

Medidas de defensa comercial en el contexto de la OMC

*Controversias promovidas en el marco
de su sistema de solución de controversias
entre países latinoamericanos*

Trade defence measures in the context of WTO

*Jaime Ramiro Gallegos Zúñiga**

RESUMEN: El presente estudio busca exponer las distintas medidas de defensa comercial que se contemplan en la OMC, el dumping, los derechos compensatorios a las subvenciones y las salvaguardias, como excepciones temporales y especiales a los compromisos de los Estados miembros de reducir sus aranceles y facilitar el comercio de bienes.

Asimismo, se exponen, una a una, las distintas controversias, que respecto a esta clase de medidas de protección de los productores locales se han dado entre los países latinoamericanos, desde la implementación del sistema de solución de controversias de 1995, que nos permitirá conocer el efectivo cumplimiento de las pautas de ese organismo multilateral y algunos de los temas sensibles en el tráfico comercial regional.

PALABRAS CLAVES: Organización Mundial de Comercio (OMC). Dumping. Subsidios. Competencia desleal. Defensa de la competencia. Derecho Comercial. Chile. América Latina

* Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. E-mail: jgallegos@derecho.uchile.cl

ABSTRACT: This study seeks to expose the different trade defense measures contemplated in the WTO, dumping, countervailing subsidies and safeguards, as temporary and special exceptions to commitments of Member States to reduce their tariffs and facilitate trade in goods.

In the same line, exposed one by one, the various disputes that regarding this kind of measures to protect local producers have been among Latin American countries, since the implementation of the system of dispute resolution from 1995, which will allow us to know effective compliance of the guidelines of this multilateral organization and some sensitive issues of regional commercial traffic.

KEY WORDS: TWO. Dumping. Subsidies. Unfair competition. Defense of competition. Commercial Law. Chile. Latin America.

SUMARIO: **1.** Introducción. **2.** Dumping. Exportaciones a precio más bajo que el “valor normal”. **3.** Subvenciones y derechos compensatorios. **4.** Salvaguardia (o cláusula de escape). **5.** Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Desde la creación de la Organización Mundial de Comercio (en adelante OMC) en 1995, se establecieron nuevas reglas multilaterales comunes para la venta internacional de mercaderías, lo que demanda de los actores que desarrollan esta clase de operaciones¹ no sólo atender a la regulación nacional pertinente, que usualmente establece requisitos y condiciones para la exportación e importación de bienes, sino que también supone tener claro los principios y normas contenidos en el GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio), de 1994, atendido que, por lo demás, esa preceptiva ha llevado a modificaciones internas, a objeto de homologar los ordenamientos jurídicos locales, con la finalidad de contar con un marco normativo más uniforme, certero y claro.

El GATT descansa en principios de prohibición de la discriminación, nación más favorecida, reciprocidad en los compromisos, reducción de los aranceles y prohibición de los obstáculos no arancelarios al comercio².

Si bien uno de los mecanismos con que se ha tratado de liberalizar el comercio internacional, ya desde el GATT de 1947, fue la reducción de los aranceles, y luego, la consolidación de estos, en cuyo mérito los Estados miembros, en principio, no pueden aumentar las tasas correspondientes más allá de un porcentaje máximo ya acordado (arancel consolidado), el sistema admite que los integrantes de esa entidad multilateral, en casos excepcionales³, puedan eximirse de esos compromisos, en el evento en que por conductas de competencia desleal (llevadas a cabo por productores que exportan los bienes o por las propias autoridades

¹ Álvaro JARA LINETZKY, “Salvaguardias, Derechos Antidumping y Derechos Compensatorios. La defensa comercial y el sistema chileno” en *Revista del Abogado*, 2014 (61), pp. 19-21.

² Matthias HERDEGEN. *Derecho Económico Internacional*, Thomson Civitas, 2005, Cizur Menor, p. 170.

³ Guillermo CABANELLAS “La defensa del mercado interno: antidumping y salvaguardias” en Carlos CORREA (Coord.) *Comercio Internacional: del GATT a la OMC. Disciplinas y Solución de Controversias*, Eudeba, 2009, Buenos Aires, p. 194.

de donde esos productores tengan asiento) o por motivos de urgencia, ello sea irremediablemente necesario.

A este respecto, es menester indicar que las medidas de defensa comercial admitidas como una excepción a la aludida rebaja de los aranceles son tres, las medidas antidumping, las medidas compensatorias a las subvenciones y las salvaguardias.

Dicho lo anterior, preliminarmente nos corresponde advertir que la adopción de las medidas que pasaremos a analizar con este trabajo, deben interpretarse de manera restrictiva, puesto que en su defecto, acudiendo a ellas se podría burlar los principios y las reglas del comercio internacional. En razón de ello, podemos adelantar que, en los casos en que se han impugnado esas medidas excepcionales en el seno de su sistema de solución de controversias, los organismos pertinentes han tendido a rechazar la adopción de esta clase de acciones, dada la falta de acatamiento riguroso de las condiciones y procedimientos por parte del Estado que las invoca y adopta.

Así, y claro lo anterior, nos cabe afirmar que con el establecimiento de reglas exigentes y requisitos conocidos y objetivos habilitantes a que se adopten medidas de defensa comercial, se busca que los Estados miembros de esa entidad multilateral no puedan cerrar arbitrariamente sus mercados a exportadores foráneos, aduciendo la concurrencia de las circunstancias que permiten su implementación.

De hecho, se ha sostenido que el establecimiento de salvaguardias por diferentes países y el aumento de los subsidios a determinados sectores, por parte de las autoridades europeas y de Estados Unidos, fue uno de los puntos centrales que llevaron a las negociaciones de la Ronda de Uruguay, iniciadas en 1986, dados los obstáculos que esas acciones reportaban en el comercio internacional, y que por ello, uno de los principales beneficios de la citada Ronda fue quebrar la tendencia proteccionista que se venía dando en la década de los ochentas⁴, a través de los acuerdos pertinentes que limitaban la posibilidad de acudir a esas prácticas.

El objetivo de este trabajo es revisar los requisitos que permiten a un Estado miembro poder impetrar alguna de ellas, haciendo referencia a los casos en que las partes en disputa han sido países de América Latina entre sí, para poder tener claro cuáles son los temas sensibles en el comercio intrarregional, y también poder extraer, pautas jurisprudenciales

⁴ Ernesto TIRONI. *La Organización Mundial de Comercio y la Ronda Uruguay. Manual para empresarios*, Editorial Dolmen, 1995, Santiago, pp. 48-61; Ricardo BASALDÚA. *La Organización Mundial del Comercio y la regulación del comercio internacional*, LexisNexis, 2007, Buenos Aires, pp. 285-286; Guillermo CABANELLAS "La defensa del mercado (...)", pp. 111-118.

de la OMC, que sirvan de antecedente a las autoridades pertinentes antes de adoptar estas limitaciones al acceso de la importación de bienes.

De una revisión general es útil mencionar que a partir del año 2000 se muestra un aumento de litigación y de la utilización del mecanismo de solución de controversias por parte de diferentes Estados miembros, entre ellos los países latinoamericanos, que —entre otras materias— impugnaron recurrentemente las medidas de defensa comercial adoptadas⁵.

A su turno, a nivel global, a esta fecha, podemos decir que 126 casos han tenido como reclamantes a países de América Latina, y 91 como reclamado, lo que también denota el rol —relativamente— activo que han asumido dichos Estados en la defensa de sus intereses.

De esas 126 controversias, 46 han sido dirigidas contra países latinoamericanos, de las cuales 29 han versado sobre medidas de defensa comercial, en cuyo mérito creemos oportuno, exponer las condiciones establecidas para la adopción de éstas, como también una revisión general de aquellos conflictos.

Ahora bien, como premisa necesaria, estimamos procedente advertir que el sistema de solución de controversias de la OMC admite que la parte reclamante, ya sea que haya alcanzado un acuerdo o no con el país denunciado, pueda no proseguir con las distintas fases del proceso contemplado al efecto⁶, motivo por el cual, como se verá durante el desarrollo de este trabajo, muchas controversias no llegaron siquiera a la fase de la conformación de un Grupo Especial, y por ende, no culminaron con un pronunciamiento del organismo multilateral respecto a la licitud o ilicitud de la medida de defensa comercial sometida a análisis.

2.

DUMPING. EXPORTACIONES A PRECIO MÁS BAJO QUE EL “VALOR NORMAL”

a) Definición

El dumping se ha conceptualizado como la oferta de bienes para la exportación a unos precios inferiores que los existentes en el país de origen⁷, que provocan o amenazan causar un daño en aquel donde esas mercaderías son importadas.

⁵ Juliana SALLES ALMEIDA. “Una década de funcionamiento del sistema de solución de diferencias comerciales de la OMC: avances y desafíos” En *Serie Comercio Internacional*, 2006 (65). p. 11.

