

fecha se ha liberalizado ampliamente el comercio, y a ello ha contribuido de un modo significativo el GATT.¹⁸

Este proceso de liberalización tendrá un nuevo impulso con los acuerdos de la Ronda Uruguay del GATT que culminaron con el Acuerdo de Marrakech adoptado en Marruecos el 15 de abril de 1994 y cuya implementación se espera en un futuro próximo. En el Acuerdo de Marrakech, junto con diversas modificaciones y Anexos —que incluyen entre otros el GATT de 1994, la incorporación de la regulación del comercio de servicios y propiedad intelectual, reformas al sistema de solución de diferencias y la revisión de acuerdos anteriores—, establece la Organización Mundial de Comercio (OMC), materializando así la idea original de los fundadores del GATT.

VI. DEL DUMPING, DE LAS SUBVENCIONES Y OTRAS PRACTICAS DESLEALES DEL COMERCIO EXTERIOR Y SU REGULACION LEGAL; EL CASO DE CHILE

A través de la exposición anterior, esperamos haber situado el marco general en que se desenvuelve este trabajo. Hemos visto el desarrollo e importancia del comercio mundial, la mejor aplicación de éste a través del comercio libre, las restricciones que lo afectan, la permanente interacción de principios económicos y normas jurídicas que dan el marco en que éste se desenvuelve. Sería pretencioso abarcar todos estos temas con alguna profundidad. En este estudio nos restringiremos a un país y a una materia específica: Chile y la distorsiones al comercio o competencia desleal que lo afectan en sus importaciones y en concreto a las figuras del dumping, la subvención y las distorsiones, todo ello mirado con un prisma eminentemente jurídico.

1. EL COMERCIO EXTERIOR EN CHILE

En el caso de Chile, el tema reviste interés no sólo por las consideraciones generales vistas que afectan a cualquier país, sino porque históricamente el comercio exterior ha tenido mucha importancia. Ya entre 1908 y 1920, la exportaciones representaban un 42% del PGB, y entre 1921 y 1930 alcanzaban a un 39%.¹⁹ Para

¹⁸ Jackson, op. cit., pág. 9.

¹⁹ Cortés, H.; Buttelman, A.; Videla, P., "Proteccionismo en Chile; una visión retrospectiva", en De la Cuadra y Hachette, *The Timing and Sequencing of a Trade Liberalization Policy: The Case of Chile*, Pontificia Universidad Católica, 1985, pág. 13.

darse una idea de la relevancia de estas cifras, baste compararlas con aquellas que se dan en el cuadro N° 2 en la parte relativa al comercio mundial, y que destacan la importancia relativa y creciente del comercio exterior para otros países. Con posterioridad a estos años, con la crisis de la década del treinta, cae violentamente el comercio chileno y luego se inicia un proceso de recuperación paulatina, tal como se aprecia en el cuadro N° 3. Respecto de los últimos años, es reconocido el auge que tiene el comercio exterior chileno, y así se aprecia en el cuadro N° 4.

Independiente de las fluctuaciones históricas que experimente, en un mercado pequeño como el chileno —con la creciente especialización internacional, sumado a las economías de escala—, no es imaginable un proceso de crecimiento sin una fuerte presencia del comercio exterior.

Estas consideraciones, junto a la contundencia de las cifras reseñadas, dejan meridianamente clara la importancia del comercio exterior para Chile.

CUADRO N° 3*
(MILLONES DE DÓLARES)

| Años | Exportaciones | Importaciones |
|------|---------------|---------------|
| 1929 | 489 | 343 |
| 1930 | 283 | 297 |
| 1931 | 177 | 149 |
| 1932 | 59 | 45 |
| 1933 | 70 | 39 |
| 1934 | 97 | 45 |
| 1935 | 98 | 63 |
| 1936 | 115 | 74 |
| 1937 | 197 | 91 |
| 1938 | 142 | 92 |
| 1939 | 139 | 106 |
| 1940 | 143 | 88 |
| 1941 | 162 | 107 |
| 1942 | 162 | 111 |
| 1943 | 163 | 132 |
| 1944 | 199 | 135 |
| 1945 | 212 | 149 |
| 1946 | 238 | 179 |
| 1947 | 282 | 239 |
| 1948 | 344 | 245 |

| Años | Exportaciones | Importaciones |
|------|---------------|---------------|
| 1949 | 277 | 272 |
| 1950 | 308 | 228 |
| 1951 | 384 | 322 |
| 1952 | 469 | 346 |
| 1953 | 369 | 318 |
| 1954 | 383 | 310 |
| 1955 | 489 | 351 |
| 1956 | 498 | 338 |
| 1957 | 397 | 409 |
| 1958 | 354 | 379 |
| 1959 | 458 | 379 |
| 1960 | 470 | 494 |
| 1961 | 465 | 551 |
| 1962 | 501 | 524 |
| 1963 | 504 | 503 |
| 1964 | 594 | 545 |
| 1965 | 684 | 548 |
| 1966 | 866 | 690 |
| 1967 | 874 | 684 |
| 1968 | 911 | 713 |
| 1969 | 1173 | 825 |
| 1970 | 1112 | 851 |
| 1971 | 999 | 903 |
| 1972 | 849 | 981 |
| 1973 | 1309 | 1288 |
| 1974 | 2151 | 1794 |
| 1975 | 1590 | 1520 |
| 1976 | 2116 | 1473 |
| 1977 | 2188 | 2151 |
| 1978 | 2460 | 2886 |
| 1979 | 3835 | 4190 |
| 1980 | 4705 | 5469 |
| 1981 | 3960 | 6558 |
| 1982 | 3798 | 3580 |

* FUENTE: De la Cuadra y Cortés, "Recesiones Económicas, Crisis Cambiarias y Ciclos Inflacionarios, Chile: 1926-1982", en De la Cuadra y Hachette, op. cit., Statistical Appendix Table A.1.

CUADRO N° 4*
COMERCIO EXTERIOR DE CHILE
(CIFRAS EN MILLONES DE US\$)

| | 1985 | 1986 | 1987 | 1988 |
|------------------|---------|---------|---------|---------|
| 1. EXPORTACIONES | 3.823,0 | 4.222,4 | 5.101,9 | 7.048,3 |
| 2. IMPORTACIONES | 3.006,7 | 3.156,9 | 4.023,3 | 4.924,0 |

* FUENTE: Departamento Técnico de Comercio Exterior. Banco Central de Chile, en Indicadores de Comercio Exterior, enero 1989, Banco Central de Chile, Santiago, 1989, pág. 21.

2. CHILE Y LAS DISTORSIONES

El tema de las distorsiones, restricciones o barreras al comercio reviste interés para Chile desde varias perspectivas. Previamente, es necesario definir distorsión, barrera o restricción al comercio, que si bien son técnicamente diferenciables, a este nivel, los tomaremos como análogos, significando cualquier interferencia al libre comercio internacional. Para el caso de Chile, podemos clasificarlas en las siguientes:

2.1. CHILE - SUJETO ACTIVO

Son aquellas distorsiones o restricciones al comercio generadas por Chile, ya sea a nivel gubernamental o de particulares. Pueden, a su vez, subdividirse en:

2.1.1. Las que afectan a importaciones desde otro país. Son formas de distorsión o barreras a la importación de mercaderías. Es el caso del arancel, que representa una barrera al comercio proveniente de otros países; podría serlo la imposición de cuotas si la hubiere, o algún factor interno que interfiriera en la competencia perfecta en el mercado al que corresponde el producto importado, como lo sería un monopolio interno que afecte a los precios o algún incentivo estatal a la producción interna del bien.

