

LOS SUBSIDIOS GUBERNAMENTALES COMO PRÁCTICAS DESLEALES DEL COMERCIO INTERNACIONAL

JUAN JOSÉ PÉREZ-COTAPOS CONTRERAS
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

Se entiende por subsidios gubernamentales toda clase de apoyo, incentivo, prima o beneficio económico otorgado, directa o indirectamente, por el Estado a los productores, manufactureros o exportadores nacionales, a fin de impulsar la industria nacional y colocarla artificialmente en condiciones competitivas en los mercados exteriores, a través de la reducción o el ahorro artificial del costo de producción de la mercancía correspondiente derivados del apoyo gubernamental. Son elementos de un subsidio: a) apoyo, prima, estímulo o beneficio económico; b) otorgado por el Estado; c) el Estado otorga este subsidio directa o indirectamente; d) debe ser otorgado a los productores, manufactureros o exportadores nacionales; e) el objetivo básico del subsidio es impulsar y desarrollar la industria nacional; f) este impulso se logra colocando a la industria nacional artificialmente en condiciones competitivas en los mercados externos.

PALABRAS CLAVES: Prácticas desleales de comercio internacional, subsidio, subvención, dumping, valor normal, daño.

ABSTRACT

State subsidies are referred to as any kind of support, incentive scheme, bonus or economic benefit directly or indirectly granted by the State to national producers, manufacturers, and exporters in order to both boost national industry and artificially place it on foreign markets under competitive conditions by manipulating the cutback or the savings, derived from state support, on production costs of the respective goods. The characteristics of a subsidy are the following: (a) it can be any kind of support, a bonus, an incentive, or an economic benefit; (b) it is granted by the State; (c) the State grants it directly or indirectly; (d) it must be granted to national producers, manufacturers, or exporters; (e) it basically aims at boosting and developing national industry; and (f) this boost is achieved by artificially placing national industry on foreign markets under competitive conditions.

KEY WORDS: Disloyal practices of international trade, subsidy, grant-in-aids, dumping, normal value, damage.

I. LAS PRÁCTICAS DESLEALES DEL COMERCIO INTERNACIONAL

Las prácticas desleales del comercio internacional “son comportamientos anticompetitivos que, efectuados por gobiernos o empresas privadas, distorsionan precios a exportaciones de bienes y servicios y dañan a los productores domésticos de los países huéspedes”¹.

Tradicionalmente, con el concepto de prácticas desleales del comercio internacional, se alude a dos conductas comerciales particulares: i) el “dumping”; y ii) los subsidios o subvenciones gubernamentales. El “dumping” consiste en la discriminación internacional de precios, por medio de la cual un exportador vende su mercancía a un precio inferior en un mercado extranjero (p. ej. EE.UU.), en relación con el precio al que se vende una mercancía idéntica o similar en su mercado de origen (p. ej. Chile). Por otra parte, la expresión subsidios o subvenciones gubernamentales se refiere a toda clase de apoyo económico otorgado por el Estado a los productores o exportadores nacionales.

Esas dos prácticas comerciales son consideradas desleales bajo ciertas circunstancias por la comunidad internacional y, en consecuencia, se encuentran sancionadas en la mayoría de los casos, ya sea a través de tratados internacionales, como el GATT de 1994 y sus Acuerdos Comerciales Multilaterales, o bien, por la legislación interna de cada país, como es el caso de Chile con la Ley N° 18.525, que establece Normas sobre Importación de Mercancías al País, o la Ley Arancelaria de EE.UU. de 1930 y sus modificaciones posteriores (U. S. Tariff Act of 1930, as amended). Conforme se desprende de los textos de estas legislaciones, se considera que el “dumping” es una práctica desleal, debido a que un exportador extranjero vende su mercancía en un mercado exterior a un precio que sea artificialmente inferior al de su valor normal en el mercado de origen. Asimismo, se dice que los subsidios gubernamentales constituyen una práctica desleal, porque dichos apoyos gubernamentales pueden disminuir artificialmente tanto los costos de producción como los precios de los productos terminados que se venden en los mercados extranjeros. La ventaja comercial artificial de la que los exportadores extranjeros gozan gracias al “dumping” y a los subsidios gubernamentales, es decir, la venta de mercancía a precios artificialmente bajos e inferiores en un país importador, puede llegar a dañar a la producción nacional de los países que importan la mercancía en cuestión.

El instrumento legal bajo el derecho internacional para contrarrestar el efecto negativo de las importaciones subvencionadas u objeto del “dumping”, es la imposición de derechos compensatorios o derechos

¹ WITKER, Jorge, *Derecho de la competencia en América* (Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 2000), p. 64.

“antidumping”, respectivamente, sobre dichas importaciones, de conformidad con el nuevo GATT de 1994 y sus Acuerdos Comerciales Multilaterales. Para aplicar estas medidas compensatorias, según el nuevo GATT de 1994 y sus Acuerdos Comerciales Multilaterales, un país importador que sea un signatario de la OMC (Organización Mundial de Comercio) tiene que probar, a través de un procedimiento administrativo, tres elementos generales: i) la existencia de una práctica desleal del comercio internacional, o sea, el “dumping” o las subvenciones gubernamentales; ii) la existencia de daño importante, o de amenaza de daño importante, que sufren los productores nacionales del país importador; y iii) la relación directa de causalidad entre la práctica desleal de comercio internacional y el daño importante o la amenaza de tal daño. Si un país importador, que sea signatario de la OMC, no puede probar esos tres elementos, mediante la aplicación de su prueba de daño, no le es permitida la imposición de derechos compensatorios sobre las importaciones objeto de prácticas desleales.

Los países miembros de la OMC, como Chile, adquirieron la obligación internacional de modificar sus legislaciones nacionales, para incorporar los principios, definiciones y procedimientos establecidos en los Acuerdos Comerciales Multilaterales del nuevo GATT de 1994 sobre el dumping y los subsidios gubernamentales. Esto es, aquellos contenidos en el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994 (en adelante, el “Acuerdo Antidumping del GATT de 1994”) y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias del mismo Tratado Internacional (en adelante, el “Acuerdo de Subvenciones del nuevo GATT de 1994”).

