

APLICACIÓN DE DERECHOS ANTIDUMPING, DERECHOS COMPENSATORIOS CONTRA LA IMPORTACIÓN DE BIENES SUBSIDIADOS Y DE MEDIDAS DE SALVAGUARDIA. - APUNTES SOBRE LA IMPORTANCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN ESTAS MATERIAS.

Pierino Stucchi López Raygada *

Profesor de derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC. Analista jurídico de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI. Anteriormente, desarrolló labores jurídicas en la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios del mismo organismo.

INTRODUCCIÓN

El desarrollo y auge del comercio internacional es una realidad inherente al proceso de globalización. De modo creciente, los Estados del orbe asumen compromisos para liberalizar el comercio internacional, razón por la cual eliminan las barreras que dificultan tanto la exportación como la importación de bienes.

Como signo distintivo de la liberalización del comercio internacional, notamos que la mayoría de los Estados han rebajado el monto de los niveles arancelarios que aplican a la importación de bienes, como consecuencia de las rondas multilaterales de negociación del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (en adelante, GATT) que,

surgido en 1947, fue absorbido, modificado y ampliado por el GATT de 1994, e institucionalizado como foro comercial multilateral en 1995 por la constitución de la Organización Mundial del Comercio (en adelante OMC).¹

Aparejado al fenómeno de liberalización multilateral del comercio, se produce la liberalización regional, en la que algunos grupos de Estados eliminan la imposición de aranceles al comercio de bienes, entre sí, como consecuencia de la suscripción de acuerdos comerciales regionales.² Ejemplos al caso son los tratados que han establecido la Unión Europea, la NAFTA – *North American Free Trade Agreement* - conformada por Canadá, Estados Unidos de Norteamérica y México),

* El autor señala que toda opinión vertida en el presente artículo le es atribuible únicamente a título personal y que de ningún modo involucra parecer alguno de las instituciones en las que participa como profesional. El presente artículo se desarrolló con ocasión de la ponencia preparada por el autor para el Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo realizado en Lima, Perú.

1 El 30 de octubre de 1947, veintitrés (23) países celebraron el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). En éste se recogían las primeras concesiones arancelarias multilaterales – entre estos países, primeras partes contratantes - y un conjunto de normas sobre comercio internacional, cuyo objetivo era impedir que dichas concesiones fueran anuladas por cada Estado, a través de la adopción de medidas restrictivas del comercio. Este Acuerdo era provisional, en tanto entrarán en vigor disciplinas complementarias y se constituyera la Organización Internacional del Comercio (OIC), ente internacional que habría de ser el complemento de la institucionalidad de Bretton Woods, conformada por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) – antecedente del Grupo del Banco Mundial (BM).

La OIC nunca se constituyó dado que la Carta de al Habana de 1948, que la instituyó y además contenía también disciplinas sobre empleo, productos básicos, prácticas comerciales restrictivas, inversiones internacionales y

servicios, nunca entró en vigor por falta de ratificaciones luego de su suscripción – entre ellas, la principal, la falta de ratificación de Estados Unidos de Norteamérica. Sin embargo, el GATT se mantuvo como una institucionalidad informal hasta 1995 en que se constituyó como Organización Mundial del Comercio (OMC).

Ver: TAMANES, Ramón y Begoña G, HUERTA. Estructura económica internacional. 19na ed. Madrid: Alianza Editorial, 1999. p 157 - 160.

2 Según información de la Organización Mundial del Comercio (OMC), consultada el 25 de mayo de 2004 en el sitio web: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/region_s.htm: "La gran mayoría de Miembros de la OMC son parte en uno o más acuerdos comerciales regionales. El incremento en el número de acuerdos comerciales regionales ha continuado sin cesar desde principios de la década de los 90. Hasta diciembre de 2002 se habían notificado al GATT/OMC aproximadamente 250 acuerdos comerciales regionales, de los cuales 130 se notificaron después de 1995. Actualmente están en vigor más de 170 acuerdos comerciales regionales; además se calcula que otros 70 están funcionando aunque no han sido notificados aún. Para finales de 2005, si se concluyen los acuerdos comerciales regionales que, según se ha informado, están previstos o ya en proceso de negociación, el número total de acuerdos en vigor podría acercarse a los 300."



la Comunidad Andina, el MERCOSUR (conformado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) y ASEAN (conformado por Brunei Darussalam, Camboya, Indonesia, Laos, Malasia, Myanmar, Filipinas, Singapur, Tailandia y Vietnam) y la suscripción de tratados de libre comercio (TLC), tales como los suscritos entre Australia y Nueva Zelanda, entre Chile y Estados Unidos de Norteamérica y entre México y la Unión Europea, entre otros.³

1. BENEFICIOS QUE GENERA LA LIBERALIZACIÓN EN EL COMERCIO DE BIENES

En este punto, ignoraremos deliberadamente que la liberalización del comercio de bienes genera, como uno de sus principales beneficios, la apertura de mercados extranjeros a nuestras industrias nacionales, que ven incrementadas sus posibilidades de participar en mercados extranjeros mediante actos de exportación, para concentrarnos en los beneficios que genera la importación.

Tradicionalmente, no se han puesto de relieve los beneficios que la importación genera, ello como producto de una visión mercantilista que ha privilegiado como lo más importante de la actividad del comercio exterior a la exportación. En esta entrega, como preámbulo al análisis de la aplicación de medidas de defensa comercial, resumiremos los beneficios fundamentales de la liberalización comercial, desde el ángulo de la importación:

1.1. OBTENCIÓN DE BIENES QUE NO SE ENCUENTRAN DISPONIBLES

La apertura en el comercio internacional de bienes permite que los agentes económicos de un Estado, puedan satisfacer la demanda de bienes que sus industrias no producen. Al facilitar la importación de estos bienes se permite la satisfacción de necesidades que existen en un mercado nacional y que no serían cubiertas de otro modo.

Por ejemplo, en el caso de nuestro país, no se producen bienes tales como componentes y piezas electrónicas de ordenadores, maquinarias de mediana o alta tecnología, teléfonos celulares, automóviles, camionetas o camiones, los que son necesarios para facilitar la actividad empresarial e industrial; y, tampoco se producen bienes tales como tulipanes, caviar, o plumas fuente, que, entre otros,

3 Como sabe el lector informado, en la actualidad nuestro país se encuentra negociando la suscripción de un tratado de libre comercio (TLC) con Estados Unidos de Norteamérica, siendo uno de los puntos principales a determinar en estas negociaciones, la inclusión o no de disciplinas bilaterales en lo referido a la aplicación de medidas de defensa comercial.

tienen por finalidad principal satisfacer a los consumidores.

En este sentido, la apertura comercial en la importación de bienes genera competitividad para las empresas que pueden proveerse de bienes de capital, herramientas, maquinarias y/o insumos necesarios para su actividad empresarial y bienestar para los consumidores en general.

1.2. OBTENCIÓN DE BIENES A UN MENOR COSTO Y/O CON MAYOR CALIDAD

La importación permite que los agentes económicos de un Estado puedan satisfacer la demanda de bienes que las industrias nacionales sí producen, pero a elevado costo o no con la calidad requerida o no en cantidad suficiente.

El caso del acero parece ser un ejemplo interesante. A nivel mundial existe una sobreproducción de acero y el costo de producir acero es inversamente proporcional al nivel tecnológico que se aplica al proceso de su fundición y procesamiento. Es decir, mientras la maquinaria y los procesos de producción sean de mayor tecnología, el precio de venta del acero es menor. A nivel internacional existe una intensa competencia en la oferta del acero, en la cual salen vencedores aquellos que lo pueden colocar a menor precio.

En consecuencia, es muy posible que en todos los Estados se pueda producir acero o cualquier otro bien, sin embargo, puede ser más eficiente (es decir, más beneficioso para quienes lo demandan como bien final o como insumo) adquirir un bien de procedencia extranjera siempre que pueda obtenerse una mejor combinación entre precio y calidad.

