

El suport al crèdit a l'exportació i el Dret sobre subvencions de l'OMC¹

SANTIAGO IBÁÑEZ MARSILLA² (Santiago.Ibanez@uv.es)
Universitat de València

L'estudi analitza el concepte de subvenció en el Dret de l'Organització Mundial del Comerç (OMC) i les discussions en la matèria en el context de la Ronda Doha. Aquesta anàlisi és contrastada amb les mesures de suport al crèdit a l'exportació a fi de determinar la seua compatibilitat amb el Dret de l'OMC.

1. Introducció

Capficats en l'actual situació de crisi econòmica, que ha portat les grans economies mundials a una situació de profundes dificultats de forma simultània, els governs estan lluitant per contenir l'extensió dels danys. A causa del fracàs aparent de polítiques econòmiques passades, afavoridores d'una mínima intervenció i regulació dels mercats per part de l'Estat, les quals en un altre moment s'hagueren considerat com a polítiques econòmiques "heterodoxes" s'han convertit en eines d'ús àmpliament estès i, com a resultat, s'han posat en marxa paquets d'estímul econòmic sense precedents. Aquests programes d'estímul generen preocupació quan se'ls considera des del punt de vista de les normes internacionals del comerç internacional.

En aquest treball analitzarem els possibles conflictes de les mesures de suport al crèdit a l'exportació amb l'Acord sobre Subvencions i Mesures Compensatòries (ASMC) de l'Organització Mundial del Comerç (OMC). Amb aquest propòsit, en l'epígraf 2 exposem el concepte de subvenció en el Dret de l'OMC,³ establint així les bases per a una ulterior anàlisi de les mesures de suport al crèdit a l'exportació, que es presenta en l'epígraf 3. A continuació, en l'epígraf 4, oferirem una anàlisi crítica dels desenvolupaments més recents en el context de la revisió de l'ASMC com a part integrant del paquet de la Ronda Doha.

2. Les subvencions des de la perspectiva del Dret de l'OMC

L'article 1 ASMC defineix una subvenció com una contribució financera d'un govern o de qualsevol organisme públic en el territori d'un Membre per la qual s'atorga un benefici.⁴

¹ Traducció del Servei de Llengües i Terminologia (UJI).

² Professor titular d'universitat, Àrea de Dret Financer. L'autor participa en el Projecte d'Investigació DER2009-13199, que compta amb finançament del Ministeri de Ciència i Innovació.

³ Utilitzarem la denominació abreviada per a referir-nos en el text i les notes a les Diferències davant de l'OMC. El llistat de les Diferències, amb la seua denominació completa i citació, es reproduïx al final de la treball. En les notes a peu, l'abreviatura "GE" designa a "Grup Especial", en tant que "OA" designa a "Òrgan d'Apel·lació".

⁴ L'article 1.1 ASMC disposa: «Als efectes del present Acord, es considerarà que hi ha subvenció:

“Contribució financera” i “benefici” són dos elements jurídics diferenciats del concepte de subvenció que requereixen, en conseqüència, una anàlisi separada.⁵ Mentre que la “contribució financera” es refereix a una acció del govern, el “benefici” es refereix al receptor.⁶ Pel que fa a la “contribució financera”, aquesta es determina atenent «les quanties efectives *proporcionades* per un govern, i no sols les autoritzades o *consignades* en el seu pressupost per a aqueix mateix any».⁷ L'Òrgan d'Apel·lació (OA) ha interpretat que «un “benefici” no existeix en abstracte, sinó que ha de ser rebut per un beneficiari o un receptor, que disfruta d'aquest. Lògicament, només pot dir-se que hi ha un “benefici” si una persona, física o jurídica, o un grup de persones, ha rebut de fet alguna cosa. Per tant, el terme “benefici” implica que hi ha d'haver un receptor».⁸

El referent per a identificar un “benefici” és el mercat; en conseqüència, un “benefici” existeix quan el receptor incrementa la seua riquesa respecte del resultat que s'hauria assolit en el cas que només les forces del mercat hagueren actuat. Com ha sostingut l'OA:

Creiem també que la paraula “benefici”, tal com s'utilitza en el paràgraf 1 b) de l'article 1, implica algun tipus de comparació. Açò ha de ser així, perquè no pot haver-hi un “benefici” per al receptor tret del cas que la “contribució financera” el col·loque en una situació millor que la que hauria tingut si no existira aqueixa contribució. Segons el nostre parer, el mercat proporciona una base de comparació apropiada en determinar si s'ha atorgat un “benefici”, perquè els possibles efectes de distorsió del comerç d'una “contribució financera” poden identificar-se determinant si el receptor ha rebut una “contribució financera” en condicions més favorables que les que hauria pogut obtenir en el mercat (*Canadà- Aeronaus*, WT/DS70/AB/R, paràgraf 157; citat posteriorment en *EUA-Plom Bismut*, WT/DS138/AB/R, paràgraf 67).

a) 1) quan hi haja una contribució financera d'un govern o de qualsevol organisme públic en el territori d'un Membre (denominats en el present Acord “govern”), és a dir:

i) quan la pràctica d'un govern implique una transferència directa de fons (per exemple, donacions, préstecs i aportacions de capital) o possibles transferències directes de fons o de passius (per exemple, garanties de préstecs);

ii) quan es condonen o no es recaptin ingressos públics que en qualsevol altre cas es percebrien (per exemple, incentius com ara bonificacions fiscals);

iii) quan un govern proporcione béns o serveis —que no siguin d'infraestructura general— o compre béns;

iv) quan un govern realitze pagaments a un mecanisme de finançament, o encarregue a una entitat privada una o diverses de les funcions descrites en els incisos i) a iii) *supra* que normalment incumbirien al govern, o li ordene que les duga a terme, i la pràctica no diferisca, en cap sentit real, de les pràctiques normalment seguides pels governs; o

a) 2) quan hi haja alguna forma de sosteniment dels ingressos o dels preus en el sentit de l'article xvi del GATT de 1994; i

b) amb això s'atorgue un benefici.