II. CONCEPTO DE SUBVENCIÓN O SUBSIDIO GUBERNAMENTAL

Sin perjuicio del concepto jurídico que más adelante daremos a conocer, no es posible excluir de nuestro estudio un análisis económico del concepto de subsidio gubernamental, junto con sus implicancias para un país en vías de desarrollo como Chile.

Es bien sabido que, en condiciones de competencia perfecta, el uso de subsidios por parte del Estado importaría una distorsión en la asignación natural de los recursos económicos, por cuanto, en teoría, es el propio mercado el que mejor los asigna. No obstante, en la realidad las condiciones de mercado distan mucho de ser las ideales. Como consecuencia, el uso de subsidios gubernamentales se justifica económicamente desde diversos puntos de vista. En particular, ante las fallas del mecanismo de mercado, las democracias introducen la mano visible del Estado. Esta “mano visible del Estado” interviene fundamentalmente cuando el mercado es ineficiente en la asignación de los recursos productivos.

Un caso típico es el de los bienes públicos. Gracias a los subsidios gubernamentales, el Estado puede proveer a la comunidad ciertos bienes públicos

que el sector privado no puede o no está interesado en producir, ya que sus beneficios económicos se dispersan de tal forma en la sociedad que no existen los incentivos suficientes para hacer atractiva su producción. Se puede mencionar, dentro de este tipo de subsidios, el financiamiento de la salud pública, de la defensa nacional, o de la construcción de una red de autopistas o de infraestructura básica para el país, entre muchos otros. Se pueden citar, además, los subsidios gubernamentales para la puesta en marcha de industrias en regiones extremas.

A pesar de las múltiples razones legítimas y de justicia social para que un Estado otorgue subsidios o subvenciones a sus ciudadanos, ciertos subsidios gubernamentales son percibidos como desleales en el comercio internacional por su posible efecto nocivo sobre el mercado del país importador de productos subvencionados. Entonces, para permitir que muchos países en desarrollo continúen con sus programas de subsidios, por un lado, pero para contrarrestar los efectos negativos de los subsidios gubernamentales en los países de importación, por el otro, el nuevo GATT de 1994 y su Acuerdo sobre Subvenciones facultan a los países importadores a aplicar, bajo ciertas circunstancias, un derecho especial percibido para neutralizar cualquier subvención concedida directa o indirectamente a la fabricación, producción o exportación de cualquiera mercancía. Además, la cuantía del derecho compensatorio que en definitiva se aplique debe ser proporcionada al margen del subsidio gubernamental otorgado por el país exportador en cuestión.

Vemos, en consecuencia, como a partir de una conceptualización económica, vislumbramos y tipificamos el concepto de subsidio gubernamental desde el punto de vista jurídico.

Según la doctrina internacional, “se entiende por subvención o subsidios gubernamentales toda clase de apoyo, incentivo, prima o beneficio económico otorgado, directa o indirectamente, por el Estado a los productores, manufactureros o exportadores nacionales, a fin de impulsar la industria nacional y colocarla artificialmente en condiciones competitivas en los mercados exteriores, a través de la reducción o el ahorro artificiales del costo de producción de la mercancía correspondiente derivados del apoyo gubernamental”².

De la definición antes transcrita, es posible extraer algunos elementos básicos que configuran el concepto jurídico de subsidio gubernamental.

² GIESZE, CRAIG Raymond, *Los desafíos jurídicos de México, Canadá y Estados Unidos bajo el nuevo sistema de solución de controversias en materia de “anti-dumping” y cuotas compensatorias del capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte* (México, U.N.A.M., 1995).

Ellos son:

a) Todo subsidio se caracteriza por ser un apoyo, prima, estímulo o beneficio económico. Esto se traduce en una reducción o ahorro artificial del costo de producción de la mercancía correspondiente.

b) Todo subsidio siempre debe ser otorgado por el Estado. Esto se desprende claramente de lo dispuesto en la letra l) del Anexo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias. En efecto, en tal letra se indica que uno de los requisitos previos e indispensables para la existencia de cualquier subvención es que ella represente una carga para la cuenta pública. Incluso, en las letras anteriores a la analizada, se corrobora lo dicho. Así, se usan términos como “otorgamiento”, “suministro”, “remisión”, “exención” o “concesión” por los Gobiernos.

c) El Estado otorga este subsidio directa o indirectamente. Es decir, existe subsidio no sólo cuando el Estado otorga el beneficio a través de los órganos que lo componen, sino también a través de una delegación de esta facultad a algún ente particular. Es decir, y tal como se señaló en el punto anterior, sea que el beneficio lo otorgue el Estado directamente o a través de un ente privado, es fundamental que la subvención sea una carga para la cuenta pública.

d) El subsidio debe ser otorgado a los productores, manufactureros o exportadores nacionales. Es decir, a aquellas personas naturales o jurídicas que desarrollan sus actividades en el país que otorga la subvención, no importando al respecto su nacionalidad.

e) El objetivo básico del subsidio es impulsar y desarrollar la industria nacional. Es decir, el subsidio aparece como uno de los elementos de la Política Económica del Gobierno que la otorga.

f) Este impulso se logra colocando a la industria nacional artificialmente en condiciones competitivas en los mercados externos. Es decir, no basta que la industria nacional acceda a los mercados externos, sino que además, es necesario que ese acceso signifique colocarla artificialmente en condiciones competitivas en el mercado internacional.

III. CLASIFICACIÓN DE LOS SUBSIDIOS GUBERNAMENTALES

1. *Subsidios a la exportación o internos*

En primer lugar, y desde un punto de vista material, los subsidios gubernamentales pueden ser clasificados en subsidios a la exportación o subsidios internos. Los subsidios a la exportación, corresponden a aquellos subsidios que otorga el Estado, sea directa o indirectamente, a los productores de mercancías a condición de que éstas sean exportadas a mercados exteriores. Es lo que se denomina condición exportadora. Es decir, el otorgamiento del subsidio está condicionado a que los productores nacionales comercialicen

la mercancía en el exterior. El subsidio depende de la actuación exportadora del productor.

