

## EL USO DE METODOLOGÍAS ECONÓMICAS Y CONTABLES EN PROCEDIMIENTOS DE ARANCELES DE COMPENSACIÓN\*

Richard DIAMOND\*\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La necesidad de especificar el propósito de una Ley de Aranceles de Compensación.* 1. *Criterio de eficiencia.* 2. *Criterio de concesión de derecho.* 3. *La prevención del enriquecimiento de las empresas extranjeras.* III. *Evaluación del sistema arancelario de compensación de Estados Unidos.* 1. *¿Qué principios subyacen en la Ley de Compensación Arancelaria de Estados Unidos?* 2. *Factores que han influido en la Ley de Aranceles de Compensación de Estados Unidos.* IV. *El uso apropiado de las metodologías contables y económicas en las resoluciones de aranceles de compensación.* 1. *Declaración de propósito.* 2. *La necesidad de diferenciar entre juicios de táctica y cuestiones de cuantificación.* 3. *El uso apropiado de los principios contables y económicos al evaluar los aranceles de compensación.* 4. *La aplicación de principios a la elección de un sustituto.* V. *Conclusión.*

### I. INTRODUCCIÓN

Agradezco mucho la oportunidad de dirigirme a este Simposio, y deseo expresarle mi agradecimiento al profesor Soberanes y al ministro Serra. No es muy frecuente que surja la ocasión, como surge ahora en México, de abordar de nuevo el problema de cómo estructurar un sistema de aranceles de compensación. Dicho punto de partida es una oportunidad más para reconsiderar ideas aceptadas y de estructurar nuevas soluciones.

\* Traducción de Carlos Gómez S., CELE-UNAM.

\*\* Profesor de derecho, Georgetown University Law Center, Washington, D. C.

## II. LA NECESIDAD DE ESPECIFICAR EL PROPÓSITO DE UNA LEY DE ARANCELES DE COMPENSACIÓN

El tema que se me solicitó abordar es el uso de metodologías contables y económicas para calcular los beneficios de los subsidios. Estos términos —“contables” y “económicas”— de hecho sí describen dos rutas para tales cálculos. Sin embargo, empezar con la comparación de ambos términos es un serio error. Es a menudo imposible escoger cuál de los dos métodos de evaluación debe ser preferido, a menos que uno pregunte para qué se lleva a cabo el cálculo.

La relación entre el propósito del cálculo y los métodos de llevarlo a cabo, puede ser ilustrada con un ejemplo de otra área. Cada vez que vuelo en un avión, me pregunto qué tan viejo es el avión y si llegará a su destino. La respuesta, me explicó un cliente, implica mucho más que calcular el número de años que han pasado desde que el avión entró en operación. Si lo que te preocupa es la posibilidad de falla de los motores, debes medir la edad del avión en relación a sus horas de vuelo; son las horas de vuelo lo que te indica cuánto tiempo han funcionado los motores. Si lo que te preocupa es la estructura, necesitas medir una cantidad muy diferente, cuántas veces ha despegado y aterrizado el avión; es la tensión de presurización y despresurización lo que desgasta el fuselaje del avión. Para medir el desgaste de las instalaciones de la cabina, el kilometraje-pasajero es un mejor indicador. En realidad, la única cosa que la edad absoluta puede decirnos es si el avión está totalmente depreciado. De igual manera, al considerar la alternativa de utilizar una metodología contable o económica para medir subsidios, debemos de empezar por examinar el propósito de la Ley Arancelaria de Compensación.

Por lo menos tres propósitos pueden motivar a las legislaturas para que aprueben leyes de Compensación Arancelaria.

### 1. *Criterio de eficiencia*

El primer propósito es el de lograr el máximo de eficiencia. Los subsidios, según se argumenta, interfieren con la eficiente distribución de los recursos.

El objetivo para evaluar estas leyes en tal sistema es el de obstaculizar, o cuando menos limitar, los subsidios por gobiernos extranjeros y así preservar la eficiencia.

Alcanzar tal propósito con las mencionadas leyes es difícil. No todos los subsidios restan eficiencia.

Si existen factores externos positivos, el mercado no estará produciendo a un ritmo eficiente antes de que se haya introducido el subsidio; el efecto del subsidio será el de aumentar, más bien que disminuir eficiencia. Un subsidio que aumenta la producción puede también proveer los medios más eficientes para que el gobierno logre un objetivo de táctica escogido, como la preparación para la defensa. Para lograr eficiencia, un sistema de leyes arancelarias de compensación tendría que determinar si tales condiciones existían antes de evaluar un impuesto.<sup>1</sup>

## 2. *Criterio de concesión de derecho*

Un segundo y más limitado fundamento para los sistemas de leyes de compensación arancelaria fue descrito por primera vez en 1986.<sup>2</sup> Tales sistemas pueden ser vistos como el otorgamiento a los productores domésticos de un derecho a todas las utilidades que hubieran recibido si no se hubieran dado subsidios a los productores extranjeros.

Una vez que se ha establecido ese derecho, el análisis económico nos permite determinar qué acciones del gobierno pueden poner en peligro el otorgamiento de ese derecho. Para resumir el análisis brevemente, los únicos cambios que reducirán las utilidades de los productores domésticos son aquellos que disminuyen la cantidad que el productor doméstico vende, o el precio que el productor recibe. Esto ocurrirá solamente si el programa del gobierno extranjero causa que una compañía extranjera exporte más artículos a los Estados Unidos que lo que hubiera hecho si no hubiera existido el programa. El productor extranjero solamente exportará más si los programas del gobierno lo conducen a aumentar la producción. Puesto que los productores obtienen utilidades máximas estableciendo costos marginales iguales a los

1 Schwartz & Harper, "The Regulation of Subsidies Affecting International Trade", 70 Mich., L. Rev. 831, 839-41 (1972); Diamond, "A Search for Economic and Financial Principles in the Administration of U. S. Countervailing Duty Law", 21 Law & Pol. Int'l Bus., 507 (1990) (en adelante "Diamond, Search").