1.3. DESTINO DE LA FUERZA PRODUCTIVA NACIONAL A EMPRESAS EFICIENTES

Como consecuencia de la apertura de las importaciones, la industria nacional se libera de la carga de producir bienes que no se encuentra en la capacidad real de producir y a su vez puede dejar de producir aquellos bienes en los que no brinda a los consumidores la mejor combinación entre calidad y precio. En consecuencia, tanto el capital como el trabajo nacional se pueden destinar a sus usos más eficientes, es decir a aquellas actividades en las que son más productivos que las industrias extranjeras.

No es lo ideal que la industria nacional compita en la producción de aquellos bienes que se pueden producir a mejor precio y calidad en el extranjero, pues destinará unidades de capital y trabajo que generan un resultado cuantitativa o cualitativamente menor que el que esa misma cantidad de unidades de capital y trabajo genera en un Estado extranjero, lo que, a su vez, hace que los bienes que produce no sean preferidos en el mercado a causa de su precio comparativamente elevado o a su insuficiente calidad según los requerimientos de quien los demanda.

Lo ideal es que la industria nacional se decida a producir aquellos bienes que serían preferidos frente a los bienes producidos por extranjeros, tanto por precio como por calidad o por una combinación adecuada de ambos factores. Lo anterior le permitirá, no solamente triunfar en cotejo de la demanda del mercado nacional, sino además, poder capturar la demanda de mercados extranjeros.⁴ De este modo, la apertura en la importación de bienes, promueve también la capacidad de, exportación.

Así, luego de que la industria nacional analice en qué nichos de mercado podría ofrecer bienes más competitivos que los que puede ofrecer la industria extranjera, elegirá de entre todas aquellas actividades en las que es más eficiente que la industria extranjera, aquellas alternativas de producción que le genere, como actividad empresarial, la mayor rentabilidad por cada unidad de inversión.⁵

2. TENSIONES ENTRE EL LIBRE COMERCIO DE BIENES Y EL PROTECCIONISMO

Inevitablemente, como consecuencia del libre comercio, los mercados nacionales privilegian la adquisición de bienes que tienen una mejor combinación de los factores variables precio y calidad, según las necesidades de los demandantes de productos. Así, la demanda, como fuerza del mercado, elige la mejor oferta en términos de eficiencia, por lo que de la concurrencia de bienes nacionales y extranjeros similares, será adquirido

aquel que le produzca, al menor costo posible, mayor satisfacción a quien lo adquiere.

Así, el libre comercio también puede generar daños a la industria nacional que produce bienes similares a los que se importan como consecuencia de la liberalización. Puede ocurrir, fácilmente, que algunas empresas nacionales se vean desplazadas por ofertas de bienes que, provenientes del extranjero, se ofrecen a menores precios o con mayor calidad. Como consecuencia de lo anterior, las empresas nacionales pueden dejar de ser viables, ver cerradas sus posibilidades de competir con éxito en el mercado, colapsar y, luego, quebrar.

Frente a la posibilidad antes descrita, más en el pasado que en el presente, los Estados han procurado proteger a sus industrias nacionales de la competencia extranjera. A esto se llama proteccionismo. Manifestaciones de proteccionismo han sido la prohibición de la importación de bienes similares a los bienes que se producen localmente y/o el establecimiento de aranceles exageradamente altos para la importación de bienes similares a los bienes que se producen localmente, ello con el objetivo de colocar barreras y desincentivar las importaciones que signifiquen competencia para la industria nacional.⁶

Nacida como tesis, en la década de los sesenta, en el Perú y la región se aplicó la doctrina de la sustitución de importaciones, según la cual era imprescindible proteger a la industria nacional de la competencia extranjera por un tiempo necesario, tal que les permita crecer y fortalecerse por un determinado tiempo antes de someterse al rigor de una intensa competencia internacional que las hiciera fracasar. El objetivo último por evitar la caída de las industrias, era mantener los puestos de trabajo que estas generaban y generar desarrollo productivo.

Posteriormente, luego de la caída del muro de Berlín y como consecuencia de las reformas estructurales promovidas por los organismos financieros y monetarios multilaterales - léase Fondo Monetario Internacional y Banco Mundial - cambiaron los paradigmas y se privilegió, entre otras

4 Este idea nuestra se encuentra inspirado en la clásica teoría de las ventajas absolutas, enunciada por Adam Smith y "por medio de las cuales demuestra la conveniencia para dos países de intercambiar productos cuando cada uno de ellos tenga una ventaja absoluta en la producción de una mercancía que puede dar a cambio de otra que produce con desventaja notoria respecto de otro país." Ver: TORRES GAYTÁN, Ricardo. Teoría del Comercio Internacional. 2da ed. México D.F.: Siglo Veintiuno, 1973. p 81.

5 Este planteamiento nuestro se encuentra inspirado en la teoría de las ventajas comparativas planteada por David Ricardo. Sobre esta teoría, Paul Krugman señala: "Un país tiene una ventaja comparativa en la producción de un bien si el coste de oportunidad de en la producción de este bien en términos de otros bienes es inferior en este país de lo

que lo es en otros países." Ver: KRUGMAN, Paul y Maurice Obstfeld. Economía Internacional – Teoría y Política. 5ta ed. Madrid: Pearson Educación, 2001. p 14 - 15.

6 Señalaba Raúl Prebisch en 1959: "Nadie ha insistido más tenazmente que nosotros en la necesidad de una política sistemática de sustitución de importaciones en la medida en que la demanda de ellas tiende a crecer en general mucho más rápidamente que las posibilidades de exportación. Habrá que seguir esta política de industrialización con más amplitud. Con mucho más ímpetu que en el pasado." Ver: PREBISCH, Raúl. El Mercado Común Latinoamericano. En: Integración y Comercio. Número especial. Buenos Aires: Instituto de Integración para América Latina y el Caribe – INTAL, 2000. p 26.



prácticas liberales, la apertura y liberalización en el comercio de bienes.⁷

Como consecuencia de las reformas liberales operadas en la década de los noventa en nuestro país y Latinoamérica, se comprobó, de modo desafortunado, que aquellas industrias, protegidas en el pasado, nunca lograron el fortalecimiento que para éstas se perseguía con el proteccionismo. Ocurrió, por el contrario que, a manera de incentivo perverso, la protección de la cual gozaron evitó que las industrias nacionales necesiten ser cada vez más competitivas, dado que tenían al mercado nacional cautivo y a la merced de sus precios y calidad, debido a las barreras a la importación que existieron. Las industrias nacionales en mercados protegidos no tenían competencia, ni motivos para producir cada vez a menor precio o mayor calidad.

En la actualidad, el proteccionismo se encuentra sumamente atenuado, sin embargo, aún encontramos en el sistema multilateral del comercio manifestaciones del proteccionismo en la existencia misma de aranceles que, aunque han sido rebajados por las sucesivas rondas de negociación del GATT, aún dificultan en alguna medida el ingreso de bienes al territorio de los Estados que los imponen, dado que generan costos adicionales a la importación. En este sentido podemos señalar que la liberalización en el comercio de bienes no es plena, sino que se acentúa progresivamente.

Por otra parte, donde sí el libre comercio ha logrado manifestarse plenamente es entre algunos Estados que, como consecuencia de la suscripción de acuerdos comerciales regionales, han establecido que casi la totalidad de sus bienes originarios puedan ingresar al territorio de otro Estado miembro, sin pago alguno de aranceles y sin sufrir restricciones de naturaleza alguna, con lo que se constituyen, en la práctica, zonas de libre comercio, uniones aduaneras y mercados comunes que tienen como objetivo desbaratar totalmente el proteccionismo entre los Estados que participan de la liberalización regional.

Sin embargo, actualmente, existen manifestaciones de proteccionismo, distintas a la imposición de aranceles, que se manifiestan tanto en el sistema multilateral del comercio como en algunos sistemas regionales de comercio, y que son las que nos ocupan en la presente entrega. Son las posibilidades que tienen los Estados de establecer medidas de defensa comercial que les permiten proteger, excepcionalmente, a su industria nacional

7 En palabras de Roberto Bouzas y Saúl Keifman: "El objetivo de la reforma en la política comercial en América Latina durante los pasados 15 años ha sido abandonar la orientación interna. Los dos ingredientes principales del éxito de las políticas de orientación externa son un tipo de cambio competitivo y la eliminación del sesgo antiexportador

del impacto de cierto tipo y volumen de importaciones de bienes. Son la imposición de derechos antidumping, derechos compensatorios y medidas de salvaguardia.

