

EL MODELO DE LA COMUNIDAD ANDINA: ANÁLISIS Y PROPUESTAS ^{1 2 3 4}

Abdías T. Sotomayor Vértiz*

1. INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina es muy complejo en materia de *dumping* y normas *antitrust*, más aún si se tiene en cuenta que busca regular las relaciones comerciales entre los miembros de un proceso de integración que busca llegar a ser un mercado común.

El mantenimiento de la figura del *dumping* intracomunitario llega a distorsionar los fines de un proceso de integración ya que supone el incumplimiento del principio de trato nacional; es por ello que es difícil entender las normas comunitarias planteadas en las Decisiones 283, 285 y 456.

Debe entonces revisarse el ordenamiento jurídico comunitario andino; primero debemos analizarlo, luego criticarlo y por último plantear las propuestas y las razones para ello.

2. DEFINICIÓN Y EVOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD ANDINA

Existen diferentes tipos de modelos de integración económica, ellos van de los más simples, como las zonas de libre comercio, a los más complejos, como la unión social, política y monetaria. La definición de la Comunidad Andina (en adelante CAN) no sólo debe señalar que es un proceso de integración económica,

El autor del presente artículo realiza un análisis detallado y exhaustivo del estado actual del modelo de la Comunidad Andina en materia de dumping y normas antitrust. Su investigación no se limita a la descripción y exégesis de las normas vigentes, sino que, usando como modelo la legislación comparada (especialmente la de la Unión Europea), propone diversas modificaciones a las disposiciones de la Comunidad Andina que rigen el combate contra el dumping y las prácticas restrictivas de la libre competencia, con el propósito de resolver las limitaciones e insuficiencia sacadas a la luz por la aplicación de estas disposiciones.

Las recomendaciones del autor revisten especial importancia en el contexto actual, en el que la intensificación de los procesos de integración económica se ha convertido en una necesidad impostergable.

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho Internacional Económico de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ El presente trabajo está basado en parte de la tesis de maestría del autor, sustentada ante el jurado compuesto por los doctores Elvira Méndez Chang, Luis José Diez Canseco Núñez y Alfredo Bullard Gonzáles; habiéndose obtenido la mención de sobresaliente.

² Las propuestas planteadas son de exclusiva responsabilidad del autor.

³ Debo expresar mi agradecimiento al doctor Luis José Diez Canseco Núñez, quien me ha proporcionado gran parte de la información bibliográfica para desarrollar el tema del *dumping* intracomunitario, además ha sido mi asesor de tesis.

⁴ A mi madre y a mi alma mater.

sino que debe además indicarnos el modelo adoptado por sus miembros y las condiciones del mismo.

Desde sus inicios (cuando se denominaba Grupo Andino), la CAN ha optado primero por establecer una zona de libre comercio, luego convertirse en una unión aduanera y por último establecer un mercado común sub regional.

El artículo 3 del vigente Acuerdo de Cartagena (modificado por el Protocolo de Trujillo), si bien no establece en forma expresa cuál ha sido el modelo de integración adoptado, nos permite inferir que busca la consolidación de una unión aduanera en la subregión y luego el establecimiento de un mercado común.⁵

La mención en el Acuerdo de Cartagena (en adelante el "Acuerdo") del establecimiento de un programa de liberalización del intercambio comercial, equivale a la creación de una zona de libre comercio al interior de la subregión andina y para tal fin debe llevarse a cabo la eliminación total de los aranceles entre los miembros.⁶ El punto D) fija la meta de establecer un arancel externo común a ser aplicado por los Estados miembros; por lo que en dicha etapa se buscaría la implementación de una unión aduanera entre los miembros de la CAN.

En la actualidad, no existe (a plenitud) entre los miembros de la CAN una libre circulación de bienes o mercancías sin pago de aranceles, ya que sigue vigente el cobro de derechos arancelarios a las importaciones provenientes de los miembros sin diferen-

ciarlas de las provenientes de terceros Estados. Sólo en algunos casos se conceden preferencias arancelarias para los Estados parte y la liberalización de determinadas partidas arancelarias, sin llegar a ser comprendido todo el universo de ellas.

En la CAN, propiamente no existe una zona de libre comercio, o en todo caso dicha zona de libre comercio es imperfecta, ya que subsisten las restricciones a las importaciones entre miembros y la imposición de aranceles; de lo contrario, ya no se darían las operaciones de control en las Aduanas de cada Estado parte sin distinguir entre importaciones comunitarias y no comunitarias.⁷ Tampoco existe una unión aduanera, ya que algunos de los cinco países aún no han implementado un arancel externo común frente a las importaciones de mercancías dirigidas hacia la subregión desde terceros no miembros.

Por último, debo añadir que no se ha establecido un mercado común en el cual se permita la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas (por ejemplo, Perú es un miembro que no aplica el arancel externo común), ya que dichas libertades están limitadas según las políticas nacionales de cada miembro.

En la subregión se mantienen controles aduaneros fronterizos al interior de la zona (respecto al comercio interno) e incluso se han dado casos de establecimiento de medidas para arancelarias (por ejemplo, el caso de los Decretos Supremos 016-91 y 017-91-AG, que establecieron derechos específicos sin distinguir a los productos andinos y los de terceros países).^{8,9}

⁵ "Artículo 3.- Para alcanzar los objetivos del presente Acuerdo se emplearán, entre otros, los mecanismos y medidas siguientes:

a) La armonización gradual de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes;
b) La programación conjunta, la intensificación del proceso de industrialización sub regional y la ejecución de programas industriales y de otras modalidades de integración industrial.
c) Un programa de liberación del intercambio comercial más avanzado que los compromisos derivados del Tratado de Montevideo de 1980;
d) Un Arancel Externo Común, cuya etapa previa será la adopción de un Arancel Externo Mínimo Común". Codificación del Acuerdo de Cartagena. Decisión 406. Secretaría General de la Comunidad Andina. Lima, 1997.

Lo cual incluso debe complementarse con la eliminación o en todo caso disminución de los controles aduaneros al interior de la zona de libre comercio respecto de los bienes que los Estados miembros comercializan entre sí (este comercio, si bien es una Importación - Exportación, es relativo, ya que no se paga un derecho arancelario al ser bienes de origen o producidos en la zona). El arancel sólo es exigible a las importaciones provenientes de Estados no miembros.

Somos de la opinión de que en algunos procesos de integración, como en el caso de la zona de libre comercio (en el cual se ha dado la eliminación de los aranceles entre los Estados miembros), no existirían operaciones tradicionales de importación y de exportación sino de un libre comercio o importación especial sin pago de arancel (esto también podría llamarse operación de venta al interior de la zona de libre comercio; nosotros consideramos que dichas operaciones deben ser llamadas importaciones sin pago de arancel, ya que aún no hay un mercado común).

"Con la entrada en vigencia del Arancel Externo Común (AEC), el 1 de febrero de 1995 el GRAN inició una nueva etapa en su proceso de integración. No obstante la euforia que despertó este suceso, es necesario anotar que aún falta mucho camino por recorrer para que pueda hablarse de una verdadera unión aduanera andina. En efecto, el AEC se adoptó con un sinnúmero de excepciones, salvedades y disposiciones especiales, que en la práctica significan grandes disparidades en el nivel arancelario de los países."

IBARRA PARDO, Gabriel. "Regímenes de competencia y políticas de competencia en América Latina, con especial referencia al Grupo Andino". Centro de Formación para la Integración Regional/Trading Center for Regional Integration. -- [http://www.cefir.org.uy/www.cefir.org.uy] (20 ene. 1999).

"Los indiscutibles avances del proceso andino de integración, con la conformación de la Zona de Libre Comercio el 1 de febrero del presente año para cuatro de los cinco Países Miembros y la entrada en vigencia el próximo 31 de diciembre del Arancel Externo Común, lo que va a permitir es no sólo la creación de una unión aduanera sino también la consolidación del mercado ampliado, dan una nueva importancia a las normas sobre competencia dentro del Acuerdo de Cartagena."

CAKDFNAS, Manuel José. "Legislación sobre Competencia en el Acuerdo de Cartagena." Ponencia presentada en el Seminario sobre Políticas de Competencia y Comercio Exterior. Santa Fe de Bogotá, 16-17 junio de 1994. Informe archivado en la Secretaría General del Acuerdo de Cartagena.

Si bien hay etapas que deberían haberse plasmado, en la actualidad no tenemos una unión aduanera respecto del universo de partidas arancelarias ni un mercado común libre de aranceles o medidas de efecto equivalente¹⁰. Con miras al futuro y como meta se busca llegar a establecer un mercado común en la subregión, el cual incluso llegaría a relacionarse con el Mercosur¹¹ y de esta forma lograr establecer un gran mercado ampliado en Sudamérica.

En vista de lo expresado líneas arriba, podemos afirmar que la CAN es un proceso de integración económica que busca establecer un mercado común en la subregión; para lograrlo, el proceso debe pasar primero por las etapas de la zona de libre comercio y unión aduanera. Este proceso cuenta con personería jurídica internacional del tipo organización internacional de integración; ella está plasmada en el Tratado o Acuerdo de Cartagena, por el cual se creó el Grupo Andino (en mayo de 1969), y en acuerdos complementarios.

Al interior de la CAN, sus miembros han renunciado parcial y temporalmente a su soberanía, ya que han creado un ordenamiento jurídico supranacional¹², estableciéndose ciertos órganos e instituciones como parte del llamado Sistema Andino de Integración¹³ (como la Secretaría General y el Tribunal Andino de Justicia). Esta organización internacional de integración tiene una vocación supranacional y de permanencia.

El modelo que ha adoptado la CAN se asemeja al modelo que se ha venido desarrollando en Europa y que partió del establecimiento de tres Comunidades (EURATOM, CECA y CEE), proceso que también cuenta con órganos comunitarios y que le ha dado a la hoy llamada Unión Europea una personalidad jurídica internacional.

Para finalizar con la definición de la Comunidad Andina, debo señalar que su finalidad supranacional se extiende en el tiempo de manera indefinida, por lo que los fines iniciales del proceso (la creación de un mercado ampliado subregional) pueden ampliarse o modificarse. Al ser una organización internacional formada por la voluntad de los Estados, ellos pueden en algún momento acordar la formación de una unión económica, política y monetaria, como en la actualidad lo plantea la Unión Europea vía la emisión del euro como moneda europea y la constitución de un Banco Central Europeo.¹⁴

Como última reflexión, nos atrevemos a afirmar que así como Europa ha pasado por una serie de etapas y problemas (por ejemplo el llamado *dumping* intracomunitario aplicable a los Estados que se fueron incorporando a la Comunidad, como ocurrió con España y Portugal cuando estuvieron en el periodo de transición) en su trayecto para convertirse en lo que es hoy la Unión Europea (una unión económica - monetaria), la CAN también está pasando y pasará por varias etapas, afrontando problemas al igual que el modelo inspirador.

3. REGULACIÓN DEL DUMPING: DECISIÓN 283.¹⁵

A. NATURALEZA JURÍDICA DE LA NORMA

La CAN cuenta con el elemento de la supranacionalidad dado por sus órganos, instituciones y sobre todo por su normativa comunitaria (por lo que existe un solo ordenamiento jurídico supranacional y cinco ordenamientos nacionales, uno en cada Estado Miembro). La regulación en materia de *dumping* es una de las normas supranacionales.

¹⁰ Esto se ha debido sobre todo a las diferencias de políticas macroeconómicas existentes entre los miembros, por ejemplo, Colombia y Venezuela mantienen subsidios a su industria (subsidios que ya han sido abandonados por Perú y Perú, en contrapartida, no acepta un arancel externo común e incluso sigue cobrando derechos arancelarios a las importaciones en ciertas partidas.

¹¹ Como se viene esbozando en las reuniones de setiembre de 1998, se pretende la creación de una zona de libre comercio en el continente americano vía el ALCA, lo cual supondría unir no solo países americanos sino también bloques regionales como el CAN, NAFTA, MERCOSUR, MCCA y Caricom. Como primer paso se daría una zona de libre comercio entre la CAN y el Mercosur.

¹² La creación de un ordenamiento jurídico supranacional o comunitario supone que éste coexista con el ordenamiento jurídico nacional, la primacía del primero, su incorporación al Derecho nacional y sobre todo que la legislación comunitaria que se adopte, regule las relaciones económicas que se vayan dando al interior del mercado ampliado que se cree como consecuencia del proceso de integración.

Parte de la legislación comunitaria que se da para proteger el mercado ampliado son las normas referidas al *dumping* y a las restricciones a la competencia, en el caso andino son las Decisiones 283 y 285 que serán objeto de nuestro estudio en el presente capítulo (ahora incluso se ha dado la Decisión 456 que también comentaremos).

¹³ Sistema Andino de Integración, como lo señala el propio artículo 6 del Acuerdo de Cartagena vigente y en donde se señalan 13 órganos e instituciones, que no son los únicos, ya que el propio artículo no es taxativo sino abierto.

¹⁴ Si bien en el corto y mediano plazo no se observa el establecimiento de una unión económica y monetaria similar a la Europea (ya que en la actualidad se debe primero establecer la unión aduanera y el mercado común), puede plantearse que a nivel regional surja una Unión Económica en Sudamérica o en América; ello dependerá de las necesidades que se vayan a presentar y sobre todo de cómo vaya a evolucionar la implementación del euro en Europa.

¹⁵ Los comentarios en torno a la Decisión 283 deben ser concordados con los de la Decisión 456, norma comunitaria que modificó la regulación *antidumping*.

La presente tesis se empezó a redactar antes de la adopción de la Decisión 456, es por ello que hemos incluido un punto especial para desarrollar dicha norma comunitaria.

En la actualidad se encuentra vigente la Decisión 283 del 21 de marzo de 1991, norma que tiene su antecedente en la Decisión 230 (dada en diciembre de 1987), la misma que a su vez tenía su antecedente en las Decisiones 45 y 49 sobre distorsiones en la competencia y armonización de legislaciones sobre fomento industrial, las cuales también buscaban prevenir y corregir las distorsiones en la competencia. Éstas normas comunitarias plantean una regulación del comercio en la subregión, a fin de evitar distorsiones en los precios de los productos que son exportados (distorsiones causadas por subsidios o *dumping*).

La norma comentada busca regular las políticas de defensa de la competencia comercial, tanto contra agentes ubicados al interior de la subregión como agentes ubicados en terceros países que realizan prácticas de *dumping* y subsidios. Las prácticas condenadas perturbarían el libre comercio al interior de la subregión y por lo tanto no pueden ser permitidas, es por ello que deben ser reprimidas cuando se produzcan o incluso ante una situación de amenaza.

La naturaleza jurídica de la Decisión 283, al igual que otras decisiones expedidas por la Comisión, es la de una norma supranacional de aplicación subregional. Ella forma parte del Derecho interno de cada uno de los miembros (con las características de la primacía sobre la norma nacional e incorporación directa al ordenamiento nacional sin necesidad de ratificación interna). Esta norma representa el desarrollo de los marcos generales dados por los Tratados o Acuerdos celebrados por los Estados y que giran en función a los intereses supranacionales.

B. ANTECEDENTES Y SU RELACIÓN CON LOS ACUERDOS DE LA OMC

La materia del *dumping* no sólo es reglamentada en el marco de la integración subregional (como en el caso de la Decisión 283) sino que también es objeto de una regulación multilateral desarrollada en primer término por el GATT de 1947 y los respectivos Códigos *antidumping* dictados en las Rondas Kennedy y Tokio; estas normas en la actualidad han sido reemplazadas por el GATT de 1994 dictado a raíz de la Ronda del Uruguay y el Acuerdo especial o Código *antidumping* de 1994.¹⁶

Ante esta aparente dualidad, tanto en el plano subregional como en el multilateral, cabe preguntarse qué

normativa debe primar: la primera; la segunda, o si acaso existe una complementariedad entre ambas.

En el marco del GATT y de la OMC, los Estados se han comprometido a respetar los Acuerdos que se dicten para regular el *dumping* y añadirlos a su derecho interno. El Gobierno Central del Estado peruano (como consecuencia de la ratificación dada por el Congreso de los Acuerdos de la OMC aprobados en la Ronda Uruguay), vía el Ministerio de Economía y Finanzas, ha tenido que promulgar en el año 1997 un nuevo Decreto Supremo que regule esta práctica del comercio internacional, a fin de adecuarse a lo previsto en el Acuerdo OMC de 1994 y el Acuerdo *antidumping* del mismo año.

La Decisión 283, si bien recoge los conceptos de daño, valor normal y relación de causalidad, no se ha adaptado aún a los cánones dispuestos por el Acuerdo especial de 1994. En la norma andina no se han adoptado los criterios de determinación del *dumping* basados en la reconstrucción del precio, por adición o por sustracción, que sí establece el artículo 2 del Acuerdo sobre *dumping* de 1994. La Decisión tampoco ha señalado la duración de cinco años como máximo de los derechos *antidumping* impuestos, como lo establece el artículo 11 del Acuerdo.

La norma andina ha establecido sus propias reglas para el procedimiento administrativo *antidumping*, en forma supletoria se aplican otras regulaciones generales sobre los procedimientos administrativo y jurisdiccional ante la Secretaría General y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

La razón central para que existan diferencias entre la Decisión 283 y el Acuerdo de 1994 de la OMC se debe a que la primera es del año 1991 y no ha sido actualizada. Es la Decisión 456 la que sí se adecúa en parte a lo dispuesto por la OMC y el GATT de 1994, aunque también las infringe como veremos en otro punto.

Cada uno de los cinco miembros debe aplicar las normas *antidumping* de la OMC y su correspondiente regulación interna, la cual debe ser acorde con la multilateral. En el ámbito de la subregión se debe aplicar la Decisión 283 como regulación supranacional. Ambos tipos de normas deben estar supeditadas a lo dispuesto por el GATT y los Acuerdos de la OMC por ser normas internacionales y de carácter general.

¹⁶ El vigente acuerdo sobre *dumping* debe ser entendido como el llamado Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

C. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y SUPUESTOS

La Decisión 283 regula los supuestos de importaciones en condiciones *dumping* provenientes de terceros países (el supuesto de *dumping* entre miembros es regulado por la Decisión 456); es por ello necesario analizar el texto de la norma para determinar y explicar los supuestos en que es de aplicación.¹⁷

1. Primer Supuesto:

La empresa exportadora que realiza el *dumping* se encuentra ubicada fuera de la subregión andina (exportador no miembro) y comercializa sus bienes en alguno de los países de la subregión afectando (o amenazando dañar) la industria nacional del país miembro importador.