2 Goetz, Granet & Schwartz, "The Meaning of 'Subsidy' and 'Injury' in the Countervailing Duty Law", 6 Int'l. Rev. Law & Econ., 17 (1986).

ingresos marginales, esto ocurrirá sólo si el programa de gobierno baja el costo marginal del productor extranjero.<sup>3</sup>

Como en el caso de la eficiencia, un sistema de leyes de compensación arancelaria debe distinguir entre programas de gobierno que no tienen efecto en la producción, y aquéllos que si tienen ese efecto. Un pago de transferencia a la empresa que no conduce a un cambio en la conducta productiva de la empresa, no afecta la eficiencia. Similarmente, tal pago, aunque puede enriquecer a la corporación y a sus accionistas, no puede poner en peligro el derecho de los productores domésticos.

### 3. *La prevención del enriquecimiento de las empresas extranjeras*

Si la prevención del enriquecimiento es la base para la compensación arancelaria, sería necesario gravar así todos los pagos de transferencia. Plantear esta posibilidad hace surgir una pregunta obvia. ¿Por qué debería el gobierno de un país importador preocuparse de si un gobierno extranjero elige enriquecer a empresas y accionistas, si tal acción no tiene efecto alguno en el país importador? Ciertamente, ni la eficiencia, ni el deseo de proteger el derecho de los productores domésticos, justifican tal propósito. En tanto que tal meta podría estar basada en nuestra inconformidad con la distribución de la riqueza, tal preocupación parece fuera del alcance tradicional de la ley de compensación arancelaria.

Al discernir cuál objetivo es consistente con una norma o medida, el uso del término “beneficio” nos da una clave. El beneficio, como se aplica en las investigaciones de aranceles de compensación, puede tener dos significados muy diferentes. Puede significar “aumentar la riqueza”. En este sentido, una dádiva de cien dólares es un beneficio a la persona que la recibe. Beneficio puede también referirse a la posición comparativa de una empresa en su batalla con sus competidores para aumentar sus ventas. En este sentido, también mencionado como “beneficio competitivo”, sólo aquellas acciones de gobierno que determinan que una empresa extranjera venda más artículos constituye un beneficio.

Un término empleado por el Departamento de Comercio de Estados Unidos (“DOC”), es “beneficio compensable”. Si este término se refiere a la última definición, el propósito implícito de la

3 *Id.* Diamond, “Economic Foundations of Countervailing Duty Law”, 29 *Va. J. Int'l. L. Rev.*, 767 (1989) (en adelante “Diamond, Economic Foundations”).

ley de compensación es el de prevenir o evitar el enriquecimiento de empresas extranjeras. Si el beneficio compensable se refiere a la primera definición, el propósito implícito de la ley es, ya sea preservar la eficiencia o proteger los derechos a mayores utilidades de los productores del mercado interno.

### III. EVALUACIÓN DEL SISTEMA ARANCELARIO DE COMPENSACIÓN DE ESTADOS UNIDOS

Habiendo identificado los objetivos potenciales, es ahora posible evaluar los métodos para identificar los subsidios de compensación y de calcular los aranceles. Como veremos, los problemas principales en el sistema de Estados Unidos derivan no de la elección errada de metodologías contables o económicas, sino de su omisión en identificar el propósito que se quiere lograr.

#### 1. *¿Qué principios subyacen en la Ley de Compensación Arancelaria de Estados Unidos?*

La más reciente exposición completa de la Ley de Compensación Arancelaria de Estados Unidos, según la interpreta el Departamento de Comercio, puede ser encontrada en la legislación propuesta, publicada por esa agencia en 1989.<sup>4</sup>

La definición de un subsidio compensable contenida en las normas proporciona escasa guía substantiva.<sup>5</sup>

Las reglas establecen que un subsidio debe ser “selectivo”, pero no definen “selectivo”, ni el objetivo de tener ese requisito. La norma es igualmente inútil para determinar qué características debe tener un programa selectivo de gobierno, para ser compensable, puesto que no define tampoco lo que es un “beneficio compensable”. Consecuentemente, se nos deja la tarea de inferir las proposiciones generales que guían al Departamento de Co-

4 *Countervailing Duties, Notice of Proposed Rule-making and Request for Public Comments*, 54 Fed. Rev. 23366 (1989) (en adelante “Rulemaking”). Esta publicación contiene tanto las normas propuestas como los comentarios de la DOC sobre esas normas. Las normas debieron haber sido codificadas en la Parte 355 de la C.F.R. pero no han sido aún adoptadas.

5 *Id.* *Rulemaking* estipula: \*355.42 La existencia de un subsidio compensable. Un subsidio compensable existe cuando el Secretario determina que: a) Un programa estipula tratamiento selectivo a un producto o empresa y b) Un programa estipula un beneficio compensable con respecto a la mercancía.

mercio, a partir de las reglas que esta dependencia ha establecido para manejar programas específicos, como subvenciones, préstamos e infusiones de capital.

El tratamiento que hace el Departamento de Comercio de estos programas indica que dos grandes principios generales subyacen a su análisis del beneficio compensable.

El primer principio sostiene que la acción del gobierno transmite un beneficio compensable a la empresa extranjera siempre que tal acción permita a la empresa extranjera recibir algo de valor que no hubiera recibido del mercado. La utilización de la marca de mercado para definir la compensabilidad puede verse en las repetidas referencias del Departamento de Comercio a las diferencias entre la posición de la compañía extranjera después de haber recibido un pago del gobierno, y la posición que la compañía hubiera tenido si hubiera estado sujeta al mercado sin la intervención del gobierno.<sup>6</sup> Por ejemplo, un préstamo del gobierno a una compañía que tenía la posibilidad de obtener un préstamo comercial, es considerada compensable siempre que el interés que cobra el gobierno sea menor que lo que la compañía hubiera tenido que pagar por un préstamo comercial. La compra de acciones de una compañía por el gobierno es vista como el otorgamiento de un beneficio compensable si “el precio determinado por el mercado de dichas acciones es menor que el precio pagado por el gobierno”. Las subvenciones del gobierno, que nunca hubieran sido proporcionadas por el mercado, resultan siempre en un beneficio compensable.<sup>7</sup>

El primer principio, la marca del mercado, determina para el Departamento de Comercio si un beneficio compensable ha sido recibido.