3. LA LIBERALIZACIÓN DEL COMERCIO, EL PROTECCIONISMO Y SU IMPLEMENTACIÓN.

Tanto la liberalización comercial como la posibilidad de aplicar medidas de defensa comercial se generan como consecuencia de la manifestación de la voluntad de cada Estado, mediante la suscripción de tratados con otros Estados, con el fin de concederse mutuos beneficios de apertura y precisar las posibilidades excepcionales de proteger a sus industrias nacionales.

Por ello, para analizar como se instrumenta la liberalización y las posibilidades de protección, en cada caso habremos de analizar si el Estado tiene un sistema jurídico predominantemente monista, lo que le permitirá la incorporación automática de las normas del tratado a su ordenamiento jurídico, una vez que éste entra en vigor; o si tiene un sistema jurídico predominantemente dualista, por lo que requerirá de un instrumento jurídico nacional para incorporar las normas del tratado a su ordenamiento jurídico.

Además, en cualquier caso, la implementación, por parte de un Estado, de la liberalización comercial y de las medidas de protección comercial requerirán de un menor o mayor correlato en la emisión de normas internas y de la imprescindible aplicación, por parte de órganos competentes del Estado, generalmente pertenecientes a la Administración Pública, de las normas del tratado y las normas nacionales que lo complementan, a través de las disciplinas y principios que correspondan a Derecho Administrativo de cada Estado.

4. LA APLICACIÓN NACIONAL DE MEDIDAS DE DEFENSA COMERCIAL

Las medidas de defensa comercial, como manifestaciones proteccionistas, son barreras lícitas a la importación estipuladas en los tratados de liberalización del comercio que los Estados celebran. Son una excepción a la liberalización del comercio que tienen como objetivo revertir circunstancias que los Estados han considerado como indeseables para su industria nacional.

característico de la sustitución de importaciones" Ver: BOUZAS, Roberto y Saúl, KIEFMAN. Haciendo que la liberalización comercial funcione. En: Después del Consenso de Washington. Relanzando el crecimiento y las reformas en América Latina. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2003. p 196.

Generalmente, las medidas de defensa comercial son aplicadas por los órganos competentes de los Estados, ejerciendo las posibilidades que los Acuerdos de la OMC establecen como parte de las disciplinas del sistema multilateral del comercio, o ejerciendo las posibilidades que los tratados de libre comercio u otros tipos de acuerdos establecen como parte de las disciplinas de los sistemas regionales de comercio.

A continuación, analizaremos la aplicación nacional de medidas de defensa comercial, según lo establecido en los Acuerdos de la OMC, pues son las disciplinas generales que aplica nuestro país al comercio de bienes con la mayoría de Estados del mundo – salvo con sus socios de la Comunidad Andina - y porque son las disciplinas que inspiran a la mayoría de disciplinas comerciales regionales sobre medidas de defensa comercial.

4.1. DERECHOS ANTIDUMPING

El GATT y el Acuerdo Antidumping⁸ de la OMC contienen disposiciones que permiten a los Estados que participan de la liberalización del comercio proteger a sus productores nacionales de bienes en el caso que su mercado nacional reciba importaciones de bienes similares a los que producen los productores nacionales y esta importación se realice a precio dumping, es decir a un precio menor que el precio que corresponde al mismo bien en su mercado de origen.⁹

Esta situación se produce generalmente cuando el productor extranjero tiene una posición dominante que le permite vender un bien para exportación a un menor precio del que le aplica en su mercado de origen. En la mayoría de casos, el productor o el empresario comercializador extranjero puede diferenciar el precio para su mercado interior y para el exterior en tanto cuente con economías de escala y existan en su mercado barreras que impidan el ingreso de bienes que compitan con los que produce.

Así, es posible que el productor o el empresario comercializador extranjero venda, el mismo bien, a mayor precio en su mercado y a menor precio para

exportación, con lo que en la práctica discrimina precios según el bien tenga destino interno o destino exportador.

Ante esta circunstancia, la protección del Estado importador a sus productores nacionales de bienes se materializa mediante la imposición de un derecho a la importación del bien similar a precio dumping. Este derecho se denomina derecho antidumping, es distinto al arancel que corresponde normalmente a la importación de bienes, y puede ser de forma específica o de forma *ad-valorem*.¹⁰

El derecho antidumping tiene como objetivo acercar el precio de importación del bien similar al que tendría si éste fuera importado al mismo precio que tiene para la venta en su mercado de origen.¹¹ En esta lógica, es posible, incluso, circunscribir la imposición del derecho antidumping al bien similar importado que corresponda a determinado productor o el empresario comercializador extranjero (si es que éste es identificable).

Este derecho es impuesto por la autoridad nacional del Estado importador siempre y cuando exista algún productor nacional que reciba un daño concurrencial importante a causa de la importación de un bien a precio dumping. La imposición de estos derechos tendrá una duración máxima de cinco años desde la fecha de su imposición o última revisión.¹²

4.2. DERECHOS COMPENSATORIOS

En este caso también, tanto el GATT y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC, contienen disposiciones que permiten a los Estados que participan de la liberalización del comercio proteger a sus productores nacionales de bienes en el caso que su mercado nacional reciba importaciones de un bien similar que sea subsidiado (subvencionado) en su mercado de origen.

Un bien es considerado subvencionado cuando se produce un incentivo que: i) se manifiesta como una contribución económica del gobierno hacia un agente que interviene en la cadena de producción o comercialización de aquel bien; y, ii) otorga un beneficio al agente que la recibe.

8 Su denominación oficial es: Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

9 Así, diremos que existe práctica de dumping cuando un empresario asentado en el Estado A diferencia precios de tal modo que coloca un bien a un precio determinado (digamos 3\$) cuando lo destina a una transacción comercial en su mercado interno y a un precio menor (digamos de 2.5\$) cuando el bien es destinado a la exportación.

10 El órgano competente para imponerlo en nuestro país es la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios del

INDECOPI, cuyo pronunciamiento puede ser revisado por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del mismo organismo. Adicionalmente, como derecho que corresponde a todo administrado, el pronunciamiento de esta sala administrativa puede ser controvertido en la vía contencioso administrativa.

11 Por esta razón el derecho antidumping nunca puede superar el diferencial que es hallado entre el precio local y el precio de exportación del bien que se importa.

12 Ver: artículo 11 del Acuerdo Antidumping.



Así, las subvenciones pueden producirse por ejemplo cuando, en favor de ciertas empresas que intervienen en la cadena de producción o comercialización de determinado bien, el gobierno del Estado exportador: a) realiza una transferencia de fondos o deja abierta la posibilidad realizarlos en cualquier momento; b) condona o no recauda ingresos públicos; c) proporciona bienes o servicios que no corresponden a la infraestructura general país - o compra bienes; d) realiza pagos a un mecanismo de financiación; y/o, e) encomienda a un privado una o varias de las funciones anteriores; entre otras.

Estas contribuciones para calificar como subvención no deben ser generales (no deben ser otorgadas a todas las empresas), sino deben ser específicas, es decir, deben ser otorgadas a determinado grupo de empresas o ramas de producción del Estado que las otorga, y a su vez deben significar un beneficio para el agente que interviene en la cadena de producción o comercialización del bien, por lo que el agente que la recibe no debe encontrarse obligado a retribuir el beneficio mediante contraprestación alguna. De lo contrario, el agente estaría asumiendo el costo del beneficio que recibe y no estaríamos frente a un subsidio o subvención, sino frente a una transacción cualquiera.