Ejemplo: Una empresa rusa productora de acero exporta sus bienes hacia el mercado del Perú, afectando o amenazando a la industria nacional peruana del acero.

La norma no señala (o establece) de manera clara una distinción entre el efecto comunitario y el nacional a fin de no confundir entre la aplicación de la Decisión 283 y la normativa nacional, resolviendo el problema de competencias.

2. Segundo Supuesto:

El bien exportado objeto del *dumping* debe ser objeto de la aplicación un arancel externo común por los países integrantes, la empresa exportadora que realiza el *dumping* debe encontrarse fuera de la subregión andina (exportador no miembro) y la comercialización (importación) del bien debe ser en varios países andinos (dos o más), dañando o amenazando dañar las industrias nacionales de los miembros importadores.

Ejemplo: Respecto de un bien debe existir a nivel de la Comunidad Andina una unión aduanera (arancel externo común), bien que hipotéticamente será el azúcar. Un productor brasileño exporta azúcar a precios *dumping* hacia los mercados de Colombia, Venezuela y Perú, países que tienen una industria azucarera (varios países miembros importadores); la importación del azúcar brasileña daña o amenaza dañar a las industrias nacionales de los países parte.

3. Tercer Supuesto:

En el penúltimo párrafo del artículo 2 de la Decisión se ha tratado de señalar una distinción entre los casos *dumping* con efecto comunitario y los de efecto restringido al plano nacional. Se ha dispuesto que en los demás casos (distintos a los supuestos A, B, C y D) podrá ser de aplicación la legislación nacional de cada país miembro.

La disposición legal facultativa posibilita que un caso de *dumping* que no se encuadre en alguno de los cuatro supuestos de la normativa supranacional puede ser sometido ante las autoridades comunitarias aplicando la Decisión 283; a pesar de que en principio la norma nacional sea la pertinente (facultad de someterlo ante el Indecopi o ante la Secretaría General de la CAN).

La norma comunitaria *antidumping* no exige que el sujeto activo del *dumping* cuente con una posición de dominio (dentro o fuera del mercado ampliado andino). Para llevar a cabo la práctica, no es necesario que el exportador cuente con una posición de dominio en su mercado de origen¹⁸, ni mucho menos que la detente en el mercado de destino. Las normas nacionales, los Acuerdos sobre la materia del GATT y el actual de la OMC tampoco exigen tales requisitos, ellos han opta-

¹⁷ "Artículo 2.- Los Países Miembros o las empresas que tengan interés legítimo, podrán solicitar a la Junta la autorización o mandato para la aplicación de medidas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia en el mercado subregional, derivadas del *dumping* o de los subsidios, en los siguientes casos:

- Cuando las prácticas originadas en el territorio de otro país miembro amenacen causar o causen perjuicio importante a la producción nacional destinada al mercado interno del país afectado;
- Cuando las prácticas originadas en el territorio de un país miembro amenacen causar o causen perjuicio importante a la producción nacional destinada a la exportación a otro país miembro;
- Cuando las prácticas originadas en un país de fuera de la Subregión amenacen causar o causen perjuicio importante a la producción nacional destinada a la exportación a otro país miembro; y,
- Cuando las prácticas originadas en un país 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 país miembro.

En los demás casos, podrán ser de aplicación las disposiciones reglamentarias nacionales de cada país miembro.

Para los efectos de esta Decisión, se entiende incluida dentro de la amenaza de perjuicio, el retraso sensible para la creación de una producción nacional."

Parte del texto de la Decisión 283. Página web oficial de la Comunidad Andina. Legislación. – [www.comunidadandina.org] (20 ene. 1999).

¹⁸ En el mercado de origen el exportador que hace el *dumping* puede contar con una posición de dominio o puede contar con un mercado protegido o en el cual el acceso de otros competidores sea difícil, como ocurre en los mercados asiáticos, en donde los productores nacionales son a su vez exportadores y cuentan con un mercado cerrado totalmente o de difícil acceso. En los países asiáticos las normas *antitrust* son deficientes o inexistentes, por lo que se favorece la discriminación internacional de precios entre los mercados domésticos y de destino en el exterior.

do básicamente por la diferencia de precios entre el valor de exportación y el valor en el mercado doméstico (valor normal) debidamente reconstruidos.

A pesar de que para probar la existencia de *dumping* no se requiere de una posición de dominio, la empresa que realiza dicha práctica (y que tiene sus efectos en alguno o algunos de los cinco países miembros) puede tenerla en su país de origen o en otros mercados externos respecto del mercado comunitario andino. En estos casos nos queda la duda de si la Decisión 283 es la pertinente, o si por el contrario es la 285 (ello lo precisaremos en otro punto).

4. REGULACIÓN DE LAS RESTRICCIONES A LA LIBRE COMPETENCIA: DECISIÓN 285

A. NATURALEZA JURÍDICA Y ANTECEDENTES

La Decisión 285 (al igual que la 283) es una norma supranacional que forma parte del ordenamiento jurídico de los países miembros de la CAN, y por lo tanto forma parte de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos o nacionales (en virtud de la incorporación directa, y goza de supremacía con relación a otras leyes, salvo las constituciones de cada uno de los miembros).

La regulación comunitaria *antitrust* tiene su origen y antecedente en la Decisión 230, en la cual no se hacía una distinción entre los distintos supuestos de distorsiones de la competencia: restricción a la libre competencia, restricción a las exportaciones y los supuestos de práctica desleal del comercio internacional o *dumping*.

La especialización de los supuestos de la Decisión 230 se logró al darse las Decisiones 283, 284 y 285 (la 284 regula las restricciones a la exportación impuestas o dadas por países miembros donde está ubicado el exportador, se trata de actos estatales que generan una restricción) para distinguir los distintos tipos de restricciones.

B. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Los supuestos establecidos en la Decisión 285 son las prácticas restrictivas de la libre competencia que se originen en la subregión o en las que intervenga una empresa que desarrolla sus actividades en uno de los países miembros. Como lo señala el artículo 2, dichas prácticas pueden darse vía prácticas concertadas, acuerdos restrictivos entre empresas (horizontales o verticales) o mediante actos de abuso de una posición de dominio llevado a cabo por una o varias

empresas (esta norma andina no prohíbe ni controla las fusiones).

Geográficamente, la práctica restrictiva sancionada por esta Decisión debe tener sus efectos en uno o en más países miembros, lo que significa que el efecto de la práctica debe ser comunitario (o mejor dicho sobre el mercado ampliado). Para entender mejor los supuestos de la Decisión analicemos un grupo de ejemplos hipotéticos:

- a. Una empresa dedicada a las telecomunicaciones, que tiene filiales y matriz en dos o más miembros, y que en cada país o en conjunto (a nivel subregional) cuenta con una posición de dominio y realiza una práctica predatoria, cometería una infracción comunitaria, independientemente de ser también una violación de la normativa a nivel nacional (ya que la legislación nacional de un país miembro podría condenarla también). Por primacía y subordinación, la norma supranacional sería la única norma aplicable en defecto de las normas nacionales.
- b. Un grupo de empresas que operan en uno de los países andinos (por ejemplo, Perú), celebran un acuerdo a fin de impedir que al mercado peruano ingresen, se distribuyan o comercialicen productos similares de origen comunitario (por ejemplo, colombiano).
- c. Una empresa con posición de dominio en Perú realiza en ese mercado una práctica de precios predatorios (o de ventas por debajo del costo total promedio, o *sale below cost*) que afecta el ingreso de productos similares importados desde otro país miembro, los mismos que por una mejor eficiencia son más baratos y competitivos (el ejemplo es el inverso al supuesto del artículo 2-A de la Decisión 283).

Como se puede observar, los ejemplos dados ponen de manifiesto que las prácticas restrictivas deben tener en común (para que sea de aplicación la norma supranacional) un efecto comunitario, ya que de lo contrario sólo es aplicable el ordenamiento jurídico nacional *antitrust* de un País Miembro.

Las prácticas restrictivas de la libre competencia comunitaria pueden ser respecto del comercio de bienes o servicios; incluyendo en el caso del comercio de bienes las operaciones de importación - exportación al interior de la zona de libre comercio, unión aduanera o el mercado común que se vaya a constituir en la CAN (en el último caso se trataría propiamente de

ventas y no importaciones, ya que es un comercio al interior de un mercado común).

Los supuestos de la Decisión no diferencian si la restricción a la libre competencia es respecto de bienes liberados o no liberados, la norma sólo toma en cuenta que los bienes se comercien en la subregión (vía venta, importación entre miembros con o sin pago de aranceles).

La Decisión *antitrust* es muy compleja y toma en cuenta muchos supuestos, sobre todo si se tiene en cuenta lo dispuesto en su segundo artículo.¹⁹ La norma incluso considera el caso de una empresa exportadora ubicada fuera de la región que realiza la práctica restrictiva de la libre competencia.

Como ya habíamos indicado, lo primordial para que la Decisión sea aplicable, es que el sujeto activo de la práctica restrictiva sea una empresa (o empresas) que opere en todo o una parte de la subregión andina (en uno o más países). De no existir un efecto comunitario la norma supranacional no sería la pertinente, la aplicable sería más bien la norma nacional del lugar donde se materializan los efectos restrictivos. El daño o perjuicio causado por la práctica puede haberse iniciado en un sólo país, pero si la amenaza del mismo se proyecta al resto de los países, entonces es correcto señalar la existencia de un efecto comunitario.²⁰

Los supuestos de la Decisión 285 se encuadran dentro de las normas *antitrust* que toman en cuenta el lugar de los efectos de la restricción independientemente de que su origen sea en el exterior de la subregión. La Decisión es

de aplicación para las empresas ubicadas en la subregión andina, y cuando los efectos restrictivos de las prácticas sea sobre todo o parte de la subregión.

No obstante lo señalado en el párrafo anterior, no entendemos cómo la norma comunitaria andina *antitrust* ha incluido entre sus supuestos los actos de empresas situadas o ubicadas fuera de la subregión y que operen en la misma o en una parte de ella vía sus exportaciones (dirigidas hacia la subregión), ello crea una confusión con los supuestos de la Decisión 283.

Existe un error en la norma, ya que las exportaciones de empresas ubicadas en países no miembros (que restrinjan la competencia e incluso busquen preñar las industrias instaladas en la subregión) sólo deben ser combatidas por normas *antidumping* supranacionales. La normativa *antidumping* es de aplicación para los casos de discriminación internacional de precios o ventas por debajo del costo (o ventas a pérdida) y en la medida que las exportaciones afecten o distorsionen la competencia a nivel subregional (efecto comunitario).

El caso de empresas ubicadas en el exterior dispuesto por la Decisión 285 sería un caso de *dumping* extra comunitario (un caso distinto es que un acuerdo restrictivo haya sido adoptado en el exterior y se ejecute en la subregión andina).²¹

La Decisión antimonopolio busca impedir los acuerdos o prácticas concertadas y los actos de abuso de posición de dominio; este segundo supuesto es el que nos interesa resaltar de manera especial ya que inclu-

¹⁹ "Artículo 2.- Los países miembros o las empresas que tengan interés legítimo podrán solicitar a la Junta la autorización o mandato para la aplicación de medidas para prevenir o corregir las amenazas de perjuicios o los perjuicios a la producción o exportaciones, que se deriven de prácticas restrictivas de la libre competencia que se originen en la Subregión o en las que intervenga una empresa que desarrolla su actividad económica en un país miembro.

Por origen en la Subregión se entienden las prácticas realizadas por empresas que desarrollan su actividad económica en uno o más países miembros. Por intervención de un país miembro se entiende la práctica llevada a cabo entre empresas que desarrollan su actividad económica en uno o más países miembros y empresas situadas fuera de la Subregión.

Quedan excluidas de la presente Decisión las prácticas que lleven a cabo una o más empresas situadas en un solo país miembro pero que no tengan efectos en la Subregión. En estos casos será de aplicación la legislación nacional respectiva.

Para los efectos de la presente Decisión, se entiende dentro de la amenaza de perjuicio, el retraso sensible para la creación de una producción."

Parte de la Decisión No. 285. Página web oficial de la Comunidad Andina Legislación www.comunidadandina.org. – [www.comunidadandina.org] (20 de enero de 1999).

²⁰ Como ejemplos de los efectos dañinos nacionales y comunitarios podemos citar los siguientes:

1. La empresa CARSA opera no sólo en Perú sino también en Colombia y Ecuador; por lo que si realiza una práctica de precios predatorios en Perú, la norma peruana (701) sería la aplicable, a menos que luego se estableciese que dicha práctica puede extenderse al resto de países donde opera.
2. La cadena de pollerías Mediterráneo sólo opera en Lima, y ni siquiera en el mediano plazo tiene planes de participar en el resto del mercado peruano, por lo que una práctica restrictiva con las otras pollerías a la brasa que operan en Lima no tiene un efecto comunitario de daño o amenaza del mismo; es por ello que solamente es de aplicación el Decreto Legislativo 701 como norma nacional.

²¹ Las normas tienen una vigencia restringida en función del tiempo y lugar, las normas *antitrust* deben tener una competencia territorial delimitada; sin embargo algunas legislaciones antimonopolio (como la legislación americana o incluso la peruana) buscan una aplicación extra-territorial ya que sancionan prácticas restrictivas que tienen su origen en un país distinto, por lo que surge el problema de cómo sancionar dichas prácticas. La solución está dada por tomar en cuenta el lugar de los efectos de la restricción a la libre competencia independientemente de su origen; el problema es la aplicación "extra-territorial" como solución forzada y ello ha tratado de ser suplido con la aplicación de las normas *antidumping*.

ye la práctica de precios predatorios y la discriminación de precios (más o menos similar al *dumping*).

Los actos de abuso prohibidos tienen las siguientes condiciones:

- a. La empresa (o empresas) debe gozar de una posición de dominio en el mercado (éste, geográficamente, comprende todo o una parte de la subregión) como lo señala el artículo 5 de la Decisión.
- b. El comercio de los bienes o servicios debe ser en el mercado ampliado subregional o en parte del mismo.
- c. El comercio debe efectuarse vía las siguientes operaciones: importación con arancel, importación sin arancel, prestación de servicio (interno o externo) o venta interna (dentro de un mercado común).
- d. El precio final de venta no llega a cubrir los costos totales de producción.
- e. La intención de predación de la industria competidora subregional.
- f. El agente predador (sujeto activo) debe operar económicamente en todo o parte de la subregión andina; incluso puede ser una empresa situada fuera de la misma.
- g. Los competidores, compradores o proveedores de la empresa (sujetos pasivos) que realiza el precio predatorio o acto restrictivo de la competencia deben estar ubicados en una parte de la subregión (ello se desprende del texto del artículo 3 cuarto párrafo).

Para determinar la existencia de abuso de una posición de dominio la norma comunitaria no precisa si la posición debe darse dentro o fuera del mercado ampliado. La inexactitud de la norma se debe a que en el segundo párrafo del artículo 2 de la Decisión se menciona el caso de empresas situadas fuera de la subregión, esto puede originar al menos dos situaciones:

- a. La empresa que realiza la práctica restrictiva de la libre competencia es una empresa exportadora ubicada en un tercer país no miembro, y en dicho país de origen o en un tercero tiene una posición de dominio.

- b. En la subregión opera la filial de una empresa transnacional, y a nivel subregional la subsidiaria (o subsidiarias) no cuenta con una posición de dominio, pero sí la tiene en el resto del mundo (en virtud de la matriz y otras subsidiarias ubicadas en el exterior).²²

Para concluir, debemos señalar que la Decisión 285 contiene amplios supuestos e incluso una cláusula general, ya que en su artículo 5 se proscriben no sólo las manipulaciones indebidas de los términos de comercialización (precio predatorio), sino también las prácticas de efecto equivalente (como se señala en el inciso F); por lo que el caso del subsidio cruzado estaría incluido en la prohibición. La amplitud (en cuanto a los supuestos regulados) de esta norma genera ciertas contradicciones con los supuestos de aplicación de la Decisión 283, pero ello será materia de análisis en el siguiente punto.

5. LA DECISIÓN 456: *DUMPING* INTRACOMUNITARIO

A. EXPLICACIONES GENERALES

El 04 de mayo de 1999 la Comisión de la CAN aprobó la Decisión 456 que busca prevenir o corregir las distorsiones de la competencia generadas por el *dumping* entre miembros de la CAN. Esta norma comunitaria deroga parcialmente la Decisión 283, por lo que ambas normas están vigentes.

La nueva Decisión, como lo señala su artículo 2, tiene su ámbito de aplicación para los casos de *dumping* entre miembros de la CAN. La norma prevé dos supuestos:

- a. Un exportador ubicado en un país miembro causa daño, con sus productos a precios *dumping*, a la producción nacional de otro país miembro.
- b. Un exportador de un país miembro causa daño a las exportaciones de otro país miembro. El mercado de destino de ambas exportaciones es también un país andino.

Los dos casos previstos por el artículo 2 de la Decisión 456 son los mismos que los supuestos A y B del artículo 2 de la Decisión 283. Los casos C y D (*dumping* originado en un país no miembro) del artículo 2 de la Decisión 283 siguen vigentes y regulados por dicha norma comunitaria.

²² Como ejemplo del segundo caso tendríamos una práctica de subsidio cruzado.

La razón principal para la aprobación de la Decisión 456 era adaptar la norma comunitaria sobre *dumping* a las modificaciones impuestas por el Código *antidumping* de 1994 de la OMC. Sin embargo, se ha hecho una distinción (para efectos del *dumping*) entre importaciones de miembros y no miembros, a las primeras les es aplicable la Decisión sobre *dumping* comunitario y a las segundas la Decisión 283.²³

B. INNOVACIONES DE LA DECISIÓN 456

Esta Decisión establece una regulación detallada del procedimiento *antidumping* comunitario, a diferencia de la Decisión 283 que establecía una regulación simple y sin entrar en mayores detalles. Para verificar los cambios en el procedimiento administrativo comunitario basta una comparación entre lo dispuesto por los artículos 10 a 19 de la Decisión sobre *dumping* y lo dispuesto en los artículos 24 a 63 de la Decisión sobre *dumping* intracomunitario.