Un segundo principio rige la cantidad que debe ser compensada y el periodo durante el cual el arancel debe ser evaluado.

El beneficio recibido por la empresa receptora es medido por la diferencia que se percibe en el flujo de efectivo de la empresa como resultado del programa de gobierno. Así, por ejemplo, la diferencia en flujo de efectivo que es consecuencia de la recepción de una subvención es la cantidad de la subvención.

6 Ver Diamond, Search en 518-19; Holmer, Haggerty & Hunter, “Identifying and Measuring Subsidies under the Countervailing Duty Law: An Attempt at Synthesis,” in *The Commerce Department Speaks on Import Administration and Export Administration 1984*, vol. 1, en 315, 324-325, 414 (PLI núm. 455, 1984).

7 *Op. cit.*, *supra* nota 4, *Rulemaking*, \*355.44 (a), (b), y (c) (1).

El beneficio derivado de un préstamo es la diferencia entre las cantidades que se quedan a deber en el caso del préstamo del gobierno, y la cantidad que se quedaría a deber en un préstamo comercial similar, al que usualmente se refiere como “préstamo de marca de nivel”.<sup>8</sup>

El Departamento de Comercio ha percibido siempre que debe apartarse de sus principios en algunos casos a fin de lograr un resultado correcto. Para nuestros propósitos, es importante notar que la inconsistencia resultante de los actos del Departamento de Comercio no deriva de preferencias de contabilidad sino de principios económicos. El concepto que guía el primer principio, —ganar algo de valor que el mercado no hubiera proporcionado— puede igualmente ser expresado en términos contables y económicos. Similarmente, el uso de “flujo de efectivo” para medir la cantidad del subsidio, no necesariamente indica un rechazo al análisis económico. En el caso de una subvención, la diferencia de flujo de efectivo mediría la ganancia económica de la empresa.

Los problemas del Departamento de Comercio surgen porque los principios que lo han guiado no son consistentes con el propósito implícito en sus acciones: —la protección de la industria de Estados Unidos de los efectos de los subsidios extranjeros—. Bajo el primer principio, todos los “beneficios” de los programas de gobierno pueden ser compensados aun cuando no tengan efecto en la producción de la compañía. Tal acción es consistente con el tercer propósito señalado arriba; pero no es consistente ni con la preservación de eficiencia ni con el modelo de derecho a utilidades.

Similarmente, las dificultades con el segundo principio del Departamento de Comercio se presentan no porque dicha Institución emplea conceptos de contabilidad tales como flujo de dinero, sino porque el elemento que el Departamento de Comercio trata de cuantificar —el cambio en el patrimonio de la empresa extranjera— es consistente sólo con nuestro tercer propósito.

8 *Id.* \*\*355.44, 355.49. Este principio es, también sugerido por la referencia de DOC a “el enfoque de flujo de efectivo general del Departamento con respecto al momento del recibo de beneficios,” y por la norma propuesta con respecto al momento del recibo de beneficios de un subsidio: ordinariamente el secretario considerará un beneficio compensable para ser recibido en el momento en que hay un efecto de flujo de efectivo sobre la empresa que recibe el beneficio. El efecto económico y de flujo de efectivo de un beneficio, se lleva a cabo normalmente cuando una compañía registra una diferencia en flujos de efectivo, ya sea en el pago que recibe o los desembolsos que hace. *Id.* en \*\*23375, 23384.

La incapacidad del Departamento de Comercio para identificar su objetivo es la fuente de un número de los dilemas con los que se ha encontrado al decidir casos específicos. El ejemplo más claro implica la determinación, por el Departamento de Comercio, del periodo durante el cual un arancel compensatorio debe ser evaluado. Supongamos que una compañía extranjera recibe una subvención de cinco millones, lo que le permite comprar una máquina que de otra manera no hubiera comprado ventajosamente. Supongamos que la máquina baja el costo marginal del costo de producción de la compañía y que su vida útil será siete años. Bajo sus reglas, el Departamento de Comercio resolvería que algo de valor había sido dado a la compañía. El beneficio compensable, el aumento del flujo de efectivo que utilizaría para calcular el arancel de Compensación sería de cinco millones. El Departamento de Comercio intentaría enseguida determinar el periodo durante el cual ese arancel debería ser evaluado.

Desde la perspectiva del modelo del derecho a las utilidades, la respuesta es clara. El arancel debería ser evaluado durante el periodo en que la actividad productiva de la compañía sería afectado por la nueva máquina. Sin embargo, como la estructura del Departamento de Comercio hace equivalentes la utilidad con la riqueza, la cuestión no conduce a una respuesta lógica.<sup>9</sup> Si yo te doy cinco dólares, ¿por qué periodo te beneficias? Por una parte, el beneficio continúa por siempre. Por la otra, puedo decir que el beneficio es recibido en el momento que recibes los cinco dólares y que ningún otro beneficio es recibido de ahí en adelante. Como el Departamento de Comercio se ha dado cuenta, ambas respuestas son incompatibles con la protección de la industria doméstica.

Si la primera es correcta, el beneficio compensable se extiende por un tiempo infinito y, por lo tanto, se acerca a cero. Si la segunda es aceptada, debería haber un alto arancel de compensación inicial, seguido por un arancel igual a cero.

<sup>9</sup> En 1984, la DOC estableció: "Hemos concluido que no hay normas económicas que impongan la elección de un periodo de imputación. La autoridad administrativa, por lo tanto, debe fijar un estándar y apegarse al mismo tan consistentemente como sea posible, para permitir que su acción sea predecible." *Cold-Rolled Carbon Steel Flat-Rolled Products from Argentina: Determinación Final Afirmativa de Aranceles de Compensación (Apéndice de Subsidios)*, 49 Fed. Reg. 18006, 18018 (1984) (en adelante "*Subsidies Appendix, Cold Rolled Carbon Steel from Argentina*"). Este comentario es repetido en *Rulemaking, op. cit., supra* nota 4, en \*23376.