⁵ Òrgan d'Apel·lació (OA), Informe *Brasil-Aeronaus*, WT/DS46/AB/R, paràgraf 157.

⁶ Informe OA *Canadà-Aeronaus*, WT/DS70/AB/R, paràgraf 156: «Així, doncs, en els apartats a) i b) del paràgraf 1 de l'article 1, la “subvenció” es defineix per referència, en primer lloc, a l'acció de l'autoritat atorgant i, en segon lloc, al que atorga al receptor».

⁷ Informe OA *Brasil- Aeronaus*, WT/DS46/AB/R, paràgraf 148.

⁸ Informe OA *Canadà-Aeronaus*, WT/DS70/AB/R, paràgraf 154. Posteriorment citat en Informe OA *EUA-Plom Bismut*, WT/DS138/AB/R, paràgraf 55.

No cal que el “benefici” siga un “benefici competitiu”, en el sentit que no cal que, com a resultat de la subvenció, el receptor veja els seus costos de producció minorats.⁹ En altres paraules, el “benefici” ha de poder ser identificat en un subjecte, no en l'objecte (açò és, els béns). El “receptor” d'un benefici pot ser la mateixa societat, o els seus accionistes.¹⁰

A fi de ser recurrible, una subvenció ha de ser “específica” d'acord amb el que disposa l'Article 2 i causar efectes desfavorables (és a dir, dany a la branca de producció nacional d'un altre Membre; anul·lació o menyscabament dels avantatges resultants per a altres Membres, directament o indirectament, del GATT de 1994; o perjudici greu als interessos d'un altre Membre).¹¹ Les subvencions supeditades, *de jure* o *de facto*, als resultats d'exportació (“subvencions a l'exportació”) i les subvencions supeditades a l'ús de productes nacionals amb preferència als importats (“subvencions a la substitució d'importacions”) són qualificades com “subvencions prohibides” (Article 3 ASMC) i són considerades de forma automàtica com “específiques”.¹²

L'ASMC només s'aplica respecte de subvencions que puguen assolir rellevància per al comerç internacional de mercaderies, amb l'excepció dels productes agrícoles. Les subvencions en matèria de productes agrícoles queden sotmeses a les disposicions de l'Acord sobre Agricultura. A les subvencions en l'àmbit dels serveis els resulta d'aplicació l'Article XV GATS, que té un caràcter molt poc específic (no defineix el concepte de subvenció) i no estableix remeis jurídics en cas d'incompliment.

3. El suport al crèdit a l'exportació

El crèdit a l'exportació permet al comprador (importador) diferir el pagament al venedor de les mercaderies (exportador) o a una entitat financera. Aquest resultat pot obtenir-se a través de diferents vies: pot ser l'exportador mateix qui oferisca, pels seus propis mitjans, una fórmula de diferiment del pagament; o l'exportador pot oferir les facilitats de pagament concertant aquestes amb una entitat financera; o l'importador pot obtenir el crèdit d'una entitat financera. L'entitat financera implicada en aquesta operació de crèdit pot ser una Agència de Crèdit a l'Exportació (ACE), que és una agència promoguda pel sector públic que fomenta les exportacions mitjançant la facilitació del crèdit a aquelles, tant siga a l'importador com a l'exportador. La intervenció d'una ACE en una operació de crèdit pot adoptar dues fórmules bàsiques, ja siga “suport financer oficial” (“official financing support” en anglès), quan és la mateixa ACE qui subministra el finançament de l'operació, ja siga de “mera cobertura” (“pure cover” en anglès), quan el finançament és subministrat per una entitat privada i l'ACE es limita a oferir alguna forma d'assegurança o garantia

⁹ Diamond (2008). A *Canadà-Aeronaus*, l'OA deslliga clarament el concepte de “benefici” del concepte de “perjudici” (Informe OA, WT/DS70/AB/R, paràgraf 159).

¹⁰ Informe OA *EUA-Determinats productes*, WT/DS212/AB/R, paràgraf 113.

¹¹ Article 5 ASMC. El concepte de “perjudici greu” es defineix en l'Article 6 ASMC.

¹² L'ASMC ha d'interpretar-se a la llum de l'article xvi GATT (Informe del GE EUA – EVE, paràgraf 7.82, WT/DS108/R, de 8 d'octubre de 1999). No obstant això, ha de tenir-se en compte que la *Nota Interpretativa General a l'Annex 1A* disposa que «En cas de conflicte entre una disposició de l'Acord General sobre Aranzels Duaners i Comerç de 1994 i una disposició d'un altre Acord inclòs en l'Annex 1A de l'Acord pel qual s'estableix l'Organització Mundial del Comerç (denominat en els Acords de l'Annex 1A “Acord sobre l'OMC”) prevaldrà, en el grau en què hi haja conflicte, la disposició de l'altre Acord».

de l'operació que la facilita. Una ACE pot així mateix oferir suport en els tipus d'interès en els crèdits a l'exportació.

