

# Comentarios y críticas a la regulación *antidumping* vigente

Oscar Vásquez Nieva<sup>(\*)</sup> y Gonzalo Bernal Neumann<sup>(\*\*)</sup>

## 1. Introducción

Los derechos *antidumping* desde sus orígenes en el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (en adelante GATT) de 1947, las siguientes Rondas de Negociación: Kennedy, Tokio y Uruguay; y posteriormente con la formación del Acuerdo *Antidumping* a nivel de la Organización Mundial de Comercio (en adelante OMC), han tenido un carácter controversial sobre si efectivamente son medidas adecuadas para el establecimiento y apertura de los mercados internacionales.

A pesar de los avances realizados por el Acuerdo *Antidumping* de 1994<sup>(1)</sup> en cuanto a los diversos criterios de aplicación de los derechos, la valoración del daño en el mercado importador, etcétera; diversos analistas dudan sobre si son medidas que contrarrestan la competencia desleal o medidas restrictivas de la apertura del comercio para la protección de una determinada industria nacional ineficiente; en todo caso, no se ha llegado a establecer, en ciertos casos, una complementariedad adecuada de interacción entre las medidas que impulsan el libre comercio y las políticas de competencia.

Desde nuestro punto de vista, la regulación del comercio internacional mediante la aplicación de normas de competencia, es decir la sustitución de las normas *antidumping* por normas de competencia estaría lejos de ser una solución a corto plazo; sin embargo, tampoco es posible negar el posible efecto proteccionista que se deriva de la aplicación de las normas *antidumping* en ciertos países.

Quizás, la solución a la problemática de la normativa *antidumping* esté en un mayor control y rigurosidad en la aplicación de las medidas, para evitar la discrecionalidad de los órganos nacionales encargados de dicha función.

El presente artículo tiene como objetivo explicar la regulación de los derechos *antidumping* en nuestro país, haciendo una comparación sistemática con las directivas internacionales. De esta manera,

analizaremos si el margen de discrecionalidad otorgado para la aplicación de las medidas es conforme con las reglas acordadas en la OMC, y si la protección a la industria nacional es el producto de una investigación objetiva y eficiente en un contexto de libre mercado.

## 2. Los derechos *antidumping* en el comercio internacional

El desarrollo del libre comercio y las políticas comerciales han tenido una evolución sistemática y creciente durante los siglos XX y XXI. Su estudio, además, ha sido activo y polémico dentro de la economía internacional, influenciado tanto por el entorno de las estrategias de las empresas como por las teorías económicas surgidas en nuestros tiempos.

Sin embargo, es necesario destacar que dicha apertura no ha sido fácil ni tampoco uniforme, inclusive aun no tiene una aprobación unánime. Generalmente los debates y discusiones generadas en el ámbito de la economía son propios de los problemas específicos de la interacción económica entre países soberanos, es decir, subyace una problemática de coordinación de políticas comerciales generada por intereses estatales sobre sus economías.

Sin perjuicio de ello, modernamente se vienen dando ciertos consensos: el comercio es una actividad que produce, casi siempre, un beneficio entre las partes. Sin embargo, esta idea no ha acabado con la batalla entre el liberalismo comercial y el proteccionismo, como lo describe Paul R. Krugman y Maurice Obstfeld: “Desde la aparición de los modernos Estados-Nación en el siglo XVI, los gobiernos han estado preocupados por el efecto de la competencia internacional sobre la prosperidad de las industrias nacionales y han intentado, o bien defenderlas de la competencia extranjera imponiendo límites a las importaciones, o bien ayudarlas en la competencia mundial subsidiando las exportaciones”.

(\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(\*\*) Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del GATT, mejor conocido como el Acuerdo *Antidumping*.

Determinar los beneficios de la liberalización y cuándo es buena la intervención gubernamental en la economía, muchas veces, es una decisión que se ve afectada porque "(...) los conflictos de intereses dentro de las naciones suelen influir más en la determinación de la política comercial que los conflictos de intereses entre naciones"<sup>(2)</sup>.

La necesidad de adecuar las economías al bienestar de la población ha planteado una serie de alternativas posibles como estrategias orientadas hacia el exterior, desarrollando la presencia de un sector industrial competitivo y eficiente.

Sin embargo, la estrategia orientada al exterior "no debe ser el único criterio de desarrollo ya que puede ser el comienzo tanto de la desactivación del parque industrial nacional regional como de un serio desequilibrio de la balanza de pagos si ni las empresas locales ni los estados están preparados para competir con estructuras corporativas mejor dotadas y con prácticas desleales del comercio internacional, como son el dumping y los subsidios"<sup>(3)</sup>. Esto por lo menos es así en el corto y mediano plazo, sobre todo en el caso de las economías en desarrollo.

Esto quiere decir que con la apertura del comercio internacional, además de los beneficios mencionados, existe la posibilidad que ingresen productos provenientes del exterior que compitan deslealmente con la producción nacional, mediante el *dumping* o los subsidios.

Es a raíz de evitar estas prácticas indebidas, y con la finalidad de garantizar las condiciones de leal y libre competencia en el comercio, que se regulan y sancionan las prácticas del *dumping* y de las subvenciones. Estas medidas, sin embargo, deben ser adecuadas y excepcionales.

### 3. Definición del *dumping* como práctica comercial dentro de las políticas económicas

#### 3.1. Evolución del concepto del *dumping* en el comercio internacional

Uno de los posibles orígenes del término *dumping* es su derivación del verbo inglés *to dump*

que significa verter, tirar, inundar. Su significado, vertido desde la época medieval, reflejaba el acto de deshacerse rápidamente de algo no requerido, usualmente basura<sup>(4)</sup>.

La primera vez que fue utilizado el término *dumping*, asociado al comercio, fue con J. H. Jackson, en 1868, en una reseña del *Commerce and Financial Chronicle*<sup>(5)</sup>, la cual lo señalaba como la actividad empresarial de deshacerse de los excedentes de producción arrojándolos al mercado.

Por otro lado, el *dumping* se encuentra vinculado a las exportaciones subvencionadas. A los subsidios se les podría denominar una forma de *dumping* gubernamental, con el mismo efecto de disminuir los precios cobrados a los compradores extranjeros. Sin embargo, hoy en día reciben una consideración y tratamiento diferente en el ámbito jurídico, adquiriendo con el tiempo una entidad propia dentro del comercio internacional.

Esta preocupación creciente de los países por desarrollar mecanismos de defensa frente a la multiplicación de este tipo de prácticas comerciales es fundada por las consecuencias perjudiciales que puedan recaer en las industrias nacionales. En este sentido, el *dumping* es entendido como una práctica comercial de carácter desleal que sitúa a los productores nacionales en una posición de desventaja no debida a razones de competitividad<sup>(6)</sup>.