⁶ Jaime GALLEGOS ZÚÑIGA. “Las sanciones contempladas por el incumplimiento de los acuerdos del comercio internacional” En *Revista Derecho y Humanidades* (Universidad de Chile) 2010 (16). pp. 191-192.

⁷ Matthias HERDEGEN. *Derecho Económico Internacional*, p. 175.

Con esta medida lo que se busca evitar es un productor extranjero haga una discriminación internacional de precios⁸, puesto que se presume que está llevando a cabo esa acción a objeto de desplazar a los demás competidores del mercado, para luego hacer abuso de posición dominante, y aun cuando pudieren haber otros móviles que le induzcan a incurrir en esa conducta, como, por ejemplo, la finalidad de liquidar mercaderías sin provocar una rebaja de precios en el mercado local o la ejecución de una estrategia de penetración en mercados extranjeros, esta acción se mira, de por sí, como negativas, puesto que operan sobre el entendido que el altruismo no actúa dentro de la lógica empresarial⁹.

Sobre el particular, puede sostenerse que hay mayor probabilidad que se presente este fenómeno en el evento en que el empresario aproveche economías a escala y existan barreras de acceso que impidan el ingreso de competencia en el mercado de origen, lo que le permite mantener precios altos en aquél, y discriminar y vender al extranjero a un precio menor¹⁰.

b) Antecedentes

Esta conducta, que se mira como atentatoria a la libre competencia se tipificó primeramente en la legislación de Canadá a comienzos del siglo XX y luego se incorporó en los ordenamientos jurídicos de diferentes países¹¹.

Por su parte, cabe recordar que el acuerdo específico que desarrolló esta materia, que ya estaba incorporada en el artículo VI del GATT de 1947, se verificó luego de concluida la Ronda de Tokio de 1974¹².

Asimismo, también procede advertir que a nivel latinoamericano, aún antes de la creación de la OMC, ya resultaba ser un tema recurrente, y así en 1994 Chile ya había acudido al GATT para denunciar prácticas de dumping contra harina de trigo proveniente de Argentina y calzado originario de China, a través de la imposición de derechos antidumping del 7 y 10%, respectivamente, por el plazo de un año¹³.

⁸ José Manuel POLO. *Comercio Internacional. Teoría y Técnicas*, Editorial Universidad de Granada, 2007, Granada. p. 243.

⁹ Juan Antonio ÁLVAREZ AVENDAÑO y Claudio LIZANA ANGUITA. *Dumping y Competencia Desleal Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, 1995, Santiago, p. 45.

¹⁰ Pierino LÓPEZ RAYGADA. "El papel del Derecho Administrativo en la aplicación de medidas de defensa comercial en el comercio internacional de bienes" En ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO. *Derecho Administrativo*, Jurista Editores, 2004, Lima, p. 368.

¹¹ Monserrat MILLET. *La regulación del comercio internacional: del GATT a la OMC*, Estudios La Caixa, 2001, Barcelona, p. 125.

¹² Ernesto TIRONI. *La Organización Mundial (...)*, p. 30; Claudio RODRÍGUEZ GALÁN, Jorge SÁNCHEZ DÁVILA. *Derecho de los Negocios Internacionales*, Editorial Porrúa, 2008, México D.F. pp.

¹³ Ernesto TIRONI. *La Organización Mundial (...)*, p. 30.

Luego, como resultado de la Ronda de Uruguay surge el Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del GATT de 1996 o Código Antidumping (AAD), que es la actual normativa multilateral que regula esta materia.

c) Configuración del Dumping. Venta bajo valor normal

El AAD considera que se incurre en dumping, cuando el producto ha sido introducido a un país a un precio inferior al de su “valor normal”, si el precio de exportación del aquél es menor a ese en que se transa tal bien en relaciones ordinarias de comercio, respecto de un producto similar en el país exportador.

Para efectos de determinar el “valor normal”, la OMC ha establecido 3 criterios, el primero dice relación con el precio de venta en el país del cual procede la mercadería.

Ahora bien, si ello no fuere posible, porque allí no se dan condiciones de mercado o porque la comercialización del producto en particular es insignificante, se hace necesario acudir al precio de venta de ese bien en un tercer país, si en ese sitio sí se dan las condiciones de mercado y magnitud aludidas.

Luego, si por las mismas causales ya señaladas, tal monto no pudiere utilizarse con este objetivo, será necesario atender al valor reconstruido de la mercadería, que corresponderá a los costos de producción en que incurre el fabricante más una ganancia razonable.

La diferencia entre el precio de importación y su “valor normal” se denomina “margen de dumping”¹⁴, el que requerirá que se someta a los ajustes necesarios, a fin de que tales sumas sean comparables¹⁵.

d) Otros requisitos. Daño importante y relación de causalidad

Una regla fundamental en materia de defensa comercial es la exigencia de acreditar el daño importante o la amenaza de daño (artículo 3 del AAD) a una rama de la producción nacional, que ya exista o pueda existir, puesto que también se admite la adopción de esta restricción cuando se constata que el ingreso de los bienes bajo su valor normal está retrasando la creación de tal rama manufacturera local (artículo VI.a GATT, de 1994).

La demostración de ese daño o amenaza de daño debe efectuarse con pruebas positivas, para lo cual será necesario efectuar un examen imparcial del volumen de las importaciones objeto de dumping y el efecto de éstas en los precios de productos similares en el

¹⁴ Claudio RODRÍGUEZ GALÁN, Jorge SÁNCHEZ DÁVILA. *Derecho de (...)*, pp. 147.

¹⁵ Monserrat MILLET. *La regulación del comercio (...)*, p. 130.

mercado interno, y también la consiguiente repercusión de esas importaciones sobre los fabricantes nacionales de esos productos (artículo 3 del AAD).

También es menester tener a la vista que el antedicho AAD ha precisado criterios para determinar los costos involucrados, que ayudarán a establecer de manera efectiva cuál es el mencionado “valor normal” en cuestión, lo que en definitiva, hará más exigente para el Estado miembro que quiera adoptar un derecho antidumping el demostrar la relación causal y el daño causado en la producción nacional, puesto que se requiere que se ponderen todos los factores económicos involucrados al efecto, exigiendo, asimismo que se les dé a todas las partes interesadas la posibilidad de presentar las pruebas que estime del caso¹⁶, sin que en ese proceso sea admitido actuar discrecionalmente o sin la debida fundamentación.

A su turno, es necesario advertir que el daño o la incidencia de las importaciones en cuestión deben ser “relevantes”, habida consideración que si el dumping es “*de minimis*”, esto es, que si el porcentaje es inferior al 2% del precio de exportación del producto el volumen de las importaciones es insignificante, y representa menos del 3% del importe total de las importaciones del bien de la especie, no procederá la aplicación de esa medida y la investigación iniciada sobre ese asunto deberá terminarse de inmediato.

Además, debe demostrarse la correspondiente relación de causalidad entre la conducta investigada y los descritos efectos nocivos en el Estado importador (artículos 3.5 a 3.7 AAD).

e) Procedimiento habilitante para adoptar medidas antidumping

Con fines de publicidad, y para que todos los interesados puedan intervenir en el proceso impetrado al efecto (artículo 6 AAD), la normativa de la OMC exige que todas las medidas antidumping preliminares o definitivas, se notifiquen de manera pronta y pormenorizada al Comité de Prácticas Antidumping de ese organismo.

Los legitimados activos para solicitar que el Estado donde se importan los bienes establezcan esa clase de restricción comercial son las ramas de la producción nacional, entendiéndose por tal, el conjunto de los fabricantes nacionales de los bienes similares, o aquellos de entre ellos cuya elaboración conjunta constituya una proporción importante, ascendente al 50% de la producción nacional de una mercadería similar (artículos 4 y 5.4 del AAD).

¹⁶ Claudio RODRÍGUEZ GALÁN, Jorge SÁNCHEZ DÁVILA. *Derecho de (...)*, p. 144; Ernesto TIRONI. Ernesto TIRONI. *La Organización Mundial (...)*, p. 31.

f) Medida antidumping

Como premisa preliminar, y dado que la OMC no se vincula con empresas o con particulares, el papel que le compete en esta materia, no es sancionar al productor en específico que ejecuta las acciones de dumping, sino que verificar que el Estado que está implementado o ha implementado una medida antidumping, lo ha hecho conforme a la normativa multilateral¹⁷.

Acreditada la práctica de dumping, siguiendo para ello el procedimiento pertinente, caracterizado por la publicidad y la posibilidad de intervención de los interesados, la medida que puede aplicarse es el establecimiento de una cuota compensatoria, la que afectará a la fracción arancelaria específica del bien investigado y sancionado, que implicará un porcentaje *ad valorem* (o específico) del valor total de la mercadería.