2.1.2. Las que afectan a las exportaciones chilenas. Estas adquieren la forma de restricciones a la exportación, como impuestos a la exportación, poco imaginables hoy en día, o incentivos a la exportación, que son subsidios a ésta en cualquiera de sus

expresiones, como franquicias tributarias, o los denominados *draw-back*, utilizados en Chile respecto de exportaciones menores no tradicionales. A nivel de empresas, por lo reducido del medio local es difícil encontrar empresas con poder o magnitud suficiente como para interferir efectivamente en el mercado externo, salvo contadas y discutidas excepciones como en el caso del cobre.

2.2. CHILE - SUJETO PASIVO

Son aquellas distorsiones o restricciones al comercio generadas en el exterior y que afectan a Chile. Al igual que en el caso anterior pueden subdividirse en:

2.2.1. Las que afectan a las exportaciones. Son barreras de entrada a otros mercados, como lo serían aranceles en el país de destino, o imperfecciones en general en el mercado en que compiten nuestras exportaciones.

2.2.2. Las que se refieren a importaciones. Al igual que en los casos anteriores, pueden ser conductas de gobiernos extranjeros que subvencionan sus exportaciones, entre las que se cuentan las dirigidas a Chile, o de empresas extranjeras que exporten a precios distintos de los de libre mercado. Este tema es el que será objeto principal de nuestro estudio, sin perjuicio de que por haber regulaciones internacionales comunes, éstas comprenden en parte lo que podría ocurrir con exportaciones chilenas en el extranjero.

Con la liberalización del comercio exterior chileno, las distorsiones producidas por empresas o gobiernos extranjeros sobre nuestras importaciones cobran especial importancia. Mientras la economía chilena permanecía altamente protegida con elevados aranceles que significaban una protección efectiva muchas veces desmesurada, o exorbitantes depósitos previos para importar, poco interesaban tales sofisticaciones. Era insignificante la relevancia de un subsidio de un 5 ó 10% dado por un gobierno extranjero a un producto que importábamos, si la protección efectiva dada por el arancel podía sobrepasar el 200%. Lo gravitante era el tema de la protección practicada por Chile y su conveniencia. Disminuidas sustancialmente las barreras de entrada al mercado chileno, cobran nuevo interés las intervenciones externas en nuestro mercado y la forma de enfrentarlas.

3. ENFOQUE DE LA INVESTIGACION

Tal como se ha adelantado, éste no es ni pretende ser un tratado de Economía; el enfoque que se dará es básicamente jurídico y, por ende, será de análisis de las normas que hay en la materia. Esta regulación, como veremos, tiene diversas contradicciones, presentando problemas especialmente la contraposición de normas internas e internacionales. Respecto a la legislación internacional, dado que la normativa aplicable es el GATT, la que es legislación común con muchos de nuestros socios comerciales, el análisis hecho a propósito de la legislación aplicable en Chile puede servir de base para saber en alguna medida a qué tratamientos se pueden ver afectados nuestros productos en el extranjero.

Según una distinción tradicional que acoge la legislación, veremos por separado la regulación de las subvenciones y del dumping, que se distinguen —según explicaremos— por el sujeto activo que produce la distorsión. En el primer caso es un gobierno; en el segundo caso, particulares. La normativa fundamental es el GATT y los Códigos de Dumping y Subvenciones, respectivamente. La metodología es ligeramente diferente en ambos casos, porque la regulación más directa de las subvenciones que es el Código de Subvenciones del GATT está plenamente vigente en Chile, de forma que se estudiará en detalle dicho Código.

Respecto del dumping, en cambio, la normativa más específica es el Código Antidumping, el que no ha sido suscrito por Chile, y, por tanto, es discutible la aplicación que pueda tener en Chile. Así, junto con estudiar en forma más sucinta el Código y su procedimiento de aplicación en nuestro país, el análisis se extenderá a un estudio teórico de la figura del dumping, y a esbozar vías alternativas para enfrentar el dumping conforme a la legislación vigente en Chile, entre las que tiene especial importancia la legislación antimonopolios, a la que se dedicará además un capítulo especial.

Es importante destacar que aun cuando el Código Antidumping no ha sido suscrito por Chile, se espera que próximamente tenga plena vigencia en nuestro país, ya que el Código Antidumping forma parte de los Acuerdos Comerciales Multilaterales del Acuerdo de Marrakech, que son vinculantes para todos sus miembros. Por lo anterior, una vez que Chile ratifique el Acuerdo de Marrakech, que crea la OMC, pasará a ser parte también del Código Antidumping. En todo caso, las versiones de los Códigos Antidumping y de Subvenciones que se tratan en este estudio, son las correspondientes a la Ronda de Tokio. Aun cuando se espera que

estas versiones experimenten algunas modificaciones en el futuro, como fruto de la Ronda Uruguay, es fundamental su análisis, no sólo por ser las actualmente vigentes, sino porque además las versiones que entrarán a regir cuando se implementen los acuerdos de la Ronda Uruguay, se basan en gran medida en las versiones adoptadas en la Ronda de Tokio.

Después estudiaremos una figura propiamente de legislación interna, como es la de distorsión en los precios de importación de mercaderías, que engloba las dos categorías anteriores, regulada en la Ley N^o 18.525, que establece normas sobre importación de mercaderías.

CAPÍTULO SEGUNDO

DUMPING

I. INTRODUCCION

1. IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DEL DUMPING

El estudio del dumping reviste interés al menos desde una triple perspectiva.

En primer lugar corresponde conceptualmente a una especie muy relevante del género que estamos tratando, cual es la competencia desleal internacional. Tomando un concepto amplio de subvenciones y de dumping, éstos comprenderían toda forma de competencia desleal que pueda efectuar un país al exportar. La subvención sería la competencia desleal practicada por el gobierno en sus exportaciones, y el dumping sería la competencia desleal efectuada por particulares al exportar.

En segundo lugar, y en conexión con lo anterior, el dumping ha ido tomando progresiva importancia relativa en lo cuantitativo; así parece deducirse del hecho de que de la información otorgada por el GATT aparece que los derechos compensatorios son aplicados con mucho menos frecuencia que los derechos antidumping.

En el período comprendido entre 1980 y 1984, en Estados Unidos, Comunidad Económica Europea, Japón, Canadá y Australia se iniciaron 545 acciones antidumping, imponiéndose un total de 310 medidas provisionales y 265 derechos definitivos, a los que habría que agregar 83 casos en los que hubo compromiso de precios.

En el mismo período y países, se iniciaron un total de 162 acciones antisubsidio, imponiéndose 72 medidas provisionales y 33 medidas definitivas. Vale decir, entre 1980 y 1984, y tomando como base el conjunto de países señalado, las acciones antidumping iniciadas excedieron en 236% a las acciones antisubsidió; las me-

didadas provisionales antidumping adoptadas excedieron en 330% a las medidas provisionales antisubvención; y los derechos definitivos antidumping impuestos excedieron en 703% a los derechos antisubvención adoptados, esta última cifra, aun excluyendo los compromisos de precios celebrados en materia de dumping.¹

Hasta aquí hablamos de importancia relativa del dumping con relación a la subvención, lo que se refleja en el número de acciones antidumping y antisubvención.