Del mismo modo, como ocurre frente al dumping, la protección de la autoridad del Estado importador a sus productores nacionales de bienes se materializa mediante la imposición de un derecho a la importación de un bien similar que sea subvencionado por otro Estado. Este derecho, denominado derecho compensatorio, es distinto del arancel que corresponde normalmente a la importación y puede ser de forma específica o de forma *ad-valorem*.¹³

El derecho compensatorio tiene como objetivo ajustar la ventaja artificial que tiene el bien similar subvencionado y equiparar su precio de importación al que tendría si no fuera subvencionado por el Estado exportador en su mercado de origen.¹⁴

La autoridad del Estado importador impone este derecho siempre y cuando exista algún productor nacional que reciba un daño

concurrential grave a causa de la importación de un producto subvencionado. La imposición de estos derechos tendrá una duración máxima de cinco años desde la fecha de su imposición o última revisión.¹⁵

4.3. MEDIDAS DE SALVAGUARDIA

En el caso de las medidas de salvaguardia (denominadas también cláusulas de escape), tanto el GATT como el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC, contienen disposiciones que permiten a los Estados que participan de la liberalización del comercio proteger a sus productores nacionales de bienes en un caso tal que el aumento de importaciones de productos similares sea de una magnitud que cause o amenace causar un daño grave a los productores nacionales.¹⁶

En este caso, los perjuicios para los productores nacionales no se generan en una conducta de los empresarios exportadores que diferencian precios como en el caso del dumping o en una conducta del Estado exportador que otorga subvenciones, sino únicamente por el significativo aumento de importaciones de productos que cause o amenace causar un daño grave a los productores nacionales. Por ello, en el caso de las medidas de salvaguardia, éstas se aplican a todas las importaciones en general, sin importar el Estado o la identidad de los productores o exportadores, puesto que no es requisito acreditar conducta alguna de parte de estos.¹⁷

El Estado importador puede aplicar las medidas de salvaguardia mediante: i) la elevación de aranceles por encima de la rebaja acordada en el GATT, o imponiendo el cobro de aranceles cuando existe el compromiso de no cobrarlos en virtud de un acuerdo comercial regional; o, ii) la imposición de restricciones cuantitativas (límites máximos o contingentes) a las importaciones del bien similar. Cuando se elige esta última modalidad, se pueden otorgar cuotas del contingente a diferentes Estados, para lo que se deberán tener en cuenta las proporciones en el volumen del comercio de los principales Estados exportadores proveedores del bien similar al Estado que impone la medida; así como las expectativas de otros Estados que pudieran participar como nuevos proveedores.¹⁸

13 El órgano competente para imponerlo en nuestro país es la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios del INDECOPI, cuyo pronunciamiento puede ser revisado por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del mismo organismo. Adicionalmente, como derecho que corresponde a todo administrado, el pronunciamiento de esta sala administrativa puede ser controvertido en la vía contencioso administrativa.

14 Por esta razón el derecho compensatorio nunca puede superar el monto que corresponde al subsidio o subvención efectivamente otorgado por el Estado exportador.

15 Ver: artículo 21 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

16 Ver: artículo 2 del Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC.

17 En este punto, cabe señalar que los acuerdos de la OMC, excepcionalmente, permiten que las medidas de salvaguardia en materia textil puedan ser especialmente dirigidas contra un Estado o grupo de Estados y no contra todos. Además, para la generalidad de bienes, si el aumento de las importaciones provenientes desde uno o unos pocos Estados es desproporcionado con respecto a los demás, es posible que sólo a estos se les aplique medidas de salvaguardia, previa consulta y aprobación del Comité de Salvaguardias de la OMC.

18 En nuestro país la autoridad competente para decidir la aplicación de una medida de salvaguardia es una Comisión Multisectorial conformada por el Ministro de Comercio Exterior y Turismo, el Ministro de Economía y Finanzas, y el Ministro

La medida de salvaguardia tiene como objetivo proteger a los productores nacionales de bienes por un tiempo determinado, que en el caso de los países en vías de desarrollo no puede superar los diez (10) años, ello con el fin de que los productores nacionales puedan tomar las medidas necesarias para sobreponerse al rigor de la intensa competencia que les espera una vez que cese la vigencia de las medidas y se restablezca la normal importación de bienes similares.

5. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y SU FUNCIÓN EN LA APLICACIÓN NACIONAL DE MEDIDAS DE DEFENSA COMERCIAL

En los puntos siguientes ponemos de relieve algunos aspectos destacados en los que el Derecho Administrativo se convierte en el instrumento clave que permite que un Estado aplique medidas de defensa comercial, luego de la correspondiente actuación de sus órganos competentes.

5.1. DETERMINACIÓN DEL ÓRGANO COMPETENTE

Por la naturaleza de las negociaciones internacionales y por la diversidad de diseños funcionales que posee cada Estado que participa del comercio internacional, frecuentemente en los tratados no se designa a los órganos que en cada Estado se habrán de encargarse de aplicar las medidas de defensa comercial. Se establece una fórmula general de remisión que los denomina, en la mayoría de los tratados, como: "la autoridad competente".

En la determinación de la autoridad competente entramos al campo del Derecho Administrativo, desde el cual deberemos identificar al órgano, su composición y las formalidades para la formación de su voluntad con respecto a las medidas de defensa sobre las cuales se debe pronunciar. Por ello, complementando lo estipulado en el tratado respectivo, se requerirá de la existencia

del sector afectado, que decidirá previo informe técnico de la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios del INDECOP, que en este proceso tiene la calidad de autoridad investigadora. La decisión de aplicar la medida requiere ser formalizada mediante Decreto Supremo del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, refrendado por los Ministros que conforman la Comisión Multisectorial. En consecuencia, esta decisión no podrá ser en ningún caso controvertida en la vía contencioso administrativa por cuanto este proceso es de naturaleza normativa.

19 Nuestra posición sobre proceso recoge el concepto que nota acertadamente el profesor Eloy Espinoza-Saldaña sobre la categoría "process" de la tradición Anglosajona que: "está

de una norma nacional que señale inequívocamente qué órgano del Estado (frecuentemente, de la Administración Pública) será el competente para ejercer las funciones de poder público que implican imponer barreras a la importación.

5.2. EL PROCEDIMIENTO Y EL PROCESO DE FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL ESTADO

En este punto, nos es imperioso plantear un sencillo marco conceptual referido a la diferencia entre proceso y procedimiento en la esfera del Derecho Público. Entendemos que proceso es el conjunto de actos que en el cauce público realizan las autoridades del Estado (y, en algunos casos también los sujetos derecho), destinados a formar la voluntad del Estado y/o ejecutarla en cumplimiento de los objetivos que la Constitución y la ley asigna

al Estado y de acuerdo con las facultades que se le ha conferido a sus órganos para tal fin¹⁹. Por ello, notamos que existen en el ejercicio del poder público procesos normativos, administrativos y jurisdiccionales.

Como concepto complementario,

definimos procedimiento como el conjunto de normas que regulan la realización de un proceso en el que se ejercita poder público, encausando el ejercicio de las funciones del poder público de acuerdo a derecho.

Específicamente, con respecto a la actuación de la Administración Pública en los procesos que ejercitan el poder público, nuestra posición es conciente de que la Ley del Procedimiento Administrativo General de nuestro país establece como definición legal: "*Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados*"²⁰. Nos parece claro

más bien vinculada a los canales de actuación a través de los cuales realiza su labor quien posee autoridad", "la acepción de "process" en el escenario norteamericano nunca se limitó a lo que hoy tendemos a considerar aquí como "proceso", máxime luego del encuadramiento en el ámbito jurisdiccional que a dicho concepto le han venido dando importantes procesalistas europeos" Ver: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso. Lima: Ara, 2003. p 436.

20 Ver: el artículo 29 de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley 27444.



que la Ley define como procedimiento administrativo aquello que es un proceso sustanciado ante la Administración Pública.