El artículo VI del GATT autoriza percibir ese derecho antidumping, siempre que no exceda del “margen de dumping” del producto en cuestión. En virtud de lo cual, la medida que se adopte no puede generar el efecto de que el precio del bien de la especie termine siendo más alto a aquél en que se comercia en el de su mercado de origen.

Asimismo, se restringe la extensión de las medidas definitivas, estableciendo que aquellas sólo permanecerán en vigor el tiempo y en el evento que sean necesarias para contrarrestar el dumping que esté causando daño, y que expirarán, como máximo, luego de 5 años desde la fecha de su imposición (artículo 11 del AAD), a menos que se determine que de suprimirlas, es probable que los efectos nocivos que se buscan impedir continúen o reaparezcan.

Por otra parte, es necesario advertir que si se adoptan medidas antidumping provisionales, éstas no pueden exceder los cuatros meses, o por excepción hasta seis (artículo 7 AAD)

A su turno, otra alternativa que expresamente se contempla en el artículo 8 del AAD es alcanzar compromisos relativos a los precios, en cuya virtud se pueden suspender o dar por terminados los procedimientos sin imposición de medidas provisionales o derechos antidumping si el exportador comunica que asume voluntariamente el compromiso de revisar sus precios y regularizarlos hacia el valor normal.

Aparte de lo señalado, también es interesante comentar que en la Unión Europea se ha sugerido que se amplíen los derechos antidumping, para poder sancionar también a las medidas de elusión —en consonancia con las reglas presentes en su normativa comunitaria previa a los cambios introducidos con ocasión de la adopción de los compromisos asumidos

¹⁷ José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS. *Sistema de Derecho Económico Internacional*, Thomson Reuters Civitas, 2010, Cizur Menor, p. 185.

como miembro de la OMC— que se producirían en el evento en que un productor afectado por esa clase de medida de defensa comercial envíe las piezas separadas al país que decidió aplicar esa restricción, para que allí se proceda a su ensamblaje.¹⁸

g) Régimen preferente para los países en desarrollo

En esta materia no hay un tratamiento preferencial efectivo que beneficie a los países en vías de desarrollo de manera certera, como ocurre en las otras dos alternativas de defensa comercial, como se verá más adelante, puesto que el artículo 15 del AAD sólo dispone que los países desarrollados miembros al aplicar una medida de esta clase deberán tener particularmente en cuenta la especial situación de los países en desarrollo, por lo que antes de su adopción se encuentran en la necesidad de explorar la posibilidad de hacer uso de “soluciones constructivas”, nomenclatura ambigua que conduce a bastante incertidumbre, respecto a qué debe entenderse por tal.

Ahora bien, el tenor de aquella disposición en lo que atañe a esa última expresión, a juicio de algunos autores¹⁹ demandaría que los países desarrollados adopten conductas activas o positivas conducentes dar efectivamente un trato especial cuando los bienes provienen de esos mercados.

h) Controversias suscitadas a nivel regional

A poco andar de la entrada en vigencia de la nueva normativa de la OMC, la primera controversia en que un país latinoamericano denunció a otro, tuvo lugar a fines de 1995, con la DS 23²⁰, en que México solicitó la celebración de consultas respecto a la investigación antidumping en relación a determinados bienes tubulares para exploración y explotación petrolera procedentes de esa nación, por parte de Venezuela. Sin embargo, no llegó a formarse un Grupo Especial, dado que Venezuela decidió terminar la investigación iniciada al efecto.

Luego, en 1996, una vez más México reclamó contra una investigación antidumping, que esta vez se había iniciado en Guatemala respecto el cemento Portland proveniente de ese país, lo que generó la DS 60²¹.

Sobre este particular, en junio de 1998 el Grupo Especial constató que Guatemala no había cumplido las prescripciones del párrafo 3 del artículo 5 del AAD al iniciar la inves-

¹⁸ Monserrat MILLET. *La regulación del (...)*, p. 132.

¹⁹ Ana MANERO SALVADOR. *OMC y Desarrollo*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2006, Valencia. pp. 303-305.

²⁰ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds23_s.htm

²¹ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds60_s.htm

tigación basándose en unas pruebas de dumping, de daño y de relación causal que no eran “suficientes” para justificarla.

Esa decisión que fue apelada por el país denunciado.

En atención a ese recurso, el Órgano de Apelación, por aspectos procedimentales y de competencia, dejó sin efecto la decisión descrita, sin pronunciarse en definitiva respecto al fondo del asunto.

Dado el veredicto recientemente enunciado, México, en 1999, solicitó nuevamente la celebración de consultas respecto a la imposición de los derechos antidumping definitivos por parte de Guatemala a las importaciones del citado cemento, lo que se transformó en la DS 156²².

Pronunciándose respecto a esta contienda, el informe del Grupo Especial se distribuyó el año 2000, concluyendo que la iniciación por Guatemala de una investigación, la realización de esa investigación y la imposición de una medida definitiva a las importaciones de cemento Portland gris contra una empresa mexicana, entre otros fundamentos, había resultado incompatible:

- Con el párrafo 3 del artículo 5 del AAD, puesto que no habían pruebas suficientes de existencia de dumping, como tampoco de la amenaza de daño que justificara la iniciación de una investigación de ese tipo;
- Con el párrafo 5 del artículo 5 del AAD, puesto que no se entregó, a su debido tiempo, a México la notificación atinente;
- Con el párrafo 1.1 del artículo 12 del AAD, en razón de que se infringieron normas sobre avisos públicos de inicio de investigación;
- Con el párrafo 1.3 del artículo 6 del AAD, dado que no se facilitó, a su debido tiempo, a México ni a la empresa investigada, el texto completo de la solicitud de esas indagaciones;
- Con los párrafos 1.2 y 4 del artículo 6 del AAD, habida cuenta que no se dio acceso al expediente de investigación a México, como tampoco a la empresa investigada;
- Con el párrafo 2 del artículo 6 del AAD, atendido que no se brindó plena oportunidad de defender sus intereses a la empresa investigada;

²² https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds156_s.htm

- Con del párrafo 9 del artículo 6 del AAD, en razón de la falta de comunicación a todas las partes involucradas de los hechos esenciales considerados, que sirvieron de base para la decisión aplicada;
- Con los párrafos 1, 2 y 5 del artículo 3 del AAD, dado que no se tuvo en cuenta las importaciones realizadas por otra empresa en la determinación de existencia del daño y de la relación causal, y
- Con el párrafo 4 del artículo 3 del AAD, puesto que no se evaluaron todos los factores pertinentes al examinar el impacto de las importaciones supuestamente objeto de dumping en la rama de producción nacional.

Atendido lo resuelto, según comunicó Guatemala —en diciembre de ese año 2000— se dejaron sin efecto los derechos antidumping impugnados.

En ese mismo contexto, es menester presente que el año 2000, México solicitó, en la DS 182²³, la celebración de consultas al Ecuador respecto a la adopción de medidas antidumping provisorias emprendidas, también contra el cemento procedente de ese país reclamante. Sin embargo, en esta materia no llegó a formarse el Grupo Especial.

Sería luego, con la DS 191²⁴, solicitada ese mismo año, que una vez más México acudió a esta vía de inicio de solución de controversias por las medidas antidumping definitivas adoptadas por el Ecuador. Mas, tampoco se conformó el Grupo Especial pertinente.

A su turno, con la DS 216²⁵, de 2000, Brasil solicitó la celebración de consultas por la medida antidumping provisional adoptada por México respecto a transformadores eléctricos. No obstante ello, no llegó a constituirse el Grupo Especial respectivo.

Con la DS 241²⁶, de 2001, Brasil solicitó la celebración de consultas respecto a la aplicación de medidas antidumping, por parte de Argentina, a importación de pollos, rebatiendo el procedimiento seguido, como también algunas conclusiones alcanzadas por las autoridades de esa nación rioplatense.

En junio de 2002 se constituyó el Grupo Especial, distribuyendo su informe en abril de 2003, en el cual se concluyó que el país denunciado había violentado diferentes normas del AAD.

Luego, con la DS 272²⁷, Argentina, en octubre de 2002, solicitó la celebración de consultas respecto a la aplicación de medidas antidumping provisorias por parte del Perú a

²³ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds182_s.htm

²⁴ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds191_s.htm

²⁵ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds216_s.htm

²⁶ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds241_s.htm

²⁷ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds272_s.htm

aceites vegetales de girasol, soja y sus mezclas procedentes del país denunciante, por haberse vulnerado diversos aspectos del AAD. No obstante ello, en definitiva, no se formó el Grupo Especial respectivo.

El 2005, Guatemala requirió la celebración de consultas a México, con la DS 331²⁸, sobre las tuberías de acero procedentes del país reclamante.