En lo que respecta a las acciones antidumping, el siguiente cuadro es ilustrativo.

ACCIONES ANTIDUMPING
ENTRE JULIO DE 1980 Y JUNIO DE 1984*

| <i>País</i> | <i>Acciones iniciadas</i> | <i>Medidas provisionales</i> | <i>Derechos definitivos</i> | <i>Compromisos de precio</i> |
|----------------|---------------------------|------------------------------|-----------------------------|------------------------------|
| Estados Unidos | 131 | 81 | 93 | 3 |
| CEE | 120 | 43 | 28 | 63 |
| Japón | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Canadá | 153 | 131 | 73 | 0 |
| Australia | 141 | 55 | 71 | 17 |
| Austria | 1 | 1 | 0 | 0 |
| Finlandia | 3 | 2 | 0 | 2 |
| Suecia | 2 | 0 | 0 | 0 |

* GATT: Comité Antidumping, citado en Jackson, op. cit.

En tercer lugar, la regulación sobre dumping es relevante en el ordenamiento jurídico chileno. En efecto, aun cuando el Código Antidumping del GATT no ha sido suscrito por Chile, es un tema de permanente discusión su posible suscripción. De hecho, si Chile ratifica el Acuerdo que crea la OMC, necesariamente deberá aprobar el Código Antidumping. Además, la figura de distorsión descrita en el artículo 10 de la Ley N° 18.525 comprende los casos de dumping, lo que es más patente con la promulgación de la Ley N° 19.155, que en su artículo 9° modificó la Ley N° 18.525, introduciendo los derechos antidumping. Finalmente, hay otras normas jurídicas vigentes en Chile que podrían ser aplicables a los casos de dumping, como el propio artículo VI del GATT, las normas constitucionales sobre libertad de empresa, las normas antimonopolios y de responsabilidad extracontractual.

¹ Véase Jackson, op. cit., cuadros págs. 663 y 727.

2. DESARROLLO DEL CAPITULO

Los aspectos de interés del estudio del dumping sirven de guía para estructurar el capítulo.

De esta forma, por el interés teórico del dumping como especie en el género de la competencia desleal, así como por su progresiva importancia relativa, se estudiará una parte teórica general. Esta estará fundamentalmente destinada a conceptualizar el dumping y analizar los bienes jurídicos afectables. El enfoque será tanto jurídico como económico. Esta parte habrá de servir como herramienta interpretativa respecto del ordenamiento positivo.

A continuación se tratará el Código Antidumping del GATT. Por el hecho de no estar suscrito por Chile, y pese a tratarse por razones de orden como unidad separada, debe entenderse en principio también como estudio teórico. Se estudia el Código Antidumping, aun sin estar incorporado a nuestra legislación interna, por su eventual promulgación en Chile, así como por ser la legislación más generalizada y orgánica sobre el tema a nivel internacional. Incluso muchas legislaciones propiamente internas de otros países contienen regulaciones muy similares. Esto no sólo da la pauta de los principios generalmente aceptados en legislación comparada, sino que además —de modo indirecto— entrega una idea del tratamiento a que pueden estar sujetas nuestras exportaciones en el extranjero en materia de dumping.

Por último, revisaremos la Ley N° 18.525, modificada por la Ley N° 19.155 y las demás alternativas de legislación vigentes en Chile que pueden aplicarse al dumping y que constituyen entonces nuestro derecho positivo sobre la materia.

II. PARTE TEORICA GENERAL

1. CONCEPTUALIZACION*

Lo primero que tenemos que despejar en este capítulo es el objeto de nuestro estudio. Por obvio que resulte, hay que saber qué es lo que estamos analizando, o dicho de otra forma, ¿qué es el dumping? Para ello acotaremos el concepto en cuanto al ámbito

* NOTA: Véase también en el Capítulo Cuarto el concepto de dumping que se encuentra definido en el art. 1° del Reglamento del art. 11 de la Ley N° 18.525.

territorial en que se manifiesta, los sujetos involucrados, la motivación del sujeto que lo produce, la conducta en sí y los efectos de ésta.

1.1. AMBITO TERRITORIAL

En un sentido amplio, en lo territorial, el dumping se refiere tanto a prácticas de comercio internacional como a prácticas de comercio interno.

Es por ello que la Comisión Resolutiva Antimonopolios chilena habla en diversas oportunidades de dumping para aludir a prácticas meramente internas. Sin embargo, en la terminología internacional más aceptada el dumping se refiere a prácticas a nivel internacional.

1.2. SUJETOS INVOLUCRADOS

En el dumping hay un sujeto activo que practica una determinada forma de conducta, por alguna motivación, produciendo un efecto en un sujeto pasivo. Trataremos de vislumbrar las alternativas conceptuales para cada uno de estos ítem.

Llamamos sujeto activo al autor del dumping, al que lo provoca, en contraste con el sujeto pasivo, que es el afectado por éste.

Los sujetos más directamente involucrados con la operación comercial a la que puede afectar el dumping, son el exportador o proveedor extranjero, el Estado al que pertenece el exportador, el importador, el productor del país importador y los consumidores del país importador. Veremos si éstos corresponden a las categorías dadas de sujeto activo y pasivo.

El detalle de cómo afecta el dumping a cada parte se verá al tratar los efectos del dumping, de forma que ahora haremos sólo una aproximación al tema.

1.2.1. *El productor del país importador.* A éste lo descartamos a priori como sujeto activo, ya que es justamente uno de quienes sufren perjuicio por el dumping de productos provenientes de otros países. Se encuentra, pues, asociado a la idea de sujeto pasivo. Sólo excepcionalmente podemos pensar en él como sujeto activo, y en términos más propios, no porque lo sea en sí, sino por su asociación con el verdadero sujeto activo. En términos más concretos, puede ser sujeto activo cuando el exportador o proveedor del país extranjero tiene un importante nivel de vínculo o asociación con algún productor del país importador.

1.2.2. *El Estado del país exportador.* Si bien puede intervenir en las conductas genéricas de competencia desleal como un sujeto activo, cuando lo hace configura la conducta de la subvención y no del dumping. Es aquí, en el sujeto activo, donde radica la diferencia sustancial entre las figuras de subvención y dumping, ya que la primera es practicada por el Estado del país exportador, y la segunda, en principio, diremos que es practicada por el particular del país exportador.

1.2.3. *El importador.* En el caso de que siendo exportados los productos en condiciones de libre competencia, y éste sea el autor de una conducta atentatoria contra la libre competencia, nos encontramos más frente a un problema interno de libre competencia que frente a uno internacional, lo que para efectos de este capítulo tiene sólo importancia accesorias. Tal vez lo relevante sobre este particular es el hecho de que el importador es el que está más directamente vinculado al proveedor extranjero, de manera que es fácil encontrar situaciones de confusión entre uno y otro, ya sea que correspondan en su estructura de propiedad a un mismo propietario final, empresas relacionadas, o por el hecho de que haya acuerdo entre ambos. Vale decir, nos referimos a la misma situación excepcional descrita a propósito de los proveedores nacionales, pero que en este caso reviste mayor probabilidad de existir.

