del artículo 27, consideramos la cuestión de la *existencia* de una subvención y la cuestión del momento en el cual esa subvención es *concedida* como dos cuestiones diferentes desde el punto de vista jurídico.

---

<sup>254</sup> Informe del GE. Párrafo 7.71.

<sup>255</sup> Ibid. Párrafo 7.71.

<sup>256</sup> Informe del OAP. Asunto Brasil-PROEX. Punto 7.

<sup>257</sup> Ibidem. Punto 7.

Aquí se plantea sólo una de esas cuestiones, (...) y consiste en determinar cuándo se concede efectivamente esta subvención, que según se admite, existe".<sup>258</sup>

Cabe acotar que esta interpretación del verbo conceder fue efectuada originariamente a los efectos de dilucidar si Brasil había aumentado el nivel de subvenciones a las exportaciones en incumplimiento de la prohibición del citado artículo 27, y posteriormente se hizo extensiva al artículo tercero. De conformidad con el GE que intervino en el Asunto Brasil-PROEX, ello se efectuó en el entendimiento que:

"(...) no hay ningún motivo para atribuir al verbo "conceder" tal como se utiliza en el párrafo 2 del artículo 3 del *Acuerdo SMC* un significado diferente del que le atribuyeron el Grupo Especial y el Órgano de Apelación a efectos del párrafo 4 del artículo 27 del *Acuerdo SMC*".<sup>259</sup>

Sin perjuicio de ello, no debe olvidarse que, según hemos visto, es posible cuestionar ante la OMC no solo pagos concretos y prácticas de pagos efectuadas en conformidad con un Programa, sino también los Programas per se.

A nuestro entender la colisión de interpretaciones se ha intentado zanjar sosteniendo que, en éstos últimos casos, lo que debe indagarse a los efectos de determinar si EL PROGRAMA ES CUESTIONABLE es si de su texto surge la exigencia de que su autoridad de aplicación haga la concesión u otorgamiento. El GE que intervino con motivo del "Segundo Recurso al párrafo 5 del art. 21 al ESD" en el Asunto Brasil-PROEX parece confirmar esta interpretación en estos términos:

"El Grupo Especial que entendió en el asunto *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles* también aplicó ese principio. En esa diferencia, el

---

<sup>258</sup> Informe del OAP. Asunto Brasil-PROEX. Punto 6.

<sup>259</sup> Informe del GE. Segundo Recurso al párrafo 5 del art. 21. Asunto Brasil-PROEX Párrafo 6.11.

A lo cual agrega en apoyo de su aseveración: "Reconocemos que la distinción que hizo el Órgano de Apelación era entre la existencia de una subvención y el MOMENTO en que se concede la subvención en relación con el momento en que se concede una subvención *a efectos del párrafo 4 del artículo 27 del Acuerdo SMC* y no *a efectos del párrafo 2 del artículo 3*. Sin embargo (...) si la cuestión del momento en que una subvención es "concedida" *a efectos del párrafo 4 del artículo 27* es diferente desde el punto de vista jurídico de la del momento en que "existe" *a efectos del artículo 1*, se deriva de ello que la cuestión del momento en que una subvención es concedida *a efectos del párrafo 2 del artículo 3* es también diferente desde el punto de vista jurídico de la cuestión del momento en que existe *a efectos del artículo 1*. En consecuencia, rechazamos la invitación del Brasil a que examinemos el momento en que se considera que "existe" la subvención en el sentido del artículo 1 al examinar el momento en que la subvención se "concede" *a efectos del párrafo 2 del artículo 3*". Párrafo 6.14.

Grupo Especial constató que el Brasil no había demostrado que determinados programas canadienses, con respecto a los que el Brasil había alegado que constituían subvenciones a la exportación prohibidas, ordenaran la concesión de subvenciones y que, como consecuencia, no se podían formular constataciones respecto de esos programas per se".<sup>260</sup>

Respecto del Mercosur observamos que la única alusión a este verbo se encuentra en el art.2 de la Dec.10/94, respecto del cual ya hemos efectuado un comentario al que remitimos

### *Definición de mantener*

A diferencia de lo que sucede con el verbo "conceder", en este caso se constata que el ASMC no brinda su significado, pero al mismo tiempo que tampoco la "jurisprudencia" OMC, sOBRE EL TEMA ha procurado dilucidarlo. A raíz de ello, destacamos que las partes en el Asunto Brasil-PROEX, coincidieron "(...) con respecto a la definición de "mantener" como "seguir, continuar, perseverar; preservar o conservar; hacer continuar".<sup>261</sup> Significado que hacemos nuestra por expresar su sentido corriente en los términos de la Convención de Viena.

¿Pero a que se refiere esta obligación?. Porque por ejemplo para Brasil: "(...) es simplemente el Programa de subvención en sí, en este caso, el PROEX, el que no se debe mantener".<sup>262</sup>

Esta cuestión es muy discutida y muy delicada, ya que a nuestro criterio lo que está en juego es la determinación del alcance de la obligación de "retirar la subvención" contenida en el art. 4º del ASMC. Ello en la práctica significará que, en función de la postura que se adopte, las recomendaciones de los Grupos Especiales serán susceptibles o no, de alcanzar a los pagos o a las prácticas de pagos que se hagan en cumplimiento o conformidad de programas preexistentes, pero materializados a lo largo del tiempo, Y AL PROGRAMA MISMO. e inclusive después del período que va desde la constitución del GE y el vencimiento de la fecha que éste fija para que la

---

<sup>260</sup>Ibid. Párrafo 5.11.

Lo que se corrobora con esta otra afirmación de mismo Grupo "(...) constatamos que los grupos especiales no han constatado que las normas legislativas como tales sean incompatibles con las obligaciones dimanantes del GATT/OMC, a menos que ordenen, exijan, al poder ejecutivo que adopte medidas que no estén en conformidad con las obligaciones de una parte contratante/Miembro en el marco del GATT de 1947/Acuerdo sobre la OMC". Párrafo 5.9.

<sup>261</sup> Véase el Informe del OAP. Asunto Brasil-PROEX, p.p. 26 y 69.

<sup>262</sup> Informe del OAP. Asunto Brasil-PROEX, p. 26.

subvención sea retirada. CUANDO SE COMPRUEBE QUE DEBIAN HABER SIDO NOTIFICADOS Y MODIFICADOS Y NO SE LO HIZO.

A este fin es importante tomar en cuenta el contexto en el que se plantea esta cuestión. En primer lugar es necesario tener presente que, como lo hemos recalcado, en el ámbito de la OMC y en razón de la definición de subvención y del significado que le asigna su "jurisprudencia" al verbo "conceder", es posible que el objeto de una diferencia sea un pago aislado, la práctica de efectuar pagos en el marco de un Programa de subvenciones y el Programa en sí. En segundo término que en general no se reconoce carácter retroactivo a las recomendaciones de retirar la subvención. En tercer lugar que los EM de la OMC, en función del **artículo 28 del ASMC, están obligados a notificar dentro de un determinado plazo los Programas de subvención preexistentes a la firma del Acuerdo que sean incompatibles con él.** Que al mismo tiempo existe para ellos el compromiso de ponerlos en conformidad con ese mismo artículo, antes de vencido el plazo de transición previsto y de no ampliar su alcance ni prorrogarlos cuando expiren.<sup>263</sup>

En cuarto lugar reiteramos que los EM cuentan con un plazo a especificar en cada caso por el GE, para retirar la subvención que ha sido declarada prohibida durante el cual, según la interpretación que se adopte, podrían llegar a quedar facultados para conceder o mantener (según como se lo considere), subvenciones.

En ese marco constatamos que la "jurisprudencia" de la OMC se ha pronunciado casi de manera sistemática considerando "concesión", y no "mantenimiento" de subvenciones, a las subvenciones declaradas prohibidas y otorgadas, durante el período DE APLICACIÓN al que hicimos referencia en último lugar. Y ello, con indiferencia que estos sean pagos o prácticas de pagos efectuadas en cumplimiento de compromisos adquiridos con anterioridad a la constitución del GE.<sup>264</sup> Sin perjuicio de ello, debe tenerse presente, como veremos luego, que en el Asunto

---

<sup>263</sup> El artículo 28 titulado "Programas vigentes" y que se encuentra entre las disposiciones transitorias del ASMC establece:

28.1 Los programas de subvención establecidos en el territorio de un Miembro antes de la fecha de la firma por ese Miembro del Acuerdo de la OMC que sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo; se notificarán al Comité a más tardar 90 días después de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC para ese Miembro; y se pondrán en conformidad con las disposiciones del presente Acuerdo en un plazo de tres años a partir de la fecha de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC para el Miembro en cuestión, y hasta entonces no estarán sujetos a las disposiciones de la Parte II.