Los problemas del Departamento de Comercio aumentan aún más si el programa del gobierno proporciona préstamos, no subvenciones. Supongamos que la acción del gobierno, que permitió a una compañía extranjera comprar la nueva máquina, no fue una subvención de \$5'000,000 de dólares sino un préstamo de \$5'000,000 al 5% de interés, a un plazo de 10 años. Supongamos, además, que la compañía no podía haber recibido un préstamo a esta baja tasa de interés, de un banco comercial. De acuerdo con los principios del Departamento de Comercio, se habría recibido un beneficio compensable. De no haber sido por ese acto del gobierno, la empresa no hubiera recibido el beneficio de la tasa de interés más baja. La cantidad del beneficio compensable sería el aumento en el flujo de efectivo atribuible al préstamo. Para calcular esta cantidad, el Departamento de Comercio construiría en abstracto un préstamo de marca, definido como el préstamo que la compañía pudiera haber recibido si lo hubiera solicitado a un prestamista comercial. Para cada periodo de pagos, el Departamento de Comercio resta el pago que la Compañía hace bajo el préstamo de gobierno, de la cantidad del mayor pago que como abono hubiera hecho bajo el préstamo comercial.

El beneficio compensable es el valor presente neto descontado de las diferencias en flujo de efectivo entre los diferentes pagos. El arancel se establece con el prorrateo del beneficio compensable a lo largo del periodo del préstamo.<sup>10</sup>

A su vez, la metodología del flujo de efectivo que el Departamento de Comercio utiliza para analizar los préstamos, no siempre alcanza los resultados que quiere el Departamento de Comercio. Una de tales dificultades ocurre cuando ambos, el préstamo de gobierno y el préstamo comercial comparable no requieren que se haga pago alguno al prestamista en los primeros tres años. Si el flujo de efectivo es la medida del beneficio compensable, la empresa extranjera no recibirá beneficio alguno y no sería compensada hasta el cuarto año. El Departamento de Comercio sabe que este resultado es inapropiado, puesto que la mayor ventaja competitiva de la compañía extranjera se manifiesta en los primeros años en que tiene la máquina.<sup>11</sup> Consecuentemente, el Departamento de Comercio rechaza las implicaciones de su metodolo-

10 *Id.* en \*\*355.44, 355.49.

11 Para una discusión más completa, ver Diamond, Search, *op. cit.*, *supra* nota 1, en 580.

gía de flujo de efectivo y prorratea el beneficio competitivo sobre todo el periodo del préstamo.<sup>12</sup>

Una segunda dificultad se origina cuando la posición financiera precaria de la empresa extranjera le hubiera impedido obtener un préstamo comercial a cualquier tasa. La metodología del Departamento de Comercio para medir los cambios en flujo de efectivo de tales empresas “no dignas de crédito”, es extremadamente imaginativa. El Departamento de Comercio todavía intenta medir la diferencia entre los pagos requeridos bajo el préstamo del gobierno y el préstamo de marca. Sin embargo, para establecer el préstamo de marca, el Departamento de Comercio debe contestar una pregunta interesante: dado que la compañía extranjera no podía haber conseguido un préstamo comercial bajo ninguna circunstancia, ¿a qué tasa de interés pudiera haber conseguido el préstamo que no podía conseguir? El Departamento de Comercio razona que la compañía no digna de crédito tiene que ser más riesgosa que la más riesgosa de las compañías en el país que han recibido préstamos. Por lo tanto, la tasa de interés del préstamo de marca tiene que ser la más alta tasa de interés cobrada a compañías en el país extranjero, más una prima adicional de riesgo, que represente la diferencia en riesgo entre una compañía digna de crédito y otra no digna de crédito. El Departamento de Comercio elige basar esta prima adicional de riesgo en la diferencia entre la tasa promedio para bonos Aaa y la tasa promedio para bonos Baa, como se publica en los Reportes Industriales de Moody.<sup>13</sup>

De nuevo es importante identificar la naturaleza del error en la metodología del Departamento de Comercio. No hay nada inherentemente equivocado en usar las formulaciones contables, tales como flujo de efectivo o información, sobre tasas promedio de bonos. Lo que está mal es la falta de relación entre los datos en los cuales el Departamento de Comercio prefiere confiar, y el propósito de la ley de Aranceles de Compensación.

En todas las hipótesis mencionadas, la capacidad del fabricante extranjero para competir en contra de las compañías estadounidenses ha sido cambiada exactamente de la misma manera —la compañía tiene el uso de la misma máquina nueva—. Sin embar-

12 *Rulemaking*, *op. cit.*, *supra* nota 4, en \*\*\*355.48m., 355.49.

13 *Id.* en 23369 y \*355.44 (b) (6); v. también Diamond, *Search*, *op. cit.*, *supra* nota 1 en 591-98.

go, el Departamento de Comercio calcularía aranceles de compensación enteramente diferentes.

## 2. *Factores que han influido en la Ley de Aranceles de compensación de Estados Unidos*

Un número de factores históricos han llevado al Departamento de Comercio a su presente interpretación de la Ley de Aranceles de Compensación de Estados Unidos.

Primero, dos importantes porciones de la ley vigente tienen sus orígenes en el Acta de Tarifas de 1897, las referentes a “recompensa o subvención” y a aranceles por la “cantidad” del subsidio.

En esa época, los aranceles de compensación se aplicaban sólo a los subsidios de exportación; su objeto era el de evitar que otros países utilizaran subsidios para neutralizar el efecto protector de las tarifas que el Congreso de Estados Unidos había impuesto.