Entonces, en cuanto importa a nuestra entrega, la decisión del órgano competente sobre la imposición de derechos antidumping, derechos compensatorios y medidas de salvaguardia, tanto en nuestro país como en la mayoría de los Estados miembros de la OMC se producirá, como consecuencia del desarrollo de un proceso que será tramitado bajo las normas que delimitan el procedimiento aplicable para estos casos. La fuente de estos procedimientos se encontrará en el GATT, en los acuerdos específicos de la OMC sobre cada materia (Acuerdo Antidumping, Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y Acuerdo sobre Salvaguardias), en los acuerdos comerciales regionales – si es el caso –, en las leyes nacionales, en los instrumentos normativos de inferior jerarquía nacionales, en los principios del Derecho Internacional Económico y en los principios del Derecho Administrativo.²¹

En esta línea, cabe destacar que los Acuerdos de la OMC contienen, no solamente normas sustantivas, sino también importantes y detalladas normas de procedimiento, de carácter adjetivo e instrumental que se refieren al desarrollo mismo del proceso ante las autoridades de los Estados que habrán de decidir la aplicación de medidas de defensa comercial. Sin embargo, estas normas devendrían en inaplicables sin el indispensable correlato y empalme de las normas nacionales que anclan su contenido al ejercicio del poder público de cada Estado.²²

5.3. PARTICIPANTES EN LOS PROCESOS

Los acuerdos de la OMC se refieren a “partes interesadas” cuando se refieren a los sujetos legitimados para participar de los procesos dirigidos a decidir la aplicación de medidas de defensa comercial. De modo enunciativo otorgan legitimidad, como partes que pueden participar en estos procesos, a los solicitantes (cuando el proceso se inicia a pedido de productores nacionales de bienes), las empresas no solicitantes que conforman la rama de producción nacional, las empresas extranjeras exportadoras del bien similar, las

21 Cabe señalar que en el caso del Perú, los Acuerdos de la OMC y los acuerdos comerciales regionales, conforme nuestra Constitución prescribe para los tratados, poseen rango de ley en su calidad de tratado en vigor suscrito por el Perú. En este sentido el órgano nacional competente para conocer estos procesos debe aplicar estos tratados como ley nacional, remitiéndose a los reglamentos que los desarrollan.

empresas importadoras y el gobierno del Estado exportador.

Asimismo, nada obstaría para que, entre otros, participen en el proceso los trabajadores de la industria nacional y los consumidores del Estado importador, o representantes de alguno de estos grupos, por cuanto se encuentran, ambos, directamente interesados en el contenido de la decisión final. Los primeros naturalmente pugnarían por la imposición de una medida que proteja su fuente de trabajo y los segundos por la no imposición de una medida que encarezca los productos que consumen.

Si bien estos procesos podrían ser calificados como trilaterales como producto de un análisis superficial, es mejor no encasillarlos en tal categoría pues son procesos de dinámica plurilateral en los que algunas partes comparten algunas posiciones, pero no necesariamente los mismos intereses ni las mismas pretensiones. Por lo anterior, es aconsejable evaluar detenidamente qué normas del procedimiento administrativo trilateral la Ley del Procedimiento Administrativo General de nuestro país, le serían aplicables y qué normas no.

5.4. GARANTÍAS Y PRINCIPIOS APLICABLES AL PROCESO

Entendiendo que incluso el gobierno del Estado exportador, así como sus empresas exportadoras, pueden participar de un proceso destinado a decidir la imposición de medidas de defensa comercial, los Estados pactan no solamente temas sustantivos, sino también adjetivos, poniendo de relieve que se habrán de exigir mutua y obligatoriamente seguridad jurídica, garantías y una previsibilidad jurídica mínima en los procesos destinados a decidir la imposición de una medida de defensa comercial.

El énfasis es evitar, como en el Derecho Administrativo se sabe desde hace mucho, la arbitrariedad y la decisión antojadiza, que en estos casos permitiría el rebase de la protección comercial lícita a las empresas productoras nacionales y, en vez, se oculte un proteccionismo ilícito no ajustado a las normas y los principios vigentes en el Derecho Internacional Económico.

22 En el caso peruano, cabe destacar que el Decreto Supremo N° 006-2003-PCM – Reglamento sobre medidas antidumping y compensatorias – señala textualmente en sus disposiciones complementarias: “Segunda.- *Aplicación Supletoria.- A efectos del presente Decreto Supremo, regirán supletoriamente las disposiciones contenidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General.*”

El cumplimiento riguroso del procedimiento, en el desarrollo de estos procesos, tutela las relaciones internacionales entre los Estados y privilegia la vigencia de los principios de legalidad, debido proceso y verdad material,²³ entre otros.

Debemos notar que estos procedimientos de índole internacional, hijos de la globalización, se encuentran destinados a proteger no solamente al productor nacional, sino también al exportador del Estado extranjero, a la empresa importadora y al consumidor del Estado importador, puesto que la imposición antojadiza de una medida de defensa comercial deviene en un encarecimiento de los bienes que se encuentran como insumos o para consumo en el mercado del Estado importador. Así, el Derecho Administrativo se convierte en garante de la eficiencia económica.

5.5. LAS MEDIDAS DE DEFENSA COMERCIAL NO SON SANCIONES

En modo alguno estas medidas pueden ser consideradas una sanción por cuanto no responden a la verificación de una conducta reprochable por el ordenamiento jurídico. Es necesario enfatizar que las importaciones a precios bajos, sea por precios dumping o por subvenciones, y los aumentos de la importación de un determinado bien no son *per se* indeseables por cuanto satisfacen la demanda de los agentes del mercado. Incluso, los precios bajos benefician a los consumidores y/o a las empresas importadoras que utilizan el bien objeto de importación como insumo.

Ocurre que, *a priori*, las medidas de defensa comercial están dirigidas a privilegiar los intereses de las empresas productoras de bienes, en un Estado que recibe importaciones, por sobre otros intereses tales como los del importador o los del consumidor.

23 En el caso de los derechos antidumping y los derechos compensatorios, estos procesos pueden ser descritos como una gran audiencia de pruebas. Para decidir su inicio, para decidir si se impone una medida cautelar y como requisito para que el proceso pueda continuar, la autoridad deberá contar con pruebas suficientes sobre el precio dumping o la subvención – según el caso de que se trate – y del daño que estos estarían o podrían generar, de modo tal que le produzcan convicción de que es posible que al concluir el proceso sea necesaria la imposición de alguna medida. En estos casos, si en algún momento la autoridad administrativa estimara que no existen pruebas suficientes para continuar la investigación que conduce a lo largo del proceso, lo dará por concluido de inmediato.

24 A pesar de lo expresado, podemos hallar una contradicción entre la naturaleza económica de los derechos antidumping y los derechos compensatorios y su definición legal, en el ordenamiento nacional. Parece que el legislador confundió las categorías. Así, apreciamos que el Decreto Supremo N° 006-2003-PCM – Reglamento sobre medidas antidumping y compensatorias – señala textualmente: **“Artículo 46º.- Naturaleza jurídica de los derechos definitivos.- Los derechos antidumping así como los derechos compensatorios, son medidas destinadas a corregir las distorsiones generadas en el mercado por**

Por ello, solamente son procedentes en cuanto existan productores nacionales que reciban o puedan recibir daño. En este sentido, las medidas de defensa comercial son únicamente instrumentos correctivos de la economía y tienen como objetivo, a través del Derecho Administrativo, la protección de la industria nacional.²⁴

En consecuencia, no es posible bajo ninguna consideración que se le apliquen a estos procesos las normas del procedimiento administrativo sancionador de la Ley del Procedimiento Administrativo General de nuestro país.

6. LA APLICACIÓN COMUNITARIA DE LAS MEDIDAS DE DEFENSA COMERCIAL

Conforme se ha desarrollado en los puntos precedentes, generalmente, las medidas de defensa comercial son aplicadas por los órganos competentes de los Estados. Sin embargo, en este punto, apreciaremos como, excepcionalmente, son competentes, para aplicar las medidas de defensa comercial, los órganos que son parte de organismos supranacionales de carácter comunitario.

El Perú es miembro de la Comunidad Andina²⁵ y como tal ha delegado en aquella organización internacional una parte del ejercicio del poder público soberano que le corresponde en ciertas materias referidas al comercio internacional, a las políticas de competencia y a las medidas de defensa comercial, entre otras.