28.2 Ningún Miembro ampliará el alcance de tales programas, ni los prorrogará cuando expiren.

<sup>264</sup> "Por todos los motivos expuestos *supra*, concluimos que la continuación de la emisión de bonos NTN-I en virtud de cartas de compromiso emitidas antes del 18 de noviembre de 1999 representa la concesión de subvenciones

Australia-EEUU, sin hacer este tipo de disquisiciones, se ordenó el reembolso de un pago efectuado, en violación del artículo 3º del ASMC, con anterioridad a la constitución del GE.

**Por nuestra parte consideramos que el verbo mantener alude a los Programas de subvenciones, y más específicamente a aquellos "establecidos en el territorio de un Miembro antes de la fecha de la firma por ese Miembro del Acuerdo sobre la OMC (...)" (art. 28.1 del ASMC).** Lo cual encontraría fundamento en la interpretación a contrario sensu de la "jurisprudencia" de la OMC, respecto de esta cuestión en forma conjunta con el artículo 28 citado, que obliga a los Estados en los términos ya expuestos, en referencia expresa y exclusiva a los Programas (art. 28.1 y 2). TAMBIEN ALUDIRIA A AQUELLOS PROGRAMAS QUE SIENDO POSTERIORES, HAYAN SIDO DECLARADOS PROHIBIDOS, Y NO SE RETIREN EN EL PLAZO ESTABLECIDO POR EL OSD.

Quiere decir entonces que habiendo expirado el plazo de transición previsto en el art. 28 inc.2, nacerá para ellos la obligación de no ampliar el alcance de tales Programas, ni de prorrogarlos cuando expiren, surgiendo en consecuencia, en ese momento, la obligación de no mantenerlos.

Creemos que esta postura se halla avalada no sólo por el artículo 27 del ASMC,<sup>265</sup> (que concede a los países en desarrollo un trato especial y diferenciado), sino también por la parte del mismo artículo 28 que expresa: "(...) que hasta entonces no estarán sujetos a las disposiciones de la Parte II" (subvenciones prohibidas).<sup>266</sup>

En relación con el Mercosur constatamos, que se presenta la misma situación que con respecto al verbo conceder, con la diferencia que para el caso que ahora nos ocupa, no ha habido ninguna especificación por parte de la "jurisprudencia" de los Tribunales Arbitrales tendiente a determinar a que subvenciones o Programas alcanza esta obligación.

**Ya hemos visto que hasta el momento, los intentos del bloque por identificar las medidas de naturaleza crediticia que podrían distorsionar las condiciones de competencia**

---

supeditadas a los resultados de exportación en el sentido del párrafo 2 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*. Informe del GE. Asunto Brasil-PROEX. Párrafo 6.17. Esta fecha alude al plazo que tenía Brasil para cumplir con la recomendación del GE.

<sup>265</sup> Véase el artículo 27.2 b) que concede un período de transición a "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 (...)".

<sup>266</sup> Artículo 28.1 inciso b)

no han tenido éxito. Ahora ¿debería deducirse de esta falta de identificación de medidas concretas en el ámbito subregional que la obligación de "no mantener" los incentivos existentes a que se refiere el art. 2 resulta inaplicable?. Creemos que no.

Los países que conforman el Mercosur son al mismo tiempo Miembros de la OMC, y como tales están obligados por el artículo 28 a notificar sus Programas de subvenciones preexistentes.<sup>267</sup> En consecuencia, consideramos que sería posible hacer exigible la obligación de no mantener con respecto a todos aquellos Programas que hayan sido notificados por Argentina y Brasil ante esta Organización antes de la entrada en vigencia de la Decisión 10/94. **Máxime si se tiene en cuenta, que como veremos luego, con la interpretación que se propicia, la normativa Mercosur resulta ser más rigurosa que la de la OMC en materia de promoción crediticia.**

Respecto de esta afirmación se podría acotar que la fecha de emisión de la Dec.10/94 es anterior a la entrada en vigencia del Acuerdo de la OMC, y por lo tanto que la propuesta no sería viable, pero en este sentido debe recordarse que, de conformidad con el artículo 41 del Protocolo de Ouro Preto (POP), la fecha de emisión de una norma no necesariamente coincide con la de su entrada en vigencia, de ahí que en el párrafo anterior hicimos referencia a esta última. Acorde con lo dicho, los Programas sobre los cuales recaerá la obligación de no mantener en el Mercosur, serán aquellos que se hayan notificado antes de su entrada en vigencia y no de su fecha de aprobación. Y ELLO SIN PERJUICIO DE LA CELEBRACION DE CONSULTAS ENTRE LAS PARTES CON FUNDAMENTO EN EL ARTÍCULO 2 DE LA DEC 10/94.

Asimismo entendemos que el período de transición a que alude, en este caso el artículo 27 Y EL 28 de la OMC, no resulta invocable entre los países que conforman el proceso subregional, ya que de lo contrario carecería de toda razón de ser la existencia del inciso a) del art. 12 de la Decisión 10/94. No debemos olvidarnos que el Mercosur es una excepción a la CNMF, y que en consecuencia la normativa subregional prevalece sobre la de la OMC en las condiciones especificadas.

Esta lectura, a nuestro criterio, es la consecuencia ineludible que se deriva de interpretar los Considerandos y el artículo 1º de la Dec.10/94 conforme a los principios, métodos y pautas interpretativas, expuestas al inicio de este Capítulo. De allí que de lo expuesto creemos que cabe deducir:

---

<sup>267</sup> De hecho el PROEX fue notificado por Brasil ante la OMC como subsidio.

Subvenciones preexistentes a la Dec.10/94:

Como lo hemos afirmado este supuesto comprende a los Programas de subvenciones o a los regímenes de ayuda en los términos de la CE.

En este caso los EP, dada la redacción del inciso a) del art. 12, sabían (o al menos les cabía la duda), que existía para ellos la obligación de no prorrogar la existencia de los Programas de subsidios que no fueran los relativos al financiamiento de bienes de capital a largo plazo, más allá de la fecha de la entrada en vigor la Dec.10/94. MAL DEL PERIODO DE TRANSICION En función de ello y de los principios de buena fe y pacta sunt servanda ya mencionados, consideramos que, **los Programas propiamente dichos deben ser eliminados o modificados para dejar de regir en el comercio intrazona**, y que **toda medida de ejecución de los MISMOS POSTERIOR A LA FECHA SEÑALADA PUEDE SER OBJETO DE CUESTIONAMIENTO e inclusive de contramedidas**. Las que deben ser autorizadas por los árbitros del Mercosur, en el marco del SSC. Lo contrario significaría sentar un precedente en favor del incumplimiento de esta Decisión, lo cual resulta abiertamente contrario a lo hasta aquí sostenido.

Subvenciones "nuevas"

Este supuesto comprenderá todos aquellos Programas que se creen, y todos los pagos aislados o prácticas de pagos que se concedan o realicen con posterioridad a la entrada en vigencia de la Dec.10/94 (y que no constituyan medidas de ejecución del tipo a las que aludimos en el supuesto anterior).

Creemos que en estos supuestos, corroborados los presupuestos para la aplicación del inciso a) del art. 12 que estamos describiendo en este Capítulo, desde la misma fecha en que se pronuncie el Tribunal Arbitral deberán cesar los pagos o la práctica, sí es que se cuestionan ellos únicamente. Desde que el plazo que se concede por el PB a los EP es para adaptarse a la nueva situación impuesta por el Laudo que considera prohibido el incentivo, y no para prorrogar su incumplimiento.

Ahora, sí lo que se cuestiona es el Programa per se; al igual que en el caso anterior, el mismo deberá ser eliminado o modificado (para tornarse compatible con la normativa Mercosur), **excluyendo de su ámbito de aplicación a las financiaciones de las exportaciones que**

tengan como destino el bloque (con excepción del supuesto mencionado en el inciso a) del art.12 de la Dec.10/94), pero a partir de la fecha especificada en el párrafo que antecede. ERROR

Sin perjuicio de ello entendemos que, *si el Estado reclamante así lo solicita, pueden ser objeto de medidas compensatorias o contramedidas EN VIRTUD DE los pagos aislados ya efectuados al momento de recurrir al PB que en el curso del procedimiento **se compruebe que eran prohibidos por beneficiar a otros bienes distintos de los bienes de capital.*** NOOOOOO VA

La interpretación propuesta se impone si nos atenemos a lo establecido por el GE que intervino en el Asunto Australia-EEUU:

"El Órgano de Apelación ha recordado también que la tarea del intérprete del tratado es establecer y aplicar un significado jurídicamente operativo de sus términos. De acuerdo con el principio fundamental de EFFET UTILE aplicable, el intérprete no tiene libertad para adoptar una interpretación que haga inútiles o redundantes partes de un tratado".<sup>268</sup> (el subrayado es nuestro)

Acorde con ello importa destacar que este mismo GE autorizó inclusive, el reembolso de un pago efectuado en el marco de un contrato de donación suscrito con anterioridad. Uno de los principales fundamentos de que se valió este Grupo para pronunciarse en ese sentido fue:

"se deba rechazar la idea de que se deba interpretar (...) el "retiro de la subvención" de una manera que no le reconozca un significado efectivo (...)." Para que el "retiro de la subvención" constituya una medida correctiva que tenga sentido, es decir, para que haga realidad la prohibición de la concesión o mantenimiento de ciertos tipos de subvenciones, debe ser efectivo con independencia de la forma en que exista la subvención prohibida constatada.<sup>269</sup> (el subrayado es nuestro)

### 3.3.5. El concepto de subsidio y los créditos a las exportaciones

Volvamos ahora al inciso a) del primer párrafo del art. 3, por el que, como hemos visto, se consideran prohibidas las subvenciones supeditadas a los resultados de exportación con "inclusión

---

<sup>268</sup> Informe del GE. Primer Recurso al párrafo. 5 del art. 21 del ESD. Párrafo 6.25.