- a. El artículo 25 ha detallado los datos de la solicitud de investigación, es decir, que los requisitos que exigía en la práctica la Junta (y ahora la Secretaría General) han sido dispuestos de manera expresa.
- b. El plazo de subsanación de admisibilidad de la denuncia o solicitud se ha reducido de 20 días hábiles a 10 días con un adicional de 5 días hábiles.
- c. Se ha establecido la regla del *dumping minimis* (tercer párrafo del artículo 27 de la Decisión); se ha optado por un volumen de importaciones *dumping* menor al 6% del total de las mismas. En el artículo 64 se establece que en los casos con márgenes de *dumping* inferiores al 5% no se impondrán derechos *antidumping*.
- d. Se ha establecido el plazo de 15 días hábiles para expedir la resolución que ordena abrir la investigación de *dumping*, plazo que se computa a partir de la resolución de admisibilidad (artículo 27). En la Decisión 283 el plazo era de 20 días hábiles pero computados desde la fecha de presentación.

Otro tema importante que ha sido regulado por la Decisión 456 es el de la confidencialidad de la información proporcionada. El artículo 63 de la nueva norma comunitaria ha establecido de manera expresa que toda información proporcionada a la Secretaría

General sólo podrá usarse para los fines de una investigación *antidumping*; es decir que dicha información no podrá ser compartida con los organismos nacionales de los miembros.

La nueva Decisión otorga a cualquier empresa objeto de una investigación de *dumping*, el derecho de que la información proporcionada sea para un propósito determinado y por lo tanto no pueda ser compartida con otros entes administrativos ni pueda ser usada en otro tipo de investigaciones, por ejemplo investigaciones de la Secretaría por prácticas restrictivas de la libre competencia.

El artículo 62 de la Decisión 456 establece que los funcionarios o expertos de la Secretaría General o de los países miembros que participen en una investigación por *dumping* intracomunitario son responsables por las infidencias que afecten la confidencialidad de la información proporcionada. Creo que se podría haber establecido una responsabilidad vicaria y solidaria de la propia Secretaría, independientemente de la existencia de una responsabilidad personal del funcionario o experto.

La nueva norma comunitaria, a comparación de la Decisión 283, ha otorgado legitimidad para solicitar una investigación por *dumping* no sólo a los países miembros y a la rama de producción nacional (individual o asociada), sino también a los importadores, consumidores y a los usuarios (artículo 5 de la Decisión 456). Los nuevos sujetos legitimados para denunciar ante la Secretaría General una práctica *dumping* entre miembros son: los países miembros, los productores nacionales, los exportadores, los importadores y las asociaciones de consumidores.

No obstante lo dispuesto en el artículo 5 al referirse a la legitimidad activa, el artículo 24 sólo hace referencia a la rama de la producción nacional (definida como el conjunto de productores nacionales por el artículo 7). La nueva Decisión contiene una aparente contradicción que debe ser interpretada, ya que no sólo la rama de la producción nacional está legitimada para denunciar. Al amparo del artículo 5, una pequeña asociación de consumidores podría presentar la solicitud e incluso un solo importador, ya que la norma no ha establecido un porcentaje de representación para estos casos. Estas dudas deberían ser aclaradas.

²³ En materia de subsidios o subvenciones estatales ocurre lo mismo, ya que a las exportaciones subsidiadas de terceros países les es aplicable la Decisión 283, mientras que a las exportaciones subsidiadas por miembros de la CAN les es de aplicación la Decisión 457. La Decisión 283 fue dada antes de la Ronda Uruguay, por lo que no ha tomado en cuenta el Acuerdo Antisubvenciones de 1994, mientras que la Decisión 457 se adapta en parte a este Acuerdo.

Se han establecido criterios para poder determinar el retraso importante en la creación de una producción nacional (artículo 23 de la Decisión 456). La Decisión 283 sólo señalaba criterios para determinar la amenaza de daño, pero no precisaba como se podía determinar el supuesto del retraso. Éste es un avance, debido a que se ha normado éste supuesto o causal, y se impide incurrir en arbitrariedades proteccionistas, so pretexto de la futura industria nacional a crearse.

Se ha ampliado la intervención de otras entidades distintas de las comunitarias. La Decisión 283 en su artículo 12 posibilitaba que la Junta solicitase información a los órganos de enlace (Vice Ministerios de Comercio e Integración de los países miembros); en cambio el artículo 33 de la nueva norma permite la participación de las oficinas nacionales especializadas. La nueva norma permite la participación de la Comisión de Fiscalización de *Dumping* y Subsidios del Indecopi que podría ser un órgano de apoyo de la Secretaría General.

La colaboración propuesta por la Decisión 456 incluye la posibilidad de recurrir a expertos de los países miembros, como lo señala el artículo 52 para la fase de la verificación de la información durante la investigación. Al amparo de la nueva Decisión, los funcionarios de las oficinas nacionales (por ejemplo funcionarios del Indecopi) podrían intervenir como colaboradores en una investigación de *dumping* entre miembros de la CAN.

Como forma de ahorro de recursos, considero que debe permitirse que los funcionarios nacionales puedan intervenir en los procesos administrativos comunitarios, ya que la CAN no cuenta con un numeroso personal como sí ocurre en la Unión Europea.

La intervención de personal de las oficinas nacionales en procedimientos comunitarios implica que ellos realizan una doble función. La primera función es en sus respectivas entidades nacionales (función estatal) y la segunda es una función comunitaria delegada para un propósito específico (lo que les confiere las prerrogativas de un funcionario comunitario frente a las empresas investigadas).

Por último, una innovación es la adopción de normas *anti circumvention* o anti elusión de los derechos *antidumping*, dispuestas en los artículos 74 a 76 que no habían sido previstas antes. El artículo 75 establece los casos en que ciertas operaciones de ensamblaje o montaje deben ser consideradas como formas de elusión del pago de los derechos *antidumping*.

C. CRÍTICAS A LA DECISIÓN 456

Como primera crítica cabe señalar que no sólo no se ha eliminado el *dumping* entre los miembros de la CAN, sino que incluso se ha dispuesto una norma comunitaria especial para regular dicha práctica (ya que la Decisión 283 será de aplicación para prácticas *dumping* originadas en países no miembros).

Las normas *antidumping* (nacionales o comunitarias) aplicadas al comercio entre los miembros de un proceso de integración deben ser sustituidas por normas *antitrust* comunitarias. La CAN ha debido optar por una sustitución de normas al igual que lo ha hecho la Unión Europea (modelo en el cual se inspiró la integración andina).

Una segunda crítica es respecto de las normas *anti circumvention*. El Acuerdo GATT de 1947, el GATT de 1994 y el Acuerdo *antidumping* de 1994 no han previsto el supuesto de la elusión, por lo que este tipo de disposiciones representan una clara contravención de las normas multilaterales. Con normas como la Decisión 456, la limitación al comercio ya no sólo sería vía derechos *antidumping* sino también vía investigaciones anti elusión.

Las normas *anti circumvention* representan un ejemplo de proteccionismo de las industrias nacionales, ya que pueden investigarse o “atacarse” las operaciones nacionales de ensamblaje, so pretexto de la elusión. La idea de su adopción no es original, por el contrario es una copia de normas similares que existen en la Unión Europea y en los Estados Unidos, quienes son usuarios tradicionales y “abusivos” de las normas *antidumping* en pro de una protección de sus industrias.

Una tercera crítica de la Decisión 456 es respecto del principio de trato nacional. Al mantenerse la figura del *dumping* intracomunitario en la CAN se viola el principio del trato nacional, ya que existe un procedimiento *antitrust* comunitario y un procedimiento *antidumping*, los que no sólo no son iguales sino que uno es más favorable. Una empresa ubicada en la subregión, en investigaciones *antitrust*, es tratada de una manera distinta en comparación al trato a un exportador denunciado en un proceso *antidumping* intra comunitario.

Un cuarto punto que quisiéramos tocar es el referido a la legitimidad concedida a las asociaciones de consumidores y a los importadores para solicitar investigaciones de *dumping*. Ello supone una violación de las normas del GATT y OMC sobre *dumping*

que no les conceden legitimidad activa a los consumidores ni a los importadores.

Creemos que en lugar de haberles otorgado legitimidad activa a los consumidores en los procedimientos *antidumping*, ha debido de otorgárseles legitimidad en los procesos de restricciones a la libre competencia. Lo señalado significa reconocer que las Decisiones 283 y 465 deberían ser reemplazadas, respecto del control del *dumping* intra comunitario, por los supuestos de la Decisión 285 (previas modificaciones, se debe optar por la sustitución de normas *antidumping* por normas *antitrust* comunitarias).

Otorgar legitimidad activa a las asociaciones de consumidores (sea en el país miembro de destino o en el de origen) es un exceso ilegal ya que las normas del GATT y el Código *antidumping* de 1994 (y los anteriores Códigos multilaterales *antidumping*) no permiten que los consumidores, individual o asociativamente, puedan solicitar el inicio de investigaciones *antidumping*. La CAN podría ser denunciada ante la OMC por alguno de los países miembros de incumplir la regulación multilateral, lo que originaría que la OMC le exija adecuar su regulación comunitaria a lo aprobado luego de la Ronda de Uruguay.

En el modelo andino era necesario adecuar la regulación *antidumping* comunitaria al nuevo Código multilateral de 1994 de la OMC, y es por ello que se aprobó la Decisión. No obstante lo señalado, la adecuación sólo ha sido respecto de dos supuestos de la Decisión 283²⁴, y no se han incluido los supuestos de *dumping* originado en el exterior del mercado ampliado de la CAN, es por ello que pueden presentarse los siguientes resultados:

1. La CAN no ha cumplido con la adecuación para el *dumping* originado en el exterior, por lo que puede ser denunciada a la OMC.
2. Se puede esperar que se vaya a dar una próxima modificación de la Decisión 283 y que tal modificación podría incurrir en los mismos errores y/o excesos en que ha incurrido la Decisión 456.

Resulta extraño observar que la Decisión 456 no estableció (de manera expresa) en alguno de sus artículos la facultad de realizar investigaciones de oficio por parte de la Secretaría General (la Decisión 283 tam-

co disponía de manera expresa dicha facultad); a pesar que el propio Código *antidumping* de 1994 permite investigaciones de oficio, de manera excepcional, y siempre y cuando las circunstancias lo ameriten.

Por las razones expuestas consideramos que la Decisión 456 debe ser eliminada y sustituida por una norma *antitrust* comunitaria que regule el comercio entre miembros al igual que ocurre en la Unión Europea. En caso que no se opte por una sustitución, debe darse una modificación sustancial en la Decisión 456, ya que estarían incumpliendo normas multilaterales dadas en el marco del GATT y la OMC.

6. CONTRADICCIONES COMUNITARIAS DE LA CAN EN MATERIA DE DUMPING Y RESTRICCIONES A LA LIBRE COMPETENCIA

A nuestro entender existen ciertas incoherencias de fondo en la legislación comunitaria andina en materia de normas *antidumping* y *antitrust* que a continuación iremos enumerando y explicando brevemente:

- a) Los supuestos de la Decisión 285 en materia de restricciones a la libre competencia son muy amplios e incluso toman en cuenta a empresas situadas en el exterior; por lo que habría coincidencias con el supuesto de *dumping* de países no miembros de la Decisión 283.
- b) La Decisión *antitrust* si bien prohíbe las prácticas restrictivas de la libre competencia, no faculta a la Secretaría General a imponer sanciones.
- c) La Decisión 285 no establece una lista de excepciones de prácticas restrictivas que pudiesen estar permitidas.
- d) Las Decisiones 283, 456 y la 285 no establecen la regulación comunitaria que debe estar vigente cuando se llegue al mercado común (eliminación de las normas *antidumping* y sustitución por normas *antitrust* respecto del comercio al interior del mercado común).
- e) Las Decisiones no han establecido una diferencia entre exportaciones entre miembros a precios *dumping* por parte de una empresa situada en uno de los países miembros y las efectuadas por una empresa que goza de posición de dominio en el mercado ampliado andino.²⁵

²⁴ Debe recordarse que la Decisión 283 no ha sido derogada totalmente, por el contrario coexiste con la vigente Decisión 456.

²⁵ En este caso se entendería que la norma aplicable por especialidad es sólo la Decisión 283 ya que sería un caso de *dumping* entre miembros independientemente que la empresa que realiza el *dumping* cuente con una posición de dominio (falta una mayor precisión en las normas). La confusión se puede explicar ya que las dos normas comunitarias toman entre sus supuestos los casos de exportación – importación entre miembros.

- f) Las tres Decisiones (283, 456 y 285) toman en cuenta el peligro o amenaza de perjuicio sobre la producción nacional (mercado interno del país afectado) o exportación entre miembros. Al respecto puede analizarse la similitud que existe entre los artículos 2 de la Decisión 285 y de la 283, y sobre todo compararlos con el artículo 2 de la Decisión 456.
- g) La Decisión 283 no prevé supuestos de elusión de los derechos *antidumping*, mientras que la Decisión 456 sí los prevé.
- h) Las Decisiones 283, 456 y 285 no establecen el deber de cooperación por parte de las Aduanas de cada país miembro para con la Secretaría General, en el sentido de obligarlas a brindar información sobre las condiciones de ingreso a cada país de las importaciones.
- i) La Decisión 283 debería adecuarse a los Acuerdos adoptados como resultado de la Ronda de Uruguay.

Por lo antes expuesto, afirmo que no existe una expresa y clara diferenciación entre los supuestos de la Decisión 283 y la 285; ya que para dichas normas existiría una aparente concurrencia de las prácticas de *dumping* y de abuso de posición de dominio. Como ejemplo de lo afirmado tenemos los casos de subsidios cruzados de mercados y productos vía importaciones entre miembros. Urge diferenciar los supuestos de las normas comunitarias *antitrust* y *antidumping* de la CAN.

7. ENTES COMUNITARIOS

La Comunidad Andina cuenta con dos órganos supranacionales (competentes tanto en materia de *dumping* como en los casos de restricciones a la libre competencia), los cuales deben actuar en función de los intereses comunitarios. Estos órganos son la Secretaría General y el Tribunal de Justicia Andino.

La Secretaría General (antes llamada Junta del Acuerdo de Cartagena) es la encargada de investigar las prácticas *dumping* y de restricción a la libre competencia; a su vez es la encargada de expedir la resolución final administrativa.

Para llevar a cabo su labor, la Secretaría cuenta con grupos o equipos de trabajo especializados en materia de *dumping* y libre competencia (denominados proyectos) que realizan en la práctica la labor administrativa de investigación, antes de que el Secretario Gene-

ral suscriba cada resolución. La Secretaría actúa principalmente por denuncias planteadas por las empresas que tengan interés legítimo o por uno de los países miembros de la Comunidad; aunque también puede intervenir de oficio, pero de manera excepcional.

La Secretaría General es la encargada de expedir la resolución administrativa que determine la existencia (o no) del *dumping* o de la práctica restrictiva, imponiendo los derechos *antidumping* u ordenando el cese o eliminación de las distorsiones a la libre competencia. La Secretaría no está autorizada a imponer sanciones a los sujetos activos de la práctica restrictiva.

La pluralidad de instancias administrativas estaría garantizada por la existencia del recurso de reconsideración. En la práctica, la Comunidad Andina no cuenta con dos instancias administrativas distintas, ya que quien resuelve la impugnación es la misma Secretaría General (claro que cabe la posibilidad de que la Secretaría revise sus conclusiones y pudiese cambiar toda o alguna parte de la resolución que dictó). El recurso de reconsideración no suspende la ejecución de la resolución administrativa, a diferencia de los recursos interpuestos en el ámbito administrativo nacional.

Contra lo resuelto por la Secretaría cabe interponer la acción de nulidad ante el órgano jurisdiccional comunitario, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. La acción debe ser planteada dentro del plazo de un año (plazo de caducidad) y para poder interponerla (legitimación activa) la resolución de la Secretaría impugnada debe causar perjuicio a las personas naturales o jurídicas accionantes y les debe ser aplicable (efecto directo).

La acción de nulidad debe sustentarse en alguna de las siguientes causales:

- a. violación directa de la ley;
- b. incompetencia del órgano comunitario;
- c. vicios de forma no subsanables;
- d. error de hecho o de derecho de los organismos comunitarios, y
- e. desviación de poder.

En los procesos administrativos comunitarios sobre *dumping* y restricciones a la libre competencia la causal de errores de hecho o de derecho sería la más empleada, ya que se deben analizar pruebas para determinar las acciones anticompetitivas prohibidas, los daños y la relación de causalidad.

El Tribunal actúa en función de los intereses comunitarios y sus fallos son de obligatorio cumplimiento

por los Estados y partes involucradas (incluyendo a los órganos comunitarios como la Secretaría General), por lo que existe una distinción entre los intereses nacionales y los supranacionales. Los fallos del Tribunal buscarán que se tutelen los fines del proceso de integración y se cumplan las normas comunitarias.

Otra gran ventaja del Tribunal es la de contar con profesionales de alto nivel académico y reconocido prestigio, quienes provienen de todos los Estados miembros. El Tribunal cuenta con autonomía e imparcialidad y sobre todo, es un órgano jurisdiccional especializado y permanente (órgano que tendrá un rol importante en el ámbito comunitario, ya que interpretará las normas y resolverá las controversias que pudieran surgir al interior de la Comunidad).

A diferencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal de la CAN no cuenta con una pluralidad de instancias jurisdiccionales ya que no ha previsto, por ejemplo, un recurso de casación, por lo que el fallo del Tribunal de Justicia de la CAN es inimpugnable.

8. EL CASO PERUANO

A. REGULACIÓN NACIONAL DEL DUMPING

La regulación del *dumping* en el Perú tiene distintas fuentes que enumeraré en orden jerárquico:

- a. La Constitución Política de 1993 (artículo 61 primer párrafo).
- b. Los Acuerdos de la OMC en materia de *dumping* (aprobados por la Resolución Legislativa 26362 del 18 de diciembre de 1994), en especial el Acuerdo por el que se crea la OMC y el Acuerdo *antidumping* de 1994.
- c. El Decreto Legislativo 668 (artículo 15).
- d. El Decreto Ley 25868 (del 24 de noviembre de 1992) y el Decreto Legislativo 807 (del 18 de abril de 1996).
- e. Los Decretos Supremos 133-91-EF (del 13 de junio de 1991), 051-92-EF (del 14 de marzo de 1992) y 043-97-EF (del 29 de abril de 1997).

La primera de las normas establece que la libre competencia debe ser supervisada y promovida por el Estado; es por ello que deben combatirse las prácticas que la limiten al igual que los casos de abuso de una posición de dominio.