Así, simplificando los supuestos que desarrollaremos más adelante, cuando las prácticas del comercio que pueden dar lugar a la imposición de medidas de defensa comercial se producen entre dos o más Estados miembros de la Comunidad Andina²⁶, o cuando la práctica comercial se origina en un Estado que no es miembro y ésta afecta o

las prácticas de dumping y subvenciones. En aplicación de lo dispuesto por el párrafo 1º del artículo 18º del Acuerdo Antidumping y el párrafo 1º del artículo 32º del Acuerdo sobre Subvenciones, no podrá aplicarse a estas prácticas ninguna otra medida que no sean los derechos antidumping o compensatorios, según sea el caso.

Los derechos antidumping así como los derechos compensatorios, provisionales o definitivos tienen la condición de multa y no constituyen en forma alguna tributo (...).”

25 La Comunidad Andina se encuentra conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Actualmente es una zona de libre comercio y se encuentra definiendo su consolidación como tal o su transformación en una unión aduanera como un nivel superior de integración económica. Para mayor abundamiento, recomendamos consultar las entregas nuestras: STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino. Libre Comercio de Bienes en la Comunidad Andina - Eliminación de Gravámenes y Restricciones. En: Revista Derecho & Sociedad N° 20. Lima, 2003; y, STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino. Comunidad Andina hacia un mercado común. Institucionalidad y ordenamiento jurídico. En: Foro Jurídico Año 1 N° 1. Lima, 2002.

26 El Acuerdo de Cartagena, los demás tratados que dan vida a la integración andina y el derecho derivado de los órganos



puede afectar a más de un Estado miembro; no es competente para conocer y decidir sobre el caso la autoridad de cada Estado, sino la Secretaría General de la Comunidad Andina, que es el órgano comunitario ejecutivo en el proceso de integración andino.

En consecuencia, cabe apuntar que la aplicación nacional de medidas de defensa comercial es la regla en nuestro país, siendo lo excepcional y particular que la aplicación de las medidas de defensa comercial sea realizada por la Comunidad Andina.

Pese a lo que muchos tratadistas en Derecho Internacional Económico y Derecho de la Integración ignoran, los procesos en sede comunitaria también son conocidos y substanciados materializando el poder público Estatal. En el Derecho Comunitario sucede que el poder público que ejerce el organismo comunitario, no le es propio, sino que ha sido recibido en delegación por los Estados miembros quienes comparten a fin de lograr de modo más eficiente objetivos comunes de integración económica, como parte de la ejecución de un acuerdo comercial regional. Por ello, como ocurre en sedes nacionales, también los procesos en sede comunitaria deben ajustarse a un procedimiento que respete los principios y garantías que establece el Derecho Administrativo.

Consideramos que el Derecho Administrativo que se aplica en sede comunitaria, debe considerar e incorporar, además de los que de suyo le corresponden, los principios comunitarios, al momento de substanciar los procedimientos. Es nuestra opinión que, con certeza, estamos frente a una sub-rama de Derecho Administrativo que podemos denominar Derecho Administrativo Comunitario, la que merece ser reflexionada y estudiada a profundidad, y sobre la que desafortunadamente, en esta ocasión por razones de espacio, no podremos abundar en la profundidad requerida.

comunitarios utilizan para mencionar a los Estados miembros la denominación: "País Miembro". Conscientes de ello, preferimos no utilizar esta denominación por considerarla poco rigurosa en términos de derecho internacional y para mantener los términos utilizados a lo largo de nuestra exposición de ideas.

27 En esta línea explica Abdías Sotomayor Vértiz: "En algunos procesos de integración como la Unión Europea y el proceso Trans-Tasman (que agrupa a Nueva Zelanda y Australia) se han aprobado ordenamientos jurídicos que han permitido una sustitución de las normativas antidumping por las antitrust. (...) en la mayoría de los procesos de integración americanos no se ha optado por una sustitución de ambos tipos de normativas, estos son los casos de la Comunidad Andina (CAN), el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (más conocido como NAFTA por sus siglas en inglés)." a Ver: SOTOMAYOR VÉRTIZ, Abdías. Normas Antidumping y Antitrust en los Procesos de Integración. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. p 15 - 16.

6.1. DERECHOS ANTIDUMPING

La existencia de disciplinas sobre la aplicación de medidas contra el dumping en los acuerdos comerciales regionales, como es el caso de la Comunidad Andina, dependerá de la profundidad de los compromisos y de los objetivos de integración económica que se quiera establecer para cada sistema.

Por ejemplo en la Unión Europea, que mantiene un exitoso esquema comunitario que inspiró a la Comunidad Andina, un Estado miembro de este esquema de integración no se encuentra habilitado para colocar un derecho antidumping a la importación de un bien que proceda de otro Estado miembro. Ello porque su objetivo de integración es el establecimiento y mantenimiento de un mercado común europeo que se comporte como se comportaría un mercado nacional único, en el que esta medida de defensa comercial, en su interior, carecería de todo sustento.²⁷

En el caso que nos ocupa, la Comunidad Andina, que aún se encuentra por precisar su objetivo de integración definitivo, el que en algunos momentos parece dirigirse a un franco e irremediable retroceso, mantiene la posibilidad de establecer medidas contra el dumping entre los territorios de los Estados miembros de este esquema de integración, dado que se encuentra materialmente en una incipiente etapa de mantenimiento y establecimiento pleno de una zona de libre comercio, quedando pendiente definir si se concretará su conversión en una unión aduanera.²⁸

La teoría económica señala que mientras más profundo es el objetivo de un proceso de integración establecido por un acuerdo comercial regional, tal como el establecimiento de un mercado común o un mercado único, tiende a eliminarse la posibilidad de establecer medidas de defensa comercial. Sin embargo, cabe señalar que en la práctica, conforme señala doctrina autorizada: "El modelo adoptado

28 Una zona de libre comercio se establece entre un conjunto de Estados cuando cada uno se compromete y, en la práctica, no impone el cobro de aranceles, o tributos similares a la importación, a los bienes originarios de los demás. Es posible que en algunos casos se excluyan algunos bienes por cada Estado. De otro lado, una unión aduanera se establece cuando un conjunto de Estados que, habiendo conformado una zona de libre comercio, une sus territorios en el aspecto aduanero y aplica un mismo nivel arancelario a los bienes que se importan desde el exterior de la unión a cada Estado que la conforma. De este modo, generan una frontera comercial única que se proyecta hacia el exterior, por ello, generalmente, requieren constituir una política comercial exterior y un régimen común de medidas de defensa comercial que pueden consistir en el establecimiento de negociaciones internacionales conjuntas y regulaciones sobre dumping, subvenciones y salvaguardias, respectivamente.

por el Tratado de Libre Comercio de Chile y Canadá representa una prueba de que no se necesita llegar a constituir un mercado común para decidir eliminar la figura del dumping para el comercio entre Países Miembros de un proceso de integración. Este modelo a pesar de ser solo (sic) una zona de libre comercio ha previsto la eliminación de estas normas de protección a las industrias nacionales.”²⁹

La regulación jurídica de la Comunidad Andina establece que las prácticas de dumping pueden provenir de la importación de productos originarios de fuera de la subregión o por el comercio al interior de la subregión. En el primer caso es aplicable la Decisión 283 y en el segundo la Decisión 456.

La Decisión 283 tiene por objeto prevenir o corregir distorsiones en la concurrencia, que son el resultado del dumping,³⁰ cuando las prácticas originadas en un Estado fuera de la subregión amenacen causar o causen perjuicio importante a la producción nacional destinada a la exportación a otro Estado miembro; o cuando las prácticas originadas en un Estado de fuera de la subregión amenacen causar o causen perjuicio importante a su producción nacional; se trate de los productos a los que se aplique el Arancel Externo Común; y, las medidas correctivas deban aplicarse en más de un Estado miembro³¹.

En la aplicación de la Decisión 283 se debe tener especial cuidado pues como notará el lector iniciado, ésta se aplicará para situaciones en las que los Estados andinos se relacionan comercialmente con Estados ajenos a su proceso de integración. En consecuencia, sabiendo que la mayoría de Estados del orbe pertenecen a la OMC, se deberá cumplir para con estos con las garantías y procedimientos que establecen los acuerdos de la OMC sobre las prácticas de dumping.