<sup>269</sup> Ibid. Véanse los puntos 6.35 a 6.42.

de las citadas a título de ejemplo en el Anexo I" (inciso a). Dado que es en su inciso k) que se hace referencia a los créditos a las exportaciones.

Por este inciso se considera subvención a la exportación prohibida: "la concesión por los gobiernos (u organismos especializados y/o que actúen bajo su autoridad), de créditos a los exportadores a tipos inferiores a aquellos que tienen realmente que pagar para obtener los fondos empleados con ese fin (o aquellos que tendrán 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 que se utilicen para lograr una VENTAJA IMPORTANTE en las CONDICIONES DE LOS CRÉDITOS A LA EXPORTACIÓN".

"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 1º 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".

Debemos resaltar que el primer párrafo del punto k) se refiere a dos prácticas, las que a su turno, están prohibidas, en la medida en que se utilicen para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación.

La primera de ellas alude a la situación en que un gobierno presta fondos a un tipo de interés inferior al tipo que pagaría por la obtención de esos fondos.

La segunda práctica, según Canadá, haría referencia a:

"una situación similar pero que concierne a la financiación privada, es decir, al caso en que un exportador o institución financiera obtiene créditos a tipos superiores a aquellos a los que le prestaría a un comprador y como resultado incurre en un coste y un gobierno paga toda o parte de esta diferencia".<sup>270</sup>

---

<sup>270</sup> Informe del GE. Asunto Brasil-PROEX. Párrafo 4.73.

Así también parecen haberlo entendido las Comunidades Europeas: "las que consideran que el "apoyo a los tipos de interés" **incluye las medidas mediante las cuales los organismos "oficiales" apoyan a los tipos de interés sin financiar o refinanciar directamente transacciones, ni facilitar garantías o seguros"**.<sup>271</sup>

En sentido similar el GE que intervino con motivo del "Segundo Recurso al párrafo 5 del art. 21 del ESD" en el Asunto Brasil-PROEX, expresó:

"Consideramos que, en su sentido corriente, los términos "apoyo a los tipos de interés" hacen referencia en general a la ayuda oficial para un crédito concreto de exportación en unas condiciones concretas, es decir, el tipo de interés que ha de pagarse por un crédito a la exportación. Además, como cuestión que afecta al contexto, del Acuerdo de la OCDE de 1998 se deduce claramente que el apoyo a los tipos de interés es distinto de los créditos o financiaciones, refinanciaciones, seguros de créditos a la exportación y garantías directos. De ello cabe deducir que el apoyo oficial a los tipos de interés normalmente supondrá unos pagos del gobierno a los proveedores de créditos a la exportación". A lo que agrega: "Para que tales pagos representen un "apoyo", creemos que es necesario que se hagan con el propósito o efecto de asegurar unos tipos de interés netos a los receptores de créditos a la exportación inferiores a los que hubieran sido de no haber una ayuda oficial a la financiación".<sup>272</sup> (el subrayado es nuestro)

A nuestro criterio la posición adoptada por el GE tiene que ver con que, en estos casos, el "destinatario directo" de la subvención no coincide en sentido estricto con el beneficiario, ya que en el particular, entre el gobierno concedente de la subvención y el tomador del crédito habrá una institución financiera intermediaria, que habiendo recibido fondos estatales los transfiere en condiciones más ventajosas para los créditos a la exportación, que los que ella suele ofrecer sin este apoyo.<sup>273</sup> De allí que el GE señale:

---

<sup>271</sup> Informe del GE. Asunto Brasil-PROEX. Segundo Recurso al Párrafo 5 del art. 21 del ESD. Párrafo 5.130.

<sup>272</sup> Ibid. Párrafo 5.132.

<sup>273</sup> "En lo que respecta al PROEX III, observamos que la Resolución 2799 del BCB prevé que el Gobierno del Brasil haga pagos a instituciones financieras suficientes para que los costos de financiación [es decir, los tipos de interés netos] sean compatibles con los vigentes en el mercado internacional. Así pues, el PROEX III facilita apoyo a los tipos de interés ("costos de financiación"), supone pagos del Gobierno del Brasil a proveedores comerciales de créditos a la exportación y está destinado a rebajar los tipos de interés netos cobrados por los prestamistas comerciales particulares hasta niveles compatibles con los prevaletentes en el mercado internacional". Informe del GE. Segundo Recurso al párrafo 5 del art. 21. Asunto Brasil-PROEX. Párrafo 5.133.

"(...) el hecho de que la contribución financiera haya otorgado o no un beneficio a los productores de aeronaves regionales -a diferencia simplemente de un beneficio a los proveedores de servicios financieros - depende de la repercusión de los pagos (PROEX III) en los términos y condiciones de la financiación de los créditos a la exportación que puedan obtener los compradores de aeronaves regionales brasileñas".<sup>274</sup>

De este modo, a nuestro criterio el GE trata de poner el acento o el foco de atención sobre el beneficiario real del crédito, sea cual fuere (el exportador o el comprador), en función de la modalidad crediticia.

### En la medida que se concedan para lograr una VENTAJA IMPORTANTE

El significado de este término se ha ido puliendo en las sucesivas intervenciones de los GE y del OAP, cuyo resultado es el que invocamos para la interpretación a darle a este parte del inciso k).

Quien primero se expresó al respecto fue el GE que intervino en el Asunto Brasil-PROEX, sosteniendo: "(...) el "término "ventaja" encierra un concepto de comparación". Sin embargo, y contrariamente a lo argumentado por Brasil,<sup>275</sup> continuó diciendo:

"a nuestro juicio nada en el texto del primer párrafo del punto k) indica que el examen de la ventaja importante supone una comparación *con las condiciones de créditos a la exportación disponibles con respecto a productos competidores de otros Miembros*".<sup>276</sup>

"Consideramos que tal interpretación produciría resultados que serían contrarios al objeto y fin del Acuerdo SMC. A nuestro juicio, el objeto y fin de dicho Acuerdo es imponer disciplinas multilaterales a las subvenciones que distorsionan el comercio internacional. Es por esta razón que el Acuerdo SMC prohíbe dos categorías de subvenciones -subvenciones supeditadas a la exportación y subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a

---

<sup>274</sup> Ibid. Párrafo 5.28.

Téngase presente que este es un supuesto de buyer's credit, pero que el mismo razonamiento es extensivo a la modalidad de supplier's credit.

<sup>275</sup> Ibid. Párrafo 7.23.

<sup>276</sup> Ibid. Párrafo 7.23.

los importados- que están destinadas concretamente a afectar al comercio. El enfoque brasileño con respecto al punto k), sin embargo, consentiría efectivamente a un Miembro esgrimir el otorgamiento de subvenciones a la exportación -o incluso, de cualquier subvención- por el Miembro reclamante como una defensa que justificaría su propio otorgamiento de subvenciones a la exportación. Esto engendraría un círculo vicioso, pues cada Miembro de la OMC intentaría justificar el otorgamiento de subvenciones a la exportación alegando que otros Miembros están haciendo lo mismo".<sup>277</sup> (el subrayado es nuestro)

En base a este razonamiento seguido por GE aludido, el OAP tuvo ante sí la conclusión del Grupol de que un pago se utiliza para lograr una ventaja importante cuando tal pago:

"(...) ha dado lugar a la disponibilidad de créditos a la exportación en condiciones más favorables que las condiciones que en otro caso se hubiesen ofrecido al comprador en el mercado en relación con la transacción de que se trata".<sup>278</sup> (el subrayado es nuestro)

Ahora bien, no obstante que este Órgano coincidió con el Grupo en cuanto al significado corriente del término como: "a more favourable or improved position" (una posición más favorable o mejorada) o "a superior position" (una posición o situación superior)", el mismo rechazó la interpretación del GE, por dos razones. En primer lugar, como lo destaca el GE que intervino en el "Primer Recurso al art. 21 del ESD":

"el Órgano de Apelación constató que el Grupo Especial no había considerado en su examen el término "importante", omitiéndolo por lo tanto en su lectura del punto k). En segundo lugar, (...) constató que el Grupo Especial había interpretado la cláusula de la ventaja importante como equivalente al término "beneficio" que figura en el párrafo 1 b) del artículo 1 del Acuerdo SMC, despojando, en consecuencia de sentido, a esa cláusula".<sup>279</sup>

A causa de ello entendió que era necesario encontrar otro parámetro para dilucidar cuando se estaba ante una ventaja importante. De este modo el OAP expresó:

---

<sup>277</sup> Ibid. Párrafo 7.26.