Esta preocupación estatal se vio reflejada en 1922 cuando se hizo un requerimiento a la Liga de Naciones para que se hiciera un estudio sobre el *dumping*, lo que condujo al famoso *Memorandum of Dumping* de Jacob Viner, en el que trata de uniformizar criterios para las legislaciones *antidumping* nacionales que ofreciera mayor precisión y certidumbre. Jacob Viner define al *dumping* como "la exportación a precios más bajos que aquellos que son aplicados, en el mismo tiempo y las mismas circunstancias, en el mercado nacional"<sup>(7)</sup>.

Este concepto de Viner es la definición de la discriminación de precios en mercados diferentes, de la que partirá la elaboración posterior de su definición jurídica.

(2) Aunque las naciones suelen ganar de manera integral con el comercio internacional, es posible que el mismo afecte negativamente a determinados grupos dentro de las naciones. Lo negativo del asunto es que los Estados discutan políticas comerciales sin criterios técnicos adecuados (análisis costo-beneficio de manera global) y protegiendo a ciertos "grupos de poder" nacionales. KRUGMAN, Paul y Maurice OBSTFELD. *Economía Internacional*. 5ta. edición. Madrid: Pearson Educación, 2001.

(3) SIERRALTA RÍOS, Anibal. *Contratos de Comercio Internacional*. 4ta. edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004. p. 9.

(4) BESELER y WILLIAMS. *Antidumping and Antidumping Subsidy Law: The European Communities*. Londres: Sweet and Maxwell, 1986. p. 41.

(5) La reseña señalaba lo siguiente: *New stock secretly issued was dumped on the market for what it would fetch.*

(6) El concepto de lealtad en la competencia se refiere a una determinada idea de justicia según la cual la competencia es solo legítima si todos los competidores comercian bajo las mismas condiciones. CASTILLO DE LA TORRE. *Derecho de la Política Comercial y Derecho de la Competencia: Algunas consideraciones sobre su interacción en el ámbito comunitario*. En: *Revista de Instituciones Europeas*. Volumen XX. Número 2. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 622.

(7) VINER, J. *Memorandum sur le dumping, préparé pour Le Comité Préparatoire de la Conférence Economique Internationale de la Ligue des Nations*. Bruselas: Biblioteca de la Comisión Europea, 1926.

El término *dumping* se consolidó con la aprobación del artículo VI del GATT de 1947, en el cual se le describe como “el producto introducido en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, cuando su precio de exportación al exportarse de un país a otro sea menor que el precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador”.

En dicho concepto, que es el actualmente vigente, se encuentran involucrados ciertos elementos uniformes para toda la regulación *antidumping*, a nivel multilateral, regional y nacional.

Asimismo, este concepto y sus elementos, constituyen la cobertura que legitima la adopción de las medidas específicas de protección comercial previstas en el ordenamiento jurídico internacional, como remedio frente al *dumping*.

### 3.2. Concepto económico del *dumping*

Desde el enfoque económico, el concepto de *dumping* es una discriminación de precios internacional, esto es, establecer diferentes precios para diferentes consumidores, la venta o compra de diferentes unidades de un bien o servicio a precios diferenciales, que no corresponden directamente con las diferencias en el costo de la oferta.

Por lo general, esta discriminación suele operar desde mercados domésticos protegidos, lo que les permite fijar precios de venta en el mercado exterior que no cubren los costos variables, pese a lo cual, sus resultados de exportación se compensan con los beneficios obtenidos como consecuencia del incremento de los precios de venta en el mercado interno<sup>(8)</sup>.

Como señala M. Chacholiades<sup>(9)</sup>, el *dumping* se presenta cuando un monopolista (competidor imperfecto) cobra un menor precio a los competidores extranjeros que a los compradores domésticos por un bien igual o comparable. Esta discriminación será exitosa si los mercados se encuentran separados entre sí, lo cual generalmente sucede<sup>(10)</sup>. Por lo general, podría llevarse a cabo dicha discriminación cuando la demanda en el exterior es más elástica

que en el interior, y surge como consecuencia de la presencia de un elemento monopolístico en el mercado interior.

## 4. La regulación sobre el *dumping*

### 4.1. La regulación supranacional

En el contexto de la reconstrucción del sistema mundial del comercio en la postguerra, surgió la idea de crear un ente supranacional de comercio, ello en base a una corriente multilateral dirigida principalmente por los Estados Unidos, cuyo esbozo fue la denominada *International Trade Organization* (ITO) u Organización Internacional de Comercio (OIC)<sup>(11)</sup>.

La creación de la misma se convirtió en una aspiración frustrada debido a que nunca pudo ratificarse su constitución<sup>(12)</sup>.

Es así como nació, con carácter provisional, el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio de 1947, esperando futuras ratificaciones de la OIC. Al principio, era un simple acuerdo con estructura institucional que no comprendía más que una conferencia periódica de los Estados miembros<sup>(13)</sup>.

Es así que las normas del GATT surgen con el propósito de promover el libre comercio basado en los principios de reciprocidad, en la eliminación de barreras comerciales y la no discriminación entre importaciones de las diferentes partes contratantes, esto es, partidarias del libre comercio.

El GATT fue suscrito en 1947 por veintitrés Estados; hacia 1994, el GATT contaba con la suscripción de ciento veinticinco partes contratantes que se adherían por constantes negociaciones multilaterales.

Sin embargo, el GATT no solo promovía el libre comercio, sino trataba de reducir las distorsiones que se generaban en la competencia que pudieran generar algún perjuicio a los productores nacionales, como es el caso del *dumping* y los subsidios.

En este sentido, se regula, en el artículo VI, la práctica comercial discriminatoria denominada *dumping*, la cual es sancionada cuando causa o amenaza causar un daño importante a una rama de

(8) TEMPLE LANG. *Reconciling European Community Antitrust and Antidumping, Transport and Trade Safeguard Policies. Practical problems. European-American Antitrust and Trade Law, Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute.* Barry E. Hawk, 1989. Capítulo 7, p. 7.

(9) CHACHOLIADES. *International Economics.* p. 237.

(10) Esta separación se genera de manera geográfica y comercial (por las barreras arancelarias) haciendo que los agentes de uno u otro mercado no puedan beneficiarse de las condiciones favorables del otro mercado.

(11) CASTILLO URRUTIA, y otros. *Regulación del comercio internacional tras la Ronda de Uruguay.* p. 35.