La ley fue ampliada en 1922 para permitir que los aranceles de compensación fueran evaluados en casos referentes a recompensas o subvenciones pagadas por la manufactura o producción de la mercancía. Aunque este cambio aumentó radicalmente la complejidad de las prácticas económicas, que discutiblemente cayeron dentro de la ley, la simple e inapropiada terminología del pasado no fue cambiada.<sup>14</sup>

Segundo, los procedimientos para imponer aranceles en Estados Unidos están divididos entre dos agencias: el Departamento de Comercio, que determina la existencia y cantidad de un subsidio compensable, y la Comisión Internacional de Comercio (“CIC”), que determina si la industria doméstica ha sido perjudicada.

Esta bifurcación ha conducido a la creencia de que las dos determinaciones son analíticamente distintas y que el Departamento de Comercio debe ser cuidadoso para abstenerse de invadir áreas que correspondan a la CIC. Como consecuencia, el Departamento de Comercio evita el observar los efectos de los subsidios.

Finalmente, los problemas del Departamento de Comercio se originan parcialmente de la historia de las acciones de aranceles de compensación de Estados Unidos a principios de 1980. Inme-

14 La historia de la Ley CVD de Estados Unidos, incluyendo cambios en el lenguaje de las normas, se describe en H. Kaye, P. Plaia, y M. Hertzberg, *International Trade Practice*, vol. 1, \*\*13.04-13.12, 20.02 (1980).

diatamente después de la promulgación del Acta de Comercio de 1979, el Departamento de Comercio fue inundado con peticiones de reparación con aranceles de compensación. En esa época, no existía un análisis económico de los aranceles de compensación. Dados los cortos límites de tiempo que el Congreso había impuesto, el Departamento de Comercio procuró establecer reglas provisionales para cubrir muchas circunstancias. Se pensó en la conveniencia de reexaminar posteriormente esas normas.

Sin embargo, dada la inercia burocrática, no han reexaminado esos principios básicos.<sup>15</sup>

Menciono estos factores para establecer un punto específico. Ninguno tiene aplicación en los esfuerzos actuales del gobierno mexicano para formular un sistema racional de aranceles de compensación. El campo está relativamente libre para que México comience desde el principio, para identificar sus objetivos y para lograrlos construyendo un sistema lógico.

#### IV. EL USO APROPIADO DE LAS METODOLOGÍAS CONTABLES Y ECONÓMICAS EN LAS RESOLUCIONES DE ARANCELES DE COMPENSACIÓN

##### 1. *Declaración de propósito*

Como se ha señalado arriba, cualquier intento de formular normas consistentes para aplicar los aranceles de compensación debe comenzar por declarar el propósito que la ley trata de lograr. El impedir el enriquecimiento de empresas extranjeras no es un propósito válido. Mientras que la eficiencia económica es una meta digna, no creo que pueda o deba formar la base para un sistema de aranceles de compensación. Es difícil evaluar o medir las condiciones externas que puedan existir y aún más difícil evaluar las eficiencias establecidas como premisas en los juicios de valor políticos de gobiernos extranjeros. Más aún, tal propósito parece en contradicción con la intención del Código de Subsidios del GATT.<sup>16</sup> Las referencias del Código a la naturaleza benéfica y perjudicial de los subsidios, indica que no todos los subsidios

<sup>15</sup> Ver Diamond, *Search*, *op. cit.*, *supra* nota 1, en 511-12.

<sup>16</sup> *Convenio sobre la Interpretación y Aplicación de los Artículos VI, XVI, y XXIII del GATT* (en lo que respecta a subsidios y medidas de compensación), hecho en abril 12/1979, 31 U.S.T. 513, T.I.A.S. No. 9619.

deben ser excluidos, y que los subsidios eficientes que perjudican a los productores extranjeros pueden ser compensados.

Una formulación de propósito más coherente, y la que creo que de hecho motiva a los reguladores norteamericanos, es proporcionada por el modelo del derecho a las utilidades. En este modelo, el propósito es definido como la protección al derecho de los productores domésticos a las utilidades que hubieran obtenido si el programa del gobierno extranjero no hubiera afectado las ventas en el mercado doméstico. El propósito del arancel entonces, es el de revertir ese derecho a lo que hubiera sido de no ser por el programa del gobierno extranjero.<sup>17</sup>

## 2. *La necesidad de diferenciar entre juicios de táctica y cuestiones de cuantificación*

El *derecho a las utilidades* definido arriba materializa un juicio de valor político del gobierno de origen. Como la mayor parte de las tácticas, pueden entrar en conflicto con otras tácticas. Dependiendo de la fuerza relativa de los intereses en competencia, un juicio de valor político puede ser hecho para llegar a un arreglo sobre el derecho a las utilidades (o para limitarlo).

Una continua fuente de confusión en la legislación de aranceles de compensación se origina en la omisión de diferenciar entre porciones de un procedimiento de aranceles de compensación que trata de cuantificar el derecho a las utilidades, y las que ponderan ese derecho a las utilidades, en oposición a otras tácticas.

El primero es un ejercicio en la cuantificación de un efecto económico específico y, dentro de ciertos límites, puede ser objeto de análisis contables o económicos. El segundo implica la comparación de valores incuantificables y es, por su naturaleza, más indefinido. Las normas que establecen los niveles de confianza que deben ser satisfechos antes de iniciar una acción, caen en la segunda categoría.

Un área en la cual la práctica de Estados Unidos confunde estas cuestiones, es la de su interpretación de especificidad.

Los programas que *no* son específicos pueden poner en peligro el derecho a las utilidades de los productores de Estados Unidos si afectan el costo marginal. Sin embargo, todos los ar-

17 Para una discusión más amplia del derecho a las utilidades, ver Diamond, *Economic Foundations*, *op. cit.*, *supra* nota 3, en 778-84.

tículos importados se benefician en alguna forma con los programas de gobierno. Si compensamos todos los programas de gobierno que ponen en peligro el derecho a las utilidades, tendríamos que imponer aranceles de compensación a todos los artículos importados. Esto parece administrativamente imposible e inconsistente con el propósito completo del GATT. Más aun, no consideramos desleal de parte de los gobiernos el que provean algunos programas tales como protección policiaca y contra incendios. Consecuentemente, podemos concluir que las consecuencias negativas de los programas de compensación, con ciertas características, equilibran los beneficios de la protección del derecho a las utilidades.<sup>18</sup> Llamamos a esto la prueba de especificidad.