El año 2006 se constituyó el Grupo Especial, que en junio de 2007 distribuyó su informe, en el que se constataba que la iniciación y la realización de la investigación y la imposición de una medida antidumping definitiva sobre las importaciones aludidas resultaban incompatibles con las disposiciones de los párrafos 3 y 8 del artículo 5, los párrafos 1, 2, 4 y 5 del artículo 3 y los párrafos 3, 5, 6 y 7 del Anexo II del AAD.

En atención a ello, en enero de 2008, México dejó sin efecto los derechos antidumping citados, que gravaban los bienes en cuestión provenientes de Guatemala.

Más adelante, en diciembre de 2006, Argentina, con la DS 355²⁹, solicitó la celebración de consultas respecto a la aplicación de medidas antidumping por parte de Brasil a diversas resinas de politereftalato de etileno proveniente de ese país.

A mediados de 2007, se constituyó el Grupo Especial, el que cesó sus trabajos, ya que en enero de 2008, la Cámara de Comercio Exterior de Brasil había adoptado la decisión de suspender los derechos antidumping cuestionados.

En mayo de 2009, Argentina, con la DS 393³⁰, solicitó la celebración de consultas por la aplicación de medidas antidumping, por parte de Chile, respecto a trigo proveniente de esa nación, por infringir, a su juicio, el artículo VI del GATT, como también diversas disposiciones del AAD. Sin embargo, no llegó a formarse el Grupo Especial correspondiente.

Luego, en mayo de 2010, Perú, a través de la DS 410³¹, solicitó la celebración de consultas respecto a la aplicación de medidas antidumping definitivas adoptadas por parte de Argentina respecto a la importación de cadenas y cremalleras, provenientes de ese país.

Se impugnaba que el inicio de investigación se basó en una prueba del “valor normal” correspondiente a un precio, que a juicio del denunciante no resultaba ser representativa de las ventas internas en Perú.

Además, se discrepó que se haya acreditado fehacientemente el daño en la rama de la producción local.

²⁸ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds331_s.htm

²⁹ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds355_s.htm

³⁰ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds393_s.htm

³¹ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds410_s.htm

Asimismo, al adoptar la medida, Perú denunciaba también que no se tomó en cuenta la información que le proveyó el exportador. No obstante estas reclamaciones, el Grupo Especial no llegó a constituirse.

De los casos en que han controvertido países de la región, como también los restantes que se han ventilado en el seno de la OMC, se constata que —usualmente— se imponen estas medidas de defensa comercial, sin que esté demostrada la existencia del dumping³², en los términos que esa entidad exige.

3.

SUBVENCIONES Y DERECHOS COMPENSATORIOS

a) Definición

Un subsidio “es una contribución financiera efectuada por un gobierno o cualquier entidad que constituye una forma de ingreso o soporte al precio que beneficie al productor de una mercancía de exportación”³³.

Opera en el caso que el Estado de donde proviene el bien concede a su productor un tratamiento especial, consistente en medidas discriminatorias, ya sea tendiente a la exportación de las mercaderías o bien, excluyendo de tales ventajas, o franquicias a aquellos fabricantes que utilizaren insumos importados.

Verificada esta situación se permite la aplicación de derechos compensatorios a aquellas mercaderías que no compiten en igualdad de condiciones, ya que en atención de esas subvenciones se obtuvo una rebaja inadmisibles en los costos correspondientes.

Como puede deducirse, este tipo de medidas afecta principalmente a los países en vías de desarrollo o menos adelantados, cuyas autoridades públicas, generalmente, no cuentan con los recursos para ayudar a sus productores, y que a la hora de comerciar con bienes originarios de Estados en que sí se entregan esos subsidios se encuentran en una posición desfavorable³⁴.

³² José Manuel POLO. *Comercio Internacional. Teoría y Técnicas*, p. 244.

³³ Claudio RODRÍGUEZ GALÁN, Jorge SÁNCHEZ DÁVILA. *Derecho de (...)*, p. 154.

³⁴ Ernesto TIRONI. Ernesto TIRONI. *La Organización Mundial (...)*, p. 32; Alieto Aldo GUADAGNI, Jorge KAUFMANN. “Comercio Internacional y pobreza mundial” En *Revista de la CEPAL*, 2004 (64). pp. 83-97.

b) Antecedentes

El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (en adelante ASMC), que se generó de la Ronda de Uruguay, según ha dicho la doctrina³⁵, constituyó un avance sustancial respecto a la regulación a lo entonces vigente, puesto que se precisaron muchos aspectos que no contaban con definiciones precisas y claras.

Antes de la adopción de ese acuerdo, fue Estados Unidos el país que promovió mayor número de controversias invocando esta causal, atendido que, entre otros aspectos, su normativa no exigía que se acreditase el daño en la producción local³⁶.

Como cuestión previa hay que destacar que las subvenciones en la agricultura se mantienen al margen de esta normativa, y cuentan con una preceptiva especial en los artículos 3.1 y 5.2 del Acuerdo sobre Agricultura de la OMC.

En este orden de consideraciones, es del caso mencionar que uno de los temas centrales del entrabado debate de la Ronda de Doha son las ayudas que entregan los gobiernos a sus agricultores, y si bien la Ronda de Uruguay logró que los países acordasen reducir en un 20% las ayudas entregadas en ese ámbito en un lapso de 6 años³⁷, aún muchos Estados miembros entienden que no hay un trato equitativo en esta materia, ya que muchas veces, dadas estas distorsiones, los mercados de aquellos países donde se conceden esas subvenciones se encuentran cerrados para el ingreso de productos agrícolas, donde precisamente los países en vías de desarrollo cuentan con ventajas comparativas.

c) Configuración de la subvención

Aquella contribución puede adoptar diferentes formas, según el artículo 1.1 del ASMC, a saber:

- Transferencia directa de fondos o posibles transferencias directas de fondos o pasivos (garantías de préstamos)
- Condonaciones fiscales
- Suministro gubernamental de bienes o servicios distintos a la infraestructura general o compra de bienes
- Realización de pagos a mecanismos de financiación o encomienda a una entidad privada de una o varias de las funciones descritas
- Forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios

³⁵ Ricardo BASALDÚA. *La Organización Mundial (...)*, p. 310.

³⁶ Monserrat MILLET. *La regulación del comercio (...)*, p. 116, 138.

³⁷ Ernesto TIRONI. *La Organización Mundial (...)*, p. 63.

Para que estemos ante una subvención impugnabile ante la OMC, se requiere que aquella sea específica, esto es, que vaya en beneficio de una empresa o una rama de la producción particular (artículo 14 del ASMC).

Además, la subvención debe generar un beneficio para el agente que interviene en la cadena de producción (artículo 14 del ASMC), sin que él deba efectuar una contraprestación a cambio por ello³⁸.

A su turno, en lo que a clasificación de subvenciones se refiere, cabe distinguir entre subsidios prohibidos, dentro de los cuales encontramos los subsidios a la exportación, que son aquellos en que se condiciona “de jure o de facto”³⁹ los resultados de la exportación, como requisito para su otorgamiento, ya sea de manera única o junto a otras exigencias, y los subsidios contingentes, que requieren del uso de productos domésticos, con preferencia a los importados, como condición única o junto a otros requisitos, para que tales ayudas públicas sean concedidas.

Este último tipo de subvenciones supone por lo demás un atentado contra el principio de trato nacional, reconocido en el artículo III del GATT⁴⁰.

Por otro lado, también se contemplan los subsidios reclamables o recurribles, que son aquellos que se pueden impugnar si causan daño a la industria local de un país miembro donde el bien subsidiado es exportado, lo que debe ser acreditado, junto con la relación causal, por parte del país reclamante (artículo 5 del ASMC).

Además de esas dos figuras hace unos años se establecía también la categoría de subsidios no reclamables, que si bien no podían ser objetados en el marco de la OMC, de todos modos debían ser notificados al Comité de Subvenciones.

Dentro de este género se encontraban:

- Subsidios en educación o infraestructura
- Subsidios en actividades de investigación conducidas por universidades o centros de estudio;
- Apoyos para ajustar la producción a nuevas exigencias medioambientales;
- Asistencia a regiones desfavorecidas, entre otros.

³⁸ Pierino LÓPEZ RAYGADA. “El papel del Derecho (...)”, p. 370.

³⁹ Ana MANERO SALVADOR. *OMC y Desarrollo*, p. 308.

⁴⁰ Ricardo BASALDÚA. *La Organización Mundial (...)*, p. 316.

Sin embargo, a partir del año 2000 —momento en que no se renovó el régimen temporal en que estaban previstas— esta categoría caducó⁴¹, por lo que en principio, aun cuando se tratara de subsidios de este último tipo, ellos podrían ser recurridos por los restantes Estados miembros, en el evento en que se configuren los requisitos de daño y relación de causalidad, ya expuestos.