Conforme a lo dispuesto en el artículo XVI del GATT de 1994, como en el artículo 3 del Acuerdo de Subvenciones, estos subsidios se encuentran prohibidos. En efecto, según esta norma, existen dos tipos de subvenciones prohibidas en el comercio internacional, esto es, los “subsidios a la exportación” y los “subsidios que tienden a sustituir la producción nacional por las importaciones” (p. ej., el cobro de derechos aduaneros excesivos). Suele decirse que los subsidios prohibidos se llaman subsidios de luz roja en el lenguaje de la OMC. Esto quiere decir que si la autoridad administrativa competente de un país importador constata que los productos importados han sido beneficiados por alguna forma de subvención prohibida en el país de exportación, se presumirá de derecho que dicha subvención es específica y, por lo tanto, prohibida. Automáticamente, se clasifica como práctica desleal de comercio internacional.

Por otra parte, existen los denominados subsidios internos o subsidios a la producción, que corresponden a aquellos subsidios que otorga el Estado, sea directa o indirectamente, a los productores de mercancías, con independencia de que éstas sean exportadas a mercados exteriores. Es decir, el otorgamiento del subsidio no está condicionado bajo ningún punto de vista (directa o indirectamente) a la actuación exportadora del productor nacional. No existe esa dependencia de la actuación exportadora del productor nacional como en los subsidios a la exportación. Básicamente, este tipo de subsidios se otorgan con la finalidad de impulsar la fabricación de bienes nacionales.

2. Subsidios recurribles y no recurribles

En segundo lugar, desde el punto de vista de su recurribilidad, los subsidios pueden ser subsidios recurribles o subsidios no recurribles. El Acuerdo sobre Subvenciones del GATT establece una segunda categoría de subsidios que, sin ser prohibidos de plano, son susceptibles a la eventual imposición de derechos compensatorios. Dichos subsidios recurribles se llaman subsidios de luz amarilla en el comercio internacional, es decir, están permitidos siempre y cuando no sean específicos. Básicamente, los subsidios recurribles son los subsidios internos o domésticos, y la especificidad tiene que probarse en cada caso. En otras palabras, es necesario que la autoridad investigadora del país importador compruebe que la subvención alegada es específica de derecho o de hecho.

Se entiende, en consecuencia, que un subsidio es recurrible cuando, en el país que importa la mercancía, un productor local que se sienta perjudicado por la competencia desleal de productos importados subsidiados, pue-

da recurrir a las autoridades nacionales. Esto significa solicitar a las autoridades nacionales que investiguen un supuesto subsidio otorgado a esas importaciones (en el artículo 11 y siguientes del Acuerdo sobre Subvenciones se establece el procedimiento por el cual se rigen estas investigaciones). Terminada la investigación, las autoridades podrán aplicar derechos compensatorios en contra de los productos importados de otro país sólo si se cumplen determinados requisitos previstos en el Acuerdo de Subvenciones. Justamente, el artículo 5 de la Parte III de dicho Acuerdo se refiere a las *"Subvenciones Recurribles"*. De estas normas se desprende que una subvención será recurrible en la medida que cause los efectos desfavorables que señala este artículo 5, es decir, *"daño a la rama de producción nacional de otro miembro"*; *"anulación o menoscabo de las ventajas resultantes para otros miembros del GATT de 1994"*; o *"perjuicio grave a los intereses de otro miembro"*. Además, tal como se dirá más adelante, será necesario acreditar que, jurídicamente, nos encontramos en presencia de una subvención según los términos del GATT de 1994, junto con demostrar la existencia de una relación causal entre estos efectos y la subvención. Reunidos estos tres elementos, podemos hablar que estamos en presencia de una práctica desleal del comercio internacional susceptible de aplicársele derechos compensatorios.

Por su parte, un subsidio no será recurrible, según los términos del artículo 8 del Acuerdo de Subvenciones, cuando: i) no sea específico, según se dirá más adelante; ii) siendo específico, cumpla con las condiciones a), b) o c) del artículo 2 del Código Antidumping", las que también se explicarán más adelante; iii) correspondan a programas de investigación; iv) correspondan a programas de asistencia para regiones desfavorecidas; v) correspondan a programas para promover la adaptación de instalaciones existentes a nuevas exigencias ambientales; vi) de conformidad con la práctica comercial internacional, ciertos subsidios gubernamentales, tales como la devolución no excesiva de los derechos de aduanas pagados por las materias primas importadas y posteriormente incorporadas a un producto exportado, son, generalmente, aceptados por la comunidad internacional. Por ello, este tipo de subvenciones no dan, en principio, el derecho a los países importadores para aplicar impuestos compensatorios. Así, el ejemplo más claro al respecto en Chile es la ley 18.708, sobre reintegro a exportadores; vii) por último, también son subsidios no recurribles, la devolución no excesiva del IVA o impuesto al valor agregado, conforme se desprende de los Anexos I y II al Acuerdo de Subvenciones, como asimismo, los subsidios internos destinados a los productos agrícolas frescos, conforme lo señala el artículo 3 del Acuerdo de Subvenciones en relación con el Acuerdo sobre la Agricultura (ej. Champiñones frescos). Estos son los denominados subsidios de luz verde conforme a los términos de la Organización Mundial de Comercio.

3. *Subsidios prohibidos*

En tercer lugar, y como una categoría más de subsidios, nos encontramos con los subsidios prohibidos, los que son regulados tanto en el artículo 3 del Acuerdo de Subvenciones, como en el artículo XVI del GATT de 1994.

Suele decirse que los subsidios prohibidos se llaman subsidios de luz roja en el lenguaje de la OMC. Esto quiere decir que si la autoridad administrativa competente de un país importador, constata que los productos importados han sido beneficiados por alguna forma de subvención prohibida en el país de exportación, se presumirá de derecho (análisis *per se*) que dicha subvención es específica y, por lo tanto, prohibida. Automáticamente, se clasifica como práctica desleal de comercio internacional.