1.2.4. *El exportador.* Tal como se ha ido deslizando en los párrafos anteriores, es el que efectúa la práctica de competencia desleal; es el sujeto activo básico del dumping, todo ello sin perjuicio de que por lo mismo se puedan presentar situaciones de complejidad. En efecto, justamente porque es el sujeto activo del dumping, será el primer interesado en disfrazarlo, y así podrá procurar hacer intervenir a otros sujetos o a otros países para configurar la práctica desleal, evitando la sanción que corresponda al exportador.

Hay que tener presente que junto al o a los exportadores que incurren en alguna forma de competencia desleal, otros exportadores que compitan con éstos se verán afectados como sujetos pasivos.

1.2.5. *Los consumidores del país importador* son también sujetos pasivos de la conducta de dumping, puesto que les afectará positiva o negativamente, según el caso, una disminución o aumento de precios por el exportador.

Los sujetos referidos son los habitualmente considerados al tratar del dumping, sin perjuicio de lo cual un análisis más com-

pleto se tratará en los apartados relativos a los efectos del dumping y a propósito de los bienes jurídicos tutelados, que se encuentran en estrecha vinculación con éste.

1.3. LA CONDUCTA

Esto es propiamente hablando, en sentido restringido, lo que se denomina "dumping". En esta materia hay varias alternativas conceptuales.

1.3.1. *Venta efectuada por un proveedor extranjero* a un precio inferior a aquel al cual vende en su propio mercado. Esta es la opción conceptual más utilizada, pero tiene algunas limitaciones: ¿qué pasará si no hay mercado propio en el país exportador? o ¿qué pasa si en algún momento se está practicando también lo que ya hemos denominado dumping interno? Queda además excluido el caso de ventas al exterior a un precio superior al de su propio mercado.

1.3.2. *Venta al exterior bajo los costos de producción.* Esta alternativa cubriría la mayoría de las situaciones en que planteábamos las interrogantes en el número anterior. Sin embargo, presenta también algunas dificultades. En primer lugar, resulta más caro determinar el costo del producto. Hay que entrar a analizar la estructura de costos de la empresa, se requiere la colaboración del productor para entregar esa información, puede producir perjuicios el hecho de entrar en el ámbito de informaciones estratégicas de la empresa. Por otra parte, ¿de qué costos de producción estamos hablando?, ¿del costo medio o del costo marginal? Esta última interrogante la estudiaremos con más detalle al profundizar en el análisis económico. Persiste, además, el problema de que no se contemplan abusos monopólicos con exportaciones a precios muy elevados.

1.3.3. *Conducta desleal o distorsión de mercado.* Este es el género de la conducta que, en el fondo, constituye el objeto del presente estudio y que a nivel internacional veíamos que, según se practique por los Estados o por particulares, será considerada como subvención o como dumping. Al mencionar el dumping como venta bajo los precios en el propio mercado y plantear vacíos en este concepto, estas interrogantes nacían de la inquietud implícita de que si no hay mercado propio y/o en él hay dumping, podría incurrirse en conductas de competencia desleal por parti-

culares que no quedarían cubiertas por el dumping (ni evidentemente por las subvenciones), y por lo tanto habría un vacío conceptual.

1.3.4. *Observaciones.* Con el concepto de competencia desleal estamos llegando más propiamente al fondo del fenómeno. Sin embargo, nos encontramos también ante algunos inconvenientes. Por una parte, el concepto es amplio y, además, no es tan fácil de manejar como el de precio inferior al del propio mercado, que es una categoría muy claramente acotable, en que simplemente se comparan dos precios; es algo objetivo y cuantificable. Es por ello que creemos que se usa el concepto de precio inferior al del propio mercado tanto porque es más fácil de manejar que aquél, pese a que se aparta en alguna medida del fondo, como porque tiene un fuerte valor indiciario respecto de las conductas desleales; y las deficiencias que tiene esta definición, se tratan de cubrir utilizando en algunos casos, en forma subsidiaria, el concepto de venta bajo el nivel de costos. Todo ello, justamente, porque lo que se quiere atacar en realidad es la competencia desleal.

El problema de fondo de esta opción conceptual del dumping como venta a un precio inferior al del propio mercado, es que deja definitivamente fuera las situaciones de venta a precio superior al del propio mercado, lo que constituye el denominado "dumping reversivo", que es por lo demás otra forma de distorsión o competencia desleal y que tiene tanta importancia como las otras formas de dumping.

Sin embargo, al atacar otras formas de dumping distintas del reversivo, en alguna medida se previene el dumping reversivo. En efecto, si por vender a precios artificialmente bajos logra desplazar a las empresas competidoras, especialmente si las barreras de ingreso al mercado son altas, el exportador puede obtener una posición monopólica de la que después abuse vendiendo a precios muy superiores. En este caso, el dumping tradicional es el medio a través del cual logra posicionarse para efectuar el dumping reversivo, de forma que al enfrentar el dumping tradicional, se está previniendo el dumping reversivo.

Cabe observar que subsiste el problema de casos en que el dumping reversivo no vaya precedido de otra forma de dumping para poder practicar el abuso posterior, como si se trata de empresas que tienen de antemano una posición monopólica y abusen de ella. Estos casos son difíciles de enfrentar desde el punto de vista de técnica legislativa. El Estado del país importador carece de jurisdicción directa sobre la empresa exportadora; no pueden forzarla directamente a bajar sus precios. En el dumping

tradicional, en que se exporta a un precio artificialmente bajo —aun cuando, como veremos, hay críticas a la forma de enfrentarlo—, usualmente se imponen derechos que constituyen verdaderos impuestos que suben el precio y revierten la situación. Es difícil ante el dumping reversivo adoptar una solución análoga como un subsidio, que es un impuesto negativo, y que por ende equilibraría la situación de precios.

El subsidio, por una parte, significaría premiar el abuso monopolístico y, por otro lado, acarrearía serios problemas desde el punto de vista de la política fiscal. El subsidio tiene costos para el Fisco, y el impuesto le significa ingresos, de forma que el Estado es comprensiblemente reactivo a los subsidios. Además, al ser un premio al abuso monopolístico, lo lógico para el exportador monopolístico es seguir aumentando el precio, que es el efecto inverso al deseado.

La alternativa de sancionar al monopolio con derechos o impuestos, en principio hace subir los precios. Esto le significaría al monopolio una caída en la cantidad vendida, a raíz de lo cual estaría dispuesto a bajar sus precios a cambio de la eliminación de impuestos.

Pero esto último sólo opera si el monopolio tiene el convencimiento de que se mantendrá la sanción pese al impacto negativo en los precios en el país importador; vale decir, se trataría de un impuesto estratégico, para negociar una opción cero o al menos disminución del abuso. Además se requiere que el monopolio no tenga la alternativa de exportar a precios elevados a un tercer país. Esto supone que el país tiene un monopsonio. Si no se cumplen estas hipótesis, o sea, si no es convincente que el impuesto se mantendrá, o hay otros mercados alternativos, subsiste el problema. Para responder a monopolios con poder internacional, habría que implementar sanciones a nivel internacional contra la empresa o país exportador, que lo fueren a bajar los precios. La comunidad internacional se encuentra aún lejos de lograr este tipo de acuerdos.