(12) En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo que se celebró en La Habana (Cuba), el 21 de noviembre de 1947, la Carta de la OIC fue aprobada finalmente, pero no pudo lograrse el consenso para la ratificación de este instrumento por el órgano legislativo de muchos países. En 1950 cuando el gobierno de los Estados Unidos anunció que no pediría al Congreso que ratificara la Carta de la Habana, dejó de existir la OIC. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Marta. *Los Derechos Antidumping en el Derecho Comunitario.* Valladolid: Lex Nova, 1999. p. 62.

(13) Véase CURZÓN. *La diplomacia del comercio multilateral.* México: Fondo de Cultura Económica, 1969.

producción existente de una parte contratante del GATT o cuando retrasa de manera importante la creación de una rama de producción nacional.

De otro lado, como señala R. M. Bierwagen, la regulación *antidumping* en el seno de estas organizaciones internacionales se presentó no solo con la finalidad de procurar un instrumento de defensa frente estas prácticas comerciales condenables, sino también para prevenir que las diferentes administraciones nacionales o regionales hagan aplicación de su legislación con fines predominantemente proteccionistas<sup>(14)</sup>.

En cuanto a los problemas suscitados por el artículo que regula el *dumping* (artículo VI), cabe señalar que no se definieron procedimientos concretos para su aplicación, lo que permitió que la tendencia proteccionista en el manejo de los procedimientos nacionales generada por ciertos sectores, limitara la eficiencia del dispositivo.

Dentro del GATT, la regulación del *dumping* en las primeras décadas no tuvo un carácter preponderante en las rondas de negociaciones comerciales por parte de los países miembros<sup>(15)</sup>; sin embargo, poco a poco las administraciones nacionales comenzaron a hacer su propia regulación de *dumping* y la utilizaron para restringir el comercio con otros países.

En 1958, se encontraban vigentes treinta y siete derechos *antidumping* entre las partes del GATT, la aplicación de los cuales contrarrestaban a las reducciones arancelarias logradas por el GATT de 1947. Por este motivo, en la década del setenta, la evaluación de la regulación *antidumping* cobró importancia en las negociaciones comerciales.

#### 4.1.1. La Ronda Kennedy

En 1967, se suscribió el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y de Comercio, el Acuerdo *Antidumping* de 1967, el mismo que entró en vigencia el 1 de Julio de 1968<sup>(16)</sup>.

El Acuerdo *Antidumping* de 1967 aportó un procedimiento para la adopción de las medidas *antidumping* y la definición de conceptos tales como “perjuicio importante”, “producto similar” y “producción”; sin embargo, el tema fue revisado nuevamente en el marco de la negociación comercial de Tokio<sup>(17)</sup>.

#### 4.1.2. Ronda de Tokio

Las negociaciones llevadas a cabo a partir de 1973, propusieron la revisión del Acuerdo *Antidumping* de 1967, acordando la entrada en vigencia del nuevo Acuerdo *Antidumping* (acuerdo de 1979), a partir de enero de 1980.

Este nuevo acuerdo resolvió temas pendientes en cuanto a problemas procedimentales: se estableció la necesidad de existencia de una relación causal entre *dumping* y daño. Asimismo se estableció que la determinación del perjuicio se debía basar en pruebas objetivas y en el análisis objetivo del volumen de las importaciones. Finalmente, como disposición final, imposibilitaba formular reservas respecto de las disposiciones al Acuerdo *Antidumping* de 1979<sup>(18)</sup>.

#### 4.1.3. Ronda de Uruguay

En 1986, las partes contratantes del GATT convocan a una nueva ronda de negociaciones multilaterales conocida como la Ronda de Uruguay por su lanzamiento en Punta del Este, Uruguay.

Esta ronda significó el proceso de negociación más extenso de la historia política comercial y duró hasta 1994 con la firma del acta final de Marrakech, el 15 de abril de 1994. La Ronda de Uruguay comprendió no solo aspectos relativos al comercio de mercancías, sino también al comercio de servicios, a la propiedad intelectual en relación con el comercio y a la creación de un marco institucional encargado de supervisar los diferentes acuerdos comerciales multilaterales y administrar los mecanismos de solución de diferencias para las posibles disputas que surjan sobre los acuerdos negociados.

Como resultado de la Ronda de Uruguay, se creó la OMC que, como hemos señalado anteriormente, es la organización internacional encargada de velar por la administración y cumplimiento de los acuerdos negociados en la Ronda de Uruguay, en la cual se suscribieron sendos acuerdos comerciales que cubrían un amplio espectro de materias relativas al comercio de mercancías, servicios y de propiedad intelectual.

Así, en el marco de los acuerdos multilaterales de comercio de la OMC, se implementó el acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del GATT (Acuerdo *Antidumping*), el cual desarrolla la disposición del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio de 1994<sup>(19)</sup>.

(14) Ello es importante ya que el sistema *antidumping* se ha convertido en una recurrente forma de solicitar protección frente a los excedentes extranjeros, por parte de las industrias nacionales. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Marta. *Op. cit.*

(15) Esto es en la negociaciones de Ginebra (1947), Annecy (1949), Torquay (1951), Ginebra (1956 y 1960-1961). FINGER, Michael. *The origins and the evolution of Antidumping Regulation*. En: *Antidumping. How it works and who gets hurt*. p. 25.

(16) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. *Índice Analítico del GATT*. p. 277.

(17) BIERWAGEN. *GATT. Article VI and the protectionist bias in anti-dumping laws*. Volumen VII. Boston: Kluwer Deventer, 1990.

(18) Si bien todos estos acuerdos no fueron obligatorios para todos los Estados miembros del GATT de 1947, sí representaron un avance significativo a nivel multilateral para la regulación de comercio internacional.

(19) Documento que, si bien es jurídicamente diferente al GATT de 1947, contiene sus mismas disposiciones. El artículo II del Acuerdo Constitutivo de la OMC señala que el GATT de 1994 es un documento jurídicamente distinto al GATT de 1947.

#### 4.2. La regulación andina

El desarrollo de la normatividad *antidumping* en la Comunidad Andina de Naciones<sup>(20)</sup>, se genera por la conveniencia de implementar normas sub-regionales sobre competencia y comercio en el marco del proceso de integración de la zona, estipulado en el artículo 105 de dicho acuerdo.

Por ello, mediante la Decisión 283 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena<sup>(21)</sup>, se estableció la regulación relativa a las prácticas de *dumping* y subvenciones, distinguiéndolas de otras prácticas comerciales que podrían tener incidencia sobre la región<sup>(22)</sup>.

Toda la normatividad andina fue luego revisada por el proceso de reformulación y de mejoramiento que sostuvo la Comunidad Andina como organismo institucionalizado en 1997.

Mediante este avance se logró que todos los países miembros del grupo andino ingresen a la OMC, haciendo necesario, como hemos dicho, un replanteamiento en la normativa sub-regional.