Las normas propuestas del Departamento de Comercio, indican correctamente que “la prueba de especificidad no puede ser reducida a una fórmula matemática precisa” y que “el Departamento debe aplicar buen juicio y equilibrar varios factores al analizar los hechos de un caso particular.”<sup>19</sup> Sin embargo, los objetivos de táctica de la prueba de especificidad no son nunca definidos explícitamente y, consecuentemente, no podemos evaluar los factores individuales listados en las normas, en términos de esos objetivos.

Un número de consecuencias infortunadas resultan:

Primero, la especificidad es a menudo alegada por las partes como si fuera otra propiedad cuantificable del programa del gobierno.<sup>20</sup> El Departamento de Comercio discute una multitud de factores numéricos, pero nunca es claro acerca de por qué los factores individuales reciben el peso que se les atribuye. Como resultado, las decisiones del Departamento de Comercio respecto a la especificidad, parecen ser arbitrarias u orientadas a resultados.

Segundo, debido a los intentos de cuantificar como indefinido un equilibrio de táctica como la especificidad, inevitablemente

18 Dos razones adicionales pueden existir para exceptuar programas no específicos. Si los beneficios del programa de gobierno son distribuidos ampliamente, es menos probable que creamos que un gobierno está atacando a una industria específica de Estados Unidos. A mayor cobertura de un subsidio gubernamental, mayor probabilidad existe de que consideraciones presupuestales limitarán su efecto. Es posible estructurar la prueba de especificidad como parte de la definición del derecho a las utilidades. En todo caso, involucra juicios de valor políticos.

19 *Rulemaking, op. cit., supra* nota 4, en 23368.

20 Por ejemplo, pueden ser sometidos datos concernientes al número de industrias (por las claves SIC o alguna otra medida) que reciben el subsidio, el número de compañías afectadas, y la desproporcionalidad del subsidio.

termina en un embrollo de números que no dan una decisión clara, el valor de la cuantificación misma es cuestionado. Como consecuencia, los estándares para las decisiones respecto a factores que pueden ser cuantificados, han sido bajados. La especificidad puede requerir una ponderación de factores vagos; la imprecisión y la discrecionalidad son inevitables. Lo mismo no es cierto en casi el mismo grado cuando tratamos de medir el efecto del programa de gobierno sobre el derecho a utilidades.<sup>21</sup>

El tiempo no me permite discutir otras numerosas decisiones de táctica requeridas para aplicar la Ley de Aranceles de Compensación. Dos decisiones, de prominencia actual, se refieren: al grado al cual los efectos secundarios deben ser considerados y las cuestiones relacionadas de medidas de compensación arancelarias.

### 3. *El uso apropiado de los principios contables y económicos al evaluar los aranceles de compensación*

Con estas bases, ahora se hace posible discutir la relación apropiada entre las metodologías contables y económicas. La herramienta primaria de análisis debe ser la economía, porque es el análisis económico el que indica el efecto que el programa de gobierno puede tener sobre el derecho a las utilidades de los productores del mercado doméstico.

En algunos casos, sólo es necesario conocer la naturaleza de la relación entre el programa de gobierno y el derecho a las utilidades para decidir si se requiere un arancel. Esto ocurre cuando el tipo de programa de gobierno en cuestión, *por su propia naturaleza*, no puede conducir a la empresa extranjera a producir más de lo que habría producido, si no hubiera intervención del gobierno en el mercado. Tal programa de gobierno no puede poner en peligro el derecho a las utilidades. El análisis económico por sí solo proporciona una pantalla que puede ser utilizada para rechazar tales casos.<sup>22</sup>

21 Este análisis sugiere que el estándar de revisión para determinaciones de especificidad y para determinaciones de subsidio, no deben ser los mismos.

22 Ejemplos de los tipos de reclamaciones a los cuales esta pantalla se aplicaría incluyen pagos del gobierno para cerrar la capacidad excesiva, y la cancelación de deudas previa a la venta pública de las acciones de una compañía propiedad del gobierno.

En la mayoría de los casos, la naturaleza de la relación entre el programa de gobierno y el derecho a las utilidades, no será determinante. Más bien, será necesario cuantificar los varios factores que el análisis económico identifica antes de decidir si un arancel de compensación debe ser impuesto y, si así es, ¿cuánto?

Como cualquier revisión de los casos resueltos lo ilustra, a menudo no será posible para la autoridad administrativa medir los factores relevantes directamente. En tales casos, será necesario confiar en un sustituto, un factor relacionado medible, que puede sustituir a la cantidad que no puede ser medida.

Es al escoger los sustitutos cuando la elección entre las metodologías contable y económica se hace relevante.

En tanto que las normas propuestas del Departamento de Comercio emplean muchos sustitutos, no hay discusión de los criterios por los cuales deben ser escogidos. Un número de principios se sugieren a sí mismos. Primero, se desprende de la anterior discusión que los conceptos contables sólo pueden servir como sustitutos de valores que la teoría económica indica que son relevantes. La batalla entre metodologías contables y metodologías económicas debe ser una batalla acerca de cómo cuantificar, no acerca de qué cuantificar.

Segundo, cuando están disponibles sustitutos alternativos, varios factores deben ser ponderados. La consideración primaria debe ser el grado al cual el sustituto se correlaciona con el factor económico que sustituye. La autoridad administrativa debe siempre evaluar el grado al cual la información exacta y verificable requerida por el sustituto es disponible. Pueden surgir situaciones en las cuales un sustituto teóricamente menos predecible es escogido porque los datos que requiere pueden ser obtenidos con mayor exactitud en el tiempo disponible.