<sup>278</sup> Ibid. Párrafo. 7.33.

<sup>279</sup> Informe del GE. Asunto Brasil-PROEX. Párrafo 6.81. Informe del OAP. Asunto Brasil-PROEX. Párrafo 14.

"(...) consideramos que el segundo párrafo del punto k) es un contexto útil para interpretar la cláusula de la "ventaja importante" contenida en el texto del primer párrafo. El *Acuerdo de la OCDE* establece directrices relativas a tipos de interés mínimos para los créditos a la exportación apoyados por sus participantes ("créditos a la exportación con apoyo oficial"). El artículo 15 del *Acuerdo* define los tipos de interés mínimos aplicables a los créditos a la exportación con apoyo oficial como Tipos de Interés **Comercial** de Referencia ("CIRR"). El artículo 16 establece un método para determinar a este efecto un CIRR en relación con la moneda de cada participante. Entendemos que tal vez sea adecuado considerar el *Acuerdo de la OCDE* como **ejemplo** de un compromiso internacional que establece **determinado punto de referencia comercial para determinar si los pagos** efectuados por los gobiernos, comprendidos en las disposiciones del punto k), "se utilizan para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación". Cabe observar que **el tipo de interés comercial con respecto a un préstamo en determinada moneda varía según el plazo de vencimiento así como según la solvencia del prestatario.** Por lo tanto, el prestatario potencial no se enfrenta a un único tipo de interés comercial, sino a una serie de tipos. En virtud del *Acuerdo de la OCDE*, el CIRR constituye el tipo comercial *mínimo* que se ofrece en esa serie de tipos en determinada moneda. En cualquier caso, el hecho de que el pago del gobierno se utilice o no para lograr una "ventaja importante", a diferencia de una "ventaja" que no sea "importante", puede depender muy bien de cómo se sitúe el tipo de interés *neto* aplicable a la transacción de que se trate en el caso concreto en relación con la serie de tipos comerciales disponibles. En consecuencia, a nuestro juicio, la comparación que ha de realizarse para determinar si un pago "se utiliza para lograr una ventaja importante", en el sentido del punto k), es la comparación entre el TIPO DE INTERÉS efectivo APLICABLE A DETERMINADA TRANSACCIÓN de ventas de exportación una vez deducido el pago del gobierno (el "tipo de interés *neto*") y el **CIRR pertinente.**"<sup>280</sup> (el subrayado es nuestro)

Pero el OAP fue mas allá y dijo:

---

<sup>280</sup> Citado e invocado por el GE que intervino en el "Primer Recurso al párrafo 5 del artículo 21 del ESD". Asunto Brasil-PROEX. Párrafo 6.82.

Según el GE que intervino el Asunto Brasil-PROEX: "El **razonamiento del Órgano de Apelación para elegir el CIRR parece haber sido que un pago podría utilizarse para lograr una ventaja *importante***, a diferencia de una ventaja que no fuese importante, si daba lugar a un tipo de interés inferior a los tipos de interés *comerciales* más bajos a disposición de los mejores prestatarios con respecto a una moneda determinada, independientemente de que el prestatario en cuestión hubiese tenido a su alcance ese tipo de interés. Informe del GE. Asunto Brasil-PROEX. Primer Recurso al párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Párrafo 6.91.

"Para demostrar que las subvenciones en el marco del PROEX revisado no "se [utilizan] para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación", el Brasil debe probar: (...) o bien que los tipos de interés netos en el marco del PROEX revisado se encuentran a un nivel igual o superior al del CIRR pertinente, el "punto de referencia comercial" específico que en la diferencia inicial identificamos como una base de comparación "adecuada"; (...) **o bien, que es apropiado un "punto de referencia comercial" alternativo**, distinto del CIRR, y **que los tipos de interés netos en el marco del PROEX revisado se encuentran al mismo nivel o por encima del nivel de este "punto de referencia comercial" alternativo**".<sup>281</sup> (el subrayado es nuestro)

Interpretación que el GE confirmó transcribiendo esta parte del Informe del OAP en su propio Informe:

"Consideramos que **cuando el CIRR no refleje efectivamente los tipos disponibles en el mercado**, un Miembro debería poder, en principio, apoyarse en pruebas del mercado mismo a fin de establecer un "punto de referencia comercial" alternativo, sobre el que podría basarse en una o varias transacciones".<sup>282</sup>

A nuestro criterio de todo lo dicho cabe deducir que para que exista una subvención crediticia a la exportación en los términos de este inciso, la subvención debe adoptar la modalidad de "financing support" (abarcando tanto el supuesto de la financiación directa como el apoyo a las tasas de interés o equiparación de tasas). En segundo lugar el interés neto resultante, debe ser inferior al CIRR pertinente o a la tasa alternativa que se ofrezca en el mercado comercial para esa transacción, aún cuando ella resultare menor al CIRR.<sup>283</sup>

Al mismo tiempo obsérvese que en la OMC, a los efectos de determinar si se ofrece una ventaja importante, se eligió a las tasas de referencia del Acuerdo de la OCDE (CIRR), y como alternativa (para el caso que ellas no resulten el fiel reflejo de las tasas ofrecidas por la banca privada o comercial para esa transacción, (aunque no necesariamente para ese prestatario), las ofrecidas por esta última, aún cuando resultaren menores a las tasas del Consenso.

---

<sup>281</sup> Citado en el Párrafo 5.258 del Informe del GE. Segundo Recurso al párrafo 5 del artículo 21. Asunto Brasil-PROEX.

<sup>282</sup> Informe del ÓAP. Recurso al párrafo 5 del artículo 21. Asunto Brasil-PROEX. Citado en el párrafo 5.256 del Informe del GE. Segundo Recurso al párrafo 5 del artículo 21. Asunto Brasil-PROEX..

<sup>283</sup> Como se puede observar no consideramos que este inciso se refiera al "pure cover", desde que a nuestro entender, según ya lo expresamos, las garantías y los seguros de exportación se rigen por otras disposiciones del Acuerdo.

Ello es así desde que, como hemos visto, la OMC rechaza categóricamente que por tasas de mercado se entienda, tanto las ofrecidas por la banca privada, como por la banca oficial perteneciente a los países competidores.

Por su parte debe hacerse notar que el hecho que el CIRR se fije tomando como hipótesis los costos en que incurriría una entidad financiera si le prestara a un tomador de primera categoría, conllevará no solo (cuando se opte por la tasa de la OCDE) un componente de beneficio implícitamente admitido -ya que no necesariamente el tomador del crédito revestirá esta calificación- sino también la elección por un criterio o parámetro objetivo a estos fines.<sup>284</sup> ASI EN CASO DE NO COINCIDIR CON UN PRESTATARIO DE PRIMERA EL CIRR NO RESULTARA VALIDO COMO PARAMETRO Y TENDRA QUE BUSCARSE UNO EQUITATIVO, EN TANTO EN ART 4 HABLA DE OPERACIONES INTERNACIONALES DE CARÁCTER EQUIVALENTE

Ahora bien, el hecho que se haga caso omiso del prestatario en el caso especificado, no quiere decir que no se deba tomar en cuenta una operación en concreto. De hecho la definición de ventaja importante de la OMC alude expresamente a la "transacción en cuestión". Esto es muy elocuente en el caso de la OCDE, en tanto el CIRR que se habrá de respetar es el publicado mensualmente por ella, correspondiente a la moneda y la fecha de vencimiento de la misma.

En este mismo sentido el Segundo Tribunal Ad Hoc del Mercosur sostuvo:

"La configuración de subsidio, depende en consecuencia de elementos de hecho, vinculados en el caso al nivel de las tasas de interés efectivamente aplicadas mediante los instrumentos de ACC y ACE a las exportaciones de carne de cerdo".<sup>285</sup> (el subrayado es nuestro)

Ventaja importante en las "condiciones de créditos a la exportaciones"

De conformidad con el GE que intervino en el Asunto Brasil-PROEX:

---

<sup>284</sup> Lo que a nuestro criterio se ve corroborado por este párrafo: "El razonamiento del Órgano de Apelación para elegir el CIRR parece haber sido que un pago podría utilizarse para lograr una ventaja *importante* (...) si daba lugar a un tipo de interés inferior a los tipos de interés *comerciales* más bajos a disposición de los mejores prestatarios con respecto a una moneda determinada, independientemente de que el prestatario en cuestión hubiese tenido a su alcance ese tipo de interés. Informe del GE del párrafo 5 del artículo 21. Asunto Brasil -PROEX. Párrafo 6.91.