Al igual que en materia de derechos antidumping, acá también opera el criterio “*de minimis*”, en orden a que cuando la subvención es menor al 1% al valor del bien, o el volumen de las importaciones sea insignificante (artículo 11.9 del ASMC), no es posible adoptar los derechos compensatorios pertinentes.

d) Otros requisitos. Daño y relación de causalidad

Como condición común a las medidas de defensa comercial, se requiere que en el país importador se produzca un daño en una rama de la producción nacional y que exista una relación de causalidad entre esa importación y aquel perjuicio.

A tal efecto, el artículo 6 del ASMC da pautas para poder entender cuándo estamos ante un perjuicio grave al decir que éste tendrá lugar cuando:

- el total de subvención *ad valorem* aplicado a un producto sea superior al 5%;
- aquellos subsidios sean entregados para cubrir pérdidas de explotación sufridas por una rama de producción o una empresa, salvo que se trate de medidas excepcionales, que no sean recurrentes ni puedan repetirse y se apliquen simplemente para dar tiempo a que se hallen soluciones a largo plazo y se eviten graves problemas sociales;
- exista condonación directa de deuda, ya sea que acreedor sea el gobierno, o se hagan donaciones para cubrir el reembolso de aquella obligación pecuniaria.

A su turno, de acuerdo con el artículo 15 del ASMC la determinación de la existencia del daño en esta materia debe basarse en pruebas positivas, que comprenderán un examen objetivo del volumen de las importaciones subvencionadas y del efecto de éstas en los precios de productos similares en el mercado interno, como también de la repercusión consiguiente de esas importaciones sobre los productores nacionales de tales bienes.

Con todo, en el caso de subsidios prohibidos, el daño se presume, en razón de lo cual se invierte la carga de la prueba de iniciarse los procedimientos respectivos.

⁴¹ Ignacio DE LA RIVA. *Ayudas Públicas*, Hammurabi, 2004, Buenos Aires. pp. 482-486.

Por otra parte, se presume que hay perjuicio grave cuando el total de la subvención *ad valorem* aplicada a un producto supera el 5% de su precio. De verificarse este supuesto, el Estado que confiere ese subsidio debe probar que esa ayuda pública no causa perjuicio en el mercado donde se importan los bienes en cuestión.

e) Procedimiento habilitante para adoptar medidas compensatorias

La OMC ha reglamentado los procedimientos para determinar la cuantía de la subvención y los daños que ellos provocan en la producción del país receptor, debiendo tenerse en cuenta todos los factores económicos involucrados.

El establecimiento de reglas procedimentales y exigencias para poder impetrar válidamente estas medidas, obedece a la lógica que con ello se busca desincentivar conductas que en definitiva supongan “proteccionismo escondido”⁴².

Enseguida, es menester señalar que los legitimados activos para requerir la adopción de esta clase de medidas son los productores nacionales, cuya producción conjunta represente más del 50% de la producción total del bien en cuestión (o de alguno similar)

Luego, en aras a la transparencia y previsibilidad⁴³, según el artículo XVI del GATT de 1994, cuando un Estado miembro de la OMC confiera una subvención, que pueda colaborar, de manera directa o indirecta a un incremento de las exportaciones de un producto o reducir las importaciones, aquél debe comunicar de manera anticipada ese cambio en la reglamentación a ese organismo multilateral.

En el caso de los subsidios prohibidos, como anticipábamos, se ha contemplado un procedimiento acelerado, conducentes a obtener su rápido retiro. Además, se invierte la carga de la prueba y no requieren acreditar el daño que provocan, en razón de la condena que le da el sistema multilateral a esta subvención que se deduce causa tanta distorsión en el comercio internacional⁴⁴.

Además, las investigaciones, por regla general, deberán haber concluido a un año desde su iniciación, o a más tardar a los 18 meses.

f) Derechos compensatorios

La contramedida ante una subvención que dé cumplimiento a las exigencias dadas por la OMC es la adopción de derechos compensatorios, que pueden tener el carácter de

⁴² Ernesto TIRONI. *La Organización Mundial (...)*, p. 32.

⁴³ Diana TUSSIE “La política comercial en el marco de la Organización Mundial de Comercio” En *Revista CEPAL*, 1997 (62), p. 118.

⁴⁴ Ricardo BASALDÚA. *La Organización Mundial (...)*, p. 317.

específicos o *ad valorem* (artículo 19 del ASMC), con lo que se busca ajustar el precio de importación del bien en cuestión al que hubiera tenido éste si no hubiese sido beneficiado por el subsidio entregado por el Estado de origen.

Todo derecho compensatorio, cuya finalidad es neutralizar la distorsión al libre comercio que supone esa ayuda pública, sólo permanecerá en vigor durante el tiempo y en la medida necesarios para contrarrestar el subsidio que esté causando daño, y debe ser suprimido al cabo máximo de 5 años desde su implementación, a menos que analizada la situación, de eliminarse se dé lugar a la reaparición del apoyo público o del daño (artículo 21 del ASMC).

Además, se contempla la posibilidad que se alcancen compromisos de precios y de cantidad (artículo 18 del ASMC), que operan como alternativa paralela frente a la imposición del derecho compensatorio visto.

g) Régimen preferente para los países en desarrollo

En esta materia los países en desarrollo, han contado con un régimen privilegiado (artículo 27 del ASMC). Al efecto, los Estados miembros menos adelantados y aquellos en desarrollo (singularizados en el Anexo VII del ASMC), cuyo PNB per capita sea inferior a US\$ 1.000, no quedaron sujetos a las reglas antedichas sobre subvenciones prohibidas por los primeros 8 años de la OMC (prorrogable si así lo requería al Comité de Subvenciones), esto significó que en esas naciones podían concederse incluso subvenciones a la exportación.

Sin embargo, no se les admitía la posibilidad de que en ese lapso hubiesen aumentado los subsidios ya otorgados con anterioridad⁴⁵ (*stanbdstill*).

Por otra parte, no se aplica el artículo 3.1 del ASMC a los países menos adelantados miembros, según las pautas de Naciones Unidas, como asimismo los países en desarrollo miembros de la OMC, que cuenten un PNB per capita inferior a US\$1.000 anuales.

De manera paralela se estableció el compromiso de ir eliminando sucesivamente estas subvenciones, si éstas no obedecen a razones vinculadas con el desarrollo del país.

También vale la pena tener en cuenta que el umbral de “*de minimis*” se ve ajustado en el caso de los países en vías de desarrollo.

Luego, en lo que atañe a la subvención condicionada al empleo de productos nacionales a los países en vías de desarrollo se les confirió un período de gracia de 5 años y de 8 para los menos adelantados (artículo 27.3 del ASMC).

⁴⁵ Ana MANERO SALVADOR. *OMC y Desarrollo*, pp. 311-312.

No obstante todo lo anterior, una crítica que se ha formulado sobre esta materia, es que los países en vías de desarrollo y menos adelantados necesitan potenciar sus industrias, motivo por el cual, aun cuando se hayan concedidos plazos de prórroga para la entrada en vigencia de estas nuevas obligaciones que conlleva su membresía en la OMC, hay autores que estiman que era más recomendable el régimen previo, que se acordó en la Ronda de Tokio, según el cual se permitía a esta clase de países subsidiar sus exportaciones de manera permanente⁴⁶, lo que en su momento permitió industrializar a países como Taiwán y Corea, que llevaron a cabo una clara política comercial de fomento a las exportaciones⁴⁷.

h) Controversias suscitadas a nivel regional

Sobre esta temática es menester observar que según los antecedentes que provee la OMC, sólo se ha dado una controversia en que, entre países de la región, se impugnó la aplicación de subvenciones, en específico se trató de la DS 112⁴⁸, que tuvo lugar cuando —en 1997— Brasil solicitó la celebración de consultas respecto a la aplicación por parte del Perú de derechos compensatorios, en atención a los subsidios que en aquel país se conferirían a la exportación de autobuses. Sin embargo, no llegó a formarse el Grupo Especial atingente.

4.

SALVAGUARDIA (O CLÁUSULA DE ESCAPE)⁴⁹

a) Definición

A diferencia de los casos anteriores, en el caso de la salvaguardia, no existe previamente una “conducta ilícita” acometida por el exportador o por el Estado de origen de él, no obstante lo cual, de todos modos, se permite que temporalmente aumenten los aranceles o se establezcan contingentes, con el objeto de que los fabricantes locales puedan reconducirse a otras labores productivas o asumir en definitiva los precios competitivos con que se transarán los bienes respectivos con ocasión de las importaciones.

Dado que no se debe acreditar una conducta particular desarrollada en el país del exportador, a diferencia de los dos casos anteriores, las salvaguardias son el instrumento de-

⁴⁶ Ana MANERO SALVADOR. *OMC y Desarrollo*, p. 314.