La norma constitucional prevé expresamente las prácticas de concentraciones y abusos de posición de dominio; indirectamente la norma condena todo tipo de práctica que limite la competencia, entre estos casos podríamos considerar las discriminaciones de precios y exportaciones a precios *dumping*. También debe subrayarse lo dispuesto en el artículo 65 de la Constitución, norma que busca garantizar el interés de los consumidores.

El Decreto Legislativo 668 fue la primera norma que de manera expresa (en su artículo 15) señalaba la prohibición de las prácticas de *dumping*, y establecía que ellas no serían aceptadas en el comercio internacional y serían contrarrestadas vía la imposición de los derechos *antidumping*. Esta norma resume las disposiciones establecidas en el Acuerdo GATT de 1947 (éste Acuerdo prohibía las prácticas de *dumping*).

El Decreto Supremo 043-97-EF es de aplicación a las importaciones provenientes de países miembros de la OMC, y fue dictado para que la legislación nacional se adecuase a lo dispuesto por el Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VI del GATT de 1994 (Código *antidumping* de 1994). La norma busca reglamentar los Acuerdos multilaterales sobre *dumping*, subvenciones y medidas compensatorias de 1994²⁶.

El Decreto Supremo 133-91-EF (y su modificatoria, Decreto Supremo 051-92-EF) sigue estando en vigencia y sólo es de aplicación para los procedimientos *antidumping* seguidos contra importaciones provenientes de países no miembros de la OMC. Esta norma fue dada antes de la suscripción de los Acuerdos de 1994, razón por la cual no puede ser aplicada a los integrantes de la OMC.

Si bien en materia *antitrust* existe una norma con rango de ley (el Decreto Legislativo 701), en materia de *dumping* la normativa nacional no tiene esa jerarquía, salvo que se considere la Resolución Legislativa 26362 por la que se incorporaron a la legislación nacional los Acuerdos de la OMC, ya que el Decreto Legislativo 668 sólo contiene un artículo (el 15) que prohíbe el *dumping*. Los Decretos Supremos que regulen la materia *dumping* deberían ser normas con rango de ley, así como ocurre con las normas *antitrust* nacionales.

Además de lo antes indicado, debe subrayarse que la regulación *antidumping* nacional no ha dispuesto (de manera expresa) que ella no sea de aplicación para las importaciones provenientes de países miembros de la

²⁶ Las leyes, reglamentos y procedimientos en materia de *dumping* antes de la dación del Decreto Supremo 043-97-EF (por ejemplo el Decreto Supremo 133-91-EF) no eran compatibles con los acuerdos multilaterales GATT dictados en 1994 luego de la Ronda de Uruguay.

CAN²⁷ (los cuales incluso son miembros de la OMC). En virtud de la supranacionalidad (primacía y efecto directo de aplicación) la Decisión 456 es la única norma aplicable para los casos de exportaciones en condiciones *dumping* entre los miembros andinos.²⁸

B. REGULACIÓN NACIONAL DE LAS RESTRICCIONES A LA LIBRE COMPETENCIA

En el ámbito nacional las normas que regulan las restricciones a la libre competencia se pueden dividir en un nivel constitucional y legislativo. En el primer caso tenemos el artículo 61 concordante con el 65 de la Constitución Política del Perú de 1993; en el segundo contamos con el Decreto Legislativo 701 y sus modificatorias (Decreto Ley 25868, Decreto Ley 26004, Decreto Legislativo 788 y Decreto legislativo 807).

Los artículos 61 y 65 de la Constitución buscan proteger a los consumidores y asegurar que al interior del mercado peruano no se den situaciones de abuso de posiciones de dominio ni se limite la libre competencia.

El Decreto Legislativo 701 y sus modificatorias regulan el procedimiento *antitrust* en el ámbito nacional, prohibiendo y sancionando los actos que restrinjan la libre competencia tanto en materia de comercio de bienes como de servicios. La norma no lo señala de manera expresa, pero implícitamente hace referencia a prácticas llevadas a cabo en el ámbito nacional o provincial.

El Decreto Legislativo 701 combate de manera expresa los actos de abuso de una posición de dominio, los acuerdos o concertaciones restrictivos de la competencia, y de manera general se combaten todos aquellos actos o conductas que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia (como lo dispone el artículo 3). A pesar de la amplitud de supuestos (si se tiene en cuenta la disposición de casos de efecto equivalente del inciso J del artículo 6), la norma nacional *antitrust* no combate las concentraciones o fusiones que restrinjan, limiten o distorsionen la libre competencia.^{29 30}

Debemos resaltar que el Decreto Legislativo 701 no establece un criterio para diferenciar entre la aplicación de la normativa nacional o la comunitaria; tampoco establece el caso de concurrencia de los dos tipos de normas si es que esta situación se presentara (lo que podría darse si se tiene en cuenta la coexistencia de los ordenamientos jurídicos nacional y comunitario).

C. ENTE NACIONAL COMPETENTE

Los procedimientos nacionales *antidumping* y *antitrust* tienen dos etapas, la administrativa y la judicial, la primera de ellas está a cargo del Indecopi y la segunda a cargo del Poder Judicial.

El Indecopi cuenta con dos instancias administrativas, la primera a cargo de la Comisión de Fiscalización de *Dumping* y Subsidios (en adelante CFDS) para los casos de *dumping* y la Comisión de Libre Competencia (en adelante CLC) para los casos *antitrust*. La segunda instancia, para ambos casos, está a cargo del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala de Defensa de la Competencia.

La CFDS es la encargada de iniciar las investigaciones contra prácticas *dumping* (sea por denuncia de parte o de oficio cuando medie interés nacional), determinar la existencia de esta práctica, y a su vez es la encargada de resolver la imposición o no de derechos *antidumping* (provisionales o definitivos). La CFDS es un órgano colegiado compuesto de seis miembros, goza de autonomía técnica y funcional, y cuenta con una Secretaría Técnica (conforme lo dispone el artículo 19 del Decreto Ley 25868, modificado por el Decreto Ley 26116 y los Decretos Legislativos 788 y 807) para realizar sus labores.

En materia de restricciones a la libre competencia, la CLC es la encargada de iniciar las investigaciones y determinar la infracción de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Legislativo 701 y sus modificatorias. La CLC cuenta, al igual que la CFDS, con seis miembros y una Secretaría Técnica, pudiendo actuar tanto por denuncia de parte como de oficio.

La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal es el órgano encargado de resolver el recurso de apela-

²⁷ Los cuales ahora sólo son cuatro, aparte del Perú (Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela), pero cuyo número podría ampliarse si se tiene en cuenta que en 1999 se está voceando el ingreso de Panamá a la CAN.

²⁸ Tal precisión normativa debería de hacerse respecto del supuesto de importaciones entre miembros de la CAN (con o sin el pago de aranceles).

²⁹ De manera taxativa o expresa el Decreto Legislativo 701 no ha sancionado ni prohibido la práctica del subsidio cruzado de productos, servicios o mercados) pero se puede interpretar que dicha práctica estaría prohibida en virtud del inciso J del artículo 6.

³⁰ La norma no dispone, de manera expresa, casos excepcionales que pudiesen ser permitidos a pesar de ser acuerdos o concertaciones, por ejemplo alianzas empresariales en materia de investigación y desarrollo tecnológico que redunden en provecho de los consumidores.

ción y de expedir la última y máxima resolución en la vía administrativa. Para recurrir a la etapa judicial vía el proceso de impugnación de resolución administrativa, es necesario haber agotado la vía administrativa.

La etapa judicial se desarrolla en dos instancias: la Sala Civil, y la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República. Se recurre a esta etapa vía la acción contencioso administrativa de impugnación de la resolución expedida por la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi. La acción se tramita como proceso abreviado conforme lo disponen los artículos 540 y siguientes del Código Procesal Civil, siendo la primera instancia la Sala Civil y la segunda instancia la Sala Constitucional y Social (luego de interponer el recurso de apelación).

En el proceso judicial se busca la declaración de invalidez o ineficacia de la resolución administrativa expedida, para lo cual se revisa que se haya cumplido con lo dispuesto por la ley de la materia (aplicación correcta y debida de las normas de derecho material). También se revisa si se han respetado las garantías y formalidades del procedimiento administrativo (que no se hayan cometido errores de forma ni violaciones del derecho del administrado).

D. FINALIDADES DE LAS NORMAS NACIONALES

Las normativas antes indicadas tienen un alcance nacional y buscan proteger la competitividad al interior del mercado peruano, tanto entre los productores nacionales (prácticas restrictivas de la libre competencia) como entre ellos y los productores extranjeros (prácticas de *dumping*).

Estas normas buscan proteger a los consumidores o demandantes de los actos de los productores ofertantes (por ejemplo, protección contra precios predatorios). De manera indirecta, ellas buscan garantizar que cada empresa ofertante (productor nacional, importador o exportador) pueda competir en el mercado peruano. En el caso particular de las normas *antidumping* ellas principalmente buscan proteger la industria nacional.

Las normas peruanas, *antitrust* y *antidumping*, tienen un ámbito nacional de aplicación y comprenden las prácticas que se lleven a cabo en todo o parte del

territorio peruano (por ejemplo prácticas restrictivas que se lleven a cabo en la zona de selva del Perú, que sólo se lleven a cabo en Lima, o importaciones que tengan como destino final el Perú). Al ser el Perú parte integrante de la CAN, es importante establecer cuando es aplicable la norma nacional y cuando lo es la norma comunitaria, a fin de evitar conflictos de aplicación.

En materia *antitrust*, las normas nacionales serán de aplicación cuando la restricción a la libre competencia sólo tenga efectos sobre el mercado peruano o una parte del mismo, sin que exista la amenaza o potencialidad de que este efecto pueda extenderse al resto del mercado ampliado andino. Los miembros del CAN continúan teniendo soberanía y en virtud de ella sus leyes nacionales surten efectos y se basan en sus intereses particulares.³¹

Determinar el alcance de la práctica restrictiva de la libre competencia o de la práctica *dumping* (efecto comunitario o nacional) no es fácil, si se tiene en cuenta que un caso de amenaza de daño a nivel comunitario puede ampliar los efectos de la práctica y por que no sólo existe un interés nacional.

Un ejemplo de lo señalado es el caso de una práctica llevada a cabo primero en un solo país, y sancionada bajo su ley nacional; luego la misma práctica (con el mismo sujeto activo) se extiende al resto del mercado ampliado, por lo que interviene el órgano comunitario. El caso descrito sería el de una concurrencia de normas nacionales y comunitarias.³²

9. COMPARACIÓN DEL MODELO ANDINO Y EL PERUANO: PARALELISMO O CONTRADICCIÓN

Los modelos andino y peruano de regulación *antitrust* y *antidumping* representan una coexistencia de ordenamientos jurídicos. Las diferencias son relativas a los ámbitos de aplicación y competencia de cada normativa.

En materia *antidumping* la propia Decisión 283 señala taxativamente sus supuestos; pero paradójicamente es la norma comunitaria la que dispone la facultad de optar por la norma comunitaria para los casos en que

³¹ En un proceso de integración las normas nacionales deberían guardar cierta armonía y homogeneidad; pero ello no impide que cada Estado miembro pueda optar por tener una legislación distinta en materia *antitrust* o no tenerla (Perú, por ejemplo, ha optado por no prohibir ni limitar las fusiones de empresas como práctica *antitrust*); lo recomendable es que las regulaciones comunitarias y nacionales *antitrust* existan y se tengan puntos o principios comunes (condenen el mismo tipo de prácticas aunque el procedimiento sea distinto).

³² Al respecto Luis Cases Pallares en su libro "Derecho administrativo de la defensa de la competencia", en las páginas 62 a 71 nos explica el fenómeno de la coexistencia de las normas nacionales y comunitarias (vía las teorías de la barrera única, doble barrera, interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades y la coexistencia de una dualidad de sanciones).

es de aplicación la norma nacional, con ello se crea una dualidad de normativas.³³

Las normas nacional y comunitaria en materia *antidumping* tampoco han previsto los casos en que se inicie un procedimiento nacional por exportaciones provenientes de terceros países (por ejemplo, exportaciones de Brasil hacia Perú), y luego de culminado el procedimiento administrativo peruano se inicie un procedimiento comunitario por considerar que las exportaciones brasileñas tienen un efecto sobre el mercado ampliado.

La coexistencia de entes adquiere mayor interés, si es que en un caso hipotético las resoluciones administrativas dictadas (nacional y comunitaria) difieren en su parte resolutoria: una considera que existe *dumping* y la otra no lo ha determinado; en estos casos cabe preguntarse qué resolución debe primar en caso de ser contradictorias.

El modelo de integración andino no ha optado por la eliminación de los derechos *antidumping* para las importaciones entre miembros (independientemente de que exista o no arancel o una unión aduanera). El *dumping* intra comunitario representa una restricción a la libre circulación de bienes al interior del mercado ampliado y el incumplimiento del principio de trato nacional al interior del proceso de integración.

En materia de restricciones a la libre competencia, la distinción entre los ámbitos de aplicación de la Decisión 285 y del Decreto Legislativo 701 es clara, ya que el artículo 2 de la Decisión señala que ella no es de aplicación para los casos en que la restricción a la libre competencia tenga efectos en un solo país. La legislación nacional sería de aplicación cuando el efecto de la restricción se limite a un solo país o parte del territorio de ese país.

A pesar de lo indicado en el párrafo anterior subsiste un problema, el caso de las amenazas de perjuicio. Una práctica restrictiva de la libre competencia puede iniciarse en un solo país, pero en el corto o mediano plazo la práctica puede extenderse a toda o parte de la subregión; surge entonces la pregunta de qué hacer en esos casos. Un órgano nacional como el Indecopi (o el Osiptel en materia de telecomunicaciones) puede iniciar una investigación y en el curso de la misma detectar las futuras implicancias supranacionales de la práctica que se ha iniciado en Perú y que amenaza extenderse al mercado ampliado andino.

Ni en la norma comunitaria ni en la nacional se ha establecido la obligación o prerrogativa del órgano nacional de un país miembro de suspender o archivar el proceso administrativo nacional y notificar a la Secretaría General para que inicie investigaciones por una práctica *antitrust* comunitaria, o en todo caso sea ella la que diga que la práctica no tiene efectos comunitarios.

La coexistencia de ordenamientos jurídicos nacionales y comunitarios supone que se pueda presentar el siguiente caso:

Una práctica restrictiva de la libre competencia es primero investigada y sancionada por un órgano nacional competente (el Indecopi). Luego de haber culminado el proceso nacional, a nivel comunitario se inicia un nuevo procedimiento por infracción de la norma *antitrust* comunitaria; en éste caso surge la duda de si cabe una doble sanción o si sólo debe optarse por una (en el segundo caso podría interponerse la excepción de procedimiento administrativo previo). La respuesta a éste problema debería de estar dada por la regulación comunitaria, o en todo caso por una sentencia del Tribunal Comunitario que interprete la norma.

Para finalizar con este punto debemos resaltar dos problemas que hemos detectado tanto en materia de *dumping* como *antitrust*. El primero es que los supuestos de los artículos 2 de las Decisiones 456 y 285, representan casos en los cuales convergen ambas normas.

El segundo problema es que ni las regulaciones nacionales ni las comunitarias han previsto cuál va a ser la regulación que regirá entre los miembros del CAN cuando se haya alcanzado la fase del mercado común andino. Al constituirse un mercado común en la CAN, no cabe la figura del *dumping* intra comunitario ya que entre los miembros hay un intercambio comercial, pero no vía importaciones – exportaciones sino vía venta interna (como ocurre hoy en la Unión Europea).

10. PROPUESTA NORMATIVA PARA LA COMUNIDAD ANDINA Y SUS MIEMBROS.

A. ELIMINACIÓN DE NORMAS ANTIDUMPING Y SUSTITUCIÓN POR NORMAS ANTITRUST

Luego de haber analizado distintos modelos de integración, nosotros proponemos los siguientes cambios para el ordenamiento comunitario de la CAN:

³³ "Artículo 2.-

....En los demás casos, podrán ser de aplicación las disposiciones reglamentarias nacionales de cada país miembro...".
Extracto del artículo 2 de la Decisión 283. Op cit.

1. La eliminación de las normas *antidumping* al interior de la Comunidad Andina (comercio intra zona).
2. La adopción de normas *antitrust* comunitarias para el comercio entre países miembros de la Comunidad (importaciones o ventas internas, en el comercio intra zona) tomando en cuenta lo indicado en los puntos 2.4.3 y 2.4.4.
3. La adopción de una normativa *antidumping* comunitaria frente a las importaciones de terceros países (comercio extra zona).
4. El mantenimiento de las legislaciones nacionales en materia de restricciones a la libre competencia, únicamente para los casos en que no tengan efectos comunitarios (comercio intra país).
5. No propongo que se mantengan las normas nacionales *antidumping* ya que ellas serían reemplazadas por la norma comunitaria, incluso para importaciones que tuviesen como destino un solo país miembro.

Como ya había señalado al analizar los fines de ambos tipos de normas, en los procesos de integración se debería optar por la eliminación del *dumping* ya que al interior del mercado ampliado debe materializarse una libre circulación de bienes. El mantenimiento de las actuales normas afecta no sólo la libre circulación sino también el principio de trato nacional, el cual debe regir las relaciones comerciales al interior de un mercado ampliado.

Los miembros de la CAN han decidido proteger su industria nacional, en lugar de que todos opten por proteger las industrias comunitarias respecto de importaciones de terceros países.

La razón para una "protección" respecto de exportaciones provenientes de terceros países, se debe a que estos países tienen condiciones macroeconómicas distintas de los miembros de la Comunidad, e incluso políticas comerciales y de competencia distintas. En Corea del Sur, Indonesia, Malasia, Bangladesh y China existen condiciones que favorecen la realización del *dumping*, ya que esos Estados no cuentan con

normas *antitrust* (o si las hay son deficientes) por lo que no se posibilita un libre ingreso de terceros exportadores, dándose situaciones de abuso de posición de dominio.

Dada la diferencia de objetivos y supuestos, algunos autores consideraban que las normas *antitrust* no podían reemplazar a las normas *antidumping*, ya que las primeras, en el caso particular del precio predatorio, toman en cuenta la intención de reducir o eliminar al competidor, intención que no necesariamente está presente en las prácticas desleales del comercio internacional.

Las normas *antidumping* no toman en cuenta, a diferencia de las normas sobre restricciones a la libre competencia, el hecho de si el exportador detenta o no una posición de dominio (en el exterior o en el mercado importador). No obstante las diferencias, ambas normas tienen en común la exigencia de una relación de causalidad, acción del agente y daño (o amenaza de daño) a los competidores.