El crèdit a l'exportació és un component rellevant de cost en qualsevol operació de comerç internacional. Per aquest motiu, una intervenció pública que afecte aquest cost pot causar distorsions en el comerç, com va destacar el Grup Especial de l'OMC en l'assumpte Canadà-Aeronaus.¹³ El suport al crèdit a l'exportació pot complir els criteris per a ser considerat una subvenció, tal com aquesta es defineix en l'ASMC, quan:

- És una contribució *financera* del govern. Pot adoptar diverses formes: pot ser facilitada per un ens públic (concepte en què, a aquests efectes, s'inclouen agències governamentals i societats de titularitat pública) o per un ens privat a qui se li encarregue o ordene que realitze la contribució financera. Hi ha dubtes sobre si el crèdit a l'exportació facilitat per organismes internacionals constitueix una contribució financera en aquest sentit, encara que la posició majoritària pareix sostenir que no és així.¹⁴
- Que atorga un *benefici*. El receptor del crèdit (i, per tant, de la contribució financera) pot ser l'importador, però en tot cas va a produir-se una translació del benefici a l'exportador «atès que fan abaixar el cost del producte per als seus compradors i, per tant, fan que el seu producte resulte més atractiu enfront de productes competidors».¹⁵ Com hem exposat més amunt, hi ha un benefici quan les condicions oferides a l'exportador són més favorables del que ho haurien sigut en un mercat sense intervenció estatal (ja siga en la forma de suport financer oficial o mera cobertura), fins i tot quan el govern no suporta cap cost quant a l'operació de finançament.¹⁶ Aquest és un element important ja que algunes ACE promogudes per governs es creen amb el mandat d'autofinançament, açò és, a llarg termini necessiten cobrir els seus costos amb els ingressos que obtenen mitjançant la prestació dels seus serveis (ja siga en forma d'interessos, primes d'assegurança o per garanties). Per tant, el fet que l'ACE s'autofinance no és rellevant quan es determine que el receptor rep unes condicions més favorables que les que li ofereix el mercat. Aquesta solució és coherent amb les normes de l'ASMC, per més que xoca amb els fonaments econòmics que justifiquen la constitució de les ACE.

Les ACE són un instrument útil per fer front a fallides de mercat en el crèdit a l'exportació. En determinades circumstàncies, els governs poden disposar d'una millor informació sobre riscos que les institucions financeres privades i, en conseqüència, poden trobar-se en millor posició a l'hora de valorar el risc. En altres casos, les quantitats implicades en una operació poden ser massa elevades per a una entitat privada, encara que l'operació poguera ser econòmicament rendible. Les ACE poden així mateix fomentar el

¹³ «Probablement els crèdits subvencionats a l'exportació siguen, entre les diverses formes de subvenció a l'exportació, la que entranya una possibilitat més immediata, i per consegüent, més elevada de distorsió dels corrents comercials», Informe GE *Canadà-Aeronaus* (recurs del Brasil a l'Article 21.5 ESD), WT/DS70/RW, paràgraf 5.137.

¹⁴ Vegeu WT/GC/W/527, de 16 de març de 2006, paràgraf 21.

¹⁵ Així ho va entendre el Grup Especial a *Brasil-Aeronaus* (Segon recurs de Canadà a l'Article 21.5 de l'ESD, WT/DS46/RW/2, nota a peu 42). Un destacat cas de translació del benefici és el que es va analitzar en EEUU-Fusta lleugera, vegeu respecte d'això Gagne & Roch (2008: 557-560).

¹⁶ Informe OA *Canadà-Aeronaus* (WT/DS70/AB/R, paràgraf 160).

comerç quan es produeix una crisi financera i les institucions privades tallen el finançament al comerç per un temor sistèmic (“conducta de ramat”), com ha sigut el cas en l’actual crisi financera i econòmica. Ara bé, si decidim que les condicions de mercat són el referent per a determinar l’existència d’un “benefici”, llavors les actuacions de les ACE que intenten fer front a aquestes fallides de mercat es considerarà que constitueixen un “benefici”, atès que faciliten finançament o cobertura a una operació que no s’hauria realitzat en el mercat en aqueixes condicions en absolut (ja siga perquè les institucions privades puguin tenir pitjor informació sobre riscos, o les quantitats implicades siguen massa altes o s’estenga un temor sistèmic). Si el mercat s’erigeix en únic referent, llavors no disposem d’eines per a enfrontar les fallides, atès que la constatació que concorren els pressupostos en què es fonamenta econòmicament una ACE indicarien, al mateix temps, que hi ha una desviació respecte a les condicions de mercat —encara que aqueixa desviació estaria justificada precisament perquè el mercat està fallant.¹⁷ De fet, l’OA ha reconegut que els preus “privats” podrien no ser un referent adequat, però això només va ocórrer en casos en què la intervenció del govern estava distorsionant aquells preus.¹⁸

Si es determina l’existència d’un “benefici”, el suport al crèdit a l’exportació es qualificarà amb tota probabilitat com “subvenció prohibida”, atès que està supeditat *de jure* als resultats de l’exportació. L’anterior es deu al fet que es tracta de crèdit a l’exportació, que justament es concedeix respecte de vendes de mercaderies per a l’exportació.¹⁹ Ara bé, la Nota 5 de l’ASMC estableix que «les mesures mencionades en l’Annex I com a mesures que no constitueixen subvencions a l’exportació no estaran prohibides en virtut d’aquesta ni de cap altra disposició del present Acord». L’Annex I de l’ASMC conté una «Llista il·lustrativa de subvencions a l’exportació». En conseqüència, els elements continguts en aquesta llista són, en principi, subvencions prohibides. Els incisos (j) i (k) de l’Annex I de l’ASMC són rellevants en matèria de suport al crèdit a l’exportació.