Urge pues, una actualización, modificación o sustitución de la Decisión 283 pues fue emitida en el año 1991, siendo anterior en el tiempo que el GATT de 1994, el Acuerdo Antidumping, por lo que no tiene incorporadas plenamente las

disciplinas que estos contienen. Mientras se actualizan las normas que esta decisión contiene, conviene, mediante la vía de una interpretación razonable, aplicar concurrentemente las normas de la OMC a los casos que esta Decisión contempla a fin de evitar que se generen incumplimientos de los Estados andinos en el sistema multilateral del comercio de la OMC y, en consecuencia, posibles represalias comerciales de otros Estados.

Por otra parte, si la práctica de dumping que amenace causar o cause daño a la rama de la producción nacional destinada al mercado interno del país afectado, se genera en un Estado miembro de la Comunidad Andina, o, si se trata de prácticas de dumping que amenacen causar o causen daño a la producción nacional destinada a la exportación a otro Estado miembro, originadas en el territorio de un Estado miembro, es aplicable la Decisión 456.³²

Aquí la situación es distinta a la planteada sobre la Decisión 283, puesto que la Decisión 456 se aplica a relaciones comerciales entre Estados andinos, por lo que estos podrían válidamente haber pactado, entre sí, condiciones más o menos laxas en cuanto a garantías y procedimientos que las establecidas para la OMC. Sin embargo, la Decisión 456 es más reciente e incorpora por sí misma los aciertos de la experiencia multilateral en la aplicación del Acuerdo Antidumping.

Si la Secretaría General de la Comunidad Andina considera que se encuentra frente a una práctica de dumping que haya causado o amenace causar perjuicio importante a la producción nacional de un Estado miembro o a la producción comunitaria (formada por el conjunto de la producción de los Estados miembros), podrá dar inicio al proceso correspondiente, luego del cual podría indicar los niveles de los derechos que se establecerán a las importaciones objeto de las prácticas, los plazos de su adopción y vigencia. Su aplicación material se convertirá en una obligación para los Estados miembros de la Comunidad Andina, los que deberán implementar el mandato establecido por la Secretaría General.³³

29 Ver: SOTOMAYOR VÉRTIZ, Abdías. Normas Antidumping y Antitrust en los Procesos de Integración. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. p 255.

30 Ver: el artículo 1 de la Decisión 283 de la Comunidad Andina.

31 Ver: el artículo 2 de la Decisión 283 de la Comunidad Andina.

32 Ver: el artículo 2 de la Decisión 456 de la Comunidad Andina.

33 Ver: el artículo 18 de la Decisión 283 y el artículo 79 de la Decisión 456, ambas de la Comunidad Andina.



A continuación, presentamos un cuadro conteniendo los elementos más resaltantes en la aplicación de estas Decisiones:

Cuadro N° 1: Prácticas de dumping cuya competencia corresponde a la Secretaría General de la Comunidad Andina

Legitimados para solicitar el inicio del proceso de investigación	1) Estados miembros 2) Empresas con interés legítimo (rama de producción nacional)
Competencia de la Secretaría General de la Comunidad Andina	1) Cuando una importación a precio dumping, proveniente de un Estado ajeno a la Comunidad Andina genera un daño a la rama de producción de un Estado miembro de la Comunidad Andina que destina su producción a la exportación hacia otro Estado miembro. (Decisión 283) 2) Cuando a la importación a precios dumping, provenientes de un Estado ajeno a la Comunidad Andina, se les requiera imponer derechos antidumping que, para ser efectivos, deben ser instrumentadas en la frontera aduanera de más de un Estado miembro. (Decisión 283) 3) Cuando una importación a precio dumping, proveniente de un Estado miembro de la Comunidad Andina genera un daño a la rama de producción de un Estado miembro de la Comunidad Andina que destina su producción a la exportación hacia otro Estado miembro. (Decisión 456) 4) Cuando una importación a precio dumping, proveniente de un Estado miembro de la Comunidad Andina genera un daño a la rama de producción de otro Estado miembro. (Decisión 456)
Medidas Antidumping que la Secretaría General puede ordenar	1) Medidas provisionales (cautelares) 2) Medidas definitivas
Oportunidad de revisión de la resolución final de la Secretaría General	En cualquier momento, de oficio o a petición de parte

6.2. DERECHOS COMPENSATORIOS

Como señalamos antes, también para este caso, la existencia de disciplinas sobre la aplicación de medidas contra la importación de bienes subvencionados en los acuerdos comerciales regionales, como es el caso de la Comunidad Andina, dependerá de la profundidad de los compromisos y de los objetivos de integración económica que se quiera establecer para cada sistema.

Retomando el caso de la Unión Europea, cabe precisar que ésta se encuentra consolidando una unión monetaria que va camino a una unión económica, como consecuencia del establecimiento de una moneda común y de la sujeción de los Estados miembros de este esquema de integración a disciplinas macroeconómicas, tales como el ajuste del déficit fiscal de cada uno de los Estados europeos

34 El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea señala, refiriéndose a las labores de la Comisión Europea, órgano comunitario ejecutivo, parte de las competencias comunitarias en esta materia:

"Artículo 88 (antiguo artículo 93).-

"1. La Comisión examinará permanentemente, junto con los Estados miembros, los regímenes de ayudas existentes

y medidas para asegurar el mantenimiento de la estabilidad inflacionaria.

En consecuencia, el gasto público de los Estados miembros de la Unión Europea responde a una coordinación comunitaria y, en la práctica, muchas subvenciones se encuentran coordinadas, realizándose ayudas estatales colectivas. Los países europeos tienen como objetivo también evitar que las subvenciones distorsionen el comercio al interior del mercado común europeo que se tiende a comportarse como un mercado nacional único. La idea tras de ello es que, en su mayoría, los bienes preferidos sean aquellos de quienes son más eficientes y pueden poner a disposición de los demandantes aquellos bienes que tengan mejores combinaciones entre precio y calidad, no aquellos bienes que tengan ventajas artificialmente adquiridas, mediante una subvención o ayuda estatal individual.³⁴

en dichos Estados. Propondrá a éstos las medidas apropiadas que exija el desarrollo progresivo o el funcionamiento del mercado común.

2. Si, después de haber emplazado a los interesados para que presenten sus observaciones, la Comisión comprobare que una ayuda otorgada por un Estado o mediante fondos estatales no es compatible con el

En el caso de la Comunidad Andina, el otorgamiento de subvenciones no se encuentra en lo absoluto coordinado entre los Estados miembros por lo que es posible que éstas se produzcan sobre bienes que son objeto del comercio entre los Estados miembros, en cuyo caso es aplicable la Decisión 457. De otro lado, las prácticas de subsidios también pueden provenir de la importación de productos originarios de fuera de la subregión, en cuyo caso es aplicable la, antes referida, Decisión 283. A ambas decisiones se aplican los comentarios sobre su compatibilidad con los acuerdos de la OMC, conforme indicamos en el punto anterior.

Si la Secretaría General de la Comunidad Andina considera, luego del respectivo proceso de investigación, que se encuentra frente a una importación de productos subsidiados que hayan causado o amenace causar perjuicio importante a la producción nacional de un Estado miembro o a la producción comunitaria (formada por el conjunto de la producción de los Estados miembros), indicará los niveles de los derechos que se establecerán a las importaciones objeto de las prácticas, los plazos de su adopción y vigencia.³⁵ Su aplicación material se convertirá en una obligación para los Estados miembros de la Comunidad Andina, los que deberán implementar el mandato establecido por la Secretaría General.