Como resultado de ello, se adoptó la Decisión 456 (Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de *dumping* en importaciones de productos originarios de países miembros de la Comunidad Andina) la cual establece los criterios para la regulación de *dumping* en el comercio entre los países miembros del grupo andino.

#### 4.3. El ordenamiento peruano

A principio de los años noventa, el Estado peruano decidió eliminar las restricciones y prohibiciones a las importaciones que existían en nuestro ordenamiento y que afectaban al libre comercio.

Asimismo, se suscribió el Acuerdo de Creación de la Organización Mundial de Comercio, y se estableció al arancel como el único mecanismo de política comercial y de protección a la industria nacional destinado a afectar a las importaciones, comprometiéndose a su vez con la eliminación de toda medida pararancelaria<sup>(23)</sup>, disminuyendo, además, la dispersión arancelaria y haciéndose de

este modo más simplificado el trámite administrativo del despacho aduanero.

A partir de entonces, en nuestro país empiezan a tener relevancia las medidas de defensa comercial (derechos *antidumping*, derechos compensatorios y salvaguardias), en la medida que, además del arancel (que no posee gran maniobrabilidad), se constituyen en los únicos mecanismos de protección a favor de la industria nacional.

De este modo, el Perú como miembro de la OMC, comenzó a adoptar medidas para implementar sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos sobre los acuerdos suscritos por la organización internacional, conforme a lo que establece dicho organismo para los Estados miembros, de acuerdo al artículo 16.4 del acuerdo constitutivo suscrito por ellos.

##### 4.3.1. La naturaleza jurídica de las medidas *antidumping* en nuestro país

En la legislación peruana, el tema de la naturaleza jurídica de los derechos *antidumping* no ha quedado zanjado definitivamente, sin embargo, el artículo 46 del Reglamento *Antidumping* las define como multas<sup>(24)</sup>.

En nuestra opinión, dicha afirmación no es técnicamente exacta<sup>(25)</sup>, pero marca una distancia y una distinción definitiva con los aranceles y otros tributos.

##### 4.3.2. El concepto de *dumping* en la legislación nacional

El *dumping* en nuestra legislación se entiende, al igual que a nivel supranacional, como una conducta desleal de comercio internacional, consistente en una práctica de discriminación de precios que se da cuando una empresa exportadora vende a destino a precios menores que en su mercado interno, ello en perjuicio de su competidor en el mercado del país importador, causando daño a la rama de producción nacional.

Cabe precisar que el *dumping* "per se" no es castigado; es decir, es una medida desleal solamente cuando existe una rama de industria nacional que se

(20) A la que pertenecen actualmente los países de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

(21) Publicada el 4 de abril de 1991.

(22) Como la Decisión 284 (sobre Prácticas Restrictivas a las Exportaciones) y la Decisión 285 (corrigiendo las Distorsiones a la Libre Competencia).

(23) Restricción a la libre importación de bienes distinta del arancel, como por ejemplo, el establecimiento de requisitos previos para permitir el despacho de importación, con una finalidad verdadera distinta a la formal: medidas fitosanitarias, etiquetado en origen. Mecanismos que desincentivan las operaciones de importación, restringiéndolas o encareciéndolas.

(24) "Artículo 46. Naturaleza jurídica de los derechos definitivos.

Los derechos 'antidumping' así como los derechos compensatorios, provisionales o definitivos, tienen la condición de multa y no constituyen en forma alguna tributo. Los derechos 'antidumping' o compensatorios, provisionales o definitivos, no están sujetos a rebajas, descuentos por pronto pago, ni beneficios de fraccionamiento o de naturaleza similar".

(25) Véase la nota 27. Asimismo, puede consultarse la Sentencia de la Sala de de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República 1063-02-CALLAO y el Dictamen Fiscal correspondiente 1600-2002-MP-FN-FSCA, ambos correspondientes al expediente 1063-2002-CALLAO.

ve perjudicada<sup>(26)</sup>: ello porque en realidad el *dumping* beneficia a los consumidores del producto *dumpeado*, porque pueden adquirirlo (artificialmente) a precios más bajos que el producido localmente<sup>(27)</sup>, e incluso por debajo de su costo de producción.

#### 4.3.3. El procedimiento

Las normas que regulan los procedimientos de investigación por prácticas de *dumping* tienen origen en el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo *Antidumping* de la OMC), el cual fue aprobado por el Congreso Constituyente Democrático e incorporado a nuestra legislación mediante Resolución Legislativa 26407 y por el Decreto Supremo 006-2003-PCM, Reglamento *Antidumping*, aplicable a países miembros de la OMC, y el Decreto Supremo 133-91-EF, modificado por el Decreto Supremo 051-92-EF, para países no miembros de la OMC.

##### 4.3.3.1. Órgano investigador y resolutorio

Es la Comisión de Fiscalización de *Dumping* y Subsidios del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Promoción de la Propiedad

Intelectual-Indecopi (en adelante, la Comisión).

##### 4.3.3.2. Inicio del procedimiento antidumping

El artículo 5.2 del Acuerdo *Antidumping* de la OMC señala que una solicitud para iniciar un procedimiento conducente a la aplicación de derechos *antidumping* debe contener pruebas pertinentes de la existencia de tres requisitos: (i) el *dumping*; (ii) el daño; y, (iii) la relación causal entre ambos<sup>(28)</sup>, mientras que el artículo 5.3 del acuerdo señala que las autoridades deberán examinar la exactitud y pertinencia de las pruebas presentadas con la solicitud<sup>(29)</sup>. Sin embargo, el mismo artículo 5, también en su numeral 2, señala que el solicitante podrá presentar la información que razonablemente tenga a su alcance.

Respecto a ello, el Órgano de Solución de Controversias de la OMC ha señalado que se entiende como pruebas suficientes, las señaladas en el artículo 5 (definición de *dumping*), en concordancia con los estándares señalados en el artículo 2 del Acuerdo *Antidumping*<sup>(30)</sup>.

De otro lado, el artículo 23 del Reglamento *Antidumping*, establece la facultad de la Comisión para que, en circunstancias especiales, pueda iniciar,

(26) "Artículo 20. Rama de producción nacional.