Según los términos del artículo 3 del Acuerdo de Subvenciones, descriptivamente, los subsidios prohibidos son dos. En primer lugar, aquellos supeditados *de jure* o *de facto* a los resultados de exportación, como condición única o entre otras varias condiciones (letra a) del artículo 3). Se incluyen, desde ya, la Lista Ilustrativa de subsidios a la exportación señalada en el Anexo 1 del Acuerdo. En segundo lugar, son subsidios prohibidos, aquellos supeditados al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, como condición única o entre varias condiciones (letra b) del artículo 3).

Con respecto a esta última categoría de subsidios, es importante hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 27 del Acuerdo de Subvenciones. Tal norma legal se refiere al tratamiento especial y diferenciado que reciben los países en desarrollo, entre los cuales se cuenta Chile. En síntesis, el párrafo segundo de este artículo señala una norma de excepción en cuanto a la calificación de prohibidos que reciben los subsidios señalados en el artículo 3. En efecto, ambas categorías de subsidios del artículo 3, letra a) y b), del Código de Subvenciones, no se considerarán prohibidos bajo ciertas condiciones que señala este artículo 27, en los párrafos 27.2 y 27.3. Lo relevante y trascendente de esta explicación es que, mientras estos subsidios mantengan su condición jurídica de no prohibidos, que generalmente será por un plazo de cinco o ocho años, a partir de la entrada en vigencia del Código, serán siempre recurribles conforme a las reglas generales, las que se contienen, como se dijo, en el artículo 11 y siguientes del Código de Subvenciones.

IV. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS SUBSIDIOS GUBERNAMENTALES EN EL GATT DE 1994 Y ACUERDOS COMPLEMENTARIOS

Las normas jurídicas básicas sobre esta materia son dos. Por una parte, está el Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT de 1994), en especial artículos VI, XVI y XXIII. Y por otra, está el Acuerdo

de Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo o Código de Subvenciones). Ambas normas fueron adoptadas en la ciudad de Marrakech, Marruecos, el día 15 de abril de 1994.

Ambos textos legales fueron publicados en el Diario Oficial de la República de Chile el día 5 de enero de 1995, a través del Decreto Supremo N° 16 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Por este Decreto Supremo, Chile promulga el denominado Acuerdo de Marrakech, por el cual se establece la Organización Mundial de Comercio (OMC). Precisamente, como anexos de este Acuerdo, además de otros, se encuentra el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, y el Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias.

Los cuerpos normativos antes señalados, son los que sirven de base para elaborar la estructura jurídica a partir de la cual se regulan, tanto en Chile como en el resto del mundo, los subsidios gubernamentales como práctica desleal del comercio internacional. La idea es que las distintas legislaciones internas de los países miembros de la Organización Mundial de Comercio adecuen su legislación a las normas contenidas en dichos cuerpos normativos. Justamente, en esto se encuentra a la fecha el Gobierno de Chile, a través del estudio de diversas modificaciones que deben efectuarse a nuestra legislación³.

V. ELEMENTOS SUSTANTIVOS PARA APLICAR DERECHOS COMPENSATORIOS A UNA SUBVENCIÓN CONSIDERADA COMO PRÁCTICA DESLEAL DEL COMERCIO EXTERIOR

Los elementos básicos previstos en la legislación antes señalada que permiten aplicar derechos compensatorios a una subvención considerada como una práctica desleal del comercio exterior, son tres: existencia de la subvención; existencia o amenaza de daño; y, relación causal entre los dos anteriores elementos.

1. *Existencia de la subvención o subsidio*

Sin perjuicio de la definición de carácter doctrinaria mencionada al comienzo de este trabajo, cabe señalar que, a diferencia del Código Internacional del GATT de 1947, que regulaba los subsidios gubernamentales antes del año 1994, el Acuerdo sobre Subvenciones del nuevo GATT de 1994 estableció, por primera vez en la historia de la regulación internacional, una definición

³ Al respecto, y considerando que el análisis que se sugiere abarca temas distintos al presente trabajo, resulta interesante consultar, entre otros, el texto del Reglamento para la aplicación del Acuerdo referente al artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio de 1994, DS N° 1134, DO de 20.06.2002.

de subsidio gubernamental. En consecuencia, desde 1994, un país importador tiene que probar la existencia de tres elementos legales para demostrar que algunas importaciones gozan de subsidios gubernamentales que constituyen prácticas desleales del comercio internacional. Hoy en día, entonces, existe un subsidio gubernamental recurrible bajo la normativa del GATT de 1994, siempre y cuando se demuestre que un gobierno o cualquier organismo público en un país de exportación haya concedido a sus productores o exportadores nacionales: 1) un beneficio económico; 2) de manera específica; y 3) bajo alguna de las formas requeridas por el Acuerdo de Subvenciones del GATT de 1994.

1) El primer elemento básico determinante para que estemos en presencia de una subvención, es que exista un beneficio económico para aquel que recibe la subvención. Este beneficio económico se puede manifestar, fundamentalmente, de tres formas, sin perjuicio de otras que puede adoptar: i) una reducción artificial del costo de producción; ii) un aumento artificial del precio de venta en el mercado; y iii) un ahorro en el costo de producción, lo que significa, por ejemplo, que si un productor fabrica un producto a un costo de \$100 por unidad, en una economía con inflación anual de un 10%, el costo de producción debería aumentar a razón de \$10 por año, es decir, de \$100 en el año 0, a \$110 en el año 1, \$120 en el año 2, y así sucesivamente. No obstante, si el gobierno concede créditos a dicho productor a través de un interés más bajo que los de mercado, los costos totales de producción del productor de nuestro ejemplo se podrían mantener constantes en \$100 a través del tiempo a pesar de la inflación. Por ende, en vez de tener un costo de producción de \$120 en el año 2, el productor podrá ahorrar \$20 gracias a la intervención gubernamental. Dicho de otro modo, el gobierno produciría un ahorro y no una reducción en los costos totales de producción por mantener dichos costos constantes a través del tiempo.