1.3.5. *Síntesis.* La opción conceptual más amplia es la de competencia desleal internacional.

La definición más utilizada a nivel internacional es la de venta al extranjero a precios inferiores al del propio mercado. Para compensar situaciones de competencia desleal que quedarían fuera de esta definición, en la legislación internacional se establecen casos especiales como aquel en que no hay precios comparables en el propio mercado. Hay, en todo caso, un vacío respecto del denominado dumping reversivo, el que no se trata habitualmente al hablar de dumping.

Hay que destacar también que, cualquiera sea el concepto utilizado, ninguna definición comprende la venta a precios que parezcan muy bajos o muy altos que no estén vinculados a una forma de competencia desleal. Si alguien vende barato porque tiene ventajas comparativas respecto de otros o es más eficiente que otros, o, en el caso inverso, es más ineficiente, no incurre bajo ningún concepto en conductas de dumping.

1.4. MOTIVACIÓN DEL SUJETO ACTIVO

Lo que nos preguntamos es ¿qué razones llevan al sujeto activo en la empresa exportadora a venderle a otro mercado a un precio inferior? Este aparente "altruismo" no entra dentro de la lógica empresarial. No resulta explicable que el exportador tenga simplemente la idea de beneficiar al país importador por motivos filantrópicos. Al vender a otro mercado a un precio inferior al del mercado doméstico, la motivación de un exportador razonable, evidentemente, será la de optimizar el propio rendimiento.

Lo anterior se explica porque una empresa puede, en ciertas condiciones, maximizar sus utilidades discriminando precios entre varios mercados, lo que podrá darse en diversas situaciones:

—Por una parte, puede tratarse sólo de una conducta monopolística en que frente a mercados separables se discriminará en los niveles de precio, dependiendo de los niveles de elasticidad de la demanda de los respectivos mercados.

—Podría tratarse también de una conducta esporádica en que se quieren liquidar algunas mercaderías sin provocar una guerra de precios en el mercado interno del país exportador.

—Otra alternativa es la de una estrategia de penetración de mercados extranjeros, ya sea simplemente por entrar a ellos y/o por entrar a ellos eliminando competencia para obtener una posición monopolística y posteriormente abusar de ella.

En fin, el ámbito de las motivaciones puede ser muy amplio; pero dan lugar a un elemento subjetivo dentro del análisis, lo que lo hace más complejo y difícil de pesquisar. Además, el exportador difícilmente confesará que pretende obtener una posición monopolística para abusar de ella, de forma que es difícil de determinar la motivación antes de que el daño ya esté producido. Es por ello que los ordenamientos positivos en general no le han dado importancia alguna a este elemento. Sin embargo el motivo tiene alguna relevancia —como veremos— a la hora del análisis

económico, en que sirve de base para la clasificación de los diversos tipos de dumping.

1.5. EFECTOS

Este aspecto del dumping será determinante para establecer si debe o no regularse su práctica y, en caso afirmativo, determinar cuál será esta regulación.

El dumping, desde luego, afecta a la competencia internacional perfecta, introduciendo un factor de distorsión que perjudica la óptima asignación de recursos a nivel internacional. Pero el dumping se refiere no sólo a conceptos abstractos, sino que se refleja concretamente en diversos sujetos, a los cuales hicimos una referencia general al tratar de los sujetos involucrados, y que ahora pasamos a estudiar en forma más detallada.

1.5.1. *Consumidores del país importador.* Hay que diferenciar según la duración y tipo de dumping.

Es necesario, además, aclarar que al hablar de consumidores del país importador, nos referimos a aquellos que adquieren el producto que es objeto de dumping y que pueden verse afectados de diversas formas, a saber:

-Si se trata de dumping reversivo, vale decir precios superiores a los del país exportador, los consumidores lógicamente saldrán perjudicados.

-Si se trata del dumping tradicional, en que los precios son inferiores a los del país exportador, y esto se mantiene en el largo plazo, los consumidores se verán beneficiados, ya que pagarán menos por el mismo producto.

-En el caso de dumping tradicional que se mantiene en el corto plazo, luego del cual los precios vuelven a su valor normal, nuevamente los consumidores se benefician durante el período en que se mantiene el dumping.

-Si se trata del dumping tradicional y éste se mantiene en el corto plazo para luego traducirse en el largo plazo en ventas a valores superiores al valor normal en el largo plazo, el beneficio obtenido en el corto plazo se verá absorbido por el perjuicio del alza de precios en el largo plazo, ocasionando un perjuicio neto.

1.5.2. *Productores del país importador.* Nos referimos a aquellos que compiten con el bien que es objeto de dumping.

-Si se trata de dumping reversivo, los precios ofrecidos por su competidor extranjero serán superiores a los que corresponderían al valor normal, de forma que se encontrarán en un pie de mayor competitividad.

-Si se trata de un dumping tradicional, los productores internos se verán perjudicados por cuanto deberán reducir sus precios o serán desplazados por el exportador. El perjuicio de las empresas del país importador es casi universalmente aceptado, sin perjuicio de lo cual vale la pena mencionar que en una reciente polémica sostenida en las páginas del *Journal of World Trade* el profesor Boltuck sostiene que en el caso de que el costo marginal de la firma exportadora sea constante, si la discriminación de precios termina porque la empresa exportadora pierda su poder de mercado, los precios en ambos mercados caerán al nivel competitivo asegurado por la libre entrada al mercado, beneficiando el dumping a la competencia interna. El caso tenido a la vista por Boltuck toma el concepto de dumping como una discriminación de precios entre el mercado del país exportador y el del país importador. Si los costos marginales de producción del exportador son fijos, en caso de que se colapse el monopolio, los precios caerán a nivel competitivo, bajo los precios de ambos mercados. Así, para Boltuck, colapsado el monopolio, los precios caen bajo el nivel que tenían cuando había dumping y, por ende, la industria del país importador se encontrará en mejor situación cuando haya dumping.²

El profesor Lazar, en la misma publicación, replica a Boltuck atacando los supuestos asumidos por éste en el caso específico y una falla más de fondo, que es omitir la consideración del proceso en el cual el monopolio penetra en el mercado, establece su posición de dominación y fija el precio. Al penetrar el mercado, disminuyen las ventas de los productores del país importador, ya sea porque algunos son desplazados o porque las empresas producen menos. Los efectos durante el período de transición son críticos y, así considerados, significan un daño a los productores del país importador.³

El caso de laboratorio discutido no altera la conclusión de aceptación universal de que el dumping tradicional perjudica al

² Boltuck, Richard D., "An Economic Analysis of Dumping", 21 JWTL 5, 1987, Werner Publishing Co., Ginebra, 1988, pág. 45.

³ Lazar, Fred, "Structural/Strategic Dumping: A comment on Richard Boltuck's 'An Economic Analysis of Dumping'", 22 JWTL 3, 1988, Werner Publishing Co., Ginebra, 1988, pág. 91.

productor del país competidor, pero ilustra la contraposición de diversos enfoques para analizar el tema, uno estático y otro dinámico.