Para los efectos de este Decreto Supremo, se entiende por 'rama de producción nacional' el conjunto de los productores nacionales de los productos similares, o aquellos de entre ellos cuya producción conjunta constituya una proporción importante de la producción nacional total de dichos productos. No obstante:

i) Cuando unos productores estén vinculados a los exportadores o a los importadores o sean ellos mismos importadores del producto objeto del supuesto 'dumping', la expresión 'rama de producción nacional' podrá interpretarse en el sentido de referirse al resto de los productores. A los efectos de este párrafo, únicamente se considerará que los productores están vinculados a los exportadores o a los importadores en los casos siguientes: a) si uno de ellos controla directa o indirectamente al otro; b) si ambos están directa o indirectamente controlados por una tercera persona; o, c) si juntos controlan directa o indirectamente a una tercera persona, siempre que existan razones para creer o sospechar que el efecto de la vinculación es de tal naturaleza que motiva de parte del productor considerado un comportamiento diferente del de los productores no vinculados. A los efectos de este párrafo, se considerará que una persona controla a otra cuando la primera esté jurídica u operativamente en situación de imponer limitaciones o de dirigir a la segunda.

ii) En circunstancias excepcionales, el territorio nacional podrá estar dividido, a los efectos de la producción de que se trate, en dos o más mercados competidores y los productores de cada mercado podrán ser considerados como una rama de producción distinta si: a) los productores de ese mercado venden la totalidad o la casi totalidad de su producción del producto de que se trate en ese mercado, y b) en ese mercado la demanda no está cubierta en grado sustancial por productores del producto de que se trate situados en otro lugar del territorio".

(27) Por ejemplo, si se importaran automóviles a precios *dumping* desde un país X, como en nuestro país no se fabrican automóviles, no tendría sentido la aplicación de derechos *antidumping*, porque no existe una industria nacional a la cual proteger de una competencia desleal, porque no hay competencia, y, en cambio se perjudicaría a los consumidores de automóviles, al no permitirles comprarlos más baratos.

(28) "Artículo 5. Iniciación y procedimiento de la investigación.

5.2. Con la solicitud a que se hace referencia en el párrafo 1 se incluirán pruebas de la existencia de: a) 'dumping'; b) un daño en el sentido del artículo VI del GATT de 1994, según se interpreta en el presente acuerdo y c) una relación causal entre las importaciones objeto de 'dumping' y el supuesto daño. No podrá considerarse que para cumplir los requisitos fijados en el presente párrafo basta una simple afirmación no apoyada por las pruebas pertinentes".

(29) "5.3. Las autoridades examinarán la exactitud y pertinencia de las pruebas presentadas con la solicitud para determinar si existen pruebas suficientes que justifiquen la iniciación de una investigación".

(30) En este sentido podemos citar el Panel de Expertos en el Informe del Grupo Especial del Caso Guatemala/Investigación *Antidumping* sobre el cemento portland procedente de México (WT/DS60/R), del 10 de junio de 1998:

"7.63. Aunque en general estamos de acuerdo con Guatemala en que no hay volumen 'mínimo' de documentación que deba presentarse para probar que existe 'dumping', ello no significa que cualquier documentación sea suficiente para justificar la iniciación de la investigación en un caso determinado (...)"

"7.64. A nuestro juicio al evaluar si existen pruebas suficientes de 'dumping' que justifiquen la iniciación de la investigación, la autoridad investigadora no puede hacer caso omiso de lo dispuesto en el artículo 2 del Acuerdo 'Antidumping'. El párrafo 2 del artículo 5 del Acuerdo, exige que la solicitud incluya pruebas de la existencia de 'dumping' y el párrafo 3 del artículo 5 exige que determine si existen pruebas 'suficientes' que justifiquen la iniciación de una investigación. En el artículo 2 del Acuerdo 'Antidumping' se indican los elementos técnicos del cálculo del 'dumping', incluyendo las prescripciones aplicables para determinar el valor normal, el precio de exportación y los ajustes

de oficio, un procedimiento de investigación, cuando tenga indicios suficientes de la existencia de *dumping*, daño y relación causal entre el *dumping* y el daño<sup>(31)</sup>.

En este sentido, la normativa nacional le otorga a la Comisión un margen de actuación en los casos que considere necesario iniciar una investigación de oficio. En vista de ello, es posible atender a sectores atomizados, incapaces de congregarse para cumplir con los requisitos y altos costos que significan un procedimiento *antidumping*.

#### 4.3.3.3. Valor normal

El valor normal es el precio realmente pagado o por pagar por un producto similar al importado cuando sea vendido para consumo o utilización en el mercado interno del país de origen o de exportación, en operaciones comerciales normales.

#### 4.3.3.4. Determinación del producto similar<sup>(32)</sup>

Debemos hacer énfasis en la importancia de la identificación del producto importado que causa daño, en la medida que su definición deberá procurar estar exclusivamente referida a productos que se fabriquen nacionalmente, de no ser el caso, estaríamos ante una restricción parancelaria, que perjudica a los consumidores, sin proteger ni beneficiar a una rama de producción nacional.

En este sentido, se considera producto similar a aquel que sea idéntico; es decir, igual en todos los aspectos al producto de que se trate, o, cuando no exista ese producto, otro producto que, aunque no sea igual en todos sus aspectos, tenga características muy parecidas a las del producto considerado<sup>(33)</sup>.

Cabe resaltar que, si el producto similar no es vendido en el mercado interno del país exportador o cuando el bajo volumen de ventas del producto en

el mercado interno del país exportador no permitan una comparación adecuada, en estos casos el margen del *dumping* se determinará mediante comparación con el precio comparable del producto similar cuando este se exporte a un tercer país apropiado, a condición que este precio sea representativo<sup>(34)</sup>; o con el costo de producción en el país de origen más una cantidad razonable por el concepto de gastos administrativos<sup>(35)</sup>.

Asimismo, la determinación del producto similar es importante porque en la posterior etapa de aplicación de los derechos *antidumping*, durante el despacho aduanero, la Aduana, que es la entidad ejecutora o recaudadora para estos fines, necesita la identificación precisa del producto gravado, para no cometer excesos o ser ineficaz en la aplicación de las medidas.

#### 4.3.3.5. Precio de exportación

Se debe entender por precio de exportación al precio realmente pagado o por pagar por el producto vendido para su exportación hacia el país importador.

Sin embargo, puede ser que el precio de exportación no sea confiable por existir una asociación o arreglo compensatorio entre el exportador, y el importador o un tercero, en este caso el precio podrá calcularse sobre la base del precio al que los productos importados se revendan por primera vez a un comprador independiente, o si los productos no se revenden a un importador independiente o no lo fueran en el mismo estado en que se importaron, sobre una base razonable que la Comisión determine<sup>(36)</sup>.

#### 4.3.3.6. Nivel comparativo

Este criterio se determina equitativamente realizando una comparación entre el precio de exportación y el valor normal al mismo nivel comercial

necesarios para poder hacer una comparación equitativa. En nuestra opinión, la referencia que en el párrafo 2 del artículo 5 se hace al 'dumping' ha de entenderse como una referencia al 'dumping' tal como se define este en el artículo 2. Esto no significa, desde luego, que el volumen y la calidad de las pruebas presentadas en la solicitud hayan de ser los que serían necesarios para hacer una determinación preliminar o definitiva de la existencia de 'dumping'".