L’única exclusió explícita de la categoria de “subvenció prohibida” que podem trobar en aquests dos incisos és la que es conté en el segon paràgraf de l’incís (k), on s’estableix una excepció mitjançant una remissió (indirecta, implícita) a l’«Acord relatiu a les directrius per als crèdits a l’exportació concedits amb suport oficial» (a partir d’ara, “Acord OCDE”).²⁰ Aquest “Acord” no és un tractat internacional, ni tan sols un acte formal de l’OCDE, sinó un “acord entre cavallers” que no és jurídicament vinculant i que pot ser modificat pels Participants sense haver de seguir per a això els procediments per a la presa de decisions de l’OCDE. És interessant destacar que, quan un país facilita suport al crèdit a l’exportació que contravé les seues regles, el remei que es contempla consisteix a permetre a altres Participants facilitar un suport “equivalent” (el terme en anglès és “matching”, “matching credit support”).

¹⁷ Aquest argument és presentat per Coppens (2009: 84). L’OMC pareix que és en certa manera conscient d’aquest problema. En la Nota de la Secretaria de la Reunió del Grup d’Experts sobre Finançament del Comerç hi ha una breu referència a aquest assumpte (WT/GC/W/527, de 16 de març de 2006, paràgraf 23).

¹⁸ EUA-Fusta lleugera, WT/DS257/AB/R, paràgraf 103. Vegeu una anàlisi d’aquest assumpte en Gagne & Roch (2008: 547-572).

¹⁹ El suport al crèdit a l’exportació de serveis queda fora de l’àmbit d’aquest treball ja que no quedaria subjecte a les normes de l’ASMC sinó a les del GATS, tal com s’ha assenyalat anteriorment.

²⁰ L’última versió consolidada disponible és de 28 de gener de 2010 (TAD/PG(2010)2), disponible en <www.oecd.org>. Vegeu Levit (2004).

Ja que el paràgraf de l'ASMC fa referència al compromís —l'Acord OCDE— original o el que l'haja “substituir”, el Grup Especial a *Brasil-Aeronaus* va sostenir que ha de prendre's en consideració «el compromís més recent que haja sigut acceptat».²¹ Es posicionava així enfront d'una al·legació formulada per Brasil, que va observar que no tots els Membres de l'OMC són al mateix temps part de l'Acord de l'OCDE. Per això, va al·legar Brasil, s'havia de prendre en consideració la versió de l'Acord OCDE vigent el 1992 (és a dir, en el moment en què es va acordar l'ASMC). D'una altra manera un subgrup de l'OMC (els països que, al seu torn, són part de l'Acord OCDE) podria, de fet, modificar el contingut de l'incís (k) de l'Annex I ASMC en virtut de la norma de delegació continguda en aquell, circumstància que Brasil va al·legar que constituiria una interpretació «manifestament absurda i desenraonada», la qual quedaria impedita en virtut del que disposa l'Article 32 de la Convenció de Viena sobre Interpretació dels Tractats. No obstant això, el Grup Especial no va compartir l'argumentació proposada per Brasil, observant que la interpretació que permet donar entrada a les versions de l'Acord OCDE vigents en cada moment no condueix a un resultat «manifestament absurd i desenraonat» si es té en compte que aquesta poguera reflectir «que els Participants —de l'Acord OCDE—, en aqueix moment, tenien major experiència en l'esfera dels crèdits a l'exportació amb suport oficial. Igualment, potser —els redactors de l'ASMC— haurien considerat que no era adequat “congelar” l'abast de la clàusula de resguard atès el fet que l'Acord de l'OCDE estava —i continua estant— en procés d'evolució».²²

La remissió a l'Acord OCDE que es conté en l'incís (k) de l'Annex I és d'un àmbit bastant limitat, perquè es refereix únicament a «les disposicions relatives al tipus d'interès del compromís corresponent». En conseqüència, un país que oferisca suport al crèdit a l'exportació aplicant tipus d'interès que siguin conformes a allò que s'ha estipulat en l'Acord OCDE no es considerarà que concedeix subvencions prohibides a la llum de l'ASMC.²³ Com el Grup Especial va sostenir a *Canadà-Aeronaus* «la protecció especial del segon paràgraf del punt k) únicament pot, en el moment actual, emparar en matèria de crèdit l'exportació que adopten la forma de crèdits/finançament directe, refinançament

²¹ Informe GE *Brasil-Aeronaus*, WT/DS46/RW/2 (Segon recurs del Canadà a l'Article 21.5 ESD), paràgrafs 5.81 a 5.83.