Sobre el perjuicio al productor nacional, éste puede ser real, actual o potencial. El perjuicio actual es el que se ha tratado, pero los mismos principios son aplicables al perjuicio potencial. El daño potencial contempla el perjuicio producido a competidores potenciales, aquellos que no están en el mercado y a los cuales por efecto del dumping se les hace más difícil o imposible entrar al mercado.

1.5.3. *El exportador.* En el caso del dumping reversivo, el exportador es beneficiará del abuso de su posición monopólica, la que le permitirá subir los precios en el mercado del país importador.

En el caso de dumping tradicional, el exportador se beneficiará dadas ciertas condiciones en su estructura de costos y de funcionamiento de mercados no competitivos.

En el dumping de largo plazo, dadas ciertas condiciones estructurales fijas, el dumping claramente garantiza el beneficio del exportador, quien está maximizando su utilidad. En casos de dumping de corto plazo, el exportador puede incluso soportar pérdidas durante un corto período con fines estratégicos para recuperarse en un más largo plazo. En el último caso el exportador sigue actuando como un maximizador que pretende obtener beneficios del dumping, pero el beneficio final dependerá en un nivel más crítico del cumplimiento de los supuestos asumidos por el exportador y en particular de la respuesta de los demás agentes involucrados.

El exportador siempre persigue beneficio con el dumping; otro supuesto sería simplemente asumir la irracionalidad económica.

1.5.4. *Consumidores del país exportador.* Cabe aplicar las conclusiones inversas a las de los consumidores del país importador.

En términos generales, son beneficiados con precios internos inferiores sostenidos por precios más altos obtenidos al exportar con dumping reversivo; y en el dumping tradicional son perjudicados con precios más elevados.

Lo anterior sin embargo no es atribuible necesariamente al dumping, sino al poder monopólico del exportador que es una de las condiciones que le permiten sostener el dumping. Si en cambio aislamos el mero dumping, tomando el poder monopólico del exportador como un dato inamovible, la cuestión es más compleja. En este caso hay que considerar qué efecto tendría la eliminación del dumping conservándose el poder monopólico. En otras palabras, el poder monopólico interno del exportador le

produce un daño al consumidor del país importador, pero este daño no se considera porque proviene del poder monopólico, no del dumping. Se aísla el efecto del dumping y se analiza teniendo el poder monopólico como constante, lo que pasa con o sin dumping. Las conclusiones en este análisis son variadas. Viner, en principio, sostenía que el dumping no tiene efecto en el precio doméstico del país exportador. Von Harberler, por el contrario, señala que si en la parte relevante de la curva de costos el monopolio funciona sobre la base de costos marginales decrecientes, el dumping se traduce en una disminución del precio doméstico, con el consiguiente beneficio para el consumidor; si el monopolio, en cambio, funciona sobre costos marginales crecientes, el dumping incrementa el precio doméstico perjudicando al consumidor.

1.5.5. *Otros competidores externos.* El exportador compite no sólo con productores del país importador, sino con productores de terceros países que intentan exportar al país importador. Los competidores de terceros países son afectados en forma análoga al efecto producido respecto de los productores del país importador.

2. BIEN JURIDICO AFECTADO

2.1. INTRODUCCIÓN AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS ORDENAMIENTOS POSITIVOS

Dentro de la legislación positiva comparada, y desde luego en el GATT, las principales alternativas de bien jurídico protegido son:

Libre competencia: El tema general de estas legislaciones es proteger y estimular la libre competencia. Es por ello que la conducta necesaria para establecer la sanción describe una práctica que se supone atentatoria contra la libre competencia, como la venta en otro país a un precio inferior a su valor normal. Tal es la conducta sancionada tanto en el GATT como en la legislación norteamericana. Hay, sin embargo, argumentos para sostener que la legislación en materia de dumping no protege la libre competencia. En primer lugar, no se sanciona la conducta anticompetitiva per se, sino que se requiere, además, un efecto de daño a los competidores, de modo que el bien jurídico protegido se desplazaría del nivel de la conducta al nivel del efecto de ésta. Asimismo, hay un vacío respecto del dumping reversivo que también es una forma de conducta desleal y no es sancionado.

Interés del consumidor: A nivel legislativo explícito no se ha considerado este interés. Esto es especialmente claro al no contemplarse siquiera como una forma de dumping el dumping reversivo. El interés del consumidor, según diversos autores, se ve protegido en la legislación antidumping.

De alguna manera se puede considerar protegido el interés del consumidor por la protección de la libre competencia, por cuanto en el largo plazo con la libre competencia internacional se obtendrá el máximo beneficio del consumidor. Por lo demás, evitar el dumping tradicional puede ser una forma de prevenir el dumping reversivo. Evitando que por conductas desleales un productor extranjero desplace a su competencia interna, se puede prevenir que después pueda subir artificialmente los precios.

Interés del productor. En la legislación comparada e internacional se requiere el daño a los productores nacionales para imponer derechos antidumping, de modo que éste pareciera el bien jurídico protegido. Sin embargo, hay que considerar que no basta el daño para que se proteja al productor nacional. Si el productor nacional se ve perjudicado porque otro país exporta a precios muy bajos que le signifiquen una pérdida de ventas internas o incluso lo desplacen completamente del mercado, esto no será razón suficiente para protegerlo.

No basta con el daño, no se trata de proteger su interés solamente (el del productor nacional). Si el exportador vende a bajos precios porque es más eficiente o tiene ventajas comparativas, no cabría aplicar derechos antidumping. El daño debe ser producto de competencia desleal a la cual estuviere sometida la producción nacional afectada.

Los derechos antidumping sólo están destinados a contrarrestar los efectos dañosos de una competencia desleal.

La legislación en materia de dumping no considera aisladamente ninguna de las alternativas planteadas como bien jurídico protegido. Unas se encuentran a nivel de conducta y otras a nivel de efectos, y ambas deben concurrir para establecer la sanción, que es imponer un derecho antidumping. La competencia libre se protege por la conducta requerida, y el interés del productor por el efecto que ha de producirse. El interés del consumidor sólo está protegido indirectamente, existiendo además un vacío respecto del dumping reversivo, que —según señalamos al tratar de las observaciones respecto de la conceptualización del dumping— es de difícil solución. Un caso concreto de la conducta y efecto descritos en la legislación positiva lo ilustrará el estudio del GATT y el Código Antidumping que tiene vigencia en otros países

y que sirve de modelo o se asemeja mucho a la normativa comparada sobre el tema.

2.2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DUMPING; UN ANÁLISIS CRÍTICO

2.2.1. *Introducción*

Al tratar de la conducta y de los efectos del dumping hemos visto en qué forma se configura la conducta y cómo afecta a distintos sujetos separadamente, pero sin tener una síntesis. En algunos casos hay perjuicios a los productores, beneficios a los consumidores y una distorsión de la libre competencia internacional, todo ello simultáneamente. ¿Cuál bien debe primar? ¿Hay más beneficios o más perjuicios económicos? ¿Hay otros principios no económicos que deban ser considerados? Las respuestas a este tipo de interrogantes contestan también la pregunta global del deber ser de la regulación del dumping, el óptimo social de la reglamentación del dumping. No hemos encontrado la última palabra sobre el tema, pero trataremos de dar, al menos, algunas pautas.