(31) "Artículo 23. Inicio de oficio de un procedimiento de investigación.

En circunstancias especiales, la Comisión podrá iniciar una investigación sin haber recibido una solicitud escrita hecha por la rama de producción nacional o en nombre de ella. Solo se iniciará la investigación cuando se tengan pruebas suficientes del 'dumping' o subvención, del daño y de la relación causal que la justifiquen. Se considerarán circunstancias especiales, cuando la industria doméstica no se encuentre organizada, esté atomizada o medie el interés nacional, entre otras circunstancias semejantes".

(32) "Artículo 9. Definición de producto similar.

Se entenderá que la expresión 'producto similar' significa un producto que sea idéntico, es decir, igual en todos los aspectos al producto de que se trate, o, cuando no exista ese producto, otro producto que, aunque no sea igual en todos los aspectos, tenga características muy parecidas a las del producto considerado".

(33) Sería importante revisar la elasticidad de la demanda en el precio de los productos, ya que eso razonablemente podría ayudar a comparar los bienes (examen de sustituibilidad).

(34) En la Decisión 456 de la Comunidad Andina se considera además que deberá tenerse en cuenta que dichas ventas representen como mínimo el 5% de las ventas del producto considerado "País Miembro Importador". Sin embargo, podrá utilizarse un volumen inferior al 5% si los precios cobrados se consideran representativos del mercado de que se trate (artículo 9).

(35) Esto está regulado en nuestro ordenamiento nacional en el artículo 6 del Decreto Supremo 006-2003-PCM.

(36) Artículo 5 del Decreto Supremo 006-2003-PCM.

(normalmente ex fábrica), y sobre la base de ventas efectuadas en fechas lo más próximas posibles<sup>(37)</sup>.

Es importante señalar que, en algunos casos, la comparación se efectuará entre el valor normal y el precio del país de origen (y no de donde se produjo la exportación) cuando, por ejemplo, los productos solamente transitan por el país de exportación, o cuando los productos no se produzcan o no exista un precio comparable para aquellos en el país de exportación.

#### 4.3.3.7. Margen de dumping

El margen de *dumping* es la diferencia entre el precio de exportación de determinado bien y el valor normal<sup>(38)</sup> del mismo bien en su país de origen; es decir, la evaluación cuantitativa del *dumping*.

Cuando el margen de *dumping* hallado por la entidad investigadora sea menor al 2% no se aplicarán medidas *antidumping*<sup>(39)</sup>. Las razones, entre otras, son que se ha observado que un margen de *dumping* tan bajo como este, podría simplemente corresponder a situaciones tales como diferenciación de precios ofrecidos por tratarse de distintos tipos de transacciones, según los volúmenes de compra, o condiciones de mercado. En el peor de los casos, podría corresponder a márgenes de error inevitables en el cálculo del margen de *dumping*, realizado por la entidad investigadora. En verdad, castigar estas importaciones introduce distorsiones en el mercado.

Por lo tanto, consideramos que, incluso, deberían tenerse en cuenta mayores márgenes *de minimis* en aras de favorecer al libre comercio (recordemos que las importaciones ya están afectas

al pago de aranceles). Márgenes menores al 5% o 10% no afectan, en realidad, la competencia en el mercado. En cambio, sí afecta al comercio el someter a investigación a estos importadores, quienes finalmente cargarán los costos incurridos en el precio final de sus productos con el consecuente perjuicio que ello ocasiona a los consumidores y al mercado nacional en general.

Así, una modificación que creemos importante es la de establecer un nivel de *de minimis* para países desarrollados distinto al establecido para países en vías de desarrollo (en adelante PED). Al respecto, una propuesta sería la de mantener el *de minimis* de 2% para ser aplicados por PED, y elevar este porcentaje para ser aplicado por países desarrollados cuando se trate de importaciones provenientes de PED.

#### 4.3.3.8. Determinación de la existencia de daño o amenaza de daño a la rama de la producción nacional

El artículo 3 del Acuerdo *Antidumping* señala que las autoridades investigadoras deberán realizar un examen objetivo del: (i) volumen de las importaciones objeto de *dumping* y del efecto de estas en los precios de productos similares en el mercado interno; y, (ii) de la repercusión de estas importaciones sobre la producción nacional<sup>(40)</sup>.

En este sentido, acorde a las acepciones antes indicadas, le corresponde a la Comisión determinar la existencia de daño<sup>(41)</sup>, amenaza de daño<sup>(42)</sup> o retraso sensible a la creación de una rama de producción nacional, causado como

(37) Se tendrán en cuenta las circunstancias particulares, las diferencias que influyen en la comparabilidad de los precios como la cantidad, condiciones de venta, tributación, características físicas, etcétera.

(38) En el caso nacional, el artículo 4 del Reglamento *Antidumping*, señala el método para la determinación del margen de *dumping* para economías de mercado, pero pueden existir circunstancias que generen sesgos al determinar el valor normal o el precio de exportación, las cuales están descritas en los artículos 5 al 7 del reglamento. En cambio, para la determinación del valor normal de un bien producido en un país cuya economía no es considerada de mercado, es decir, en donde los precios no se forman por la libre interacción de la oferta y la demanda, y/o no responden a la existencia de una libre y leal competencia, el artículo 8 establece pautas para que la Comisión determine, utilizando la metodología que considere más conveniente, el valor normal.

La mayoría de países miembros de la OMC, tiene en sus reglamentos internos, normas *ad hoc* para el trato de países que no tienen una economía de libre mercado (con subsidios, fijación de precios, manejo estatal del tipo de cambio) respecto a la determinación del valor normal comparable a efectos de determinar el margen de *dumping*.

(39) "Artículo 5.

5.8. Cuando la autoridad determine que el margen de 'dumping' es 'de minimis', o que el volumen de las importaciones reales o potenciales objeto de 'dumping' o el daño son insignificantes, se pondrá inmediatamente fin a la investigación. Se considerará 'de minimis' el margen de 'dumping' cuando sea inferior al 2%, expresado como porcentaje del precio de exportación. Normalmente se considerará insignificante el volumen de las importaciones objeto de 'dumping' cuando se establezca que las procedentes de un determinado país representan menos del 3% de las importaciones del producto similar en el Miembro Importador, salvo que los países que individualmente representan menos del 3% de las importaciones del producto similar en el Miembro Importador representen en conjunto más del 7% de esas importaciones".

(40) "Artículo 3.