En un proceso de integración los fines de protección de la industria nacional perseguidos por las normas *antidumping* deben ser cambiados por una protección de las industrias comunitarias, con relación a las importaciones de la extra zona (provenientes de terceros países no miembros, quienes tienen realidades macroeconómicas distintas a la de los miembros). La adopción de normas comunitarias, contra prácticas como el *dumping*, otorgaría también una perfecta protección³⁴.

La salvaguardia otorgada por las normas antimonopolio (comunitarias en el caso de los procesos de integración) beneficia no sólo a los consumidores sino también a los competidores (ofertantes o productores) ante situaciones de daño o amenaza inminente de daño. Dicha tutela es similar a la proporcionada por las normas *antidumping*, con la diferencia de que las normas *antitrust* buscan la eficiencia y competitividad, mientras las segundas pueden ocultar sobre-proteccionismos.³⁵

En vista de la amplia protección de las normas *antitrust*, planteo que al interior de la CAN las normas

³⁴ Dentro de un proceso de integración se deben reducir o eliminar las restricciones a la libre circulación de bienes, por lo que se deben eliminar los derechos *antidumping* respecto de las importaciones sin arancel que se den entre los miembros.

Una protección de las industrias comunitarias por medio de normas supranacionales contra *dumping* extra zona es también buena para las industrias nacionales, ya que al protegerse al mercado ampliado indirectamente se protege al mercado nacional. La protección directa de las industrias nacionales se puede dar al mantener legislaciones nacionales en materia de *dumping* sólo respecto de importaciones de terceros países que tengan únicamente efectos nacionales y no comunitarios.

³⁵ La teoría de los efectos de las prácticas anticompetitivas explica cómo las normas *antitrust* pueden ser aplicadas ante situaciones de amenaza de daño inminente, sin esperar que el daño a los competidores se produzca.

antidumping nacionales sean sustituidas por una normativa comunitaria sobre restricciones a la libre competencia; además, planteamos la eliminación de la Decisión 456. La adopción de nuestra propuesta tutelaría el comercio al interior del mercado ampliado, el sistema económico, a los consumidores comunitarios y también a los productores.

Las normas *antitrust* comunitarias modificadas condenarían los siguientes actos:

1. Abusos de posición de dominio.
2. Discriminación de precios.
3. Subsidios Cruzados.
4. Prohibiciones de acuerdos restrictivos (concertaciones).
5. Control de fusiones, asociaciones y acuerdos similares.

Los casos de abuso de posición de dominio, prohibiciones de acuerdos restrictivos y control de fusiones son típicos ejemplos de prácticas restrictivas, incluso los dos primeros han sido tomados en cuenta por la Decisión 285 (artículos 4 y 5). El caso de las fusiones no ha sido tomado en cuenta por la Comunidad Andina y debería ser considerado en una futura reforma³⁶.

Una norma supranacional que regule el supuesto de discriminaciones de precios (similar a la Ley Robinson de la legislación norteamericana) buscaría proteger el comercio al interior de la zona o mercado ampliado. Este tipo de regulación opta por un análisis precios de venta en función del costo variable promedio y costo total promedio. Tomar en cuenta los elementos del

precio de cada bien o servicio es mucho más objetivo ya que no toma en cuenta el elemento subjetivo de la intención de predación.

Los supuestos de discriminaciones de precio se justifican para los casos en que el agente activo aprovecha su posición respecto de los distintos clientes con los que se relaciona, a algunos les vende en ciertas condiciones, generando ganancias, y a otros les vende a pérdida (o incluso generando ganancias en ambos grupos, pero diferenciando el precio). La excepción para no sancionar esta práctica sería si la empresa no cuenta con una posición de dominio en un mercado (nacional, nacionales o ampliado).³⁷

Como parte de la sustitución, la normativa antimonopolio de la CAN incluiría los casos de discriminaciones internacionales de precios efectuadas por empresas y que afecten el comercio entre miembros, cuando el precio final no cubra los costos totales promedio y exista una posición de dominio en todo o parte del mercado ampliado, o en algún mercado del exterior.³⁸

Ante los problemas señalados en los párrafos anteriores, una opción es retomar la posición objetiva de las normas *antidumping* que toman en cuenta el análisis de los precios; pero permitiéndole a la empresa investigada demostrar que no detenta una posición de dominio (en este caso ya no sería sancionada).^{39 40} Esta posición no impide que se dicten medidas cautelares antes de finalizar con la investigación, siempre que existan indicios razonables de un abuso de la posición en el mercado.

³⁶ Una fusión en líneas generales es un acuerdo (el acuerdo de las juntas de socios de las empresas, por medio del cual deciden fusionarse). Si se combaten los acuerdos restrictivos deben combatirse también las fusiones, ya que de lo contrario los agentes optarían por legalizar sus acuerdos restrictivos vía la salida de la fusión.

Otro punto que debe ser tomado en cuenta es que las fusiones pueden dar lugar a una posición de dominio, la cual luego sería más difícil de controlar bajo las reglas del abuso.

Si las empresas productoras de café en la subregión andina deciden fusionarse, ello les permitirá ser más competitivas hacia el mercado exterior en donde compiten con terceros países; pero en los lugares de importación podrían ser acusadas de hacer *dumping*, ya que en sus mercados nacionales (o subregionales) cuentan con posiciones de dominio que les permiten exportar a precios distintos del valor normal (como una de las explicaciones).

³⁷ Las normas *antidumping* sancionan todo tipo de discriminación internacional de precios, hechas por empresas que cuenten o no con una posición de dominio.

³⁸ Determinar la posición de dominio no es fácil cuando se aplican las normas nacionales *antitrust*, mucho más difícil es determinarla en un mercado ampliado o en parte de él. La empresa que realiza la discriminación de precios en el comercio entre miembros puede basarse en una posición de dominio originada en un mercado ubicado en el exterior del mercado ampliado o contar con dicha posición respecto de otro producto (como el caso del subsidio cruzado de productos o del tipo mixto).

³⁹ Otra razón puede ser la de querer aumentar su porcentaje en el mercado sin llegar a la posición de dominio.

⁴⁰ Un caso donde podría aplicarse la discriminación de precios es para los bienes de consumo suntuario, por ejemplo autos de lujo. En un mercado de automóviles compiten diversas marcas; pero el rubro autos de lujo es un mercado relevante distinto en donde hay pocas marcas; por lo que una marca como Mercedes Benz (vía sus representantes nacionales en los 5 países de la CAN) decide vender por debajo de su costo promedio total no cubriendo parte de los costos variables o los costos fijos promedio, de esa forma logra eliminar a sus competidores directos: Volvo y BMW.

El mercado de autos de lujo es muy reducido en comparación con el mercado total de automóviles, uno es un mercado muy general y el otro es uno particular.

Es difícil definir la posición de dominio, por lo que en el caso de las discriminaciones internacionales de precios partimos de la base de que dicha práctica es condenable siempre que no se demuestre que la empresa objeto de la investigación tenía una posición de dominio.

Si una empresa vende a pérdida (luego de que la autoridad administrativa comunitaria o nacional ha investigado los costos variables y fijos de la empresa), ello representa una situación de ineficiencia, ya que ocurriría alguna de las siguientes consecuencias:

1. La empresa realiza dicha práctica porque cuenta con una posición de dominio que le permite realizarla (precio predatorio, discriminación de precios o subsidio cruzado).
2. En el corto o mediano plazo la empresa va a quebrar ya que no podrá cubrir las pérdidas acumuladas (si es que la empresa continúa con resultados negativos al no cubrir los costos fijos).

Las discriminaciones de precios o ventas por debajo del costo incluso deberán condenar las ventas por debajo del costo total promedio y no sólo las ventas por debajo del costo variable promedio. Lo señalado supone variar el concepto tradicional de venta por debajo del costo de las normas antimonopolio, adoptando un criterio más amplio como los tomados en cuenta por las normas *antidumping*.

También debe contarse con una regulación *antitrust* que prohíba los subsidios cruzados, ya que en estos casos se necesita un análisis o investigación especial (teniendo en cuenta que en esta práctica no necesariamente se busca preñar). Puede que nunca se produzca un alza de precios para cubrir las pérdidas debido a la propia naturaleza del subsidio cruzado, las aparentes pérdidas siempre son compensadas por mayores ganancias de otros mercados o ventas de otros bienes o servicios (el subsidio cruzado puede ser de tres tipos: de mercados, de productos y mixtos)⁴¹.

Si bien la práctica del subsidio cruzado podría combatirse con una cláusula general en la legislación *antitrust*, los Tratados de Chile, Canadá y el NAFTA (como ejemplo) han optado por una condena expresa a éste tipo de práctica restrictiva; ello demuestra que no basta una cláusula general, ya que las investigaciones y determinación del subsidio cruzado tienen sus particularidades.

Todos los casos antes indicados ponen en evidencia que el comercio al interior del mercado ampliado debe ser tutelado por normas de competencia (que incluyan normas sobre discriminaciones de precios,

subsidios cruzados y fusiones, y de efectos equivalentes) para prácticas con efecto comunitario. Propongo una reforma de la Decisión 285 y la eliminación de los supuestos de *dumping* intra comunitario de la Decisión 283 (hoy supuestos A y B del artículo 2 de la Decisión 456).

Otro cambio de la Decisión 285 es la adopción de sanciones que serán impuestas a las empresas que realicen prácticas restrictivas de la libre competencia. La actual norma comunitaria no establece una sanción para la empresa o empresas. No basta con que la norma prohíba y controle dichos actos, además se debe dictar un cuadro de sanciones graduales que vayan en relación con la gravedad de la falta.

La existencia de sanciones sirve de mecanismo de coerción o amenaza para que no se den dichas prácticas y también sirve de castigo a la empresa que ha cometido la infracción (independientemente de que luego la práctica deje de realizarse).

Los tipos de sanciones que se pueden establecer son los siguientes:

1. Sanción del tipo Multas dinerarias.

Las cuales deberían de tener una moneda común de referencia, ya que en la CAN los cinco miembros tienen monedas distintas; por lo que proponemos que las multas dinerarias sean fijadas en una divisa como el dólar norteamericano o en D.E.G.

2. Sanción del tipo Obligaciones de Hacer o No Hacer.

Como por ejemplo cierre de locales, plantas o establecimientos de las empresas, comisos de bienes que son comercializados en condiciones anticompetitivas, divisiones de empresas fusionadas, etc.⁴²

La norma comunitaria debe señalar los criterios de gravedad de las infracciones a fin de establecer una gradualidad en las sanciones; por ejemplo, se pueden utilizar los supuestos señalados en el artículo 23 del Decreto Legislativo 701: modalidad y alcance de la práctica, dimensión del mercado, participación en el mercado de la empresa, efectos, duración, reincidencia, actuación por medio de empresas vinculadas o subordinadas, etc.

⁴¹ En el subsidio cruzado existen dos bienes (productos o servicios), el subsidiante (que se comercializa con mayores ganancias) y el subsidiado (que se comercializa con pérdidas).

⁴² Incluso debería de pensarse en la elaboración de regulaciones nacionales en materia penal que sancionen las conductas dolosas de las empresas. Los Miembros de la CAN deberían tener leyes penales semejantes al artículo 232 del Código Penal del Perú y celebrar Convenios o Tratados de extradición por delitos penales contra el orden económico por conductas monopolísticas.

Además de las modificaciones que incluyen sanciones, proponemos una modificación a la Decisión 285 en cuanto a la legitimidad activa y su ejercicio. El procedimiento administrativo comunitario no sólo debe iniciarse por medio de las denuncias de particulares o de los organismos de enlace de los países miembros y las investigaciones de oficio de la propia Secretaría; deben además permitirse otros medios como los que a continuación planteo:

1. El concepto de organismos de enlace debe ser ampliado para permitir que organismos autónomos como el Indecopi (que es distinto del Ministerio de Industria) puedan estar legitimados para recibir y remitir las denuncias al ente comunitario.
2. Se debe permitir que las propias empresas (que aparentemente realizan actos restrictivos) puedan comunicar sus actos a la Secretaría General y solicitar una autorización. En la Unión Europea esta opción es llamada notificación, la cual es facultativa y no obligatoria.

Las solicitudes de autorización o notificaciones permiten que las empresas sean autorizadas y sus actos no sean condenados. Aunque los actos sean anticompetitivos no serán sancionados por el período comprendido entre la realización de la práctica y la expedición de la resolución que deniegue la notificación o autorización⁴³. Se permite que el ente comunitario pueda contar con mayor información ya que es la propia empresa infractora la que está acudiendo ante el ente especializado.

3. La normativa sobre restricciones a la libre competencia de la CAN debe otorgar legitimidad activa a las asociaciones de consumidores. La recolección de pruebas y preparación de las denuncias son costosas y laboriosas; es por ello que una asociación de consumidores (nacionales, departamentales o comunitarios) cuenta con mayor capacidad que un solo consumidor que actúe por separado.

Otro de los cambios propuestos es que en los procesos antimonopolio comunitarios se dicten medidas cautelares luego de haberse formulado la denuncia. La finalidad es no tornar en irreparables los daños que se causan a los competidores; ya que las investigaciones por actos de abuso de posición de dominio son largas, a diferencia de los procesos *antidumping* en los que se pueden dictar derechos o medidas provisionales.

Las medidas cautelares que planteamos cumplirían una función semejante a la de los derechos *antidumping* provisionales que se ordenan durante el desarrollo de una investigación (al respecto debe consultarse la teoría de los efectos de las prácticas restrictivas de la libre competencia). Para poner límites a las medidas cautelares, podría sancionarse a quien la solicitó, u obligarlo al requisito de una contracautela.

B. DIFERENCIA ENTRE LOS SUPUESTOS DE LAS NORMAS COMUNITARIAS Y LAS NORMAS NACIONALES

Las normas comunitarias y nacionales, tanto en materia de *dumping* como de restricciones a la libre competencia, deben tener supuestos claramente demarcados. Se deben señalar ámbitos de aplicación, diferenciando la tutela de los mercados nacionales y la del mercado ampliado o comunitario.

Para distinguir los ámbitos de aplicación de las normas nacionales y comunitarias, cada norma debe ser la que señale en forma precisa los supuestos de su competencia. Se debe tener en cuenta el lugar de los efectos de las prácticas, independientemente de su lugar de origen.

Las normas antimonopolio generalmente combaten las prácticas restrictivas según el lugar de los efectos o ejecución de las mismas, sin considerar el lugar de origen o donde se haya celebrado el acuerdo restrictivo de la libre competencia.

Los procesos de integración buscan generar un mayor comercio (de bienes y/o servicios) entre los países miembros vía importaciones o vía ventas internas⁴⁴. En todo proceso se pueden distinguir cuatro tipos de comercio:

1. Comercio subregional entre miembros (intra zona).
2. Comercio subregional de todo o parte del mercado ampliado con terceros estados (comercio internacional extra zona).
3. Comercio nacional de un país miembro y
4. Comercio entre un sólo país miembro y un tercer país.

El comercio intra zona involucra a un demandante y un ofertante ubicados en dos países miembros del proceso de integración y representa un comercio internacional especial ya que goza de los privilegios del Acuerdo de Integración. El comercio será por medio de importaciones entre miembros en la medida

⁴³ Al respecto puede consultarse el libro "Derecho administrativo de la defensa de la competencia" de Luis Cases Pallares, página 107 y siguientes.

⁴⁴ Ventas internas hace referencia al caso de las ventas al interior de un mercado común.

que no se logre la etapa del mercado común; si esta etapa ya ha sido alcanzada, el comercio es vía ventas al interior de un mercado común y no por medio de la exportación (el término ventas comprenderá tanto el comercio de bienes como el de servicios).

En el comercio extra zona uno de los actores está ubicado en un país no miembro y la otra parte está ubicada en la subregión. Se lleva a cabo un comercio internacional clásico mediante importaciones con el pago de un arancel y sin beneficios.

Uno de los casos de comercio extra zona es el *dumping* proveniente de terceros países y que tiene un efecto comunitario, ya que las exportaciones tienen como destino cualquier parte del mercado ampliado, afectando a dos o más socios del mercado ampliado.

En Europa la solución para los casos descritos ha sido considerar que toda importación proveniente de un país no miembro, independientemente de estar dirigida hacia uno solo o varios integrantes, podrá ser objeto de investigaciones comunitarias por prácticas desleales del comercio internacional. La justificación para ello es que dicha importación en condiciones *dumping*, no sólo afecta a la industria nacional del país importador, sino que también afecta al resto de la industria comunitaria.⁴⁵

La Unión Europea ha eliminado las legislaciones nacionales *antidumping*, incluso respecto de bienes exportados de terceros países, y en su reemplazo se ha optado por un Reglamento comunitario para el *dumping* extra comunitario.

El tercer caso, comercio intra país, es una relación de comercio interno de un país (dentro de los límites geográficos del país), ya que tanto el demandante como el ofertante están ubicados en un mismo país. La práctica no busca afectar el comercio subregional intra zona ya que no supone un comercio entre los países miembros, por lo que no hay un efecto comunitario ni se desarrolla un comercio internacional (ni de mercancías o servicios).

El último caso sólo lo hemos puesto como ejemplo particular de un comercio extra zona. Parte de un

comercio internacional de importación - exportación, en donde el ofertante se encuentra ubicado en cualquier no miembro (bienes que no tienen un origen comunitario) y el demandante está ubicado sólo en un país miembro. Si bien aparentemente el efecto de la práctica es nacional y no comunitario (a menos que las importaciones vayan dirigidas también al resto de Integrantes), el caso no deja de ser un comercio extra zona ya que es una relación comercial con países no suscriptores del Acuerdo.

La Comunidad Andina ha dispuesto en el artículo 2 de la Decisión 283, que las legislaciones nacionales *antidumping* siguen vigentes para los otros casos no dispuestos en el mismo artículo, aunque paradójicamente señala la aplicación facultativa de la norma comunitaria; sin embargo, no somos de la misma opinión, tal como veremos a continuación.

Para los dos primeros tipos de comercio proponemos la adopción de una normativa comunitaria. En el primer caso debe ser una normativa comunitaria que prohíba las prácticas restrictivas al interior del mercado común (*antitrust* comunitario). En el segundo caso se debe optar por una normativa *antidumping* supranacional (similar a la del Reglamento CE No. 384/96 de la Unión Europea) aplicable por los órganos supranacionales.

Para el tercer caso, comercio intra país, se deben mantener o dar legislaciones nacionales sobre restricciones a la libre competencia. En este supuesto el comercio de bienes o servicios no tiene efectos sobre el mercado ampliado, es sólo nacional o provincial.