⁴⁷ Diana TUSSIE “La política comercial (...)”, p. 124.

⁴⁸ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds112_s.htm

⁴⁹ Pierino LÓPEZ RAYGADA. “El papel del Derecho (...)”, p. 371.

fensivo que —nominalmente— es más rápido y eficaz para contrarrestar el ingreso masivo de bienes importados⁵⁰.

b) Antecedentes

Las normas que regulan esta temática se encuentran en el artículo XIX GATT y en el Acuerdo sobre Salvaguardia (ASG).

A través del referido acuerdo se busca reglar los requisitos exigentes y procedimientos rigurosos que habilitan a impetrar y mantener esta clase de medidas, a fin de que no sean empleados oculta e impunemente con fines proteccionistas, a objeto de que los productores de Estados miembros no se vean impedidos de comerciar legítimamente sus mercancías en los mercados de alguna nación integrante de esa organización internacional⁵¹.

c) Configuración de la medida de salvaguardia

Procede cuando con ocasión de un aumento imprevisto de las importaciones, ese ingreso de bienes produce un grave daño o amenaza producir un grave daño en una rama de la producción local (artículo 2 del ASG) que elabora bienes similares o directamente competidores.

En el caso DS 121, conocido como Argentina calzados⁵², se hizo un interesante alcance⁵³, pues en un primer momento el Grupo Especial entendió que, dado que en el ASG no figuraba como requisito para adoptar esta medida el que se produjere un “aumento imprevisto de las importaciones” tal condición no resultaba exigible de demostrar, aun cuando el texto del artículo XIX del GATT de 1994 sí la contemplase, en el entendido que ese texto que es posterior, establecería los nuevos criterios sobre la materia.

Sin embargo, al conocer la controversia el Órgano de Apelación desestimó esa línea argumental, y concluyó que deben concurrir la totalidad de los requisitos fijados para ello, tanto del artículo XIX del GATT, como también del ASG, y en consecuencia, el Estado que implementa una medida de salvaguardia se ve en la necesidad de demostrar que se produjo un aumento imprevisto de las importaciones, criterio que por lo demás ha sido ratificado por la línea jurisprudencial de otras contiendas, como la DS 238, Argentina salvaguardias a los duraznos en conserva.

⁵⁰ Ricardo BASALDÚA. *La Organización Mundial (...)*, p. 2810.

⁵¹ Ernesto TIRONI. *La Organización Mundial (...)*, p. 29.

⁵² https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds121_s.htm

⁵³ Juan Manuel, SALDAÑA PÉREZ. *Comercio Internacional. Régimen Jurídico Económico*, Editorial Porrúa, 2008, México D.F. pp. 414-415.

d) Otros requisitos. Daño grave y relación de causalidad

El Estado que la impetra debe demostrar la relación de causalidad y el daño grave o amenaza de daño grave que producen las importaciones cuestionadas.

El daño grave, conforme a lo establecido en el artículo 4 del ASG es un menoscabo general significativo de la situación de una rama de la producción nacional.

Sobre este particular, es menester hacer un hincapié, ya que a diferencia de las otras medidas de defensa comercial, en que se requiere meramente que el daño sea “importante”, en el caso de las salvaguardias se exige que éste sea grave, lo que denota una intensidad mayor de éste⁵⁴.

A su turno, la amenaza de daño grave importa la clara inminencia de un riesgo grave, cuya determinación debe fundamentarse en hechos y no en meras conjeturas.

Demostrar que concurren estos requisitos demanda, según lo ordenado por el art. 4.2 ASG, que se evalúen todos los factores pertinentes de carácter objetivo y cuantificable, que tengan relación con la situación de esa rama de producción, en particular el ritmo y cuantía del aumento de las importaciones del bien, en términos absolutos y relativos.

e) Procedimiento habilitante para adoptar medidas de salvaguardia

Para acreditar que se están dando las antedichas condiciones previamente se exige que se lleve a cabo un procedimiento público, que contemple una fase contradictoria en que los actores involucrados puedan aportar los medios de prueba pertinentes, luego de lo cual se debe dictar un completo informe público, que se pronuncie, en definitiva, respecto a la procedencia de la aplicación de esta medida de defensa comercial.

La relevancia de este informe ha sido tal, que muchas de las impugnaciones en asuntos que se han ventilado en el sistema de solución de controversias de la OMC han versado sobre su específico tenor, y la manera cómo en él se constatan o no los enunciados requisitos⁵⁵.

Se debe demostrar en ese proceso que se está afectando a una rama de la producción nacional, que de acuerdo con lo establecido por el artículo 4.1.c) ASG, es el conjunto de los productores de bienes similares o directamente competidores que operen dentro del territorio de un Estado miembro cuya producción conjunta de mercancías similares o directamente competidoras constituya una parte importante del total de esos bienes.

⁵⁴ Guillermo CABANELLAS “La defensa del mercado (...)”, p. 268.

⁵⁵ Pablo RODRÍGUEZ y Eva DíEZ, “Regímenes excepcionales y sectoriales”, en Luis HINOJOSA MARTÍNEZ y Javier ROLDÁN BARBERO (coordinadores), *Derecho Internacional Económico*, Marcial Pons, 2010, Madrid. p. 128.

f) Medida de salvaguardia

Las medidas de salvaguardia, deben ser proporcionales⁵⁶ a los daños provocados o que se amenazan, y pueden adoptar la forma de aumento de la tasa de los aranceles a bienes respecto a los cuales el país importador se había comprometido a mantenerlos más bajos o eliminarlos, en atención a su arancel consolidado, o la de establecimiento de restricciones cuantitativas (o contingentes).

En este último caso, los contingentes deben distribuirse en proporciones del volumen del comercio de los principales Estados exportadores de la materia en cuestión, ya sea que exporten efectivamente ese bien al país que la impetra o incluso cuando no lo hiciere, puesto que la restricción impuesta acota la expectativa que puedan participar como nuevos proveedores.

Ahora bien, tales restricciones cuantitativas no pueden reducir las importaciones por debajo del promedio de los 3 últimos años representativos sobre los cuales se cuente con estadística, a menos que se trate de reparar o prevenir un perjuicio grave, lo que guarda armonía con lo formulado respecto a la imprevisibilidad.

Luego, si se adoptan medidas provisionales, aquellas no pueden extenderse por más de 200 días y sólo pueden consistir en aumentos de los derechos previstos en el arancel⁵⁷.

Las salvaguardias, en principio, tampoco pueden ser discriminatorias (artículo 2.2 del ASG), distinguiendo la procedencia del producto⁵⁸, y así cuando se asignan cuotas a diferentes países, aquellas se deben distribuir entre éstos en atención a un período representativo anterior.

Esta regla constituye una de las claras diferencias con los derechos antidumping y medidas compensatorias, que, por definición, se aplican a productos procedentes de países específicos y evidentemente admiten la discriminación en contra de los productos que ingresan en condiciones de competencia desleal⁵⁹.

Ahora bien, en casos específicos, si se logra acreditar que ese aumento de la importación de bienes proviene, de manera desproporcionada de un Estado miembro, y no así de otros, se admite que se aplique la medida de salvaguardia sólo a las mercaderías de aquella procedencia (artículo 5.2 del ASG), previa consulta y aprobación del Comité de Salvaguardia de la OMC.

⁵⁶ Ricardo BASALDÚA. *La Organización Mundial (...)*, pp. 336-337.

⁵⁷ Ricardo BASALDÚA. *La Organización Mundial (...)*, p. 339.

⁵⁸ Pierino LÓPEZ RAYGADA. "El papel del Derecho (...)", pp. 371-372.

⁵⁹ José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS. *Sistema de Derecho (...)*, p. 185.

Las salvaguardias, ya sea que se establezcan como incremento de los derechos de importación o como restricciones cuantitativas, se aplicarán sólo durante el lapso que sea necesario para prevenir o reparar el daño grave y facilitar el reajuste de la industria local, sin que sea admisible que se extiendan por más de 4 años u 8 años, si hubiere prórroga (artículo 7 del ASG).

Además, las medidas que tengan una duración superior a un año deben estar sujetas a un proceso de liberalización progresiva, a intervalos regulares, mientras dure su vigencia.

Asimismo, se establecen restricciones respecto a la posibilidad de impetrar en otra oportunidad esta restricción, puesto que una vez que se haya agotado el plazo pertinente, y sus eventuales prórrogas, no podrá adoptarse una acción de esta índole en relación a ese bien hasta que transcurra un período igual a aquel durante el cual se haya aplicado anteriormente la medida (artículo 7.5 ASG).

Por otra parte, es menester tener presente que la aplicación de una medida de este tipo, para estar debidamente fundada, requiere que esté acompañada de un plan de ajuste de la industria local⁶⁰.