Lo importante es que el efecto que debe producir alguno de los tres factores antes señalados es otorgar un beneficio al que recibe la subvención, el cual se analiza cuantitativamente comparando el precio con intervención gubernamental versus el precio sin intervención gubernamental. Al respecto, el artículo 14 del Acuerdo de Subvenciones, señala los principios por los cuales se rige el cálculo del beneficio económico para el que recibe la subvención:

En relación con el aporte de capital que puede realizar un gobierno a una empresa, la regla general es que este no significa un beneficio. Lo constituye en la medida que cualquier decisión de inversión de esa empresa sea incompatible con la práctica habitual en materia de inversiones de los inversionistas privados en el territorio del país que efectúa el aporte. Se debe tratar, en consecuencia, de una notoria y decisiva intervención del gobierno en aquella empresa.

En relación con los préstamos que confiere el gobierno, se considerará que existe tal beneficio en la medida que exista una diferencia entre la cantidad que paga por dicho préstamo la empresa que lo recibe y la cantidad que esa empresa pagaría por un préstamo comercial comparable que pudiera obtener efectivamente en el mercado. Lo importante es que la diferencia es en la cantidad que se paga por el crédito, lo que puede estar determinado por varios factores: tasa de interés, plazo, período de gracia, etc. Esta diferencia entre ambas cantidades será el beneficio.

El mismo criterio anterior se sigue para los préstamos con garantías, sean éstas reales o personales.

En relación con el suministro de bienes o servicios por el gobierno, existe beneficio en la medida que éste se efectúe por una remuneración inferior a la adecuada.

En relación con la compra de bienes y servicios por parte del gobierno, existe beneficio en la medida que la compra se realice por una remuneración superior a la adecuada.

2) El segundo elemento, es la especificidad del beneficio. Conforme lo señala el artículo 2 del Acuerdo de Subvenciones, el principio básico es que una subvención se considera específica en la medida que la autoridad limita explícitamente el acceso a la subvención a determinadas empresas (se entiende por “determinadas empresas” a una empresa; grupos de empresas; rama de producción; o ramas de producción). Por su parte, una subvención no será específica:

i) Cuando la autoridad otorgante establezca criterios o condiciones objetivas que rijan el derecho a obtener la subvención y su cuantía. Estos criterios deben ser imparciales; que no favorezcan a determinadas empresas con respecto a otra; de carácter económico; y de aplicación horizontal, es decir, que se apliquen a todas las empresas, o rama o ramas de la producción.

ii) Si el beneficio se otorga en forma automática;

iii) Si dichos criterios se respeten en forma estricta;

iv) Si los criterios o condiciones de acceso estén establecidos en alguna ley o norma emanada de la Potestad Reglamentaria (Reglamento, Decreto Supremo; Resolución de algún Jefe Superior de Servicio).

Los criterios antes señalados son los determinantes para verificar la especificidad. Sin embargo, en el evento que la autoridad investigadora tenga dudas respecto de una supuesta o aparente no especificidad, podrá recurrir, teniendo siempre presente el grado de diversificación de las actividades económicas dentro de la jurisdicción del gobierno otorgante, así como el período durante el que se haya aplicado el programa de subvenciones, a los siguientes criterios:

i) la utilización de un programa de subvenciones por un número limitado de determinadas empresas;

- ii) la utilización predominante por determinadas empresas;
- iii) la concesión de cantidades desproporcionadamente elevadas de subvenciones a determinadas empresas;
- iv) la forma en que la autoridad otorgante haya ejercido facultades discrecionales en la decisión de conceder una subvención.

Como se desprende de lo señalado anteriormente, el análisis de la especificidad puede ser tanto *de jure* como *de facto*. La regla general es que tal análisis será *de facto*, debiendo la autoridad investigadora probar los hechos que demuestran tal especificidad conforme a los criterios antes expuestos. Sin embargo, es posible que tal especificidad conste expresamente en algún texto legal y la autoridad otorgante de la subvención actúe conforme a él. En tal caso, el análisis será *de jure*. Se deberá analizar el texto legal que otorga la subvención, y las condiciones en que se concede, conforme a los criterios antes expuestos.

Conforme a la práctica del Departamento de Comercio de los Estados Unidos, el análisis de este factor implica dividir el número de empresas (entendiendo el concepto de empresas tal como se señaló), que reciben el subsidio, por el número total de empresas en la economía de ese país que concede el beneficio.

3) Por último, y como tercer elemento, el otorgamiento del beneficio debe ser en la forma requerida por el GATT de 1994, lo que constituye un elemento de forma. Tal como se ha señalado, este es el único elemento formal de los analizados. Además de que se otorgue un beneficio, y de su especificidad, se requiere que sea en alguna de las formas señaladas en el GATT de 1994, es decir, conforme a las normas que dispone el artículo 1 del Acuerdo de Subvenciones:

a) Cuando exista una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro. Esta contribución financiera puede materializarse de las siguientes formas: transferencias directa de fondos de parte del gobierno al exportador; condonación de impuestos; cuando es el propio gobierno quien proporcione bienes o servicios o compre bienes; cuando el gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación o encomiende a una entidad privada una o varias de las formas señaladas precedentemente que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos.

b) Cuando exista alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994. En efecto, el artículo XVI del GATT de 1994, que se refiere a las subvenciones, incluye dentro de éstas "*a cualquiera forma de protección de los ingresos o de sostén de los precios, cuyo efecto directo o indirecto sea aumentar las exportaciones de un producto cualquiera del territorio de dicha parte contratante o reducir las im-*

portaciones de este producto en su territorio". Sin duda que esta norma alude a cualquier programa gubernamental que tenga los objetivos señalados. Nótese que tales programas pueden encubrir no sólo un subsidio a la exportación sino que también un subsidio interno o a la producción.