<sup>285</sup> Segundo Laudo Arbitral sobre subsidios a las exportaciones de carne de cerdo. Párrafo 88.

"En su sentido corriente, las condiciones de los créditos a la exportación se refieren a los puntos directamente relacionados con los créditos a la exportación, tales como tipos de interés, períodos de gracia, costos de la transacción, vencimientos y similares. Consideramos que esta interpretación está apoyada en su contexto por el propio punto k), que se refiere al plazo y a las condiciones de crédito de un préstamo".<sup>286</sup> (el subrayado es nuestro)

Creemos también que, en función de lo dispuesto por el art. 31 de la Convención de Viena, esta interpretación del GE podría ser complementada con la que efectuó el mismo Grupo en otra etapa del procedimiento, con motivo de la interpretación de la frase: "disposiciones relativas al tipo de interés del compromiso correspondiente" contenida en el párrafo segundo del mismo inciso. Así, en ocasión de intervenir en el "Segundo Recurso al art. 21 del ESD" (Asunto Brasil) hizo suya esta interpretación del GE que intervino en el Asunto Canadá:

"El análisis del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 se basa en la propuesta de que el requisito de aplicar tipos *mínimos* de interés, según está previsto en el *Acuerdo de la OCDE* (y, por consiguiente, también en la cláusula de resguardo), no podía, en sí mismo y por sí mismo, imponer una limitación efectiva a las condiciones del apoyo financiero oficial. El Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 sostuvo que en cualquier transacción de financiación hay una pluralidad de términos y condiciones, muchos de los cuales afectan a los tipos de interés. Entre éstos cabe citar el plazo máximo de reembolso, la cuantía del pago al contado y el momento del pago del principal y de los intereses. El Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 concluyó sobre esa base que, si se establecían tipos *mínimos* de interés cuando no existían límites para los términos y condiciones que podían afectar al tipo *mínimo* de interés, sería fácil eludir el efecto de limitación de ese tipo *mínimo* de interés".<sup>287</sup> (el subrayado es nuestro)

En concreto este GE, continuando su invocación del GE que intervino en el Asunto Canadá-aeronaves sostuvo:

---

<sup>286</sup> Informe del GE. Asunto Brasil-PROEX. Párrafo 7.28.

<sup>287</sup> Informe del GE. Segundo Recurso al párrafo 5 del art. 21 del ESD. Asunto Brasil-PROEX. Párrafo 5.104.

Véase en este sentido el Informe del GE que intervino con motivo del Recurso al párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Asunto Canadá-aeronaves.

"(...) el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 consideró que la conformidad con las disposiciones relativas al tipo de interés del *Acuerdo de la OCDE* tenía que juzgarse sobre la base de i) la conformidad de la disposición relativa al tipo mínimo de interés, es decir, el CIRR y ii) la conformidad con aquellas disposiciones del *Acuerdo de la OCDE* que "apoyan o refuerzan la norma de los tipos mínimos de interés".<sup>288</sup> (el subrayado es nuestro)

De este modo, según el GE que intervino en el Asunto Canadá-aeronaves, se procura:

"impedir que los participantes ofrezcan apoyo financiero oficial a tipos inferiores al CIRR, con independencia de que el tipo inferior al CIRR se obtenga directamente debido al tipo de interés nominal o mediante el ajuste de los demás términos y condiciones de la financiación con el fin de eludir el CIRR mínimo".<sup>289</sup> (el subrayado es nuestro)

**El GE expresamente sostuvo que: "(...) de no aceptarse esta posibilidad se privaría de todo efecto útil a la cláusula de la ventaja importante del primer párrafo del punto k).**<sup>290</sup> (el subrayado es nuestro)

**Respecto del Mercosur** recordamos, en primer lugar que, el artículo 4º de la Dec.10/94 autoriza a conceder financiamiento a las exportaciones cuando los "mismos sean otorgados en condiciones, de plazos y tasas de interés, compatibles con las aceptadas internacionalmente EN OPERACIONES EQUIVALENTES".

Como lo hemos adelantado a nuestro criterio, **este texto debe ser interpretado en sentido amplio, sin apearnos a su significado literal**, de modo de evitar que indirectamente se burle la prohibición de conceder financiamiento por debajo de las tasas comerciales ofrecidas internacionalmente. Lo cual es acorde con los métodos y principios interpretativos que venimos propiciando.

Entendemos que nuestra postura se halla avalada además por la "jurisprudencia" del Mercosur en tanto según lo propugnamos, el Segundo Tribunal Ad Hoc, ha determinado la

---

<sup>288</sup> Informe del GE. Asunto Canadá-aeronaves. Párrafo 5.118.

Véase el Párrafo 5.106 en el que se enumeran cuales son las disposiciones del Acuerdo OCDE, que a juicio del GE refuerzan las disposiciones relativas al tipo de interés.

<sup>289</sup> Informe del GE. Segundo Recurso al párrafo 5 del art. 21 del ESD. Párrafo 5.89.

<sup>290</sup> Informe del GE. Segundo Recurso al párrafo 5 del art. 21 del ESD. Asunto Brasil-PROEX. Párrafo 5.243.

aplicación del inciso k) en el ámbito subregional (y en el marco de la Dec.10/94), en estos términos:

**"La remisión genérica a las normas del GATT, determina que resulte necesario analizar** si las exoneraciones y reducciones en cuestión, configuran subsidios en el ámbito del Acuerdo sobre Subsidios y Medidas Compensatorias (ASMC). A este respecto, el Anexo I del ASMC establece (...)"<sup>291</sup>

Lo cual se corrobora por el hecho que el mismo Tribunal señala expresamente al artículo 4º como una disposición similar a este inciso.<sup>292</sup>

Sin perjuicio de ello creemos que **la aplicación de este inciso en el bloque, debe hacerse con dos salvedades o precisiones** a las condiciones expuestas.

En primer lugar entendemos que no es posible hacer extensivo a Mercosur el segundo párrafo del inciso k), de allí que solo hiciéramos mención a él, en tanto contexto interpretativo del primer párrafo. La razón de ello estriba en que esta segunda parte constituye una excepción genérica a la primera parte, y como ya hemos visto, en la subregión a nuestro criterio, la regla general es la imposibilidad jurídica de financiar las exportaciones intrazona. La interpretación contraria haría perder su razón de ser al artículo 12 inc.a), atentando contra los propósitos y fines del TA.

En segundo lugar repárese en que el artículo 4º (al cual remite el artículo 12), establece que el financiamiento intrazona es admisible en la medida que se efectúe en condiciones compatibles con las **aceptadas internacionalmente en operaciones equivalentes**, y en que, todas las disposiciones del Acuerdo de la OCDE que la OMC considera idóneas para actuar como parámetro a los efectos de determinar la existencia de una ventaja importante, resultan tales, en la medida en que la transacción en cuestión encuadre en el ámbito de competencia material del Consenso OCDE.

En consecuencia a fin de posibilitar la comparación en este sentido, será necesario también (hasta metodológicamente) que, la transacción en cuestión, reúna determinadas características.

De este modo habrá que corroborar primeramente que se trate de la clase de "apoyo financiero oficial" a que alude el artículo 15 de la OCDE, esto es: "créditos/financiación directos,

---

<sup>291</sup> Segundo Laudo Arbitral sobre subsidios a la producción y exportaciones de carne de cerdo. Párrafo 85.

refinanciación o apoyo a los tipos de interés". Así quedan excluidas otras formas de este tipo de apoyo, como son las garantías y seguros de crédito a la exportación.<sup>293</sup> Lo cual a nuestro entender resulta compatible con lo dispuesto por el ASMC que regula estos dos últimos supuestos por un inciso distinto al inciso k). Razonamiento que hacemos extensivo al Mercosur por disposición del artículo 1º de la Dec10/94.