Por otra parte, atendida la característica de que esta medida opera aun cuando no hubiere una conducta ilícita previa, la OMC ha establecido la necesidad de que el Estado que implemente esta acción deba compensar a los otros miembros afectados con ella (artículo 8 del ASG).

Ahora bien, se ha criticado que esa compensación no contemple un tratamiento especial y diferenciado a los países en vías de desarrollo, que en atención a tal contraprestación se ven desincentivados, en los hechos, a adoptar este tipo de resguardo⁶¹.

Con todo, dado que tal compensación, luego de las consultas pertinentes, no puede practicarse durante los tres primeros años, de adoptada la salvaguardia, el resultado de este mecanismo ha sido decepcionante, sin que se alcancen acuerdos de contraprestaciones efectivos⁶².

g) Régimen preferente a los países en desarrollo

A los países en vías de desarrollo se les permitió que estas medidas se puedan mantener hasta por 10 años (artículo 7.3 del ASG), en vez de los 4 y 8 años que operan como regla general.

⁶⁰ Guillermo CABANELLAS "La defensa del mercado (...)", p. 276.

⁶¹ Ana MANERO SALVADOR. *OMC y Desarrollo*, p. 316.

⁶² Pablo RODRÍGUEZ y Eva DÍEZ, "Regímenes excepcionales (...)", p. 129.

Además, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 9.1 del ASG, no es procedente que se aplique una medida de esta clase cuando el producto sea originario de un país en desarrollo, cuando la parte que corresponda a éste en las importaciones de ese bien no exceda el 3%, a condición que los países en desarrollo miembros con el citado porcentaje de participación, no representen en conjunto más del 9% de las importaciones totales de la mercadería de la especie.

A su turno, según lo dispuesto por el artículo 9.2 ASG, esta clase de países tienen la posibilidad de volver a aplicar una medida de salvaguardia a un producto que haya estado sujeto a una acción de esa naturaleza, después de un período igual a la mitad de aquel durante el cual se haya aplicado la anterior medida, a condición de que el período de no aplicación sea como mínimo de dos años⁶³.

h) Controversias suscitadas a nivel regional

La infracción al artículo XIX del GATT y al ASG es el tema que más conflictos ha motivado entre países de la región, alcanzando hasta la fecha 16 diferencias.

La primera diferencia que se generó en esta materia, tuvo lugar con la DS 190⁶⁴, de 2000, en que Brasil pidió la celebración de consultas en relación a la salvaguardia impuesta por Argentina respecto de determinadas importaciones de tejidos de algodón y sus mezclas procedentes del país reclamante, denunciando al afecto, la infracción a la normativa atinente, contenida en el Acuerdo especial de textiles y vestidos. Sin embargo, a mediados de ese año, las partes alcanzaron una solución mutuamente convenida sobre el asunto de la especie y no hubo un pronunciamiento oficial de la OMC en lo concerniente.

Ese mismo año 2000, con la DS 207⁶⁵, la Argentina impugnó el sistema de salvaguardias que beneficiaba a distintos productos agrícolas de Chile, que se materializaba a través de un sistema de bandas de precios, contenido en la ley N° 18.525, sobre importaciones y en las normas reglamentarias dictadas sobre el particular.

El año 2001, se constituyó el Grupo Especial, que distribuyó su informe en mayo de 2002, en el que se concluyó que las medidas a favor del trigo, la harina de trigo y el aceite comestible implementadas por Chile resultaban ser incompatibles:

- Con el artículo 3.1 del ASG, por la falta de transparencia con que se adoptó esa decisión;

⁶³ Guillermo CABANELLAS “La defensa del mercado (...)”, p. 278.

⁶⁴ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds190_s.htm

⁶⁵ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds207_s.htm

- Con el párrafo 1 a) del artículo XIX del GATT de 1994, porque no se demostró la existencia de una evolución imprevista de las circunstancias, y con el párrafo 1 del artículo 3 del ASG, dado que en el informe evacuado no se enunciaron constataciones y conclusiones fundamentadas a este respecto;
- Con el párrafo 1 a) del artículo XIX del GATT de 1994 y con los artículos 2 y 4 del ASG, atendido que no se demostró la similitud o la competencia directa de los bienes elaborados por la rama de producción nacional y, por consiguiente, no identificó tal rama;
- Con el párrafo 1 a) del artículo XIX del GATT de 1994 y con los párrafos 1 del artículo 2 y 2 a) del artículo 4 del ASG, en razón de que no se demostró fehacientemente el aumento de las importaciones de los productos sujetos a las medidas de salvaguardia;
- Con el párrafo 1 a) del artículo XIX del GATT de 1994 y con los párrafos 1 a), 1 b) y 2 a) del artículo 4 del ASG, habida cuenta que no se demostró la existencia de una amenaza de daño grave;
- Con el párrafo 1 del artículo 2 y el párrafo 2 b) del artículo 4 del ASG, puesto que no se demostró la relación de causalidad;
- Con el párrafo 1 a) del artículo XIX del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 5 del ASG, porque no se aseguró de que las medidas estuvieran limitadas a la proporción necesaria para prevenir o reparar el daño y facilitar el reajuste;

Chile apeló esa decisión, y en septiembre de ese mismo año el Órgano de Apelación, confirmó algunas constataciones de actuaciones incompatibles de ese país con la normativa de la OMC.

A su turno, Guatemala en enero de 2001, a través de la DS 220⁶⁶, también impugnó el enunciado sistema de defensa aplicado por Chile, a través de la solicitud de consultas respecto a las medidas correspondientes en relación al trigo, la harina de trigo, el azúcar y los aceites vegetales comestibles que fueron objeto de salvaguardia. Sin embargo, respecto a este caso no se llegó a formar un Grupo Especial.

En esta misma línea, ese mismo año 2001, Argentina, con la DS 226⁶⁷, solicitó la celebración de consultas respecto a la medida de salvaguardia informada por Chile en materia de aceite comestible. Sin embargo, no llegó a constituirse el Grupo Especial pertinente.

⁶⁶ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds220_s.htm

⁶⁷ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds226_s.htm

También el 2001, Colombia, a través de las DS 228⁶⁸ y 230⁶⁹, solicitó la celebración de consultas respecto a la medida de salvaguardia aplicada al azúcar por Chile, pues, a su entender, con ese régimen se habrían vulnerado el artículo XIX del GATT, de 1994, y los artículos 2, 3, 4, 5, 7, 9 y 12 del ASG. Sin que, en definitiva, se haya logrado conformar el Grupo Especial respectivo.

Enseguida, en septiembre de 2001, fue Chile el Estado miembro que, con la DS 238⁷⁰, solicitó la celebración de consultas respecto a la salvaguardia adoptada por Argentina respecto a la importación de duraznos en conserva.

En abril de 2002 se formó el Grupo Especial, que en febrero de 2003 constató que la medida adoptada por el país rioplatense resultaba incompatible con diversas obligaciones, a saber:

- Con el párrafo 1 a) del artículo XIX del GATT, de 1994, al no demostrar la existencia de una evolución imprevista de las circunstancias;
- Con el párrafo 1 a) del artículo XIX del GATT, de 1994 y del párrafo 1 del artículo 2 y el párrafo 2 a) del artículo 4 del ASG, al no formular una determinación del aumento de las importaciones, en términos absolutos o relativos, y
- Con el párrafo 1 a) del artículo XIX del GATT de 1994 y del párrafo 1 del artículo 2 y los párrafos 1 b) y 2 a) del artículo 4 del ASG, puesto que las autoridades competentes, en la determinación de la existencia de una amenaza de daño grave:
 - no evaluaron todos los factores pertinentes que tenían relación con la situación de la rama de producción nacional;
 - no dieron una explicación razonada y adecuada de la manera en que los hechos respaldaban su determinación; y
 - no constataron que el daño grave era claramente inminente.

Atendido lo anterior, el 31 de diciembre de 2003 la Argentina eliminó la cuestionada medida de salvaguardia.

Luego, en diciembre de 2002, la Argentina solicitó la celebración de consultas a Chile, por la aplicación de una salvaguardia definitiva para la importación de fructosa, lo que

⁶⁸ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds228_s.htm

⁶⁹ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds230_s.htm

⁷⁰ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds238_s.htm

generó la DS 278⁷¹, invocando que no hubo un aumento imprevisto de las importaciones, la investigación no se basó en un producto similar o directamente competidor, no hubo una determinación efectiva del aumento de las importaciones, no se acreditó la amenaza de daño grave, como tampoco de la relación de causalidad exigida.

Además se cuestionó la falta de publicidad que habría tenido el informe de las autoridades respectivas. Sin embargo, no se llegó a constituir el Grupo Especial pertinente.

El año 2003, Chile, con la DS 303⁷², solicitó la celebración de consultas respecto a una medida de salvaguardia definitiva aplicada por el Ecuador a las importaciones de tableros de fibra de madera de densidad media.