En tanto que hay necesidad de considerar la calidad de la información, su verificabilidad y cuestiones de conveniencia administrativa al escoger un sustituto, es obvio que hay un límite absoluto. El sustituto que sea escogido debe tener alguna relación racional con el factor que la teoría económica indica que es relevante. No importa qué tan conveniente pueda ser para la autoridad administrativa confiar en datos fácilmente disponibles, los datos no pueden ser usados si no iluminan la relación relevante. La utilización por el Departamento de Comercio de los promedios de Moody, al evaluar subsidios para compañías no dignas de crédito, es un ejemplo claro de una violación de este principio. El



uso de los promedios de Moody produjo números fácilmente verificables y exactos, y la diferencia entre los promedios de Moody para las acciones Aaa y Baa es fácil de obtener. Sin embargo, no hay relación entre esos números y la cantidad que el Departamento de Comercio buscó medir —el grado al cual las empresas no dignas de crédito eran más riesgosas que las empresas dignas de crédito—. El Departamento de Comercio pudo más fácilmente haber basado sus cálculos de aranceles de compensación sobre diferencias en las mareas.

Si las metodologías económicas o contables deben ser empleadas, dependerá, por supuesto, del tipo de problema encontrado. Sin embargo, pueden hacerse ciertas generalizaciones. Como se ha señalado arriba, independientemente del tipo de sustituto usado, la autoridad administrativa será constreñida por la disponibilidad de varios datos, por el margen de error en los datos, y por la verificabilidad de los datos.<sup>23</sup> Las cuestiones de disponibilidad y verificabilidad favorecerán generalmente el uso de datos contables, puesto que tales datos son manejados por todas las compañías. Sin embargo, los principios contables y las presunciones que encarnan, fueron diseñados para facilitar las decisiones financieras, más que las económicas. Consecuentemente, las metodologías contables no pueden mostrar las relaciones económicas tan exactamente como las metodologías económicas. Más aún, los datos requeridos por las metodologías económicas serán, a veces, aquéllos que la empresa extranjera debe tener para hacer racionales decisiones de negocios. En tales casos, es razonable esperar que tales datos existirán y su ausencia puede indicar una omisión de observar los principios del mercado.

Las metodologías económicas serían de la mayor ayuda para determinar cómo varias condiciones de mercado afectan el grado al cual se pone en peligro el derecho a las utilidades. Los apuntalamientos teóricos de tales investigaciones han sido explorados por aquéllos con mucha más experiencia económica que yo.

Richard Boltuck, un ponente posterior, ha escrito extensamente sobre las relaciones entre varias elasticidades del mercado y los aranceles de compensación necesarios para restaurar el derecho a las utilidades. Estudios similares de relaciones de mercado son ya

<sup>23</sup> En los Estados Unidos, límites temporales no acordes con la realidad, fijados por la ley, e insuficiencia de personal, también obstaculizan la capacidad del Departamento de Comercio para hacer computaciones precisas.

usados por la Comisión de Comercio Internacional de Estados Unidos en sus resoluciones sobre perjuicio, y por el Departamento de Justicia de Estados Unidos en las investigaciones anti-fideicomiso.

El uso de elasticidades para evaluar subsidios difiere en un aspecto importante de su uso por la Comisión de Comercio Internacional y por el Departamento de Justicia. En los casos de este último, lo que es importante es la magnitud general de los efectos que son anticipados. Ambas agencias pueden considerar rangos de elasticidades. En el caso de aranceles de compensación, el efecto que es calculado es usado para establecer un número preciso —el arancel que debe ser impuesto sobre las importaciones extranjeras—. Puede suponerse que la probabilidad de error aumenta en la medida en que el rango de respuestas es restringido.

La relación entre la precisión de una respuesta y la probabilidad de error, puede ser relevante en un número de áreas de la Ley de Aranceles de Compensación. *Primero*, los procedimientos de comercio descal tienen usualmente alguna prueba de *minimis*. Si el subsidio calculado está debajo de ciertos límites, no se impone arancel alguno. El error probable en un estudio económico puede ser evitado ya sea por incorporación directa de este factor en el estándar de *minimis* o elevando la cantidad de *minimis*. *Segundo*, bajo el sistema de Estados Unidos, el Departamento de Comercio intenta calcular con precisión el “beneficio compensable”, del cual se hace derivar el arancel porcentual. Tales cálculos, y la recaudación de datos que requieren, consume recursos administrativos escasos.

De mayor importancia, estas prácticas conducen a una falsa imagen de precisión. Si un sustituto puede sólo predecir con 30% de exactitud, ¿tiene sentido calcular porcentajes al segundo lugar decimal? Quizá, aun al cuantificar el subsidio, la autoridad administrativa debería aspirar solamente a identificar un rango. Otros factores pueden ser usados para establecer dónde debe estar el arancel en ese rango.

Este análisis sugiere una tercera posibilidad —cuando menos bajo la legislación de Estados Unidos—, la prueba de perjuicio permite o no permite el arancel, pero nunca afecta su cantidad.

Un factor que pudiera ser usado para decidir en qué parte del rango evaluar un arancel, es la sensibilidad del mercado doméstico para perjuicio por importaciones subsidiadas. Otros factores

podían incluir una historia de prácticas similares, o la magnitud bruta del subsidio.<sup>24</sup>

#### 4. *La aplicación de principios a la elección de un sustituto*

Como ejemplo de este análisis, apliquemos los principios descritos a la cuestión que ha causado tanta dificultad al Departamento de Comercio: la selección del periodo al cual limitar la actuación correctiva de la autoridad.