²² Informe GE *Brasil-Aeronaus*, WT/DS46/RW/2 (Segon recurs del Canadà a l'Article 21.5 ESD), paràgrafs 5.84 a 5.91. Aquest assumpte és encara matèria de debat en el marc de la Ronda Doha: «Les opinions difereixen molt sobre si s'hauria de modificar el segon paràgraf de l'apartat k) de manera que els canvis que s'introdueixen en l'Acord sobre Crèdits a l'Exportació de l'OCDE no produïsquen efecte automàticament als fins de l'Acord SMC. Mentre que, en un extrem de l'espectre, algunes delegacions consideren que únicament les modificacions a què no s'haja oposat cap Membre durant un determinat període haurien de tenir efectes jurídics en el marc del segon paràgraf de l'apartat k), en l'altre, algunes delegacions consideren que els Membres no haurien de disposar de cap base per a vetar de fet les decisions adoptades pels Participants en l'Acord» (Document de l'OMC *Nous projectes de textos refosos de l'Acord Antidumping i l'Acord SMC presentats pel President*, TN/RL/W/236, de 19 de desembre de 2008, p. 80).

²³ Basant-se en l'Informe OA *EUA-EVE*, WT/DS108/AB/R, paràgraf 93, i altres disputes davant de l'OMC, Coppens (2009: 107-108) argumenta que una subvenció inclosa en la clàusula de resguard (“safe haven”) del segon paràgraf de l'incís (k) de l'Annex I podria encara ser qualificat com a subvenció en el marc de l'ASMC i quedar subjecte a drets compensatoris en un país importador. Menys segur pareix, al contrari, que poguera constituir així mateix una subvenció recurrent.

o suport a tipus d'interès fixos amb un termini de reembossament de dos o més anys».²⁴ Les operacions de “mera cobertura” queden fora de l'àmbit actual de la protecció especial (“safe haven”) que deriva de l'Acord OCDE atès que no queden subjectes a les normes sobre tipus d'interès mínim (el *Commercial Interest Reference Rate* o CIRR), sinó únicament a les regles sobre primes mínimes i requisits de devolució (Coppens, 2009: 99). Perquè les operacions de “mera cobertura” quedaren cobertes per la protecció especial, l'Acord OCDE hauria d'establir un tipus d'interès mínim per als crèdits a l'exportació a què es vincula la cobertura. A més a més, encara que només aquells crèdits en què s'apliquen les regles sobre tipus d'interès de l'Acord OCDE queden coberts per aquesta protecció especial, altres condicions del crèdit deuen així mateix complir la resta dels requisits de l'Acord OCDE (en matèria de devolució i primes mínimes) i no sols les regles sobre tipus d'interès.²⁵

Una qüestió de particular interès consisteix a determinar si un crèdit que resulte conforme amb l'Acord OCDE en virtut de l'aplicació del remei d'“equivalència” (davant de l'incompliment d'un altre Estat) constituïria un supòsit d'exclusió de la qualificació de subvenció prohibida als efectes de l'ASMC. El Grup Especial a *Canadà-Aeronaus* es va pronunciar negativament sobre aquesta qüestió, argumentant que la clàusula d'“equivalència” és una derogació de les regles de l'Acord (és un remei davant de situacions d'incompliment de l'Acord), i a més la solució contrària situaria els Estats Membres de l'OMC que no són part de l'Acord OCDE en una posició de desavantatge.²⁶

Qüestió així mateix controvertida és la relativa al fet de si la nota a peu 5 ASMC permet que s'exclouen de la consideració com a “subvenció prohibida” aquelles mesures de suport al crèdit a l'exportació que no reunisquen totes les característiques que configuren, en els incisos (j) i (k) de La Llista Il·lustrativa de l'Annex I, als exemples de subvenció prohibida, és a dir, si pot interpretar-se que els referits incisos (j) i (k) permeten configurar exclusions implícites de la categoria de subvenció prohibida, entenent com exclòs d'aquesta qualificació aquelles mesures que, reunint algun dels caràcters allí enumerats, no obstant no els verifiquen tots. En aquest sentit, per exemple, un país podria facilitar garanties al crèdit a l'exportació exigint com contraprestació una prima que siga *suficient* per a cobrir els costos i pèrdues de funcionament a llarg termini d'aquests sistemes. Atès que en l'incís (j) es prohibeixen les subvencions a l'exportació en forma de garanties de crèdit a l'exportació «a tipus de primes *insuficients* per a cobrir a llarg termini els costos i pèrdues de funcionament d'aqueixos sistemes», una interpretació *a contrari* ens conduiria a concloure que, quan la prima exigida sí que és *suficient* no estarem davant d'una subvenció prohibida (perquè no verifica aquest element del perfil traçat per l'incís (j)). No ha de passar desapercebut que aquesta interpretació ens porta a un resultat que s'oposa o excepciona la regla general establida en l'article 3 ASMC atès que, com hem exposat abans, el que és rellevant per a determinar la concurrència de l'element “benefici” en el concepte de “subvenció” és,

²⁴ Informe GE *Canadà-Aeronaus*, WT/DS70/RW (recurs per Brasil a l'Article 21.5 ESD), paràgraf 5.106.

²⁵ Informe GE *Canadà-Aeronaus*, WT/DS70/RW (recurs per Brasil a l'Article 21.5 ESD), paràgraf 5.114.