El interés de este tipo de estudio no es meramente teórico, porque diversos autores plantean en sus conclusiones la necesidad de una revisión de la legislación antidumping. En Chile reviste particular importancia por ser incipiente la legislación especial sobre la materia y por estar en permanente discusión la posibilidad de suscribir el Código Antidumping. Por lo demás, el tratamiento general del tema lo hace extensible a la subvención, que algunos califican como una forma de dumping y que, en todo caso, tiene características comunes con éste.

2.2.2. *Eficiencia económica*

La eficiencia económica representa una síntesis de diversas consecuencias del dumping. Así, como bien jurídico eventualmente protegido en las legislaciones antidumping, reúne las consecuencias económicas a nivel de productores y consumidores.

Se trata de obtener el efecto neto económico de las conductas antidumping, la sumatoria total de sus efectos económicos. Teniendo el dumping una importante faceta económica, la eficiencia económica debe ser considerada a la hora de determinar los bienes jurídicos que tutela la legislación antidumping.

Previamente al análisis económico, es necesario acotar el propósito de éste, que es el de la obtención de la eficiencia económica.

2.2.2.1. Concepto de eficiencia⁴

En términos amplios, la legislación protegerá la eficiencia económica cuando promueva o proteja una asignación de recursos en que el valor es maximizado.

En términos más restringidos, de acuerdo con la superioridad de Pareto serán transacciones eficientes aquellas en que al menos una persona en el mundo mejora su situación y ninguna empeora, o en otros términos, aquellas en que al menos una persona mejora su situación y se compensa efectivamente a cualquier tercero por el daño que pueda haber sufrido. La superioridad de Pareto es difícilmente alcanzable en el mundo real y envuelve conceptos amplios como el de justicia en la distribución del ingreso. Estos alcances de la superioridad de Pareto revelan una insuficiencia del análisis puramente económico en la bondad social o deseabilidad de una determinada asignación de los recursos.

El concepto de eficiencia económica de Kaldor Hicks es más restringido que el de Pareto y señala que una transacción es eficiente cuando los beneficios que genera son mayores que las pérdidas que nacen de ella. Aquí no necesariamente se compensa a los terceros que sufren daño. Es éste el concepto que por lo general se usa en Economía, justamente porque hace factible el análisis económico.

Al hablar de eficiencia económica en esta sección utilizaremos el concepto de Kaldor Hicks. Quedan fuera algunas consideraciones necesarias a la hora del análisis jurídico, pero esto se complementará en la sección siguiente. En todo caso, un rasgo común a los conceptos de Pareto y Kaldor Hicks es que buscan reflejar no intereses comprometidos por separado, sino sintetizar el efecto total que alcanza a todas las partes. El resultado de esa síntesis, aun con el concepto más restringido de Kaldor Hicks, revela en términos económicos la deseabilidad de determinadas transacciones o conductas.

⁴ Véase Posner, Richard, *Economic Analysis of Law*, 3ª edición, Little Brown & Co., Boston, Toronto, 1986, págs. 11 y ss.

2.2.2.2. Concepto de dumping utilizado

La definición clásica del dumping en términos económicos es la dada por Viner⁵ y corresponde a la discriminación de precios entre dos mercados.

No obstante la definición más utilizada es la venta de bienes al extranjero a un precio inferior de aquel tenido para la venta de los mismos bienes en el mercado interno en la misma época y circunstancias.

También reviste interés, aunque no es tan extensiva su aplicación, el concepto de dumping como venta bajo el nivel de costo, entendiéndose por tal el costo medio de producción. Respecto de la venta bajo el nivel de costo marginal, éste no es entendible en el largo plazo; sólo podría darse en el corto plazo y con algunos objetivos como los que veremos en el dumping esporádico o intermitente. En cambio, la venta bajo el nivel de costos medios es sostenible en el largo plazo discriminando precios entre dos mercados separados y no implicará una pérdida para la empresa, sino que —respecto de empresas monopólicas— puede significar, de acuerdo con la teoría del monopolio, la situación óptima. Por ello esta definición se refiere a venta bajo el nivel de costos medios de producción.

La importancia de la distinción entre las dos definiciones es que es perfectamente imaginable una situación en que en el mercado de un país importador se vendan los productos del exportador a un nivel de precios que sea inferior a aquel que se tiene en el país exportador, pero superior a los costos de producción medios del exportador. En esta situación hay dumping, en el sentido de ventas al extranjero a un precio inferior a aquel fijado en el mercado interno, pero no hay dumping en el sentido de venta bajo el nivel de costos medios.

También hay quienes incluyen en la definición el motivo del sujeto activo que lo practica, definiendo el dumping ya sea como venta a precios irreales o venta a un precio inferior al del propio mercado, con el fin de apropiarse de un nuevo mercado o de deshacerse de ciertos productos cuando la producción ha sido abundante.

La definición más utilizada, y que usaremos en general en este capítulo, es la de venta de un producto al extranjero a un precio inferior al del propio mercado en la misma época y condiciones. Von Harberler demuestra las ventajas de tal concepto por

⁵ Viner, *Dumping: A Problem in International Trade*, citado por Von Harberler, Gottfried, *The Theory of International Trade*, 3ª edición, William Hodge & Co., Gran Bretaña, 1950, págs. 296-297.

sobre el de venta bajo el nivel de costos medios, tanto porque esta última resulta de las mismas leyes económicas y condiciones que las demás formas de dumping, como por una dificultad mayor en determinar los costos medios por unidad, que incluyen costos de administración, intereses y amortización del activo fijo, siendo más fácil determinar el precio doméstico. Además, en época de depresión se suele vender bajo el costo medio sin existir necesariamente la discriminación asociada al dumping. A mayor abundamiento, añade que para efectos de política comercial es indiferente que se exporte bajo o sobre el costo medio. Respecto de la definición que incluye motivaciones, ya vimos la dificultad de señalarlas a priori, aparte de los problemas de introducir elementos subjetivos.⁶

Sin embargo, tampoco la definición de precios más bajos al exportar que en el mercado interno, satisface plenamente. Todas las definiciones dejan fuera elementos importantes o agrupan conceptos muy heterogéneos que dificultan el análisis económico. Para suplir esta deficiencia, el análisis económico se basa más en una clasificación del dumping que en un concepto rígido.

2.2.2.3. Clasificación del dumping

Las diversas clasificaciones desarrolladas tienen por objeto determinar las ventajas y desventajas del dumping, a partir de lo cual se podrá establecer la política comercial más adecuada.

Analizando el dumping como un todo a nivel internacional, éste se da como consecuencia de un monopolio, o tiene por objeto la creación o fortalecimiento de un monopolio. Desde este punto de vista el fenómeno completo sería una traba para la óptima asignación de los recursos internacionales y sería perjudicial. Así, la política deseable sería tratar de evitar la formación de tales monopolios, y por sobre ello, ya que hay monopolios naturales, así como por el hecho de que lo que produce el daño económico es el abuso monopolístico, tratar de impedir este último. Las clasificaciones no tienen mucho sentido en este enfoque, pues el fenómeno es condenable como un todo, por significar un entorpecimiento al libre comercio. Puede buscarse un caso práctico especialísimo de una situación mejor que la de libre comercio, pero sería tan poco relevante que una liberalización completa del comercio difiriera muy levemente del óptimo.