Supongamos que una subvención, o que un préstamo a bajo interés de su gobierno, permite a una compañía extranjera comprar una máquina de empacado automático que de otra manera no hubiera sido ventajoso comprar. Se plantea entonces la cuestión acerca del periodo por el cual debería ser evaluado un arancel de compensación. Pueden proponerse varias alternativas, incluyendo la vida despreciable bajo las actuales tablas de depreciación de impuestos del sistema recaudatorio de Estados Unidos, el Sistema de Rangos de Depreciación por la Vida de Activos, del Servicio de Recaudación Interna de Estados Unidos, vigente desde 1977, así como las tablas de depreciación de impuestos de las recaudaciones extranjeras, el plazo del préstamo, y un periodo fijo de 10 años.<sup>25</sup>

Dados los principios arriba enunciados, el punto de partida para escoger entre los sustitutos económicos, contables y otros, debe ser la protección del derecho a las utilidades de los fabricantes del mercado doméstico. El análisis económico nos dice que ese derecho es puesto en peligro por un programa de gobierno para el periodo durante el cual, la empresa, como resultado de

24 Puede ser arguido que tal propuesta viola el artículo 4.2 del Código de Subsidios del GATT, que requiere que no se evalúe arancel "en exceso de la cantidad del subsidio". Yo sugeriría que, aun si esta frase es interpretada literalmente, las violaciones cometidas al usar rangos, no serán mayores que las ocurridas cuando se emplean conceptos imaginativos, tales como "calidad-de-indigno-de-crédito".

25 Generalmente, el ejemplo es tomado de "*Down in the Dumps. Administration of the Unfair Trade Laws*" de Richard Boltuck y Robert E. Litan, eds. (The Brookings Institution, 1991) en 116, que discute la utilización de varios programas de depreciación. Actualmente, el Departamento de Comercio aplicaría el parámetro de vida de la máquina conforme a la tabla del *Internal Revenue Service* (si el subsidio fuera una subvención), o la duración del préstamo (si el subsidio fuera un préstamo a tasas de interés inferiores a las vigentes en el mercado) como el periodo al cual limitar la evaluación de aranceles. Sin embargo, el Departamento de Comercio ha indicado que está considerando cambiarlo a un periodo fijo de imputación de 10 años para todos los subsidios que no son gastados. *Rulemaking, op. cit., supra* nota 4, en 23375.

ese programa, tenga costos marginales inferiores a los que habría tenido en otras circunstancias. Esto corresponderá usualmente a la vida útil de las máquinas.

Dada esta estructura, tenemos una base para decidir entre las alternativas que han sido propuestas. Tanto el plazo del préstamo como el periodo de 10 años establecido por el Departamento de Comercio, deben ser rechazados. Ninguno tiene relación alguna con la vida útil de la máquina. La alternativa de si un programa específico de depreciación pudiera ser usado, depende de si el mismo refleja la vida útil u otros factores, tales como una decisión legislativa de estimular la inversión permitiendo caducidades aceleradas. Podríamos también inclinarnos por consultar datos técnicos sobre la vida útil de tales máquinas en los archivos históricos de la empresa extranjera respecto de su utilización, y en los planes futuros de la empresa para la máquina.

## V. CONCLUSIÓN

Los principios que he establecido arriba, ciertamente no pasan una prueba de simplicidad ni de facilidad de aplicación. Es difícil medir el costo marginal o su sustituto contable, el costo variable promedio, y mucho menos, elasticidades. El establecer el hecho contrario, lo que la compañía hubiera hecho de no existir el subsidio, es también, a menudo, complejo.

Sin embargo, la adherencia a estos principios sí tiene grandes ventajas sobre el sistema actualmente empleado en Estados Unidos. Se eliminan algunos datos y cálculos requeridos por las reglas propuestas. Por ejemplo, puesto que el análisis del flujo de efectivo es evitado, no hace falta determinar tasas de descuento ni descontar el flujo de efectivo al valor actual. Las complejas fórmulas tipo hipoteca aplicadas para distribuir artificialmente el flujo de efectivo sobre la producción, son también eliminadas. Nunca es necesario establecer la más alta tasa de interés en el préstamo comercial comúnmente disponible en un país extranjero, o la tasa promedio de ganancias del capital para las empresas en aquel país.<sup>26</sup>

Pero la ventaja más importante es que las preguntas que se plantearon para nuestra contestación, conciernen a factores que

26 *Id.* \*355.49.

están racionalmente relacionados con lo que tratamos de llevar a cabo. Las complejidades que encontramos existen porque los principios que rigen la máxima obtención de utilidades y la operación de mercados económicos competitivos, son complejos. Si vamos a evaluar los aranceles de compensación me parece mejor debatir sobre la elasticidad del suministro del mercado, por complejo que esto sea, que sobre la pregunta de cuántos ángeles caben en la cabeza de un alfiler.

Por supuesto, la existencia del antiguo sistema de aranceles de compensación de Estados Unidos plantea algunas cuestiones que el gobierno de México quisiera tratar. El lenguaje del sistema de Estados Unidos ha infiltrado el Código de Subsidios del GATT y el Proyecto Dunkel. Si se establece un nuevo y lógico curso legal, pueden sobrevenir problemas de compatibilidad con estos convenios. Más aún, lo ilógico del sistema de Estados Unidos proporciona “flexibilidad administrativa” en un área de sensibilidad política. Cuando se combina con principios de diferencia judicial, puede frustrar totalmente el proceso de apelación. También está el argumento de que México necesita un sistema ilógico a fin de presionar a Estados Unidos para corregir los abusos de sus procedimientos de comercio desleal.

Finalmente, espero que México tome un camino diferente. Los consumidores soportan el principal impacto de los remedios comerciales injustos. Un sistema a base de principios protegerá los intereses de los fabricantes y consumidores mexicanos, mostrando al mismo tiempo a Estados Unidos y a otros países que un tal sistema basado en principios puede ser creado y operado.

Quizá, aun cuando Estados Unidos no sigue el curso de México, no surja ningún prejuicio. Hace algún tiempo el Departamento de Comercio emitió su más nueva decisión en los casos de los madereros canadienses. Según yo entiendo tal decisión, si México cree que los aranceles de compensación de Estados Unidos sobre un producto particular son injustificablemente altos, México puede alegar que esos aranceles constituyen un subsidio para los fabricantes de Estados Unidos, e imponer a su vez un arancel de compensación.