²⁶ *Canadà-Aeronaus* WT/DS70/RW (recurs per Brasil a l'Article 21.5 de l'ESD), paràgraf 5.121 i 5.134. Vegeu també *Brasil-Aeronaus*, WT/DS46/RW, paràgraf 5.114-5.115. Els Participants de l'Acord OCDE han modificat la redacció de la clàusula d'“equivalència” per a configurar-la, no com una derogació, sinó com una mesura “conforme” amb l'Acord. Però és dubtós que aquesta modificació altere la solució que puguen aconseguir futurs Grups Especials sobre aquesta qüestió; vegeu Coppens (2009: 103-104).

segons la interpretació donada per l'OA, que el receptor obtinga unes condicions que no li ofereix el mercat, sent la dada que això siga possible sense cost per al govern irrellevant. No hem d'oblidar que una ACE pot oferir condicions que milloren les que ofereix el mercat i ser, a pesar d'això, capaç de cobrir els seus costos i pèrdues a llarg termini. Per això, una interpretació *a contrari* dels incisos (j) i (k) suposaria un gir cap a un referent basat en el "cost per al govern", enfront del referent "condicions de mercat" que és el que s'ha establert com a criteri interpretatiu.²⁷ Encara que l'OA no s'ha pronunciat fins a la data de forma expressa sobre si una interpretació a contrari dels incisos de La Llista Il·lustrativa de l'Annex I és permissible, els Grups Especials l'han rebutjada en dos assumptes, i els arguments en què es basa aquest rebuig pareixen sòlids.²⁸

Al marge de l'exclusió derivada de la nota a peu 5 de l'ASMC, hem de destacar que alguns països en desenvolupament (aquells relacionats en l'article 27.2 ASMC) queden exclosos de les normes de l'Article 3.1a) ASMC²⁹ (subvencions a l'exportació prohibides). En conseqüència, aquests països poden facilitar suport al crèdit a l'exportació sense veure's amenaçats per la possibilitat que aquest siga declarat una subvenció prohibida davant de l'OMC. De fet, l'OMC promou el suport al crèdit a l'exportació per part d'organismes internacionals a favor de les exportacions de països en desenvolupament.³⁰ Amb tot, aquest tipus de subvencions concedides pels països en desenvolupament, encara que excloses de la qualificació de "subvenció prohibida", poden encara ser atacades com "subvencions recurribles",³¹ al mateix temps que altres països podran imposar drets compensatoris contra la importació de mercaderies dels països en desenvolupament que s'hagen beneficiat de les al·ludides mesures de suport al crèdit a l'exportació.

4. L'ASMC en la Ronda Doha

L'ASMC ha sigut objecte d'intens debat en el marc de les negociacions de la Ronda Doha. Els EUA han liderat un ambiciós impuls per a ampliar l'àmbit de les mesures compreses per l'ASMC, restringint així les possibilitats que els Membres concedisquen

²⁷ En el document de l'OMC *Nous projectes de textos refosos de l'Acord Antidumping i l'Acord SMC presentats pel President*, TN/RL/W/236, de 19 de desembre de 2008, la nova Nota a peu 6 (que substituiria la nota a peu 5 actualment en vigor) fa explícit que no es permet una interpretació *a senso contrari* —que denomina "inferència negativa"— de La Llista Il·lustrativa de l'Annex I (p. 43).

D'altra banda, el *projecte* reflecteix que es mantenen discussions respecte de la redacció dels incisos (j) i (k) de l'Annex I: «Les delegacions no estan d'acord en si caldria modificar el text de l'apartat j) i del primer paràgraf de l'apartat k) per a reemplaçar el punt de referència del cost per al govern per un altre basat en el benefici obtingut pel receptor. Les que propugnen aquests canvis estimen que les disposicions actuals posen en situació de desavantatge els Membres en desenvolupament i són incompatibles amb la definició general de "subvenció" de l'Acord. No obstant això, altres delegacions estimen que aquests canvis augmentarien els costos dels prestataris dels països en desenvolupament, i reduirien la previsibilitat per als organismes de crèdit a l'exportació» (TN/RL/W/236, p. 80).

²⁸ Informe GE *Brasil-Aeronaus*, WT/DS46/RW, paràgraf 635-641; *Corea- Embarcacions*, WT/DS273/R, paràgraf 7.195-7.207. Vegeu Coppens (2009: 91-93).

²⁹ L'article 27.1 ASMC estableix que «Els Membres reconeixen que les subvencions poden exercir una funció important en els programes de desenvolupament econòmic dels Membres que són països en desenvolupament».

³⁰ WT/GC/W/527, de 16 de març de 2006, paràgraf 1.

³¹ Vegeu l'Article 27.9 ASMC, que limita els efectes adversos que el reclamant pot invocar. Els països en desenvolupament també es beneficien d'un increment en la regla *de minimis* de l'Article 27.12 ASMC.

subvencions. En aquesta mateixa línia d'evolució hem d'ubicar també que s'haja deixat expirar el mandat de l'Article 8 ASMC, que conté la norma relativa a causes legítimes per a la concessió de subvencions que donaven lloc, en conseqüència, a subvencions "no recurribles". Al juny de 2007 la Representant de Comerç d'EUA (USTR), Susan Schwab, va proposar noves normes que suposarien la qualificació de prohibides de cinc categories de subvencions, en la mesura que es dirigien, segons es denunciava, a mantenir una capacitat de producció ineficient en indústries que van de l'acer als semiconductors.³²

En els mesos que van seguir a aquesta presa de posició, una tempestat financera i econòmica originada al mateix país a què la Sra. Schwab representava ha portat el sistema financer global a la vora del col·lapse total. Mentre és cert que les subvencions que «mantenen una capacitat de producció ineficient» haurien de quedar sotmeses a la disciplina de l'OMC, els problemes solen ser percebuts de forma distinta quan colpegen indústries pròpies, posem per cas les ubicades a Detroit.³³ És més fàcil entendre llavors que una certa intervenció estatal és necessària a fi de suavitzar la transició cap a un nou model de negoci eficient. En tot cas, és rellevant que aconseguim establir regles internacionals que disciplinen aquesta transició per a assegurar que siga justa i no discriminatòria. En situacions de crisis anteriors (com va ser el cas de la crisi asiàtica), als països que més la van patir no se'ls va concedir el privilegi de reconsiderar les regles, sinó que més aviat al contrari, se'ls va instruir en les bondats d'un mercat obert sense restriccions ni concessions (Stiglitz, 2002).