Las exportaciones de no miembros dirigidas hacia un solo integrante de la CAN no deben ser objeto de normas nacionales *antidumping*, sino que deben también ser reguladas por la ordenamiento jurídico comunitario al igual que en la Unión Europea. Reconocemos que ello es una opción política que debe discutirse al interior de cada proceso de integración.

En lo particular optamos por una norma comunitaria ya que se protege a la industria comunitaria y no sólo a la nacional (también se protege a los consumidores comunitarios, vía por ejemplo la regla de *mínimis*)⁴⁶.

⁴⁵ Además, luego del pago del arancel externo común, el bien importado puede circular por todo el territorio comunitario y tener como destino final otro país miembro de la Unión

⁴⁶ En un mercado ampliado y por efectos del *dumping* exterior, ocurren dos situaciones:

- Los productos importados ponen en peligro o amenaza de daño a las industrias de los otros países miembros ya que el mismo bien puede circular libremente al interior del mercado ampliado y de esa forma tener como destino final a los otros países miembros.
- Las industrias nacionales de los otros países miembros, antes del *dumping* exterior, tenían localizada su demanda en el resto del mercado ampliado (en otro u otros países miembros) y ahora por efectos del *dumping* exterior dichas industrias sufren el daño, ya que la demanda en ese país se dirige hacia los productos importados de terceros países.

Abundando en la justificación de la eliminación de las normas *antidumping* nacionales entre los estados parte de la CAN y su reemplazo por normas comunitarias (sobre la misma materia) para el comercio con terceros países, planteamos una pregunta respecto de un caso y nuestra respuesta:

¿Qué debería hacerse en los casos de importaciones (provenientes de terceros países), que habiendo ingresado a un país miembro, luego fuesen reenviadas a otro país miembro en el mismo estado o sin una transformación sustancial que los convierta en bienes de origen comunitario? En esos casos cabe preguntarse cómo controlar la práctica *dumping* del exportador del país no miembro. La respuesta es que en estos casos la norma pertinente sería el reglamento comunitario y no la norma nacional ya que la procedencia del bien es de origen extra zona.

C. ARMONIZACIÓN DE LAS LEGISLACIONES NACIONALES

Para hacer viable el proceso de integración no sólo basta que las normativas antimonopolio nacionales de los miembros de la CAN se mantengan y combatan prácticas que tengan un efecto nacional; también hace falta que los miembros las armonicen, e incluso que ellas sean adoptadas por quienes aún no las han hecho parte de su Derecho interno. Ecuador y Bolivia son los únicos que no han adoptado hasta el momento normas *antitrust*, a pesar de que un potencial nuevo integrante, Panamá, ya cuenta con este tipo de normas.

Los Estados deben aprovechar la existencia de un proceso de integración y de Tratados, a fin de proteger el mercado ampliado en su conjunto y en cada una de sus partes integrantes (en un caso, vía normas comunitarias, mientras que en el otro es vía normas nacionales). El éxito de un mercado ampliado está en que los mercados nacionales y provinciales que lo conforman también estén regulados para evitar o sancionar las prácticas anticompetitivas.⁴⁷

La principal razón para una armonización de legislaciones nacionales, es impedir que un tipo de práctica restrictiva de la libre competencia sea prohibida (y combatida) en un país de la CAN y al mismo tiempo

la misma práctica sea permitida en otro país miembro por ausencia de disposición legal *antitrust*. Otra razón para ello es que se generaría una suerte de desigualdad en la subregión, desigualdad que significa el incumplimiento de la obligación de trato nacional al interior del proceso de integración.

Un inversionista extranjero ubicado en un país que cuente con normas sobre Derecho de la Competencia podría alegar que no cuenta con las mismas condiciones o regulaciones que existen en otro país integrante, en el cual no se sancionan las prácticas restrictivas.^{48 49}

Respecto de las normas *antidumping* nacionales ya indicamos que ellas deben ser eliminadas, tanto para el comercio entre partes de la CAN como para con no miembros; en éste último caso, ellas serán sustituidas por una normativa comunitaria sobre *dumping* (importaciones provenientes de la extra zona CAN).

En caso de que se optase por mantener las normas nacionales *antidumping*, no habría necesidad de grandes cambios, ya que los cinco actuales socios andinos son Estados parte del GATT y de la OMC, por lo que sus normativas (leyes y/o reglamentos) son muy semejantes.

Nuestra propuesta no es la única opción, ya que también podría seguirse los modelos Trans Tasman (Australia y Nueva Zelanda) o del Acuerdo Chile – Canadá, y mantenerse las legislaciones nacionales *antidumping*, pero ello es una opción política. En las zonas de libre comercio somos de la opinión de mantener las normas *antidumping* nacionales (de hecho ello lo proponemos para el caso del ALCA), pero en la Comunidad Andina la opción es una norma comunitaria por las siguientes razones:

1. En este proceso de integración se ha avanzado hacia la formación de una unión aduanera (la cual existe para varias partidas arancelarias para cuatro de sus miembros) y se busca establecer un mercado común.
2. En el Acuerdo de Cartagena existen disposiciones sobre políticas aduaneras y comerciales comunitarias aplicables con relación a terceros países.

⁴⁷ Por ejemplo, en países con organización política federal (como Brasil o Alemania), el comercio nacional comprende un comercio entre estados federales y un comercio al interior de cada estado federal.

Es por ello que en materia de competencia en Alemania existen dos agencias distintas: *Bundeskartellamt*, como organismo federal que actúa cuando la práctica afecta a más de un estado federal; y las *Landeskartellbehörden*, o agencia para los *Länder* o cada uno de los estados federales.

⁴⁸ Las legislaciones nacionales *antitrust* de los miembros de la CAN deben ser similares, incluso en materia de sanciones ellas deberían ser equivalentes para no incumplir la obligación de trato nacional en la subregión.

⁴⁹ En virtud de esas diferencias, algunas empresas prefieren no operar en dichos países, o prefieren operar y realizar conductas anticompetitivas ya que en dichos países no son sancionadas.

3. El modelo de la CAN busca proteger el mercado ampliado, por lo que en dicha protección se debe incluir la protección vía *dumping* extra comunitario.
4. En la CAN existen tanto consumidores como productores comunitarios, es por ello que frente a importaciones de terceros países se debe actuar como un solo bloque comercial, por lo cual se tiene previsto un arancel externo común.
5. La propia Decisión 283 ha previsto facultativamente optar por procesos *antidumping* comunitarios, en lugar de los nacionales en los que se aplicarían normas propias de cada Estado (ver artículo 2 último párrafo).
6. Con un procedimiento y normativa *antidumping* comunitarias se establecerían pautas comunes, formando dichas normas parte del Derecho interno de cada miembro. El reglamento comunitario sería acorde con los Acuerdos GATT y de la OMC.

11. INSTITUCIONES SUPRANACIONALES, AGENCIAS NACIONALES, COOPERACIÓN E INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN LA CAN

A. INTRODUCCIÓN

La Comunidad Andina cuenta con dos órganos comunitarios, a los cuales tienen acceso los particulares (personas naturales o jurídicas) e incluso los Estados parte; ellos son la Secretaría General y el Tribunal de Justicia (en el caso de la Secretaría incluso ella puede actuar de oficio).

En materia de *dumping* y restricciones a la libre competencia (luego de las reformas normativas ya indicadas), la Secretaría General debería contar con un mayor apoyo por parte de las entidades nacionales u órganos de enlace (llámese INDECOPI – vía las Comisiones de Libre Competencia y la de Fiscaliza-

ción de *Dumping*- o las Direcciones pertinentes de los Ministerios de Industria de los países miembros).

Las entidades nacionales (especializadas en materia de *dumping* y restricciones a la libre competencia) son las que dada su proximidad geográfica con la presunta práctica anticompetitiva, son las primeras en capacidad de detectarlas (en base a razonables indicios o pruebas fehacientes). Los entes nacionales también pueden servir de nexo entre los particulares y la Secretaría General, recibiendo las denuncias y corriendo traslado de las mismas al órgano comunitario.⁵⁰

La cooperación entre órganos es de suma importancia, tanto en el plano nacional como en el de integración, y resulta casi indispensable. Las razones para la colaboración pueden ser muchas: políticas, económicas, así como la falta y necesidad de información.

El fenómeno de la globalización y el actuar de las empresas transnacionales ha puesto en evidencia la necesidad de un intercambio de información entre los países. Varios países desarrollados ya han venido intercambiando información y cooperando en materia de restricciones a la libre competencia (como lo reconoce el Banco Mundial).⁵¹

B. REGLA GENERAL DE INVESTIGACIÓN Y EXCEPCIÓN

Los órganos nacionales especializados de cada miembro pueden iniciar investigaciones por una presunta práctica con efectos nacionales (daño o amenaza de daño); pero, si en el curso de las investigaciones detectan que la misma tiene efectos comunitarios, la investigación nacional debe culminar y comunicarse lo ocurrido al órgano supranacional a fin de que retome el caso.

Deben tenerse presentes los límites de las competencias nacionales y comunitarias y evitar que se realice un doble esfuerzo de investigación y sanción adminis-

⁵⁰ Como veremos más adelante, en la actualidad existe un grado de cooperación a nivel organismos de la CAN y entes nacionales o de enlace; pero dicha cooperación es sólo una parte de lo que nosotros planteamos.

⁵¹ "La creciente globalización de los mercados trae consigo no sólo beneficios económicos, sino además un riesgo creciente de conductas anticompetitivas originadas en jurisdicciones extranjeras o que afectan a más de un país. En el primer caso, el alcance y aplicación de las leyes de competencia nacionales está limitada y el acceso a la información relevante sobre la conducta anticompetitiva se hace difícil por los principios territoriales. Más aún, en la mayoría de los casos las autoridades nacionales se encuentran con dificultades para tomar cualquier acción contra empresas extranjeras o individuos responsables de conductas anticompetitivas. En el segundo caso, la misma conducta puede caer dentro de la jurisdicción de diversas autoridades encargadas de velar por la competencia, cada una de ellas con una puesta en práctica distinta del marco legal aplicable...."

Las autoridades encargadas de la competencia en los países industrializados han indicado que, en los últimos años, el número de investigaciones que van más allá de las fronteras de un país se han incrementado y como consecuencia de esto, el intercambio de información y la cooperación son cada vez más importantes...".

Banco Mundial. *Competition policy in a Global Economy* (Política de Competencia en la economía global). Washington, 1998. p. 29. Documento elaborado sobre la Conferencia sobre Políticas comerciales y de Competencia llevada a cabo los días 17 y 18 de marzo de 1997 en Nueva Deli, India.

trativa (en materia de *antidumping* y *antitrust*), a fin de que las distintas entidades no actúen por separado y sin coordinación entre ellas. Los casos de prácticas anticompetitivas con efecto comunitario, que causen daño (o amenaza de daño) al mercado ampliado, serán de competencia de la Secretaría General, la que aplicará la norma comunitaria.

La coexistencia de dos ordenamientos y sanciones⁵², comunitario y nacional, sería una excepción. Ella sólo se presentaría cuando los órganos nacionales hubiesen iniciado investigaciones, concluido las etapas del proceso, sancionado la práctica restrictiva o de *dumping*, y con posterioridad el órgano comunitario inicie investigaciones por un efecto comunitario.

Los casos de simultaneidad de sanciones serían casos límite en los cuales resulta difícil determinar si el efecto es sólo nacional o tiene implicancias sobre la subregión. La regla general debería de ser la siguiente: Si las autoridades nacionales, al investigar la práctica anticompetitiva, detectan indicios de un efecto comunitario, entonces deben suspenderla y comunicarlo a la autoridad comunitaria; sólo si esta última considera que la práctica tiene efectos nacionales, la investigación nacional se vuelve a retomar⁵³.

C. COOPERACIÓN DE LOS ENTES NACIONALES EN LA INVESTIGACIÓN

Debe permitirse que los órganos comunitarios se valgan de los órganos nacionales para realizar ciertos actos dentro de un proceso, como por ejemplo llevar a cabo las notificaciones.

La Secretaría General tiene su sede en la ciudad de Lima – Perú y es competente para recibir denuncias de empresas ubicadas en cualquiera de los cinco miembros, e investigará también a empresas ubicadas en uno o más países. Para notificar a una empresa ubicada en Colombia los actos deben ser practicados en su domicilio (fuera de la ciudad de Lima y fuera del Perú); es en estos casos en que la intervención de los entes nacionales (u órganos de enlace) se hace necesaria.

En el caso antes descrito, la Secretaría notificará sus resoluciones (de inicio, fin del procedimiento o solicitud de exhibición de pruebas) no sólo vía la publicación en la Gaceta Oficial, sino que ellas serán cursadas por intermedio del órgano nacional, quien realizará materialmente los actos de notificación con acuse de recibo (tal acto no será a título de autoridad nacional sino en representación y por mandato del órgano comunitario).

Los entes nacionales también podrían servir de apoyo al órgano comunitario para realizar ciertas diligencias de obtención de pruebas, como por ejemplo una inspección en los centros de producción. Si el órgano comunitario no contase con un número suficiente de funcionarios para realizar actos de obtención de pruebas *in situ*, no tuviese suficientes recursos económicos o quisiera ahorrar recursos, entonces lo recomendable sería hacer uso de entes nacionales o de enlace (sobre todo si se tiene en cuenta las realidades económicas de la CAN en comparación con la Unión Europea).

Las Decisiones 285 y 283, en sus artículos 8 y 12, respectivamente, toman en cuenta la colaboración de las entidades nacionales con la Secretaría General (ex Junta), pero tal intervención está supeditada a los órganos de enlace, denominación que está referida al Ministerio de Industrias, Comercio e Integración de cada país miembro, por lo que no se ha tomado en cuenta el caso de organismos autónomos como el INDECOPI.

El concepto de ente de enlace señalado en las Decisiones antes indicadas debe cambiar y en su lugar se debe comprender también a las agencias especializadas, las cuales (como en el caso del organismo administrativo peruano) tienen una participación importante en las investigaciones sobre *dumping* o restricciones a la libre competencia⁵⁴. La Decisión 456 antes comentada, amplía el concepto de órgano de enlace, como ya hemos comentado al analizarla.

Las normas de la CAN no sólo deberían permitir la facultad de solicitar pruebas e informes, también debe-

⁵² Al respecto puede consultarse el tema de la coexistencia de sanciones comunitarias y nacionales, en el libro del doctor Luis Cases Pallares, "Derecho administrativo de la defensa de la competencia" páginas 60-72.

⁵³ Si la autoridad nacional considera y no tiene dudas sobre el efecto nacional de la práctica que está siendo investigada, entonces actuará sin tener que suspender el proceso (la suspensión sólo es en los casos de duda sobre los efectos o si considera que el efecto es comunitario – daño o amenaza de daño).

⁵⁴ La precisión que hacemos sobre una intervención de los entes nacionales es importante si se tiene en cuenta que en un futuro proceso de integración como el ALCA, será necesaria una ayuda de los entes nacionales en la etapa de investigación, ya que en vista del gran espacio geográfico que planea tener el ALCA, el número de empresas, y sobre todo teniendo en cuenta las distintas realidades y experiencias nacionales en materia de *dumping* y *antitrust*; no bastará con delegar todos los actos del proceso de investigación a los órganos comunitarios. En un proceso como el ALCA se necesitará contar con una gran cantidad de información sobre todas las relaciones comerciales que se den dentro o fuera del mercado ampliado (en especial sobre las empresas y las condiciones de comercialización, en especial los precios). En materia de importaciones, se podrían comparar los distintos precios CIF y FOB de un mismo producto al ser importado en distintos países miembros.

rían permitir que la Secretaría General pudiese en ciertos casos delegar la realización de ciertas actuaciones o diligencias a los órganos de enlace o entes nacionales.

Como ejemplo de nuestra propuesta, la Comisión de Libre Competencia del organismo peruano, por intermedio de sus funcionarios y en virtud del mandato del órgano supranacional andino, realizaría diligencias de inspección *in situ* e incautación o secuestro de información (en caso de que la empresa no cumpliera con brindar la información solicitada por el ente comunitario, u ocultase parte de ella).

Para culminar con el tema de la cooperación en las investigaciones, debemos mencionar el caso de las investigaciones *antidumping*.

Los Miembros de la OMC remiten al Comité de prácticas *dumping* las imposiciones de derechos provisionales o definitivos; ello se hace en virtud del artículo 16.4 del Acuerdo Especial de 1994. Dicha información es de suma importancia, ya que acredita la existencia comprobada o presunta de prácticas de *dumping* atribuibles a un grupo de exportadores, llevadas a cabo en un país miembro.

Si por ejemplo en Nicaragua se han impuesto derechos definitivos, ello acredita la existencia de una práctica comprobada de *dumping*, que incluso puede ser realizada por la misma empresa en otro Estado parte de la OMC, como por ejemplo Colombia; es por ello que la autoridad administrativa colombiana debería considerar iniciar una investigación por práctica desleal del comercio internacional, ya que existen indicios razonables de que en Colombia la misma empresa, por el mismo producto, realiza esta práctica y causa daño a la industria nacional.

En la CAN hemos detectado que las autoridades nacionales investigadoras no informan la imposición de derechos *antidumping*. En el modelo andino tampoco existe la obligación de que entre sus integrantes se informe el inicio de investigaciones contra prácticas *dumping*, o que al menos se lo informen a la autoridad comunitaria (y viceversa).

Creemos que si se toma como base lo dispuesto por el artículo 16.4 del Acuerdo *Antidumping* de 1994, los miembros de la CAN podrían obligarse a remitir informes, entre autoridades nacionales y comunitarias, respecto del inicio de investigaciones e imposición de derechos *antidumping* provisionales y definitivos.

Nuestra propuesta la planteamos sólo en el caso de que para el modelo andino no se opte por una

normativa comunitaria (para las prácticas desleales del comercio internacional) similar a la de la Unión Europea. Como alternativa debe considerarse que los cinco socios suscriban convenios de intercambio de información con los Estados parte de la OMC, o hagan suya dicha información por intermedio de la propia organización internacional (entidad que recibe en la actualidad los derechos *antidumping* impuestos).

D. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

La información es un elemento muy importante en las investigaciones *antidumping* o *antitrust*, pero muchas veces no es fácil contar con ella de manera completa; sería beneficioso que las autoridades compartiesen información (sobre todo teniendo en cuenta que ello permite ahorrar tiempo y recursos en la fase de investigación, como resultado de la cooperación).