3.1. La determinación de la existencia de daño a los efectos del artículo VI del GATT de 1994 se basará en pruebas positivas y comprenderá un examen objetivo: a) del volumen de las importaciones objeto de 'dumping' y del efecto de estas en los precios de productos similares en el mercado interno, y b) de la consiguiente repercusión de esas importaciones sobre los productores nacionales de tales productos".

(41) Para que exista daño en el ordenamiento nacional, el daño debe ocasionar un impacto negativo tanto en los precios como en una serie de indicadores económicos de los productores nacionales, como son la producción y ventas, la participación en el mercado, los beneficios, la productividad, el rendimiento de las inversiones, flujo de caja, indicadores financieros, etcétera (artículos 16 y 17 del Decreto Supremo 006-2003-PCM).

(42) Esta se presenta cuando las importaciones no han ingresado al territorio nacional, pero existe certeza de su inminente ingreso. La amenaza debe tener como sustento hechos y no conjeturas o posibilidades remotas sin fundamento.



consecuencia de las importaciones objeto de *dumping*.

Es importante indicar que la expresión rama de producción nacional<sup>(43)</sup> se entenderá en el sentido de abarcar el conjunto de los productores nacionales de los productos similares, o aquel o aquellos de entre ellos cuya producción conjunta constituya una parte principal de la producción nacional total de dichos productos.

En el caso del GATT, se considera que la solicitud de *dumping* debe ser apoyada por productores nacionales cuya producción conjunta represente más del 50% de la producción total del producto similar producido por parte de la rama de producción nacional que manifieste su apoyo o su oposición a la solicitud. No obstante, no se iniciará ninguna investigación cuando los productores nacionales que apoyen expresamente la solicitud representen menos del 25% de la producción total del producto similar producido por la rama de producción nacional.

Cabe precisar que la razón de la aplicación de los derechos *antidumping* es estrictamente neutralizar el efecto nocivo ocasionado por las prácticas de competencia desleal en el mercado interno. Por ello, en estricto, no tendrían por qué considerarse como una nueva forma de proteccionismo.

No obstante ello, pueden ser solicitadas con la intención, no de combatir una práctica desleal de comercio, sino de proteger una industria ineficiente.

La diferencia entre proteccionismo y represión de la competencia desleal dependerá de

la debida aplicación de los derechos *antidumping*, por ello es imprescindible que la autoridad investigadora esté libre de influencias políticas.

#### 4.3.3.9. Relación causal<sup>(44)</sup>

Para imponer un derecho *antidumping* es indispensable asegurarse de que el daño o la amenaza de daño que enfrenta la industria nacional es causada por el *dumping*. Entre los factores a analizarse se encuentran el volumen y precios de las importaciones de otros países del producto similar, la contracción de la demanda o variaciones en la estructura de consumo de dicho producto.

Por otro lado, también se deben analizar otros factores distintos a las importaciones del producto denunciado que podrían, simultáneamente, estar ocasionando el daño sugerido a la rama de producción nacional, es decir un "análisis de no atribución".

Entre estas variables podemos citar al volumen y precios de importaciones del mismo producto denunciado, proveniente u originarias de otros países, contracciones de demanda o variaciones de la estructura de consumo, prácticas restrictivas de los productores nacionales y/o extranjeros, evolución de la tecnología, etcétera.

Finalmente, a pesar de que la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi ha señalado que verificada la existencia de *dumping* y daño, corresponde a los investigados desarrollar actividad probatoria para destruir una relación de causalidad que se presume<sup>(45)</sup>, estamos en desacuerdo con ello, porque el Acuerdo *Antidumping*

(43) "Artículo 20. Rama de producción nacional.

Para los efectos de este Decreto Supremo, se entiende por 'rama de producción nacional' el conjunto de los productores nacionales de los productos similares, o aquellos de entre ellos cuya producción conjunta constituya una proporción importante de la producción nacional total de dichos productos. No obstante:

i) Cuando unos productores estén vinculados a los exportadores o a los importadores o sean ellos mismos importadores del producto objeto del supuesto 'dumping', la expresión "rama de producción nacional" podrá interpretarse en el sentido de referirse al resto de los productores. A los efectos de este párrafo, únicamente se considerará que los productores están vinculados a los exportadores o a los importadores en los casos siguientes:

a) si uno de ellos controla directa o indirectamente al otro; b) si ambos están directa o indirectamente controlados por una tercera persona; o, c) si juntos controlan directa o indirectamente a una tercera persona, siempre que existan razones para creer o sospechar que el efecto de la vinculación es de tal naturaleza que motiva de parte del productor considerado un comportamiento diferente del de los productores no vinculados. A los efectos de este párrafo, se considerará que una persona controla a otra cuando la primera esté jurídica u operativamente en situación de imponer limitaciones o de dirigir a la segunda.

ii) En circunstancias excepcionales, el territorio nacional podrá estar dividido, a los efectos de la producción de que se trate, en dos o más mercados competidores y los productores de cada mercado podrán ser considerados como una rama de producción distinta si: a) los productores de ese mercado venden la totalidad o la casi totalidad de su producción del producto de que se trate en ese mercado, y b) en ese mercado la demanda no está cubierta en grado sustancial por productores del producto de que se trate situados en otro lugar del territorio."

(44) "Artículo 18. Determinación de la relación causal.

La demostración de una relación causal entre las importaciones objeto de 'dumping' o subvención y el daño a la rama de producción nacional se basará en un examen de todas las pruebas pertinentes de que disponga la Comisión, la cual examinará también cualesquiera otros factores de que tenga conocimiento, distintos de las importaciones objeto de 'dumping' o subvención, que al mismo tiempo perjudiquen a la rama de producción nacional, y el daño causado por esos otros factores no se habrá de atribuir a las importaciones objeto de 'dumping' o subvención. Entre los factores que pueden ser pertinentes a este respecto figuran el volumen y los precios de las importaciones no vendidas a precios de 'dumping' o subvencionadas, la contracción de la demanda o variaciones de la estructura del consumo, las prácticas comerciales restrictivas de los productores extranjeros y nacionales y la competencia entre unos y otros, la evolución de la tecnología y los resultados de la actividad exportadora y la productividad de la rama de producción nacional".

(45) En la Resolución 0296-2004/TDC-INDECOP, dictada en el expediente 002-2000/CDS-INDECOP correspondiente a la investigación sobre la existencia de subsidios en la exportación de aceite vegetal originario de Argentina presentada por la SNI, la Sala señaló que:

y nuestras normas internas dejan claro que la carga de la prueba está en el solicitante, o en todo caso, corresponde a la Comisión realizar siempre un análisis de no atribución, para descartar otras posibilidades de hechos económicos que pudieran estar ocasionando el daño, distintas de las importaciones con *dumping*.