La nostra exposició ha mostrat que el règim en vigor per a les subvencions pot ser millorat. En relació al crèdit a l'exportació, hem assenyalat que les condicions de mercat, tal com s'ha interpretat pels Grups d'Experts i l'OA, són l'únic referent per a decidir si el suport al crèdit confereix un benefici. Aquesta construcció queda confirmada en la nova redacció de l'últim esborrany de l'ASMC presentat per la Presidència, que afegeix una nova nota a peu 2, amb el text següent:

S'atorga un benefici quan les condicions de la contribució financera són més favorables que les que en qualsevol altre cas podria obtenir el receptor en el mercat. Quan resulte pertinent, a l'efecte de la determinació de l'existència d'un benefici el paràgraf 1 de l'article 14 proporcionarà orientació per a determinar si hi ha aquelles condicions més favorables.³⁴

En el cas del suport al crèdit a l'exportació aquesta interpretació (que podria convertir-se en regla expressa si es confirmara la proposta continguda en l'esborrany) és massa restrictiva, atès que les ACE poden complir una funció davant de situacions de fallida del mercat. La recent tempestat financera ha donat gran visibilitat a aquest argument, ja que

³² United States Trade Representative (USTR): *US Proposes Strengthened Subsidy Rules to World Trade Organization* (June 4, 2008). Aquest document es va eliminar del web <www.ustr.gov>. Amb tot, aquesta política té reflexos i s'elabora en *Subsidies Enforcement Annual Report to the Congress*, Joint Report of the Office of the USTR and the U.S. Department of Commerce, February 2008 (disponible en <www.ustr.gov>). En aquest document (p. 5-6) pot veure's el llistat de categories de subvencions per a les quals es pretenia la qualificació de prohibides.

³³ De fet, les mesures adoptades per a rescatar les "Tres Grans" automobilístiques haurien de qualificar-se de subvencions prohibides en virtut de la proposta d'EUA a què ens hem referit.

³⁴ Document de l'OMC *Nous projectes de textos refosos de l'Acord Antidumping i l'Acord SMC presentats pel President*, TN/RL/W/236, de 19 de desembre de 2008 (41-42).

durant algun temps el finançament privat es va esvaïr fins quasi desaparèixer del comerç internacional. Per això, pareix raonable introduir en l'ASMC una norma que permeti un cert marge d'acció a la intervenció pública en matèria de suport al crèdit a l'exportació davant de circumstàncies de fallida de mercat. Cal notar que l'alternativa a una norma explícita és un compromís polític *ad hoc* en cada ocasió en què es plantege una situació que requereixca un tractament especial. Aquesta opció constitueix una derrota del sistema de legalitat internacional.

Pensem que probablement estaria justificada la reinstauració de la categoria de les subvencions no recurribles, establint en aquest sentit algunes finalitats que legitimen la intervenció pública en l'economia, basades en la teoria econòmica de les fallides de mercat. Una regulació com l'apuntada és la que ha sigut aplicada llarg temps en la Unió Europea en el marc de les denominades "ajudes d'Estat", que estableix un règim més restrictiu que el de l'OMC al mateix temps que introdueix una generosa llista de detallades excepcions.³⁵

L'últim esborrany de l'ASMC difós per la presidència no afronta aquest assumpte. De fet, les modificacions que s'inclouen són relativament poques. Per exemple, cap de les noves categories de "subvenció prohibida" proposades pels EUA figura inclosa, si bé s'introdueix una nova categoria per al sector pesquer. Hi ha noves normes que s'ocupen del problema plantejat pels preus regulats. Així, en l'Article 2.1.(c), per a determinar si una subvenció és específica, el fet de que algunes empreses en el país en qüestió pogueren quedar excloses de l'accés a les mercaderies o serveis a preus regulats estableix l'especificitat. Més encara, l'Article 14.1.(d) estableix regles específiques per al càlcul de l'import de la subvenció respecte de mercaderies i serveis subministrats a preus regulats. En general, les modificacions són més visibles en l'Article 14.

Però el repte d'elaborar unes normes que resolguen la interacció entre les subvencions i les fallides de mercat no és l'únic a què ha d'enfrontar-se l'ASMC. La crisi econòmica ha posat de manifest la importància d'una regulació (i aplicació)³⁶ vigorosa de les normes sobre subvencions, mostrant al propi temps tant les limitacions com els èxits del dret de l'OMC. El rescat d'entitats financeres en perill ha evidenciat el fet que les subvencions en l'àmbit del sector serveis encara no tenen una regulació internacional. Els esdeveniments crítics succeïts brinden una bona ocasió per a escometre la labor de sotmetre a la disciplina de l'OMC la matèria de les subvencions en el sector serveis. En fer-ho, mereixerà la pena reflexionar sobre la conveniència d'establir un règim unitari, tant per a mercaderies com per a serveis, ja que d'una altra manera ens haurem d'enfrontar amb greus problemes jurídics de delimitació i coincidència (Luja, 2005: 113).