Complementariamente debe tenerse presente que según este mismo GE:

"Los CIRR, al establecerse únicamente en forma de tipos de interés fijos, sólo pueden aplicarse coherentemente a transacciones con tipos de interés fijos. No hay simplemente ninguna forma práctica o coherente de aplicar normas sobre tipos mínimos de interés fijos a transacciones a tipos de interés flotantes. En consecuencia, concluimos que únicamente el apoyo financiero oficial a tipos de interés fijo está sujeto a la aplicación de tipos mínimos de interés, dado que los CIRR se expresan como tipos correspondientes a transacciones a un tipo de interés fijo y, en consecuencia, sólo pueden aplicarse a transacciones de ese género."<sup>294</sup>

A lo que debe agregarse que ha de tratarse de financiamiento que se conceda: "Con un plazo de reembolso de dos o más años, puesto que hay que recordar que el ámbito del Acuerdo se reduce a las transacciones con plazo de amortización".<sup>295</sup>

Ahora bien, parecería surgir de contrastar las características y modalidades de las líneas de financiamiento a las exportaciones disponibles en Argentina y en Brasil, con estas normas del Acuerdo OCDE, que de plantearse algún cuestionamiento respecto de ellas, en muchos casos el

---

<sup>292</sup> Ibid. Párrafo 87.

<sup>293</sup> Según explica el GE que intervino en el Asunto Canadá-aeronaves, (Segundo Recurso al párrafo 5 del art. 21 del ESD): "las formas de apoyo oficial están circunscriptas a este supuesto, porque de lo que se trata es de determinar a que clase de apoyo oficial se aplican las disposiciones sobre el CIRR y aquellas que lo refuerzan, y en este sentido el artículo 15 del Acuerdo es claro "Los participantes que concedan apoyo financiero oficial en forma de créditos/financiación directos, refinanciación o apoyo a los tipos de interés aplicarán tipos mínimos de interés; los participantes aplicarán los tipos de interés comerciales de referencia (CIRR) correspondientes." Párrafo 5.94.

"Dicho de otra forma, esta disposición del Acuerdo parece precisar que actualmente están sujetas a la norma de los tipos mínimos de interés esas formas de "apoyo oficial" abarcadas por el Acuerdo, y sólo ellas." Párrafo 5.95.

<sup>294</sup> Ibid. Párrafo 5.102. Es necesario aclarar que es discutido el hecho de si su ámbito de aplicación se circunscribe o no, en estos casos a las tasas de interés fijo.

<sup>295</sup> Ibid. Nota de pie de página N° 84.

Véase en este sentido el art. 2 del Acuerdo OCDE.

Consenso OCDE quedará inhabilitado como parámetro para determinar si se concede una ventaja importante. De esta forma y a fin de evitar que se lesione el efecto útil del inciso a) del art. 12 , en los casos en que esta situación se presente, se debería tener presente que es posible recurrir como benchmark alternativo al mercado comercial internacional en los términos ya descriptos.

### 3.3.6. La promoción crediticia de las exportaciones y el Protocolo de Brasilia (PB)

Hasta aquí **hemos tratado los presupuestos que han de reunirse para que se considere que existe una subvención del tipo que nos ocupa tomando como referente principal al ASMC.** Destaquemos ahora, otros recaudos que deberían hallarse presentes por disposición del PB, al menos para los casos en que el reclamo se inicia a instancia de los particulares.<sup>296</sup>

En este supuesto rige el artículo 25 del PB que dispone: "El procedimiento establecido en el presente capítulo se aplicará a los reclamos por particulares (personas físicas o jurídicas) con motivo de la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción (...)".<sup>297</sup>

El que se complementa con la parte pertinente del artículo 26 que dice en su segundo párrafo "Los particulares deberán **aportar elementos que permitan** a la referida Sección Nacional **determinar la verosimilitud de la violación y la existencia o amenaza de perjuicio**".

Contrariamente a la postura adoptada por el Segundo Laudo Arbitral sobre subsidios a las exportaciones de carne de cerdo, que como señalan Cárdenas y Tempesta: "(...) aferrándose (...) a una aplicación gramatical del art.25 del Protocolo de Brasilia (...)". y "Siguiendo a la mencionada norma, exigió la demostración, por la parte reclamante (Argentina), de que los subsidios cuestionados tenían i) un efecto "restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal" y ii) que

---

<sup>296</sup> En este sentido Cárdenas y Tempesta expresan con relación a lo que llaman el "test del perjuicio" exigido por el Segundo Tribunal constituido para entender en el reclamo sobre subsidios a las exportaciones de carne de cerdo "(...) que no surge con claridad, de los diversos pasajes que el Tribunal dedica a esta cuestión si los principios procesales en materia de prueba son de sola aplicación a los asuntos originados por denuncias de los particulares o si ellos también deben regir las controversias que se inician por reclamos interestatales", op. cit. , p. 2.

<sup>297</sup> En este sentido el art. 24 de la Decisión 17/98, que reglamenta el PB, dispone que los reclamos de particulares deberán incluir entre otros "la determinación de la existencia o de la amenaza de perjuicio".

generaban un "perjuicio" o "amenaza de perjuicio" a los particulares",<sup>298</sup> creemos que estos textos deben asumir un alcance diferente, y que en su lugar debería acreditarse que:

a) Con la concesión del incentivo se causa o amenaza causar un **perjuicio a las condiciones de competencia del MERCOSUR**

A nuestro entender esta afirmación encuentra fundamento en el contexto en que deben ser interpretados los dos artículos citados del PB.<sup>299</sup> En este sentido se constata, que en términos generales, todos los antecedentes de la Dec.10/94, o sus normas conexas, procuran contribuir a eliminar las distorsiones a la competencia que generan, en el marco de un proceso de integración, determinadas políticas públicas.

Como hemos tenido oportunidad de ver tal es el caso de la Dec.20/94, que ha sido dictada en el entendimiento que: "en ciertos casos las políticas públicas pueden distorsionar esas condiciones, afectando la implementación de los objetivos del Tratado de Asunción". O la razón de ser de la creación del CT N° 4 "sobre Políticas Públicas que distorsionan la competitividad", cuyo objetivo era identificar aquellas medidas de política pública vigentes en cada EP que pudieran distorsionar las condiciones de competencia dentro de la región por su carácter discriminatorio, al beneficiar a los agentes económicos localizados en el país que practicaba la ayuda.

Propósito que se repite en los Considerandos de la Dec.31/00 en los que se vuelve a insistir en que "que es fundamental evitar la existencia de tratamientos diferenciales que alteren las condiciones de competencia entre los EP". Intención que se desprende además, y de modo más que elocuente, del texto de la Decisión 18/96 (PDC), por la cual los PM se comprometen a adoptar reglas comunes que "disciplinen las ayudas de Estado que puedan limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia y sean susceptibles de afectar el comercio entre los países".<sup>300</sup>

---

<sup>298</sup> De todos modos según señalan Cárdenas y Tempesta: "En el Laudo Arbitral sobre "Comunicados DECEX N° 37 y SECEX N° 7 (...) Argentina tampoco abundó en materia de prueba, limitándose a remarcar el "efecto inhibitorio" y contrario a las normas del Mercosur del sistema de licencias brasileño que estaba en tela de juicio, **mientras que Brasil basó su defensa en la falta de demostración del perjuicio concreto.** De ambas tesis, el primer tribunal se inclinó por la postura argentina, ya que no se abordó la cuestión del daño limitándose solamente a analizar la inconsistencia del régimen de licencias con el cuadro legal aplicable", op. cit. , p.p. 2-3. (el subrayado es nuestro)

<sup>299</sup> Recuérdese en este sentido el artículo 31 de la Convención de Viena.

<sup>300</sup> Artículo 32.

Por otra parte recordamos que, la normativa que resulta aplicable al supuesto que hace a nuestro interés, la Decisión 10/94, hace del ASMC normativa Mercosur que también ha de regir en el particular. Y que con relación a esta última la "jurisprudencia" emanada de los Grupos Especiales y del OAP expresa:

"(...) el objeto y fin de las disciplinas multilaterales recogidas en el Acuerdo SMC (...) es (...) el establecimiento de disciplinas multilaterales basado en la premisa de que algunos tipos de intervención del gobierno distorsionan o pueden distorsionar el comercio internacional".<sup>301</sup>

Donde:

"(...) probablemente los créditos subvencionados a la exportación sean, entre las diversas formas de subvención a la exportación, la que entraña una posibilidad más inmediata, y por consiguiente, mayor de distorsión de las corrientes comerciales".<sup>302</sup>

De allí que se los considere una clase de subvención prohibida, que hace innecesaria la prueba del perjuicio en los términos del PB, conforme surge del inc. k) Anexo I y del art. 4 del ASMC. CORREGIR

Respecto de toda esta normativa cabe destacar que presenta como común denominador, la finalidad de coadyuvar al establecimiento y preservación de uno de los elementos estructurales del MC, cual es, la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos al interior del espacio comercial ampliado, cuyo presupuesto ineludible, como lo hemos señalado en repetidas ocasiones, es la presencia de una competencia libre de distorsiones.<sup>303</sup> Ello, a nuestro criterio, diferencia a la normativa Mercosur de las legislaciones en materia DC, las que en tanto implican una violación del principio de "no-discriminación" imperante en las OMC, exigen como contrapartida (para resultar compatibles con sus reglas), la acreditación del perjuicio por parte de la rama de la producción nacional que alega la existencia del subsidio.