Al efecto, Chile alegó que no hubo una “evolución imprevista de las circunstancias”, un aumento de las importaciones y tampoco una amenaza de daño grave.

Además el reclamante indicó que la investigación de las autoridades ecuatorianas estaba viciada, porque en ella no se analizaron todas las subcategorías de productos abarcadas por la medida. Sin embargo, no llegó a constituirse el Grupo Especial atingente.

Con posterioridad, en 2006 Argentina, a través de las DS 351⁷³ y 356⁷⁴, requirió que se celebrasen consultas, en atención a la aplicación de una salvaguardia definitiva aplicada por Chile a las importaciones de productos lácteos provenientes de ese país.

Si bien en junio de 2007 se conformó el Grupo Especial, sus actuaciones no prosiguieron, a petición de las partes, que solucionaron mutuamente la diferencia.

El año 2010, a través de las DS 415⁷⁵, 416⁷⁶, 417⁷⁷ y 418⁷⁸, Costa Rica, Guatemala, Honduras y El Salvador, respectivamente, solicitaron a República Dominicana la celebración de consultas por las medidas de salvaguardias provisionales y definitivas sobre las importaciones de sacos de polipropileno y tejido tubular, así como la investigación que dio lugar a la imposición de dichas acciones. En particular, entre otros argumentos se alegó que aquéllas resultaban ser incompatibles con los párrafos 1 y 2 del artículo 2, los párrafos 1 y 2 del artículo 3, los párrafos 1 a), 1 c), 2 a), 2 b) y 2 c) del artículo 4, el párrafo 1 del artículo 5, el artículo 6, el párrafo 1 del artículo 9, el párrafo 1 a) del artículo 11 y el párrafo 3 del artículo 12 del ASG, así como con el párrafo 1 a) del artículo XIX del GATT de 1994.

⁷¹ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds278_s.htm

⁷² https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds303_s.htm

⁷³ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds351_s.htm

⁷⁴ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds356_s.htm

⁷⁵ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds415_s.htm

⁷⁶ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds416_s.htm

⁷⁷ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds417_s.htm

⁷⁸ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds418_s.htm

En marzo de 2011 se estableció el Grupo Especial, que vería en conjunto las distintas diferencias promovidas.

En enero de 2012, esa entidad distribuyó su informe, en que se constataba —entre otras consideraciones— que la República Dominicana actuó de manera incompatible:

- Con el párrafo 1 a) del artículo XIX del GATT de 1994 y del párrafo 1 del artículo 3, del párrafo 2 c) del artículo 4 y del párrafo 1 a) del artículo 11 del ASG, porque en el informe publicado por su autoridad no se proporcionó una explicación de la existencia de una evolución imprevista de las circunstancias;
- Con el párrafo 1 del artículo 2 y del párrafo 1 c) del artículo 4 del ASG y del párrafo 1 a) del artículo XIX del GATT de 1994, al excluir de la definición del producto nacional directamente competidor a ciertos bienes, y a ciertos fabricantes de mercancías similares o directamente competidores, a los efectos de la definición de la rama de producción nacional.
- Con el párrafo 1 del artículo 2, del párrafo 1 del artículo 3, de los párrafos 1 a), 2 a) y 2 c) del artículo 4 del ASG y del párrafo 1 a) del artículo XIX del GATT de 1994 al no proporcionar una explicación razonada y adecuada sobre la existencia de daño grave.

Atendido lo resuelto, a partir de abril de 2012, República Dominicana dejó de aplicar las medidas de salvaguardia impugnadas.

Más recientemente, en agosto de 2012, México, con la DS 446⁷⁹, solicitó la celebración de consultas a Argentina, por las medidas que ese país sudamericano dictó respecto a la importación de mercaderías, impugnando entre otros aspectos, que con aquella decisión se estaría contraviniendo el artículo 11 del ASG, señalando que ese Estado sólo buscaba promover políticas de reindustrialización, sustitución de importaciones y eliminación de los déficits de la balanza comercial. Sin embargo, no se llegó a constituir el Grupo Especial pertinente.

⁷⁹ https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds446_s.htm

5.

CONCLUSIONES

Como tuvo ocasión de exponerse, si bien la OMC permite la adopción de medidas de defensa comercial, como excepción a la liberalización comercial asumida por sus países miembros, para poder llevar a cabo estas acciones se requiere de una acreditación rigurosa de las condiciones habilitantes para tal fin, lo que no podemos estimar sino como positivo, puesto que en su defecto, a través de la implementación de estas restricciones temporales se podrían burlar los compromisos contraídos, lo que supondría generar una incertidumbre nociva para el libre y eficiente flujo de las mercaderías.

En efecto, no debe dejar de tenerse en cuenta, que la aplicación de estas medidas proteccionistas, que a primera vista pudieren verse como positivas por la búsqueda de amparar a un sector productivo local ante la competencia internacional, en definitiva, se traducen en beneficio para unos pocos (esos fabricantes) frente al detrimento de muchos⁸⁰ (los consumidores u otros productores), que ya sea que actúen como consumidores finales de los bienes en cuestión o bien los empleen como insumo en sus procesos, deberán pagar por ellos precios artificialmente más altos.

Por otra parte, tuvimos ocasión de constatar que de la revisión de las 29 controversias que versaron sobre la implementación de medidas de defensa comercial promovidas entre países latinoamericanos, sólo 6 llegaron a un pronunciamiento de un Grupo Especial, en todas las cuales ese organismo *ad hoc* constató que los países obraron de manera incompatible con las obligaciones de la OMC.

Si bien, a primera vista ello podría llevarnos a pensar que es aconsejable impugnar la formulación de estas excepciones a los principios generales de la OMC, pues probablemente se podrá obtener un resultado favorable en ese foro, no deja de ser desalentador, verificar los tiempos que transcurrieron desde que se reclamó contra esa medida hasta que el país denunciado dio cumplimiento a lo resultado por la instancia pertinente.

A su turno, puede constatarse que de las restantes 23 diferencias expuestas, muchas de ellos fueron resueltas por las propias partes y no prosperaron los procedimientos incoados, lo que puede obedecer a diferentes motivos, como negociaciones bilaterales sostenidas,

⁸⁰ Miguel CARRERA, Dorotea DE DIEGO, Raúl HERNÁNDEZ, "Comercio Internacional", en José Antonio ALONSO (Director), *Lecciones sobre economía mundial. Introducción al desarrollo y a las relaciones económicas internacionales*, 6ta edición, Thomson Reuters Civitas, 2013, Cizur Menor. p. 225.

concesiones en otros sectores, o también agotamiento o desidia para continuar con un litigio que puede resultar muy desgastante.

Además, del análisis particular de los conflictos, resulta digno de destacar las recurrentes impugnaciones que México dedujo para objetar las investigaciones iniciadas en contra de las industrias cementeras de su país, en que se perseguía demostrar supuestas prácticas de dumping, y también las reclamaciones que en contra el sistema de bandas de precios y de salvaguardias mantiene Chile en defensa de su agricultura.

Sobre esta última materia, es menester advertir que en ese país austral han surgido críticas contra la adopción de esas medidas de protección⁸¹, pues se ha estimado que aquellas acciones contravienen la postura general en materia de política comercial, que se ha caracterizado por la profundización de las relaciones comerciales y el fomento de reglas claras para el tráfico internacional de mercaderías⁸².

En definitiva este trabajo busca servir de constatación que en el régimen actual del comercio internacional, en que todos los países de la región son partes, el adoptar medidas proteccionistas, además de contravenir los compromisos asumidos, puede llevar a que los Estados sean denunciados en el foro multilateral de la OMC, donde se interpreta con rigor la concurrencia de los requisitos que habilitan a actuar de ese modo.

Si bien la exposición de los casos fue somera, buscó proveer al lector de una visión general que le permita ponderar, en su medida, el estado del arte, en materia de conflictos comerciales a nivel regional.

Para citar este artículo:

Gallegos Zúñiga, Jaime, “Medidas de defensa comercial en el contexto de la OMC y las controversias promovidas en el marco de su sistema de solución de controversias entre países latinoamericanos” en *Revista de Derecho-UCU*, 11 (Julio 2015), pp. 27-57

Recibido: 09/04/2015

Revisado: 7/5/2015

Aceptado: 30/05/2015

⁸¹ Andrés JANA LINETZKY. “La protección del azúcar en Chile. La importancia de una política comercial consecuente” En *El libro blanco del azúcar. Una historia de proteccionismo*, Ril Editores, 2005, Santiago, pp. 135-185.

⁸² Jaime GALLEGOS ZÚÑIGA, Rodrigo POLANCO LAZO. “Evolución jurídica de la política comercial de Chile” En *Revista de Derecho* (Universidad Finis Terrae), 2013 (2). pp. 47-80.