³⁵ Alguns exemples són les ajudes per a combatre el canvi climàtic i de protecció mediambiental; per a la investigació, el desenvolupament i la innovació; ajudes regionals; per al salvament i reestructuració d'empreses en dificultats; per a petites i mitjanes empreses; promoció de l'ocupació; formació; capital risc; elements d'ajuda en la venda de terrenys i edificacions per autoritats públiques; serveis d'interès econòmic general. Vegeu Vademècum: *Community law on State Aid*, Brussel·les, 30 de setembre de 2008.

³⁶ En el règim d'ajudes d'Estat de l'UE, en determinats supòsits les ajudes prohibides han de reembossar-se («Quan s'adopten decisions negatives en casos d'ajuda il·legal, la Comissió decidirà que l'Estat membre interessat prengui totes les mesures necessàries per a obtenir del beneficiari la recuperació de l'ajuda», Article 14 Reglament del Consell (CE) 659/1999, de 22 de març de 1999, pel qual s'estableixen disposicions d'aplicació de l'article 93 del Tractat CE, DO L 83, 27.03.1999, p. 1). Vegeu Linares (2001: 45-54).

BIBLIOGRAFIA

- AUBOIN, M. (2007): «Boosting trade finance in developing countries: What link with the WTO?», *WTO Staff Working Paper ERSD 2007-04*.
- COPPENS, D. (2009): «How much credit for export credit support under the SCM Agreement?», *Journal of Int'l Economic Law*, 12, 63.
- CROSS, K.H. (2009): «United States- Subsidies on upland cotton, recourse to article 21.5 of the DSU by Brazil», *Am. J. Int'l L.*, 103, 110.
- CROWLEY, M.A. i D. PALMETER (2009): «Japan- Countervailing duties on dynamic random access memories from Korea», *World T.R.* 2009, 8(1), 259-272.
- DIAMOND, R. (2008): «Privatization and the definition of subsidy: a critical study of Appellate Body textualism», *J. Int'l Econ. L.*, 11, 649.
- GAGNE, G. i F. ROCH (2008): «The US-Canada softwood lumber dispute and the WTO definition of a subsidy», *World T.R.* 2008, 7(3), 547-572.
- GAMBERONI, E. i R. NEWFARMER (2009): «Trade protection: incipient but worrisome trends», *World Bank Trade Notes No. 37*, March 2.
- GREEN, A. i M. TREBILCOCK (2007): «Enforcing WTO obligations: What can we learn from export subsidies?», *10 J. Int'l Econ. L.*, 10, 653.
- LEVIT, J.K. (2004): «The dynamics of international trade finance regulation: the Arrangement on officially supported export credits», *45 Harvard Int'l Law Journal*, 45, 65.
- LINARES GIL, M. (2001): «La devolución de las ayudas de Estado en el marco del derecho comunitario europeo», *Noticias de la UE*, 196, 45-54.
- LUJA, R.H.C. (2005): «The WTO subsidies regime: are there lessons to be learned from recent EC State Aid issues?», *WTO and direct taxation*, Viena, Linde, 103-114.
- REED, P.C. (2009): «Customs and international trade measures in the Obama Administration's response to the global financial crisis», *Crisis financiera global. Impactos en la actividad aduanera*, Instituto Interamericano de Fronteras y Aduanas (IIFA), Ciutat de Mèxic, ISEF, 89-107.
- REGAN, D.H. (2006): «What are trade agreements for? Two conflicting stories told by economists, with a lesson for lawyers», *J.Int'l Econ. L.*, 9, 951.
- SEMEINEIRO, F.A. (2008): «A tale of two subsidies: how federal support programs for ethanol and biodiesel can be created in order to circumvent fair trade challenges under World Trade Organization rulings», *Penn St. Int'l L. Rev.* 963, 26, 963.

DIFERÈNCIES DAVANT DE L'OMC

- Brasil – Programa de finançament de les exportacions per a aeronaus (*Brasil-Aeronaus*), WT/DS46.
- Indonèsia – Determinades mesures que afecten la indústria de l'automòbil (*Indonèsia-Automòbils*), WT/DS54, WT/DS55, WT/DS59, WT/DS64.
- Canadà – Mesures que afecten l'exportació d'aeronaus civils (*Canadà-Aeronaus*), WT/DS70.
- Estats Units – Tracte fiscal aplicat a les "Empreses de Vendes en l'Estranger" (*EUA-EVE*), WT/DS108.
- Estats Units – Establiment de drets compensatoris sobre determinats productes d'acer al carboni aliat amb plom i bismut i laminat en calent originaris del Regne Unit (*EUA-Plom Bismut*), WT/DS138.
- Estats Units – Mesures compensatòries que afecten determinats productes originaris de les Comunitats Europees (*EUA-Determinats Productes*), WT/DS212.
- Estats Units – Determinació definitiva en matèria de drets compensatoris respecte a determinada fusta lleugera procedent del Canadà (*EUA-fusta lleugera*), WT/DS257.
- Estats Units – Subvencions al cotó americà (upland) (*EEUU-Cotó Upland*), WT/DS267.
- Corea – Mesures que afecten el comerç d'embarcacions comercials (*Corea-Embarcacions*), WT/DS273.
- Japó – Drets compensatoris sobre Memòries Dinàmiques d'Accés Aleatori procedents de Corea (*Japó-DRAM*), WT/DS336.