A continuación, presentamos un cuadro conteniendo los elementos más resaltantes en la aplicación de estas Decisiones:

Cuadro N° 2: Prácticas de Importación de Bienes Subvencionados cuya competencia corresponde a la Secretaría General de la Comunidad Andina

Legitimados para solicitar el inicio del proceso de investigación	1) Estados miembros 2) Empresas con interés legítimo (rama de producción nacional)
Competencia de la Secretaría General de la Comunidad Andina	1) Cuando una importación de bienes subvencionados, proveniente de un Estado ajeno a la Comunidad Andina genera un daño a la rama de producción de un Estado miembro de la Comunidad Andina que destina su producción a la exportación hacia otro Estado miembro. (Decisión 283) 2) Cuando a la importación de bienes subvencionados, provenientes de un Estado ajeno a la Comunidad Andina, se les requiera imponer derechos compensatorios que, para ser efectivos, deben ser instrumentadas en la frontera aduanera de más de un Estado miembro. (Decisión 283) 3) Cuando una importación de bienes subvencionados, proveniente de un Estado miembro de la Comunidad Andina genera un daño a la rama de producción de un Estado miembro de la Comunidad Andina que destina su producción a la exportación hacia otro Estado miembro. (Decisión 456) 4) Cuando una importación de bienes subvencionados, proveniente de un Estado miembro de la Comunidad Andina genera un daño a la rama de producción de otro Estado miembro. (Decisión 456)
Medidas Compensatorias que la Secretaría General puede ordenar	1) Medidas provisionales (cautelares) 2) Medidas definitivas
Oportunidad de revisión de la resolución final de la Secretaría General	En cualquier momento, de oficio o a petición de parte

6.3. MEDIDAS DE SALVAGUARDIA

De igual modo, como en los casos reseñados en los puntos precedentes, la existencia de disciplinas sobre la aplicación de medidas de

salvaguardia sobre la importación de bienes en los acuerdos comerciales regionales, como es el caso de la Comunidad Andina, dependerá de la profundidad de los compromisos y de los objetivos

mercado común en virtud del artículo 87, o que dicha ayuda se aplica de manera abusiva, decidirá que el Estado interesado la suprima o modifique en el plazo que ella misma determine.

(...)

35 Ver: el artículo 18 de la Decisión 283 y el artículo 82 de la Decisión 457, ambas de la Comunidad Andina.



de integración económica que se quiera establecer para cada sistema.

Funciona aquí también lo explicado para el caso de la Unión Europea, pues un mercado regional que desee funcionar como lo haría un mercado común o un mercado nacional único, difícilmente contemplara la posibilidad jurídica de que los Estados miembros de éste puedan imponer medidas de salvaguardia contra bienes importados de otro Estado miembro.

En la aplicación comunitaria de medidas de salvaguardia también se pueden distinguir dos casos: i) la aplicación de las medidas a bienes importados desde un Estado miembro a otro; y, ii) la aplicación de medidas a bienes importados desde un Estado ajeno a la Comunidad Andina.

En el primer caso, el Acuerdo de Cartagena, que es principal tratado constitutivo de la Comunidad Andina, establece que los Estados miembros podrán aplicar medidas de salvaguardia (denominadas medidas correctivas en el tratado), cuando reciba importaciones de bienes originarios de otros Estados miembros, en cantidades o en condiciones tales que causen perturbaciones a su producción nacional de bienes similares.

Estas medidas correctivas serán de carácter provisional y no podrán ser discriminatorias. Su validez se encuentra siempre sujeta al posterior pronunciamiento de la Secretaría General de la Comunidad Andina, la que podrá, luego de la tramitación del proceso correspondiente, emitir su pronunciamiento, ya sea para suspender, modificar o autorizar dichas medidas, las que únicamente podrán ser aplicadas sobre bienes originarios del Estado miembro que genere la perturbación.³⁶

Podemos notar de lo reseñado que la imposición de salvaguardias en la Comunidad Andina se produce como consecuencia de un acto complejo y continuado. Complejo por cuanto requiere de la manifestación de voluntad del Estado pretensor de la medida y de la Secretaría Técnica; y, continuado pues las voluntades de poder público no se manifiestan al mismo tiempo, sino sucesivamente.

36 Ver: el artículo 97 del Acuerdo de Cartagena.

37 Ver: el artículo 95 del Acuerdo de Cartagena.

Existen también, como en el caso de la aplicación de medidas de salvaguardia según lo establecido por el GATT como el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC, materias que no trataremos en esta entrega, posibilidades de establecer medidas de salvaguardia ante un desequilibrio de su balanza de pagos global³⁷, ante dificultades en un Estado miembro causadas por el cumplimiento de los plazos de la desgravación arancelaria que prevé el tratado³⁸ - situación que se hace cada vez menos posible por cuanto la mayoría de plazos y prórrogas se encuentran cumplidos - y ante una devaluación monetaria efectuada por otro Estado miembro que altere las condiciones normales de competencia.³⁹

En el segundo caso, ante la realidad de que el Acuerdo de Cartagena fue suscrito en la década de

los sesenta, por lo que no contemplaba la aplicación de medidas a bienes importados desde un Estado ajeno a la Comunidad Andina, se emitió la Decisión 452 - Normas para la adopción de medidas de salvaguardia a las importaciones provenientes de países no miembros de la

Comunidad Andina -, la que desarrolló estas disciplinas adaptando lo estipulado en el GATT y el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC a la realidad de un mercado comunitario andino integrado.

Señala la Decisión 452, en uno de sus considerandos, para sustentar la necesidad de su dación: "Que, en lo que se refiere a la aplicación de medidas de salvaguardia a productos de países que no son miembros de la Comunidad Andina, resulta necesario desarrollar las normas comunitarias, en concordancia con el Acuerdo por el que se estableció la Organización Mundial de Comercio (OMC), suscrito por todos los Países Miembros, que contiene el Acuerdo de Salvaguardias relativo a la aplicación del Artículo XIX del GATT".

En este sentido, la Secretaría General de la Comunidad Andina es competente para determinar la aplicación de medidas de salvaguardia comunitaria que se aplicarán al bien importado, con el objetivo de proteger a una rama de la producción de la Comunidad Andina, cuando ésta se viera

38 Ver: el artículo 96 del Acuerdo de Cartagena.

39 Ver: el artículo 98 del Acuerdo de Cartagena.

perjudicada por importaciones provenientes de países no miembros de la Comunidad Andina.⁴⁰

Apreciamos que en el análisis jurídico y económico para la aplicación de la salvaguardia comunitaria, se utiliza el concepto rama de producción comunitaria que, *mutatis mutandis* sustituye al concepto de rama de producción nacional. Así, se podrá imponer una medida de salvaguardia para un bien o un grupo de bienes si, como resultado del proceso correspondiente, se determina que las importaciones de ese bien o grupo de bienes en el territorio de la Comunidad Andina han aumentado en tal cantidad, en términos absolutos o en relación con la producción de la Comunidad Andina, y se realizan en condiciones que causan o amenazan causar un daño grave a la rama de la producción comunitaria que produce productos similares o directamente competidores.

7. IDEAS FINALES.

Como se ha presentado a lo largo de esta entrega, el contenido y la regulación de las medidas de defensa comercial, como parte de las disciplinas del comercio internacional, corresponden al campo

de estudio del Derecho Internacional Económico. Sin embargo el proceso interno que corresponde a cada Estado o a la Organización Comunitaria (la Comunidad Andina para el caso del Perú), para decidir su aplicación e implementación, corresponde a la especialidad del Derecho Administrativo.

En estos temas, el derecho administrativo tendrá especiales retos y tareas, siempre en la conciencia de abocarse a la conducción de la voluntad del poder público por los cauces de la legalidad, tanto nacional como internacional, e indicar la correcta actuación de las autoridades administrativas que instrumentan y substancian los procesos administrativos, en salvaguarda de los intereses de los agentes del mercado y de la eficiencia del sistema económico mismo.

En consecuencia, nos encontramos frente a un espacio en el que se abren nuevas perspectivas de reflexión y estudio, donde confluyen dos ramas del derecho especialmente amplias en cuanto a su objeto de estudio, por lo que su estudio conjunto merece la pena ser explorado con el cuidado necesario, sin olvidar que este es un espacio que no se agota, que por el contrario, se encuentra en expansión. 

40 Ver: el artículo 1 de la Decisión 452 de la Comunidad Andina.