2. La existencia de daño o amenaza de daño a la rama de la producción nacional

El segundo elemento necesario para aplicar derechos compensatorios a una subvención considerada práctica desleal del comercio internacional, dice relación con el daño o amenaza de daño a la rama de la producción nacional que esta subvención produce o puede producir. El artículo VI, párrafo sexto del GATT de 1994, dispone que *"ninguna parte contratante deberá percibir derechos 'antidumping' o derechos compensatorios sobre la importación de un producto del territorio de otra parte contratante, a menos que determine que el efecto de la subvención, según el caso, sea tal que cause o amenace causar un perjuicio importante a una producción nacional ya existente o que retarde considerablemente la creación de una rama de la producción nacional"*. Por su parte, el artículo 5 letra a) del Acuerdo de Subvenciones se refiere a este daño o amenaza de daño. Dispone este artículo: *"Ningún Miembro deberá causar, mediante el empleo de cualquiera de las subvenciones a que se refieren los párrafos 1 y 2 del artículo 1, efectos desfavorables para los intereses de otros Miembros, es decir: a) daño a la rama de producción nacional de otro miembro"*.

Asimismo, este elemento aparece regulado en el artículo 15 del Acuerdo de Subvenciones, tal como se analizará en seguida. Por su parte, el artículo 16 del Acuerdo define qué se entiende por *"rama de la producción nacional"*, precisando así los alcances de la letra a) del artículo 5. Se entiende que tal expresión abarca el conjunto de los productores nacionales de los productos similares (significa un producto idéntico, es decir, igual en todos los aspectos al producto de que se trate, o cuando no exista ese producto, otro producto que, aunque no sea igual en todos los aspectos, tenga características muy parecidas a las del producto considerado), o, aquellos productores nacionales de productos similares cuya producción conjunta constituya una proporción importante de la producción nacional total de dichos productos.

Conforme al artículo 15 del Acuerdo de Subvenciones, para analizar tal daño, se toman en cuenta dos factores. El primero, que abarca dos subfactores, se refiere al volumen de las importaciones subvencionadas y el efecto de éstas en los precios de productos similares en el mercado interno. El segundo, se refiere a la repercusión consiguiente de esas importaciones sobre los productores nacionales de esos productos. Con respecto al volumen de las

importaciones subvencionadas, el análisis por parte de la autoridad investigadora podrá ser en términos absolutos, es decir, cuantificar el total de las importaciones del producto importado que ingresa subsidiado; o bien, en términos relativos, es decir, cuantificar el total de las mismas importaciones del producto importado que ingresa subsidiado pero en función de la producción o consumo de ese producto en el país importador. En uno u otro caso, el aumento de las importaciones del producto importado que ingresa subsidiado debe ser significativo.

Claramente, vemos que es la autoridad investigadora la que deberá elegir uno de estos dos criterios, conforme al mérito de la investigación realizada hasta ese momento. En lo que se refiere al efecto de las importaciones subvencionadas en los precios de productos similares en el mercado del país importador, la autoridad investigadora analizará tres situaciones. Primero, si ha existido una significativa subvaloración de precios de las importaciones subvencionadas en comparación con el precio de un producto igual o similar del país importador; segundo, si el efecto de tales importaciones es hacer bajar de otro modo los precios en medida significativa; tercero, si el efecto de tales importaciones es impedir en manera significativa la subida de los precios que en otro caso se hubiera producido.

Por otra parte, con respecto a la repercusión consiguiente de esas importaciones sobre los productores nacionales de las mercancías objeto de investigación, incluye una evaluación de todos los factores e índices económicos pertinentes que influyan en el estado de esa rama de producción. Es lo que se denomina "*condición económica de los productores*". Se analizará: ventas de cada año y su variación; participación en el mercado; productividad; rendimiento de las inversiones; etc. (ver artículo 15, párrafo 4). Sin duda, el más importante de estos índices será el nivel de ventas para cada período; en segundo lugar, está el nivel de producción, y, posteriormente, los restantes índices.

Por último, y para terminar el análisis del daño a la rama de la producción nacional, es importante señalar que el Acuerdo de Subvenciones, en el artículo 15, párrafo 7, no sólo se pone en el supuesto de que ese daño se produzca efectivamente (daño emergente, según nuestros términos), sino que también prevé la posibilidad de una amenaza de daño. Tal amenaza, señala esta norma, se debe basar en hechos y no simplemente en alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas. Es decir, exige una objetividad al respecto. Esta norma señala cinco criterios que deberá considerar la autoridad investigadora para corroborar tal amenaza:

- i) la naturaleza de la subvención o subvenciones de que se trate y los efectos que es probable tenga esa subvención o subvenciones en el comercio;
- ii) una tasa significativa de incremento de las importaciones subvencio-

nadas en el mercado interno que indique la probabilidad de un aumento sustancial de la importación;

iii) una suficiente capacidad libremente disponible del exportador o un aumento inminente y sustancial de la misma, que indique la probabilidad de un aumento sustancial de las exportaciones subvencionadas al mercado del miembro importador, teniendo en cuenta la existencia de otros mercados de exportación que puedan absorber el posible aumento de las exportaciones:

iv) el hecho de que las importaciones se realicen a precios que tendrán en los precios internos el efecto de hacerlos bajar o contener su subida de manera significativa, y que probablemente hagan aumentar la demanda de nuevas importaciones: y

v) las existencias del producto objeto de la investigación.

3. Relación causal entre la subvención y el daño o amenaza de daño

Como último elemento esencial para aplicar derechos compensatorios a una subvención considerada práctica desleal del comercio internacional, está la relación causa - efecto que debe existir entre las importaciones subvencionadas y los efectos desfavorables que tales importaciones subvencionadas causan en el país importador, específicamente, daño o amenaza de daño. Es decir, se debe demostrar que existe una relación directa en el sentido de que el daño o amenaza de daño a la rama de la producción nacional del país importador se debe, precisamente, de la importación de bienes subsidiados por otros países.

Con respecto a la regulación legal de este tercer elemento, las normas fundamentales están en el artículo 11, párrafo segundo, y artículo 15, párrafo 5, ambos del Acuerdo de Subvenciones. Es importante señalar que las normas legales antes señaladas se encargan de regular esta relación causal directa con respecto a uno de los efectos desfavorables estudiados en este trabajo, cual es la existencia de daño o amenaza de daño a la rama de producción de algún país miembro del GATT. Sin embargo, respecto de los demás efectos desfavorables, es decir, perjuicio grave a los intereses de otro miembro y anulación o menoscabo de las ventajas resultantes para otros países miembros del GATT no es necesario probar esta relación causal. En estos casos, probada la existencia de la subvención y probados, asimismo, la existencia de estos efectos, de pleno derecho se presume la existencia de una relación de causalidad.