---

<sup>301</sup> Informe del GE. Asunto Canadá-Aeronaves. Punto. 9.119.

<sup>302</sup> Informe del GE. Recurso al párrafo 5 del art. 21 del ESD. Asunto Brasil-PROEX. Punto 5.137.

<sup>303</sup> Señalan Lavdas y Mendrinou: "La constitución del mercado común presupone la existencia de una competencia libre de distorsiones (art. 3 EC). Desde los primeros años de la Comunidad, la realización de los objetivos del mercado común se ha considerado condicionados al desarrollo de una política europea de la competencia", op. cit. , p.39.

Por el contrario en este caso, y por llamarlo del algún modo, el "bien público a tutelar" será, en función del artículo 1º del TA, las condiciones de intercambio de la UA y no la preservación de intereses locales.

En este sentido nos interesa destacar parte de los Considerados de la Decisión por la cual, la Comisión Europea, declaró incompatibles con el MC los créditos a tasa subsidiada concedidos por Francia a las exportaciones con destino a Grecia:

"La reintroducción de las ayudas a las exportaciones al interior de la Comunidad implicaría una renuncia al principio de unidad del mercado común, el cual requiere que las ventas en los mercados de otros Estados Miembros no sean tratadas de modo diferente a las transacciones nacionales. Como las ayudas a la exportación por definición no pueden ser aplicadas en el mercado interno ello podría además conducir a una situación donde los competidores nacionales podrían sufrir una seria desventaja frente a sus competidores de otros estados Miembros, una situación intolerable (...)".<sup>304</sup>

Por otra parte el hecho que a nuestro criterio no haya necesidad de demostrar que el perjuicio se lo ocasiona a los particulares, **encuentra razón de ser en la propia naturaleza del subsidio concedido** en el marco de un proceso de integración.

En este sentido resulta ilustrativa esta jurisprudencia del TJCE, la que si bien en sentido estricto no alude al supuesto que nos ocupa, creemos que su razonamiento es extensible al particular. Así en el asunto C-156/98 el Tribunal afirmó:

"En cuanto a la apreciación, por parte de la Comisión, de los efectos de la ayuda establecida por la medida controvertida sobre la competencia y los intercambios intracomunitarios, la decisión impugnada deduce lógicamente de las características de dicha medida, cuyo objeto consiste en mejorar las condiciones contractuales en las que pueden realizarse las tomas de participación en determinadas empresas, que la aplicación de dicha medida puede falsear la competencia, por cuanto hace que las demás empresas sean menos atractivas en el mercado de capitales, y puede afectar a los intercambios intracomunitarios en los que participan las empresas de la Comunidad, tanto si se benefician de la

---

<sup>304</sup> 82/364/EEC: Commission Decision of 17 May 1982.

ventaja prevista por la medida de que se trata, como si están excluidas de tal beneficio".<sup>305</sup> (el subrayado es nuestro)

Al respecto también señala el español Alejandro Valle Galvez con relación a los efectos que produce la ayuda sobre la competencia:

"esta condición en cierta medida se desprende de la ventaja implícita que conlleva la noción de ayuda. Para corroborar si se cumple este criterio, es necesario que la ayuda rompa unilateralmente la igualdad de condiciones de competencia en los costes de producción de los diferentes concurrentes."<sup>306</sup>

Todo ello, a nuestro entender, explica que el 4 del ASMC (que resulta aplicable al Mercosur por disposición de la Dec.10/94), exija como condición para que surja la obligación de retirar la subvención prohibida, que se acredite solo su existencia y naturaleza.<sup>307</sup>

Ahora bien, ¿cuando se considera que **se produce esa amenaza o perjuicio, o cuando se torna verosímil en los términos del PB para las condiciones de competencia en el ámbito del Mercosur** ?. Ello nos lleva al segundo presupuesto a que alude, en nuestra opinión, el PB.

#### b) La **verosimilitud de la violación** o la amenaza

A nuestro criterio para demostrar que efectivamente la medida produce una distorsión en las condiciones anteriormente señaladas bastará con que se acredite, que quien recibe el incentivo realiza intercambios intrazona y que reclamante y beneficiario son competidores en el comercio subregional.

---

<sup>305</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia del 19 de septiembre de 2000. "Ayuda concedida a las empresas de los nuevos Estados federados alemanes - Medida fiscal para favorecer las inversiones". Punto 101.

<sup>306</sup> Alejandro Valle Galvez: **Las ayudas de Estado en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**, p. 896.

<sup>307</sup> En este sentido Emilio Cárdenas y Guillermo Tempesta expresan respecto del Laudo sobre subsidios a las exportaciones de carne de cerdo: "**No nos parece acertado exigir, en este caso, la acreditación del perjuicio.** Porque las propias normas ASMC de la OMC sobre resolución de disputas para cuestiones vinculadas con los subsidios "rojos", o sea con los subsidios prohibidos (ver. Art. 4, "Acciones del ASMC) **no contemplan tal recaudo.** Dichas normas se limitan, solamente, a requerir la prueba de la "existencia" y "naturaleza" del subsidio. Sin exigir, en cambio, prueba del perjuicio, op cit. , p.3 .

En este sentido recordamos que en la CE:

"Una ayuda que no afecta a los intercambios intracomunitarios no está sometida al principio de incompatibilidad con el mercado común (...). En particular, para que se cumpla esta condición basta con que la empresa asistida ejerza, incluso parcialmente, una actividad que sea objeto de intercambios significativos entre estados Miembros".<sup>308</sup>

Al mismo tiempo resulta ilustrativa, en este sentido, la postura adoptada por la Comisión Europea en oportunidad de decidir acerca sobre la compatibilidad de los créditos subsidiados concedidos por el gobierno francés a las exportaciones dirigidas a Grecia:

"Una ayuda estatal que posibilita a los Estados Miembros a ofrecer bienes a precios que son artificialmente mas bajos que los ofrecidos por sus competidores de otros Estados Miembros que no se benefician de una ayuda que distorsiona la competencia porque favorece determinadas actividades o la producción de ciertos bienes y afecta el comercio entre los Estados Miembros, es incompatible, en consecuencia con el mercado común de acuerdo con el artículo 92 (1) del Tratado. Una ayuda que reduce la tasa de interés de un crédito destinado a financiar la venta de bienes producidos en el Estado Miembro para ser exportado a otro estado Miembro constituye una ayuda a la exportación".<sup>309</sup>

Creemos que el Segundo Laudo Arbitral avala nuestra postura cuando afirma:

"En consecuencia, corresponde resolver este aspecto de la controversia declarando que Brasil entiende cumplida la pretensión de la República Argentina al haber prohibido la utilización del Programa de Financiamiento para Exportaciones (PROEX) en cualquiera de sus modalidades, para bienes de consumo en el MERCOSUR (incluyendo las exportaciones de carnes porcinas)".<sup>310</sup>

---

Véase en este **mismo sentido a John Jackson** quien afirma: "En caso de subsidios prohibidos un Miembro puede quejarse sin necesidad de demostrar ninguna clase de daño o perjuicio", op. cit. , p. 292

<sup>308</sup> "XXVII Informe de la Comisión sobre la Política de la Competencia", op.cit. , p. 72.

<sup>309</sup> Decisión de la Comisión del 17 de mayo de 1982. Párrafo IV.

<sup>310</sup> Segundo Laudo Arbitral sobre subsidios a las exportaciones de carne de cerdo. Párrafo 79.

#### IV. CONCLUSIONES

Las Decisiones dictadas por el CMC en el marco del "Relanzamiento del Mercosur" sí bien persiguen o apuestan, como su nombre lo indica, a concretar los objetivos establecidos por el artículo 1º del TA, ponen al mismo tiempo al descubierto la incapacidad que ha tenido el proceso de integración a lo largo de todos estos años, para solucionar los problemas que generan, por el momento a la UA, determinadas políticas públicas que en virtud de su efecto discriminatorio, provocan distorsiones en las condiciones de competencia.

Entre estas normas se destacan la Decisiones 31/00, 28/00 y 7/01. Ello es así en tanto por la primera de ellas se vuelve a insistir sobre los efectos perjudiciales que ocasiona la concesión de incentivos a las exportaciones intrazona y sobre la necesidad de su relevamiento con fines de eliminación. Al mismo tiempo que por las dos últimas se prorroga nuevamente (aunque también con vistas a su eliminación gradual) la aplicación de las normas nacionales sobre DC en el comercio intrazona. Postergándose implícitamente, de este modo, el propósito de regular las prácticas distorsivas del intercambio intrabloque (sean de origen publico o privado), por el PDC a que alude la Dec.18/96.