El intercambio de información beneficia (de manera especial) el control de las empresas transnacionales que operen en varios países miembros de un proceso de integración o que operen en distintos países del mundo; incluso permite que se comparen los actos empresariales y toma de decisiones en cada país (por ejemplo, para determinar si llevan a cabo o no discriminaciones).

La información que las autoridades nacionales o comunitarias obtengan de las empresas (denunciadas o denunciadas) como resultado de investigaciones antimonopolio o sobre *dumping*, puede ser clasificada en:

1. Información que la autoridad obtiene por sí misma en el curso de sus investigaciones. Como ejemplo podemos señalar el caso de la información de conocimiento público o la solicitada entre organismos estatales.
2. Información proporcionada por las propias empresas (denunciadas o denunciadas). Esta puede tener o no el carácter de reservada, si es que la empresa al proporcionarla ha explicado los motivos para darle el carácter de confidencial y la autoridad ha considerado fundado el pedido de reserva.

Existen límites para el intercambio de información, uno de ellos es el carácter reservado de los datos proporcionados por la propia empresa (y que haya sido aceptado como tal por la autoridad a la cual se la proporcionó), otro límite son las restricciones impuestas por los propios entes nacionales para compartirla con las autoridades de otros países (a menos que exista un convenio entre ambos).

¿Cómo permitir un intercambio sin reservas, o al menos reducir los impedimentos? y ¿cómo se puede dar el intercambio de la información confidencial?

Para permitir el intercambio de información, sin incurrir en una infidencia, se debe regular el procedimiento de dicho intercambio, tanto en la normativa comunitaria como en la nacional (o incluso en un Acuerdo Multilateral). Se debe disponer que los datos proporcionados por una empresa, aún cuando tengan el carácter de reservados, podrían ser facilitados a otra entidad (nacional o comunitaria) sin que ello implique el incumplimiento de la obligación de no-divulgación a terceros.

La norma propuesta, dispondría como condición para el intercambio, que la autoridad que recibe la información (en virtud del Acuerdo de Cooperación) también tenga la obligación de guardar la confidencialidad de la misma tal como lo hace la autoridad que se la entregó (la empresa conocería de antemano que tiene un derecho relativo a la reserva o confidencialidad y que el uso de la información está regulado).⁵⁶

Proponemos que en la CAN (mediante una nueva Decisión, o enmiendas a las Decisiones 283, 285 y la reciente 456) se establezca la exigencia de intercambio de información entre los miembros, por intermedio de sus autoridades nacionales⁵⁶ (agencias o entidades especializadas en investigaciones *antitrust* y *antidumping*, Poder Judicial, e incluso Aduanas). El intercambio incluso debe ser respecto de los datos que hayan sido catalogados como confidenciales, siempre que se cumpla con ciertas condiciones.

Quien recibe la información debe guardarla bajo la misma reserva que la autoridad que se la proporcionó (es decir que la información no circule a terceras personas o instituciones, ajenas al proceso de integración y a las autoridades de investigación de los Estados parte).

En el ordenamiento jurídico nacional⁵⁷ de cada uno de los miembros de la CAN, existiría también una norma que señalase que el derecho de confidencialidad restringido no impide el intercambio de información entre entes nacionales y comunitarios dentro de un proceso de integración regional.⁵⁸ Este tipo de cooperación comprendería las materias aduanera, antimonopolio y sobre *dumping*, y estaría sujeto a las mismas condiciones que las dispuestas por la norma comunitaria.

Otra posición, contraria a la anterior, es la de prohibir el intercambio entre las autoridades nacionales y comunitarias, respecto de información proporcionada por la propia empresa (tenga o no el carácter de reservada). Esta segunda postura representa una amplia protección de los datos proporcionados por una empresa; ello equivaldría a una garantía y derecho del administrado dentro de un procedimiento administrativo (comunitario o nacional).

La segunda posición, al proteger al administrado, sólo permite el intercambio de información que hubiese sido obtenida por las propias autoridades y que no tenga el carácter de reservada o confidencial. Sólo se permitiría compartir información pública (por ejemplo, información de los registros públicos: registro mercantil, registro de marcas y patentes, registro de valores bursátiles) o que fuese propia de cada autoridad (por ejemplo, pólizas de importación, declaraciones juradas de tributos, investigaciones realizadas).

Independientemente de lo antes señalado, en la actualidad los órganos comunitarios y nacionales no están impedidos de intercambiar datos estadísticos, resoluciones administrativas o judiciales o dictámenes, a efectos de conocer, comparar y adoptar criterios comunes de análisis al resolver.

El intercambio no es una propuesta teórica, tiene varios ejemplos que acreditan su necesidad. Estados

⁵⁵ "La respuesta obvia de las autoridades de la competencia a la globalización del mercado y a la creciente naturaleza internacional de la actividad empresarial es cooperar de modo más cercano en sus programas de implementación de las normas. La cooperación hoy en día se ha paralizado por un sin número de razones. Las divergencias más comunes se encuentran en las reglas sustantivas, en los acuerdos procesales e institucionales de las leyes y reglas sobre competencia nacional que impiden la revelación a otras autoridades de información confidencial".

Documento del Banco Mundial. Política de competencia en una economía global. Op cit. p. 31.

⁵⁶ Autoridades nacionales en un sentido más amplio y no sólo los organismos de enlace a que hacen referencia las Decisiones 283 y 285. Deben tenerse presentes las modificaciones dispuestas por la Decisión 456.

⁵⁷ La exigencia de que la obligación de cooperación esté recogida también por la legislación nacional (a pesar de que la norma comunitaria forme parte del Derecho nacional de cada País Miembro), se debe a que habrían procedimientos *antitrust* comunitarios y nacionales, existiendo información en ambos tipos de procesos.

⁵⁸ Si existiese un Acuerdo Internacional Multilateral en materia *antitrust* (como el propuesto por la UNCTAD), en el mismo se podría estipular la obligación de que las autoridades de cada país intercambien información bajo ciertas condiciones.

En vista de que no existe un Acuerdo Multilateral que obligue al intercambio de información entre autoridades de los Estados, a nivel de los procesos de integración se podría establecer la obligación de dicho intercambio bajo ciertas reglas (y en la medida que en cada Estado existan las condiciones mínimas legales para asegurar la no-divulgación de la información, confidencial o no, hacia terceros, como sería el caso de los propios investigados o posibles investigados).

Unidos tiene suscrito un Convenio de Cooperación e Intercambio de Información con “un rival” como es la Unión Europea (dicho Convenio se suma al suscrito con Canadá antes de la suscripción del NAFTA); a pesar de que ambos no son parte de un proceso de integración.

En virtud del Convenio Estados Unidos – Unión Europea se da una colaboración entre la *Federal Trade Commission*, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y la Comisión de la Unión Europea, respecto de los siguientes puntos: obligación de proporcionarse información relevante, obligación de asistencia mutua, coordinaciones y delegación de coacción.⁵⁹

El Acuerdo de Cooperación suscrito por Estados Unidos y la Unión Europea debe servir de ejemplo a la Comunidad Andina (con las reformas que planteamos) y establecer la obligación de colaboración e intercambio de información relevante entre agencias nacionales y comunitarias.

12. MODELO DE LA UNIÓN EUROPEA

A. DEFINICIÓN Y EVOLUCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

La hoy Unión Europea (antes Comunidad Económica Europea) es el proceso de integración económica más antiguo que se haya dado en el mundo (sin tomar en cuenta el Benelux que es su antecedente). Este proceso cuenta con un ordenamiento jurídico y estructura orgánica que lo convierten en único, e incluso ha servido de inspiración a otros modelos como el de la Comunidad Andina. La realidad actual de este proceso es el resultado de haber pasado por distintas etapas, cada una de ellas más compleja que la anterior.

El modelo de integración de la hoy Unión Europea se inicia con la suscripción de los tres Tratados que crean las tres Comunidades Europeas: del Carbón y Acero; de la Energía Atómica, y la Económica (Tratados CECA del 18 de abril de 1951, Roma - CEE y Roma – EURATOM del 25 de marzo de 1957). Los originales miembros de la Comunidad Europea fueron Bélgica, la República Federal de Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos. En la actualidad la Unión Europea cuenta además con los siguientes integrantes (adicionales a los seis ya indicados): Finlandia, Suecia, Austria, Grecia, Dinamarca, Irlanda, Reino Unido, España y Portugal.^{60 61 62}

En sus etapas de desarrollo, el modelo europeo ha pasado por ser una zona de libre comercio en sus inicios (en enero de 1959 los seis miembros redujeron sus aranceles en 10%); luego se establecieron la unión aduanera (el 01 de julio de 1968) y el mercado común; y por último en 1999 se inició la conversión en unión monetaria con la adopción del euro como moneda común.

La integración europea supone no sólo la creación de un ente con personalidad jurídica de Derecho Internacional Público (como la Unión Europea), sino que además tiene entes comunitarios (la Comisión, Consejo y Tribunal Europeo). La Unión cuenta con un ordenamiento jurídico supranacional que está por encima del ordenamiento nacional de cada miembro. Por todo lo señalado, el modelo europeo de la Unión Europea debe servir de ejemplo a otros procesos de integración, sobretudo en cuanto a su estructura institucional y regulaciones comunitarias (en especial sobre políticas de competencia y política comercial).

Al haber llegado la Unión Europea a una integración del tipo mercado común, se han eliminado los aran-

⁵⁹ “El Acuerdo de Cooperación de 1991 entre la Unión Europea y los Estados Unidos es un ejemplo de un acuerdo de cooperación moderno. Este acuerdo busca disminuir la posibilidad o el impacto de las diferencias entre las partes en la aplicación de sus leyes de competencia, además de implementar la idea de la cortesía positiva. Esto se hace a través de estipulaciones, de tal manera que:

- Cada agencia proporcionará a la otra toda información relevante que llega a sus manos y eso puede garantizar la actividad de coacción de la otra agencia (Art. III.3):

- Cada agencia debe ayudar a la otra, dentro de los límites de su legislación e intereses y dentro de sus recursos razonablemente disponibles. (Art. IV.1);

- Existe la posibilidad de una entrada en vigencia coordinada, cuando ambas partes están interesadas en alcanzar actividades de coacción en situaciones relacionadas; y

- Permite delegar coacción, eso significa, que si una parte cree que una actividad anticompetitiva ejecutada en el territorio de la contraparte, afecta negativamente sus intereses, la parte afectada podrá requerir a la autoridad de competencia de la contraparte iniciar acciones de coacción apropiadas. (Art. V.21”.

Documento del Banco Mundial. Política de competencia en una economía global. *Ibid.*, p. 30.

⁶⁰ Lichtenstein está estrechamente relacionado con los miembros de la Unión Europea, en virtud de Tratados internacionales (por ejemplo, con Alemania).

⁶¹ En Europa originalmente existieron dos procesos de integración, el de la Comunidad Europea y el de la Asociación Europea de Libre Comercio (A.E.L.C.) conformada por Finlandia, Suecia, Austria, Suiza, Islandia, Liechtenstein y Noruega. Como resultado de distintos Tratados de adhesión, varios Estados de la AELC dejaron dicho modelo y optaron por formar parte de la Unión Europea.

⁶² Actualmente la Unión Europea tiene acuerdos con Malta, Eslovenia y con Turquía (con éste último Estado existe una unión aduanera desde el 31 de diciembre de 1995).

Han solicitado su adhesión a la Unión Europea los siguientes países: Bulgaria, Chipre, Eslovaquia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, República Checa, Rumania, Suiza y Turquía.

celes entre los Estados parte, se ha dispuesto un arancel externo común, y se han eliminado las operaciones de importación y exportación entre miembros. El comercio internacional entre los países de la Unión Europea es vía ventas internas en un mercado ampliado, tanto para el comercio de bienes como para el de servicios.

Como resultado del nuevo tipo de comercio entre miembros, las regulaciones *antitrust* y *antidumping* han sufrido una serie de modificaciones para adecuarse a la nueva realidad europea. Incluso se han eliminado las medidas de efecto equivalente que supongan una restricción a la libre circulación de bienes en el mercado común (como ejemplo se puede citar el ya famoso precedente *Cassis de Dijon*); es decir que se han eliminado (al menos entre los países integrantes) las medidas para arancelarias.

Por todo lo que representa, la Unión Europea es en la actualidad el modelo más desarrollado; es por ello que lo hemos tomado como base para los planteamientos de las propuestas de nuestra tesis.

B. REGULACIÓN ANTIDUMPING COMUNITARIA

La regulación *antidumping* de la Unión Europea ha pasado por distintas etapas. Primero el comercio internacional entre los miembros de la Comunidad Económica Europea fue objeto de normas nacionales sobre la materia, luego se eliminaron los derechos *antidumping* para todos los miembros de la CEE. Se adoptaron reglamentos comunitarios especiales para los nuevos miembros que se incorporasen y se adoptó una regulación comunitaria frente a terceros países que ha sustituido a las regulaciones nacionales. Debe destacarse lo dispuesto por el artículo 91 del Tratado CEE.⁶³

Luego de la aplicación del artículo 91 del Tratado de la Comunidad Económica, se dispusieron una serie de reglamentos comunitarios expedidos por el Consejo que reemplazaron a las legislaciones nacionales. Entre los distintos reglamentos tenemos: R. CEE 459/68

(y sus modificatorias, 2011/73, 1411/77 y 1681/79), R. CEE 3017/79, R. CEE 2176/84 (modificado por 1761/87) y R. CEE 2423/88.

Los reglamentos comunitarios buscaban adecuarse a los cambios de los Códigos *antidumping* del GATT (rondas Kennedy y Tokio) y por otro lado señalaban ciertas particularidades del propio procedimiento comunitario europeo (entre ellas la adopción de normas anti elusión del pago de los derechos). Actualmente se encuentra vigente el Reglamento No. 384-96 del 22 de diciembre de 1995, norma comunitaria que busca adecuarse a las disposiciones del Acuerdo *antidumping* de 1994 y subsanar los errores del Reglamento No. 3283/94.

En lo referente al comercio de acero y carbón, el Tratado CECA, en sus artículos 71 y 74, disponía la figura del *dumping* con terceros países, incluso la Comisión aprobó las siguientes Recomendaciones: 77/329/CECA y la 3018/79/CECA, junto con las Decisiones 2177/84/CECA y 2424/88/CECA.

Para los nuevos miembros que se fueron incorporando a la Comunidad Europea existía la figura del *dumping* intracomunitario, como en el caso del Reglamento CEE No. 812/86 y de la Decisión 813/86/CECA (ambos del 14.03.86) aplicables al comercio de bienes entre los Integrantes de la Comunidad, y Portugal y España. Estos son casos de etapas de transición en las cuales se mantenía la figura del *dumping* entre los Estados parte.⁶⁴

La eliminación de la figura del *dumping* al interior de la Comunidad Europea tiene su origen en la suscripción del Tratado de Roma, ello supuso un proceso de transición y originó que las legislaciones nacionales sean sustituidas por reglamentos comunitarios sobre prácticas desleales del comercio internacional. La existencia de una norma comunitaria *antidumping* pone en evidencia el interés de proteger de manera integral (o global) las industrias comunitarias frente a industrias de terceros países (al protegerse la industria

⁶³ "Respecto al *dumping* producido en las relaciones intracomunitarias se aplicó, durante el periodo transitorio (que finalizó el 31 de diciembre de 1969), el artículo 91 del TCEE. Según este artículo:

Si durante el periodo transitorio, la Comisión, a instancias de un Estado miembro o de cualquier parte interesada, comprobare la existencia de prácticas de *dumping* dentro del mercado común, dirigirá recomendaciones al autor o autores de dichas prácticas para poner fin a las mismas.

En caso de que continúen las prácticas de *dumping*, la Comisión autorizará al estado miembro perjudicado para que adopte medidas de protección, en las condiciones y modalidades que ella determine.

2. A partir de la entrada en vigor del presente Tratado, los productos originados en un Estado miembro o que se encuentren en libre práctica en el mismo y hayan sido exportados a otro Estado miembro podrán ser re-importados en el territorio del primer Estado, sin que puedan ser sometidos a derechos de aduana, restricciones cuantitativas ni medidas de efecto equivalente. La Comisión establecerá las regulaciones oportunas para la aplicación del presente apartado."

López – Jurado Romero de la Cruz, Carmen. El control jurisdiccional de la actividad comunitaria en materia de *dumping* y de subvención. Universidad de Granada. Granada, 1993. p. 83.

⁶⁴ Normas similares se dieron para las adhesiones de Austria, Finlandia y Grecia.

comunitaria contra el *dumping* de terceros países, las industrias nacionales son también favorecidas por dicha protección).

La razón para los cambios antes descritos tendría su razón esencial en la existencia de un mercado común entre los miembros.⁶⁵ En la Unión Europea ya no sólo existen mercados nacionales, sino un único mercado ampliado que se puede ver afectado por los actos estatales o de particulares.

El procedimiento *antidumping* comunitario de la Unión Europea cuenta con dos etapas, administrativa y jurisdiccional. En la primera etapa interviene la Comisión que decide si se inicia o no un procedimiento y realiza los actos de investigación. El Consejo adopta las medidas propuestas por la Comisión y el Consejo Consultivo. En la segunda etapa interviene el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en sus dos instancias, teniendo en cuenta la existencia de un recurso de Casación.

El procedimiento *antidumping* comunitario supone una investigación en toda la Unión, por lo que se analizarán las exportaciones dirigidas a cualquiera de los países miembros (por ejemplo, una empresa coreana puede exportar el mismo bien en condiciones *dumping* tanto a España como a Italia) independientemente de sus precios FOB. La finalidad del procedimiento es proteger a las industrias comunitarias ya que no sólo las industrias nacionales (por ejemplo, italiana o española) están siendo dañadas, también se daña a las industrias de los otros países miembros ya que pueden participar o participan en todo o parte del mercado interior de la Unión Europea.⁶⁶

Así como el Acuerdo *antidumping* de 1994 y las normas nacionales cuentan con una definición del término industria nacional, en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea era necesaria una definición de lo que se entiende por industria comunitaria. La definición ha estado siempre presente en los distintos Reglamentos comunitarios, como en el actual:

“A efectos del presente Reglamento, se entenderá por industria de la Comunidad el conjunto de los productores comunitarios de los productos similares, o aquellos de entre ellos cuya producción conjunta constituya una proporción importante de la producción comunitaria total de dichos productos, tal como se define en el apartado 4 del artículo 5...”⁶⁷.