Hecha la precisión anterior, corresponde analizar brevemente la manera de probar o demostrar esta relación causal para el caso de la existencia o amenaza de daño. Al respecto, las normas antes señaladas son muy claras. El principio general lo señala expresamente el artículo 15, párrafo cinco del

Acuerdo. Dispone que: *“la demostración de una relación causal entre las importaciones subvencionadas y el daño a la rama de producción nacional se basará en un examen de todas las pruebas pertinentes de que dispongan las autoridades”*. Por su parte, el artículo 11, párrafo segundo, número iv) señala que *“tales pruebas deben apuntar a demostrar que el supuesto daño a una rama de producción nacional es causado por las importaciones subvencionadas a través de los efectos de las subvenciones. Estas pruebas incluyen datos sobre la evolución del volumen de las importaciones supuestamente subvencionadas; el efecto de esas importaciones en los precios del producto similar en el mercado interno; y la repercusión de las importaciones en la rama de producción nacional”*. Al respecto, es necesario remitirse a lo señalado a propósito del daño a la producción nacional, analizado anteriormente en este trabajo.

Conforme lo señala el artículo 15, párrafo 5 del Acuerdo, estas pruebas pueden referirse a cualesquiera otros factores distintos de las importaciones subvencionadas, que al mismo tiempo perjudiquen a la rama de producción nacional, y los daños causados por esos otros factores que no se habrán de atribuir a las importaciones subvencionadas.

Por último, como una regla de importancia al respecto, conforme lo señala el párrafo sexto del artículo 15, el efecto de las importaciones subvencionadas se evaluará en relación con la producción nacional del producto similar cuando los datos disponibles permitan identificarla separadamente con arreglo a criterios tales como el proceso de producción, las ventas de los productores y sus beneficios. Si no es posible efectuar tal identificación separada de esa producción, los efectos de las importaciones subvencionadas se evaluarán examinando la producción del grupo o gama más restringido de productos que incluya el producto similar y a cuyo respecto pueda proporcionarse la información necesaria.

4. Margen de subvención

Una vez determinada la existencia de los tres elementos necesarios para aplicar derechos compensatorios a una subvención calificada como práctica desleal del comercio internacional, es decir, existencia de la subvención; daño o amenaza de daño y relación causal, es necesario que la autoridad investigadora deba determinar lo que doctrinalmente se denomina margen de subvención. Este margen de subvención corresponde a un porcentaje que representa el nivel global de subvenciones que un Estado concede al producto objeto de investigación.

En términos simples, este margen de subvención se obtiene de la división entre el beneficio neto que obtiene el exportador (numerador) con la multiplicación entre el precio de venta en el exterior por el número de ventas efectuadas por ese exportador (denominador).

La importancia del margen de subvención es vital. En definitiva, es el índice objetivo que se usa para determinar o no la aplicación de derechos compensatorios al producto objeto de investigación. Es decir, no obstante que pudiéramos estar en presencia de un subsidio gubernamental, éste podría no ser objeto de derechos compensatorios dado que el margen de este subsidio no llega al mínimo o *de minimis* exigido por el Acuerdo de Subvenciones para aplicar tales derechos. En la especie, interesan las normas del Acuerdo de Subvenciones encargadas de regular el margen de subvención. Es así como el Acuerdo establece márgenes de subvención diferenciados según estemos en presencia de países desarrollados o en desarrollo.

Respecto de los países en desarrollo, el artículo 11.9, señala textualmente: *“La autoridad competente rechazará la solicitud presentada y pondrá fin a la investigación sin demora en cuanto se haya cerciorado de que no existen pruebas suficientes de la subvención o daño que justifiquen la continuación del procedimiento relativo al caso. Cuando la cuantía de la subvención sea de minimis o cuando el volumen de las importaciones reales o potenciales subvencionadas o el daño sean insignificantes, se pondrá inmediatamente fin a la investigación. A los efectos del presente párrafo, se considera de minimis la cuantía de la subvención cuando sea inferior al 1% ad valorem”*.

Es decir, respecto de los países desarrollados, un subsidio será objeto de medidas compensatorias en la medida que su margen de subvención sea de un 1% o más *ad valorem*.

Por su parte, respecto de los países en vías de desarrollo, el artículo 27.10 señala textualmente: *“Se dará por terminada toda investigación en materia de derechos compensatorios sobre un producto originario de un país en desarrollo Miembro tan pronto como las autoridades competentes determinen que: a) el nivel global de las subvenciones concedidas por el producto en cuestión no excede del 2% de su valor, calculado sobre una base unitaria [...]”*.

Es decir, como fácilmente se puede constatar, el Acuerdo de Subvenciones es mucho más flexible con los países en desarrollo, desde el momento en que el margen de subvención para la aplicación de derechos compensatorios es de un 2%.

VI. ANÁLISIS EN PARTICULAR DE LOS SUBSIDIOS A LA EXPORTACIÓN QUE INCIDEN EN LAS CARGAS A LA IMPORTACIÓN O DERECHOS DE ADUANA ESTABLECIDOS EN EL ACUERDO DE SUBVENCIONES

Conforme se señaló en la primera parte de este trabajo, subsidios a la exportación son aquellos subsidios que otorga el Estado, sea directa o indirectamente, a los productores de mercancías a condición de que éstas sean exportadas a mercados exteriores. Es lo que se denomina condición exportadora. Es decir, el otorgamiento del subsidio está condicionado a que los productores nacionales comercialicen la mercancía en el exterior. El subsidio de-

pende de la actuación exportadora del productor. Conforme a lo dispuesto tanto en el artículo XVI del GATT de 1994, como en el artículo 3 del Acuerdo de Subvenciones, estos subsidios se encuentran prohibidos.