Concomitantemente constatamos la existencia de asimetrías legislativas entre los dos principales socios del Mercosur, tanto en materia de promoción crediticia de las exportaciones, como también (aunque en mucho menor grado), entre sus respectivas disposiciones sobre DC. En este último sentido **comprobamos asimismo la disfuncionalidad e insuficiencia de esta normativa para corregir la totalidad de los efectos disvaliosos que ellas generan en el actual contexto subregional, no solo en razón de esas mismas divergencias normativas, sino también de su propia naturaleza.**

Ante este estado de cosas del proceso de integración en el tema que nos ocupa, las divergencias políticas, macroeconómicas y de regulaciones sectoriales de Argentina y Brasil, no nos permiten ser optimistas en cuanto a la posibilidad de concretar, los objetivos fijados por las normas dictadas en el marco del "Relanzamiento". Máxime cuando ello se da en un contexto de cuasi completa eliminación de restricciones no arancelarias en el comercio intrazona y sin contrapartida en cláusulas de escape. En consecuencia tampoco albergamos esperanzas en cuanto a la posibilidad que se realicen o instrumenten, al menos en el corto plazo, los

**cambios normativos e institucionales que hacen falta para administrar de manera ÓPTIMA las consecuencias disvaliosas que generan las asimetrías** en materia de promoción crediticia de las exportaciones. **De ahí que hayamos concentrado todo el esfuerzo en aprovechar al máximo los instrumentos existentes y procuráramos efectuar una lectura de la Dec.10/94, que al menos contribuyera a reducir su capacidad de distorsión.** A ese mismo fin hicimos lo propio con los artículos pertinentes del PB, con la **intención de evitar que la interpretación propuesta perdiera virtualidad o eficacia cuando se intentara recurrir al SSC.** IMPORTANTE

El resultado es la consagración de una prohibición cuasi absoluta para aplicar incentivos crediticios a las exportaciones intra-Mercosur. Regulación ésta que en la práctica se asemeja en parte a la de la UE (en la que la tendencia de la Comisión ha sido declarar la incompatibilidad de esta clase de ayudas con el MC), y que resulta ser más rigurosa que la de la OMC, en tanto circunscribe las excepciones al supuesto de los bienes de capital que se financien a largo plazo.

Esta interpretación presenta la ventaja de desalentar el recurso a las legislaciones en materia de DC (evitando los inconvenientes que con relación a ellas hemos señalado). Desde que, con esta propuesta, resulta más atractivo solicitar la corrección de la distorsión en el ámbito subregional que ante las instancias nacionales, en tanto en el primero caso la dificultosa prueba del daño y de la relación de causalidad no será requerida por considerarse al perjuicio, ínsito en la práctica desleal efectuada en el comercio intrazona.

Por otra parte exhibe un bajo costo institucional al no necesitarse, para asegurar su enforcement, más que acudir al PB sin conllevar la creación de nuevos órganos o supeditar su viabilidad a la asignación de supranacionalidad a los existentes.

Sin embargo al respecto cabe hacer dos precisiones. La primera de ellas se relaciona con la falta de especificación acerca de a que subvenciones alcanza la obligación de **no mantener.** La segunda con la inexistencia de un mecanismo de notificación de las ayudas "nuevas", que al modo de la UE torne ilegales, con derecho a reembolso, a las ayudas implementadas sin notificación previa o sin esperar la aprobación pertinente, y que luego se comprueben que eran incompatibles con el MC. Estas **ausencias en el Mercosur conllevan en los hechos, que a pesar de la prohibición casi general propuesta, no sea posible, en estos casos, corregir las distorsiones que se ocasionen al comercio intrazona hasta tanto la medida se cuestione por medio del SSC.**

De esta manera partiendo de la base que no es posible introducir reformas a la normativa y a las instituciones del Mercosur hemos intentado corregir el problema, acudiendo nuevamente a las reglas de notificaciones de la OMC a partir de la remisión que hace la Dec.10/94 al ASMC.

Mas específicamente nos hemos valido del art.28 para establecer que integran la categoría de subvenciones "existentes" todos aquellos Programas de subvenciones que debían haber sido notificados a la OMC dentro del plazo y de las condiciones establecidas en su inc.1.

También hemos extraído la conclusión, a partir de este mismo artículo, que en caso que se comprobara que se estuvo concediendo, despues de la entrada en vigencia de la Dec.10/94, una subvención que no fuera la prevista en el inc.a) del art.12, sería posible solicitar la aplicación de contramedidas. En tanto, en este supuesto, el Programa considerado incompatible con las disposiciones del Acuerdo se tendría que haber puesto en conformidad (en este caso con la Dec.10/94) en el plazo que va desde su notificación a la OMC al de la entrada en vigencia de esta Decisión. Sin admitirse intrazona los plazos de transición previstos en los arts. 28 inc. b) y 27 del ASMC, pues de lo contrario echaríamos por tierra la validez y eficacia del mencionado artículo 12, que al respecto no hace ninguna salvedad.

De este modo, y a fin de asegurar el enforcement y el efecto útil de esta Decisión, insistimos en que de comprobarse en el marco del PB que respecto del Programa no se han producido modificaciones, o se han llevado adelante medidas de ejecución de los mismos, los pagos o prácticas podrán ser cuestionados en los términos ya expuestos, desde que el EP que los concedió no podía dejar de saber que la causa jurídica que les daba origen no era conforme a la normativa Mercosur.

Respecto de las subvenciones nuevas, las que nuestro criterio se rigen, en principio por el artículo 25 del ASMC que dispone, que la notificación de una medida no prejuzga sobre su naturaleza jurídica ni sobre sus efectos, consideramos que la obligación de cesar con los pagos o las prácticas que se venían realizando, nace a partir de la fecha en que el Tribunal Arbitral declara su incompatibilidad con la Dec.10/94, por hallarse reunidos los presupuestos a que hemos aludimos en el capítulo anterior. En tanto el plazo de 15 días que se menciona en el inc.2 del art. 21 del PB, está previsto para adaptar las medidas a la nueva situación que impone el Laudo, y no para seguir vulnerando la normativa Mercosur por un plazo adicional.

Sin perjuicio de ello entedemos que, dado que el artículo 25 del ASMC debe interpretarse conjuntamente con el artículo 12 de la citada Decisión, *si el Estado reclamante así lo solicita,*

pueden ser objeto de medidas compensatorias o contramedidas los pagos aislados ya efectuados al momento de recurrir al PB, y que en el curso del procedimiento se compruebe que eran prohibidos por beneficiar a otros bienes distintos de los bienes de capital. NO

Por otra parte será necesario que cualquier ulterior reforma tienda, o a eliminar la excepción remanente, o al menos, a descartar como benchmark al mercado comercial internacional, ya que como lo puso de relieve Brasil a lo largo de su defensa en el Asunto Brasil-PROEX, las condiciones de acceso al financiamiento de los países en desarrollo son extremadamente menos beneficiosas que la de los países desarrollados. Lo cual se traduce en la disponibilidad de financiamiento por parte de los bancos comerciales de estos países en condiciones mucho más accesibles. El hecho que en este contexto, se tome como parámetro para el Mercosur las condiciones ofrecidas por la banca comercial internacional y no la local (que refleja el riesgo país que deben pagar sus gobiernos) da cuenta del mayor margen de subsidio admitido en estos casos en el bloque.

En último término no queríamos dejar de señalar que la interpretación propuesta refuerza el propósito señalado por Nofal en la introducción de este trabajo, consistente en que: "el posicionamiento de las firmas en el mercado resulte de la capacidad empresarial para incorporar nuevas tecnologías, reducir costos, (...) en vez de ser el resultado del apoyo estatal", lo cual resulta, a nuestro entender, acorde con la intención expresada por los EP en el Preámbulo del TA "de lograr una adecuada inserción internacional para sus países".

A nuestro criterio las afirmaciones vertidas no resultan invalidadas por el hecho que no sea posible, en razón de la interpretación tan estricta que hemos propuesto, brindar, por ejemplo, un trato diferencial a las pymes en los términos de la Res.59/98. Dado que aún en la UE, donde sí se hallan reunidos los presupuestos normativos e institucionales para proceder en este sentido, el tipo de subvención que nos ocupa no resulta admisible tampoco en esos casos por expresa invocación del artículo 3º del ASMC, por parte de la normativa comunitaria respectiva.

En definitiva creemos que cualquier reforma que se introduzca tiene que tender, además de a corregir las deficiencias expuestas, a crear un mecanismo capaz de contribuir a la sustentabilidad competitiva de las empresas del MERCOSUR. Esto es a lograr su inserción definitiva en el mercado internacional, para lo cual el recurso a la categoría de "subvenciones verdes" del ASMC y a sus reglas de "minimis", pueden resultar de mucha utilidad sí se las aplica desde el ámbito y óptica subregional.