#### 4.3.3.10. Importaciones negligibles o insignificantes

Respecto a este punto, debemos señalar que, en primer lugar, no consideramos correcto que las importaciones negligibles se midan a partir de un análisis comparativo con el total de importaciones que se realizan en el país de destino, por cuanto ello no permite observar el nivel de afectación ocasionado a la industria nacional.

En efecto, si los derechos *antidumping* constituyen reguladores de la competencia (y no mecanismos proteccionistas), lo apropiado es definir las importaciones "insignificantes" en relación con el mercado interno. Es decir, a efectos de determinar si estamos o no frente a importaciones "insignificantes", se deberá comparar los niveles de mercancía importada con la producción nacional, no con el resto de importaciones.

Un cambio en la forma de cálculo en el propio Acuerdo *Antidumping* de la OMC respetará la naturaleza de derechos *antidumping*, y favorecería nuestras exportaciones: por ejemplo, podemos constituir un importador importante de textiles para Estados Unidos, pero difícilmente vamos a tener una parte importante de su mercado interno.

Otra modificación sugerida es el establecimiento de un período sobre el cual las autoridades investigadoras midan los niveles de importación para establecer su "insignificancia", puesto que no está claro en el acuerdo, y ha venido siendo utilizado de acuerdo a la mejor conveniencia del país miembro investigador, en la búsqueda de hallar un período en el que las importaciones hayan superado los niveles establecidos en el acuerdo. En estricto, este período debería coincidir con el período de investigación del procedimiento *antidumping*.

Respecto a la *Lesser Duty Rule*<sup>(46)</sup>, en la práctica se ha observado que muchas veces se opta por poner un derecho igual al margen de *dumping*, para poder tener una defensa efectiva de la producción nacional, sin embargo eso no se condice con la naturaleza de excepción en la aplicación de los derechos *antidumping*. Por ello es que el Decreto Supremo 006-2003-MINCETUR, el cual no establece como obligatoria la *Lesser Duty Rule*, sino como recomendación, no se condice con el espíritu de libre comercio del acuerdo de la OMC. El derecho debería imponerse solamente hasta neutralizar el daño ocasionado por el *dumping*.

#### 4.3.3.11. Derechos provisionales

Los derechos *antidumping* provisionales son entendidos como una tutela de aseguración, sin embargo, es fácil advertir que la aplicación de derechos provisionales podría generar, a su vez, perjuicios a la parte afectada con la medida provisional. Así, si al culminar un procedimiento la decisión final favorece a quienes padecieron la medida cautelar, queda claro que estos sujetos han sufrido injustamente un perjuicio que deberá ser resarcido. Ante este hecho, para los casos generales de medidas cautelares se crea la "caución" o "contracautela", a fin de garantizar los intereses de la parte que soporta la medida cautelar.

Cabe mencionar que en los procedimientos *antidumping* no se ha establecido una caución o contracautela sino que se ha establecido: (i) un plazo máximo, con la finalidad de que durante ese plazo se investigue sin que se siga produciendo el daño, a partir de ese momento, el perjuicio económico ocasionado se convierte en injusto y alevoso; y, (ii) la devolución de los derechos provisionales cobrados más los intereses legales.

#### 4.3.3.12. Aplicación de derechos retroactivos<sup>(47)</sup>

En el Decreto Supremo 006-2003-PCM se prevé la posibilidad de aplicar derechos *antidumping* definitivos retroactivos a las mercancías investigadas, que hayan sido despachadas a consumo en los

"La Sala considera necesario señalar que, de manera general, es deber de la autoridad administrativa efectuar la investigación del daño y la causalidad sobre la base de asumir que una vez verificada la existencia de la práctica 'dumping' o del subsidio, el daño, como la relación de causalidad, son consecuencias esperadas de dicha práctica. Esta es una presunción relativa que puede ser desvirtuada si los investigados acreditan otras causas que expliquen que el daño ocasionado no se debe a la presencia en el mercado de productos introducidos con infracción a las normas de lealtad en el comercio internacional".

(46) "Artículo 47. Cuantía de los derechos 'antidumping' o compensatorios. Determinado el margen de 'dumping' o subvención, el daño y la relación causal, la Comisión aplicará derechos 'antidumping' o compensatorios, según corresponda. Los derechos 'antidumping' o compensatorios podrán ser equivalentes al margen de 'dumping' o a la cuantía de la subvención que se haya determinado. Es deseable que al Comisión establezca un derecho inferior al margen de 'dumping' o la cuantía de la subvención que sea suficiente para eliminar el daño".

(47) "Artículo 53. Aplicación de derechos 'antidumping' definitivos retroactivos. Podrá percibirse un derecho 'antidumping' definitivo sobre los productos que se hayan declarado a consumo noventa días como máximo antes de la fecha de aplicación de las medidas provisionales cuando, en relación con el producto objeto de 'dumping' considerado, las autoridades determinen:

a) que hay antecedentes de 'dumping' causante de daño, o que el importador sabía o debía haber sabido que el exportador practicaba el 'dumping' y que este causaría daño, y

noventa días anteriores a la fecha de haberse establecido los derechos provisionales, siempre que sean posteriores a la fecha de inicio de la investigación.

La posibilidad de aplicar retroactivamente los derechos *antidumping* definitivos tienen como objetivo disuadir al importador de aumentar sus existencias del producto denunciado, en tal cantidad y en determinado momento, que pueda evitar el impacto de las medidas correctivas, deviniendo las mismas en ineficaces para corregir el daño generado por la importación de productos a precios *dumping*.

#### 4.3.3.13. *Segunda instancia*

Una vez la Comisión resuelva el final del procedimiento, aplicando o no derechos *antidumping* definitivos, su decisión es impugnabile ante la entidad "revisora", tal como señala la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Supremo 006-2003-PCM, indicando que la entidad competente para resolver las impugnaciones contra el cobro de los derechos *antidumping* resueltos en primera instancia por la Comisión es el Tribunal de Defensa de la Competencia del Indecopi.<sup>45</sup>

b) que el daño se debe a importaciones masivas de un producto objeto de 'dumping', efectuadas en un lapso de tiempo relativamente corto que, habida cuenta del momento en que se han efectuado las importaciones objeto de 'dumping', su volumen y otras circunstancias (tales como una rápida acumulación de existencias del producto importado), es probable socaven gravemente el efecto reparador del derecho 'antidumping' definitivo que deba aplicarse, a condición de que se haya dado a los importadores interesados la oportunidad de formular observaciones.

No se establecerán retroactivamente derechos 'antidumping' sobre los productos despachados a consumo antes de la fecha de iniciación de la investigación".