El Anexo I del Acuerdo de Subvenciones señala doce modalidades que pueden revestir estos subsidios a la exportación. Para el presente estudio, interesa, de esta Lista Ilustrativa, la letra i), la que se refiere a la remisión o devolución de cargas a la importación causadas como consecuencia de la importación de insumos consumidos en la producción de un producto exportable⁴. En el Anexo II del Acuerdo, se establecen los principios básicos por los cuales se rigen, entre otros, los sistemas de remisión o devolución de cargas a la importación causados como consecuencia de la importación de un insumo. Dichos sistemas pueden constituir una subvención en la medida que tengan por efecto la remisión o bien la devolución de las cargas a la importación en una cuantía superior a las realmente percibidas sobre los insumos consumidos en el proceso de producción del producto exportado. Es decir, claramente, vemos que la norma legal permite la existencia de tales subsidios. Sin embargo, en primer lugar, podría existir un subsidio que tenga la calificación de práctica desleal del comercio internacional, y, por ende, susceptible de aplicar derechos compensatorios a los productos acogidos a él, en la medida que ese sistema permita una devolución de dinero en una cuantía superior a lo que percibió el Estado por concepto de derechos de aduana al momento de importarse al país el respectivo insumo. Justamente, este exceso podría constituir una subvención, en el evento que esto signifique una contribución financiera de aquellas que implican una transferencia directa de fondos, según los términos del artículo 1, punto a) 1) i) del Acuerdo de Subvenciones.

En segundo lugar, podríamos estar frente a un sistema ya no de devolución, como en el caso anterior, sino de remisión (que según el Anexo I al Acuerdo de Subvenciones, significa exención del pago de las cargas a la importación), en exceso de los derechos de aduana pagados al Fisco una vez importado legalmente el insumo que se consume o incorporado al producto exportado. Tal figura, podría constituir también una subvención, en el evento que esto signifique una contribución financiera de aquellas que implican una condonación de ingresos públicos que en otro caso se percibirían, según los términos del artículo 1, punto a) 1) ii) del Acuerdo de Subvenciones. Es decir, para que exista subvención en este caso, se requiere que esa condonación sea excesiva, es decir, que el Fisco exima al exportador no

⁴ Según el Anexo I al Acuerdo de Subvenciones, se entiende por cargas a la importación los derechos de aduana, otros derechos y otras cargas fiscales. Es decir, se refiere, para el caso chileno, al 11% ad valorem por concepto de derechos aduaneros.

sólo del pago de los derechos de aduanas, sino también de cualquier crédito de éste contra el exportador, originado como consecuencia de la importación del insumo.

Por último, el Anexo III al Acuerdo de Subvenciones, último Anexo que nos interesa para el tema que estamos desarrollando, establece una situación especial respecto a la devolución de las cargas a la importación en casos de sustitución. Es decir, se trata de un producto exportable al que se le incorporan, primeramente, insumos importados o nacionalizados y, posteriormente, en sustitución de éstos, insumos nacionales. Claramente, en esta figura se dan dos sistemas de devolución. Primero, devolución de las cargas de la importación, devolución que debe regirse por la regla general dada en el Anexo II, es decir, tal devolución no puede exceder los derechos de aduana efectivamente pagados. En segundo lugar, sistema de devolución respecto del insumo nacional también incorporado (puede tratarse de cualquier sistema de devolución, por ejemplo IVA, costo de adquisición, etc.), el cual se acepta en la medida que la cantidad de los insumos respecto de los que se reclama la devolución no exceda de la cantidad de productos similares exportados en cualquier forma que sea.

En conclusión, respecto de los sistemas de remisión o de devolución de las cargas a la importación (derechos de aduana) pagados por los insumos consumidos o incorporados a un producto exportado, el Acuerdo de Subvenciones los acepta siempre y cuando las sumas remitidas o devueltas lo sean en una cuantía que no exceda a los derechos de aduanas pagados por la importación del insumo consumido o incorporado al producto exportado. En el exceso, tales sistemas pueden constituir una subvención en la medida que exista esa contribución financiera en las formas que se explicó, es decir, condonación o transferencia de fondos.

Tal como se dijo, los Anexos II y III se encargan de regular de una manera más específica los subsidios a la exportación que dicen relación con los insumos consumidos o incorporados al producto exportado. Sin embargo, y como es obvio, la forma que pueden adoptar los subsidios es múltiple, y para ello basta con mirar la Lista Ilustrativa del Anexo I o la descripción genérica de subsidio que realiza el artículo 1 del Acuerdo de Subvenciones. De hecho, la letra l) del Anexo I, en absoluta armonía con aquel artículo 1 del Acuerdo, dice expresamente que también constituye subsidio *“cualquier otra carga para la Cuenta Pública”*. Es decir, acá nos encontramos con el típico caso de una “norma válvula”, que deja abierta la calificación de subsidios a la exportación a una serie de mecanismos o programas gubernamentales de incentivos.

VII. CONCLUSIONES

Como puede advertirse, este trabajo podría extenderse a otros puntos de tanta o mayor relevancia pero, considerando que se trata de un artículo, hacerlo, iría más allá de los fines perseguidos. El estudio de las prácticas desleales del comercio internacional hoy en día ha adquirido una relevancia significativa frente al nuevo escenario de globalización que se vive en el mundo y, especialmente en Chile, con los Acuerdos de Libre Comercio suscritos con Estados Unidos y con la Unión Europea. En absoluto podemos afirmar que con estas formas de integración estas prácticas ya no se van a presentar. Sólo podemos decir que, al menos, existen reglas claras que las regulan y combaten.

Por último, digamos que estas prácticas se insertan dentro de los estudios del derecho de la competencia. Tradicionalmente, éste se circunscribía al estudio del D. L. 211/73, es decir, derecho de la competencia nacional. Los nuevos tiempos exigen que también nos preocupemos por estudiar el derecho de la competencia internacional, es decir, lo que hemos venido denominando prácticas desleales de comercio internacional. A nuestro juicio, resulta indudable que estas prácticas son consideradas como una forma de discriminación de precios.