La industria comunitaria es el equivalente a la industria nacional, en un caso es para los procesos de integración y en el otro para cada país. En ambos casos la legitimidad activa está dada para un porcentaje representativo de la industria (nacional o comunitaria).

Otra característica importante del procedimiento *antidumping* europeo es el requisito del interés comunitario o de la Comunidad (requisito que se suma a los de existencia de *dumping* y de daño a la industria comunitaria). Teniendo en cuenta éste interés, la imposición (o no) de derechos *antidumping* no sólo gira en función de los intereses de los productores comunitarios y los daños que ellos sufran como consecuencia del *dumping*, sino que también se toma en cuenta el interés de los consumidores. A pesar de la existencia de un margen de *dumping* se puede resolver no imponer derechos en virtud de la cláusula de interés de la comunidad.

El interés comunitario puede en algunos casos proteger a los productores comunitarios, mientras que en otros casos puede significar una protección a los consumidores comunitarios (quienes serán protegidos respecto de un productor comunitario con posición monopólica), a pesar de la existencia de un margen de *dumping*, daño y relación de causalidad.

La cláusula de interés comunitario busca promover la competencia en el mercado ampliado. El Tribunal de Justicia ha interpretado el interés comunitario como protección de los consumidores frente a productores de la Comunidad y también lo ha interpretado a favor

⁶⁵ “Luego que los seis países miembros originales de la Comunidad Europea firmaron el Tratado de Roma el 25 de marzo de 1957, fue rápidamente claro que, aún entre los estados miembros, había diferentes aproximaciones respecto a la legislación *antidumping*. Los tres países del Benelux por ejemplo, nunca habían introducido estipulaciones sobre *antidumping* en el sentido estricto del término, pero se amparaban en las cláusulas de salvaguarda general. Tal diversidad en las políticas *antidumping*, en los estados miembros, habrían distorsionado inevitablemente, la unión aduanera y los principios del libre tránsito de mercancías que deberían establecerse al final del período de transición el 31 de diciembre de 1969. El artículo 13 del Tratado de Roma establece que, a partir del final del período de transición el 31 de diciembre de 1969, debe establecerse una política comercial común.”.

Stanbrook, Clive y Bentley, Philip. *Dumping and Subsidies. The law and procedures governing the imposition of antidumping and countervailing duties in the European Community*. Editorial Kluwer Law International. Tercera edición. London, 1997. pp. 14-15.

⁶⁶ Como consecuencia de la existencia de un Mercado Común Europeo, las industrias de todos los países miembros tienen la libertad de circulación de bienes al interior del mercado; por lo que al presentarse un caso de exportaciones a precios *dumping* en una parte de la Unión, no sólo las industrias nacionales de ese lugar se ven afectadas, también son afectadas las de otros países miembros.

⁶⁷ Artículo 4 del Reglamento CE No. 384/96 del Consejo del 22.12.95. Publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas con fecha 06.03.96 (versión en español). p. L 56/8.

de estos últimos en sus relaciones con exportadores no comunitarios.⁶⁸

El interés de la Comunidad es un supuesto establecido actualmente en el artículo 21 del Reglamento No. 384/96 y permite proteger también a los consumidores comunitarios a fin de que se beneficien del *dumping* exterior y tengan una alternativa frente a una empresa (o empresas) monopolística comunitaria.⁶⁹

La imposición de los derechos *antidumping* se da mediante reglamentos aprobados por el Consejo, lo cual es *sui géneris*. Los reglamentos dictados permiten que los derechos sean aplicados en cualquiera de los países miembros de la Unión en que se importe el producto a precios *dumping*.

La razón para haberse elegido los Reglamentos es un amplio control de los bienes importados, ya que el exportador podría optar por cambiar el lugar de importación a otro punto del territorio de la Unión. La libre circulación de bienes al interior del mercado común podría ser sólo respecto de los bienes de origen comunitario; aunque cuando se paga un arancel un bien ha sido nacionalizado y podría circular libremente en el mercado ampliado.⁷⁰

Otra consideración importante en torno al procedimiento *antidumping* comunitario es la existencia de la etapa jurisdiccional, en virtud de la cual la imposición o no imposición de los derechos correctivos es objeto de revisión ante el fuero judicial comunitario.

La revisión judicial representa un mecanismo de control, el cual tendría las siguientes causales de nulidad:

1. Vicios de forma o de procedimiento (*error in procedendo*).
2. Errores sobre los hechos.
3. Errores de interpretación o aplicación de la norma comunitaria.⁷¹

El control jurisdiccional es ante dos instancias, ya que como hemos señalado, cabe un recurso de Casación. Además, un particular puede interponer un recurso de responsabilidad contra los organismos comunitarios (por ejemplo Comisión) por una decisión incorrecta (por ejemplo una imposición injustificada de derechos *antidumping*) o una falta de imposición de los mismos.

Para terminar, debemos resaltar que la Unión Europea haya optado desde sus inicios (cuando era Comunidad Europea) por la eliminación de la figura del *dumping* al interior del mercado ampliado. Se consideró que ella entorpecía el proceso de integración y su mantenimiento era insostenible en vista de la ausencia de importaciones entre los miembros, y teniendo en cuenta las políticas comunitarias comercial y de competencia.

C. REGULACIÓN ANTITRUST COMUNITARIA

En Europa existen dos tipos de regulaciones *antitrust*, las normas nacionales y las comunitarias. La regulación antimonopolio comunitaria tiene su sustento en los artículos 85 a 91 del Tratado CEE de Roma y 65 y 66 del Tratado CECA. Las normas comunitarias se clasifican en primarias o de origen y secundarias o derivadas, los Tratados son normas originarias. Como normas de competencia derivadas tenemos a los Reglamentos referidos al control de acuerdos de exclusividad, licencia de patentes, franquicia, licencias de *know – how*.

La normativa *antitrust* comunitaria puede ser agrupada según los tipos de actos anticompetitivos que controla o prohíbe. El Tratado de Roma de la Comunidad Económica condena las siguientes prácticas:

- a. Acuerdos o concertaciones que restrinjan la competencia.
- b. Prácticas restrictivas que constituyan abusos de posiciones de dominio comunitarias.

⁶⁸ “El caso más significativo de la tensión que puede producirse entre ambas políticas fue el caso de la glicina procedente de Japón. Este caso afectaba a dos exportadores japoneses y a un productor con posición monopolística. Los demandantes alegaron que no era posible establecer un derecho *antidumping* porque ello permitiría al demandante comunitario elevar sus precios en un mercado en el que sólo competían esas tres empresas...Por lo tanto, la política de la competencia puede tener un efecto en materia *antidumping* al limitar la cuantía del derecho *antidumping* o incluso no imponiendo las medidas de defensa.” .

López – Jurado Romero de la Cruz, Carmen. *Ibid.*, p. 213 – 215.

⁶⁹ El interés comunitario no ha sido considerado en la Decisión 285 (ni por las 283 ni 456) de la CAN ni por las legislaciones nacionales latinoamericanas ni de los Estados Unidos; paradójicamente, sí ha sido dispuesta por la legislación *antidumping* canadiense (vía el interés del consumidor) la cual fue la base de la legislación norteamericana.

⁷⁰ Si originalmente el bien era importado por una empresa ubicada en España, las futuras exportaciones podrían ingresar vía Italia o Reino Unido a fin de tratar de eludir la aplicación de los derechos *antidumping*, si es que no se hubiese optado por su imposición mediante Reglamento. En vista de que la Unión Europea significa la existencia de un mercado común, el mismo debe ser protegido en su integridad; ya que por la libertad de circulación de los bienes, una vez que se importa un bien en cualquier parte del territorio de la Unión, dicho bien puede circular libremente por el resto del territorio e ingresar a otros países miembros.

⁷¹ Al respecto puede consultarse el capítulo tercero de la quinta parte del libro de la doctora Carmen López – Jurado Romero de la Cruz, páginas 467 a 532.

- c. Fusiones o concentraciones que restrinjan la competencia.
- d. Ayudas estatales^{72 73}.

El procedimiento *antitrust* comunitario tiene como ámbito de aplicación el comercio entre miembros de la Unión (de bienes y/o de servicios), y busca asegurar que no se realicen prácticas restrictivas. Cuenta con una etapa administrativa y otra jurisdiccional de control o revisión, a cargo de la Comisión y el Tribunal de Justicia. A diferencia del procedimiento comunitario *antidumping*, este procedimiento culmina con una Decisión de la Comisión y no con un Reglamento; por lo que ella es individualizada para cada caso en particular.

Durante el desarrollo de las investigaciones, se le garantizan a las empresas ciertos derechos (garantías del debido proceso) (por ejemplo, lo dispuesto por los Reglamentos 17/62, 27/62 y 99/63). El personal de la Comisión puede infringir las normas procedimentales, incurriendo en vicios que acarrearán la nulidad del proceso.

D. SUPRANACIONALIDAD y COEXISTENCIA DE NORMAS

La normativa comunitaria europea forma parte de la legislación nacional de cada uno de los países miembro de la Unión (es parte del Derecho Interno de cada uno de ellos), sin necesidad de una ratificación interna. Ella tiene las siguientes características:

1. Efecto directo,
2. Aplicación inmediata y
3. Primacía sobre las normas nacionales.

Las normas comunitarias son una fuente de Derecho en el sentido amplio. Ellas deben ser respetadas y

cumplidas por todos los países miembros, los organismos comunitarios, los organismos nacionales administrativos o jurisdiccionales y los particulares en general.

Las normas comunitarias, sean originarias o derivadas, son interpretadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Las resoluciones jurisdiccionales constituyen una fuente importante de Derecho, oponible no sólo a los particulares sino también a los Estados y entes comunitarios.

La importancia del órgano jurisdiccional se ha puesto en evidencia cuando sus integrantes han analizado las legislaciones o reglamentaciones nacionales que entorpecen los fines de la integración (por ejemplo, ha dispuesto la prohibición de las medidas de efecto equivalente o para arancelarios que algunos miembros mantenían, como el ya mencionado caso de *Cassis de Dijon*).

Si como hemos afirmado, las normas comunitarias son parte integrante del Derecho interno de cada país miembro, cabe preguntarse cómo se puede explicar la existencia y necesidad de las normas nacionales, y por qué las autoridades nacionales de cada miembro no aplican la norma comunitaria al resolver los casos de comercio al interior de un país o de efecto nacional. Las respuestas son complicadas, mas aún si se tiene en cuenta que las legislaciones nacionales están relacionadas o toman como base la norma comunitaria.

La existencia de normas nacionales puede tener distintas razones, entre ellas podemos señalar las siguientes:

1. Cada Estado miembro busca normar de manera desarrollada los supuestos de prácticas anticompetitivas dispuestos por el Tratado de Roma.

⁷² Este último tipo no sería propiamente un caso de regulación *antitrust*, pero en Europa se ha eliminado la regulación GATT sobre los derechos compensatorios por subsidios y se ha dispuesto el control comunitario de las llamadas ayudas estatales.

⁷³ "El artículo 3 CE define las actividades principales que la Comunidad emprenderá para el logro de los objetivos establecidos en el artículo 2 CE, el párrafo f) del artículo 3 define como una de estas actividades esenciales "el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el Mercado Común".

Los artículos 85 al 94 (1) desarrollando el artículo 3 f) CE, establecen las reglas que rigen la competencia dentro de la Comunidad. Tales reglas comprenden no sólo las tradicionales reglas "*antitrust*" que serían las denominadas en el Tratado como las "reglas aplicables a las empresas" (artículos 85 al 90) sino que también comprenden un segundo grupo denominado "ayudas concedidas por los Estados" (artículos 92 al 94). De esta forma el Tratado pretende eliminar todas las distorsiones de la competencia, sean ocasionadas por el comportamiento de las empresas, o sean ocasionadas por el comportamiento de los Estados miembros. Las tres disposiciones principales son:

El artículo 85.1, que prohíbe, sujeto a la posibilidad de una exención según el artículo 85.3, todos los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas que pueden afectar el comercio entre Estados miembros y que tienen como objeto o efecto la prevención, restricción o distorsión de la competencia dentro del Mercado Común.

El artículo 86, que prohíbe cualquier abuso por una o más empresas de una posición dominante dentro del Mercado Común o una parte sustancial del mismo en la medida en que tal abuso pueda afectar el comercio entre Estados miembros.

El artículo 92.1, que prohíbe, sujeto a los artículos 92.2 al 94, la concesión a empresas de cualesquiera ayudas públicas que distorsionen o amenacen distorsionar la competencia, en la medida en que la concesión de tal ayuda pueda afectar el comercio entre Estados miembros."

García Palencia, Rafael. Reglas de competencia en la práctica: La Comunidad Europea y el Espacio Económico Europeo. – [http://www.cefir.org.uy/www.cefir.org] (20 de enero de 1999).www.cefir.org

2. Los intereses y fines de la Unión Europea (antes Comunidad Europea) y los de cada miembro no deben ser contradictorios, pero ello no implica que sean iguales. Cada miembro, siempre y cuando no vaya contra la normativa comunitaria, puede regular los actos (entre ellos las prácticas empresariales) que se den al interior de su país y que no impliquen un comercio entre dos o más miembros.

Las razones antes señaladas explican cómo las legislaciones nacionales *antitrust*, si bien toman como base el Tratado de Roma, desarrollan sus propios supuestos y permiten que las autoridades nacionales, por ejemplo impongan sanciones distintas a las que impone la Comisión.

La coexistencia de sanciones y de ordenamientos jurídicos pone en evidencia al menos tres cosas:

1. Los miembros de la Unión han considerado que no todo se puede dejar en manos de la normativa comunitaria.
2. Las legislaciones nacionales (por ejemplo *antitrust*) tienen como límite no ir en contra de lo dispuesto por la norma comunitaria (el Tratado de Roma).
3. El Tribunal de Justicia Comunitario en cualquier momento puede intervenir e interpretar que la normativa nacional va contra la norma comunitaria, lo que motivaría la inaplicación de la norma nacional y la obligación de que el Estado la adecúe o armonice en función de la norma supranacional.

La existencia de normas antimonopolio nacionales puede también servir de inspiración a la norma comunitaria a fin de que haga suyas las reformas nacionales, y ello de hecho ha ocurrido con el control de fusiones que originalmente no había sido previsto por el Tratado de Roma.

Las normas nacionales sobre restricciones a la libre competencia del Reino Unido (de 1965) y Alemania

(de 1973) fueron en su momento una prueba de cómo las normas nacionales de los Miembros pueden ser distintas de las comunitarias. Nada impediría que nuevas normas nacionales *antitrust* puedan ser adoptadas y de ser el caso tomadas en cuenta en futuras modificaciones al Tratado de Roma, siempre que no vayan contra la norma originaria.⁷⁴

La soberanía de cada Estado parte de un proceso de integración se mantiene (en ciertos aspectos) y en virtud de ella se pueden legislar ciertos temas en el ordenamiento nacional. La normativa comunitaria no puede contemplar todos los supuestos que sean de interés de cada miembro, el caso de la legislación nacional de control de fusiones es un ejemplo. Si no se hubiesen aprobado legislaciones nacionales para controlar las fusiones quizás la adopción de una norma comunitaria similar hubiese demorado en aprobarse.

La supremacía de la norma comunitaria no significa que la norma nacional esté impedida de regular temas no desarrollados por la primera; la única condición es que la segunda no contradiga, directa o indirectamente, a la norma comunitaria, sea esta última originaria o derivada.

La realidad normativa de Europa, tanto en el plano comunitario como en el nacional, es muy particular, ya que no se ha optado por una sustitución de las normas nacionales por las comunitarias ni se ha implementado un modelo similar al del Acuerdo Trans Tasman, modelo en el cual los ámbitos de aplicación de las legislaciones nacionales *antitrust* se extienden al mercado ampliado. En el modelo europeo coexisten ambos tipos de normas, lo cual, como hemos indicado, es una opción perfectamente aceptable y que incluso ha sido seguida en parte y con sus diferencias por los socios de la CAN.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Así como en la Unión Europea se ha planteado la eliminación de la figura del *dumping* intracomunitario, en el ordenamiento jurídico de la Comunidad

⁷⁴ "El Reino Unido introdujo una legislación contraria a las fusiones en 1965 y a continuación la República Federal de Alemania hizo lo propio en 1973. Este fue el mismo año en que la Comisión también decidió plantear propuestas con el objeto de contar con una legislación similar en el ámbito comunitario. Tuvo que esperarse 16 años antes que el Consejo de Ministros decidiera avanzar en esa dirección. Los gobiernos nacionales, por lo menos los que poseían facultades legales en esta área, no estaban nada entusiasmados con la idea de transferirlas a la CE. En efecto, vale la pena observar que, en 1989, cuando la legislación comunitaria fue aprobada en esta materia, sólo tres países (Alemania, Francia y Reino Unido) contaban con instrumentos efectivos para el control de las fusiones; mientras que Irlanda y los Países Bajos también tenían alguna disposición al respecto. Si se pudiera considerar que la dimensión y el alto grado de dependencia del comercio internacional fueran sustitutos efectivos de las normas internas en materia de concentración del mercado para las economías pequeñas y abiertas, este argumento tendría menor validez en los casos de España e Italia. De hecho, la aprobación de la legislación comunitaria desencadenó, entretanto, respuestas similares en el ámbito nacional."

Tsoukalis, Loukas. Competencia e Integración Europea. – [http://www.cefir.org.uywww.cefir.org] (20 de enero de 1999).

Andina deben adoptarse diversos cambios normativos. En primer lugar, para no incumplir el principio de trato nacional al interior del proceso de integración al tener dos tipos de normativas aplicables al comercio entre los países miembros. En segundo lugar, debe avanzarse en pos de una regulación *antitrust* para el comercio de bienes y servicios entre los países andinos así como ocurre en la Unión Europea (proceso más desarrollado y en el cual se inspiró el modelo andino).

El cambio propuesto, si bien tiene razones jurídicas y experiencias prácticas que lo sustentan, no es fácil ya que dependerá de la voluntad política de los Estados

parte del proceso de integración andino y de la propia CAN; se deberá acordar una modificación, la cual tendrá su correlato en nuevas Decisiones en materia de *dumping* y restricciones a la libre competencia.

Debo finalizar señalando que todo cambio no es rápido ni simple, pero el mundo jurídico siempre ha girado en torno a los cambios a fin de adecuarse a las nuevas circunstancias de la realidad; es por ello que soy de la opinión de retomar el modelo de la Unión Europea, mejorarlo y sobre la base de este modelo adoptar los cambios normativos en la Comunidad Andina y sus Estados miembros.