⁶ Von Harberler, op. cit., págs. 296 y ss.

Sin embargo, los países al fijar sus políticas se preocupan de algo más concreto, como el efecto en el propio país. No se trata de particularizar al punto de ver sólo un sector del país, sino el país como un todo.

Desde el punto de vista nacional del país importador, la clasificación que mejor sirve para analizar el dumping lo agrupa en el dumping de largo plazo y el de corto plazo, subdistinguiendo variedades de este último.

En relación al país exportador, la noción completa dumping-monopolio condena la situación sin mayores distinciones por ser ineficiente la asignación de recursos productivos (sin considerar el dumping reversivo que es conveniente, pero no es el que se tiene a la vista habitualmente en este tipo de estudios). Sin embargo, para analizar el dumping, no se toma el conjunto dumping-monopolio, sino que se aísla el dumping, tomando al monopolio interno como un dato. Con esta última metodología, es funcional la clasificación dada para el país importador, y se han estudiado también los efectos del dumping de largo plazo en el país exportador.

La funcionalidad de la clasificación se comprobará al ver cómo los efectos difieren en uno u otro caso.

a) *Dumping de largo plazo o persistente*

El dumping es persistente o permanente si, como su nombre lo indica, se mantiene a través del tiempo.

Este dumping es una aplicación de la teoría del monopolio, en que enfrentada a demandas con diferentes elasticidades en el país exportador y en el país importador, la empresa fija dos precios diferentes.

La diferencia de precios se mantendrá indefinidamente en el tiempo, salvo que cambien las condiciones de eficiencia de la empresa monopolística o cambien las demandas.

b) *Dumping de corto plazo o temporal*

Este se contraponen al dumping permanente en que no es sostenido en su duración. Es éste el tipo de dumping que motiva la legislación antidumping según Corden y constituye la preocupación de la competencia interesada en los países importadores.⁷

⁷ Corden, W. M., *Trade Policy and Economic Welfare*, Clarendon Press-Oxford, 1974, pág. 245.

El dumping de corto plazo puede obedecer a diversas causas u objetivos, que dan lugar a una subclasificación:

b.1. *Dumping predatorio o rapaz.* En este tipo de dumping se exportan bienes a un precio bajo, incluso eventualmente a pérdida, con el objeto de desplazar a la competencia en el país importador para posteriormente subir los precios. Este es el concepto que acostumbra usarse, como se aprecia en estudios como los de Corden, Fernando Ossa y Odeplán.

Von Harberler, en cambio, lo denomina dumping intermitente, señalando que es la exportación de tiempo en tiempo a precios inferiores a los domésticos, incluyendo eventualmente la venta a pérdida.⁸ Los objetivos pueden ser diversos, comprendiendo la penetración de un mercado extranjero, o prevenir la pérdida de presencia en un mercado extranjero; destruir competidores o forzarlos a adecuarse a los designios de quien lo practica; o prevenir la entrada de otros competidores.

b.2. *Dumping esporádico.* Este consiste en una baja temporal de los precios de exportación por causas coyunturales como variaciones en la producción extranjera, fluctuaciones de cosecha, fluctuaciones de demanda no previstas o cambios técnicos. Estas coyunturas pueden afectar tanto el precio doméstico como el de exportación, en cuyo caso no cabría aplicar la definición general de dumping.

El caso clásico de dumping de esta especie lo constituye la liquidación de excesos temporales de inventarios, vendiendo al extranjero a un precio menor que el interno. No se afectaría el precio interno para no desestabilizar esos precios, o evitar una guerra de precios.

c) Observaciones

La clasificación señalada responde con pequeñas variaciones a aquella de más común utilización en el análisis económico del dumping, y nos guiaremos por ella en lo sucesivo. El dumping sin embargo admite otras clasificaciones, como la de dumping público y privado. El dumping privado es el que tratamos en este capítulo, que corresponde a la definición clásica de dumping en que éste se practica por particulares, y es el que se ha acogido en la legislación internacional.

⁸ Von Harberler, op. cit., pág. 300.

El dumping denominado público, de subvenciones o de subsidios estatales, se trata en el capítulo siguiente como un tema separado, y en los ordenamientos positivos se denomina simplemente subvención y se trata de manera independiente del dumping. Como sea que se le llame, el dumping y la subvención son especies de un mismo género, y así la clasificación de corto y largo plazo es también aplicable a la subvención. De la misma forma, los efectos del dumping de corto y largo plazo son extensibles a análogas subvenciones, a lo menos desde el punto de vista del país importador. En todo caso, cuando nos referimos al dumping en este capítulo, estamos haciendo referencia sólo al dumping privado.

También cabe distinguir entre el dumping tradicional que consiste en la venta al exterior a precios inferiores a los del mercado interno y el dumping reversivo que consiste en la práctica inversa. El dumping tradicional es el que ocupa históricamente este tipo de estudios, y fundamentalmente a él nos referiremos en este capítulo. El dumping reversivo puede darse en forma independiente o puede suceder al dumping tradicional. Así, si se desplaza la competencia en el país importador, por medio del dumping tradicional, cabe la posibilidad de subir los precios posteriormente en la forma de dumping reversivo.

2.2.2.4. Condiciones del dumping

Sobre la base de que los agentes económicos actúan en forma racional a fin de maximizar sus beneficios, para que sea posible la venta al exterior a precios inferiores a los del propio mercado, se requiere la concurrencia de separación entre ambos mercados y poder monopólico en el país exportador.

a) Separación de mercados

Para que sea posible el dumping, que supone la venta de un mismo bien a distintos precios en distintos mercados, es necesario que haya alguna restricción a la circulación de tales bienes, o alguna forma de separación entre ambos mercados que restrinja el libre intercambio. Si hubiere tal comunicación que ambos llegaran a formar un solo mercado, al vender los productos hacia el exterior a un menor precio del que se vende en el mercado interno, lo que harían los consumidores del país de exportación sería simplemente adquirir los productos en el mercado al cual se exportó, igualándose en definitiva el precio en ambos mercados.

La separación de mercados puede deberse a barreras a la importación en el país exportador, como el caso de aranceles a la importación que encarecerían el costo de comprar en el país importador. También puede originarse en acuerdos con los importadores que impidan revender al país exportador, o en costos de transporte que encarezcan la transacción.

Von Harberler denomina protección a esta condición, ya que la principal causa de separación de mercados sería la imposición de derechos a la importación en el país importador.⁹ En el mismo sentido, Corden señala que teniendo a la vista la baja en los costos de transporte internacional, las tarifas son probablemente la principal causa de la separación de mercados.¹⁰

Esta separación estructural de mercados es más importante en el dumping de largo plazo, por cuanto en el corto plazo bastará con el costo y tiempo necesarios para implementar la transacción de reventa o la mera incertidumbre de encontrar compradores en el país importador.

Por lo anterior, la importancia relativa del dumping de largo plazo respecto del de corto plazo aumentará o disminuirá según crezcan o decrezcan las barreras arancelarias y los costos de transporte.

b) Monopolio en el mercado del país exportador

Sólo será posible sostener el dumping si el exportador goza de posición monopólica en el país exportador.

Si hay competencia perfecta en el país de origen, los precios internos tenderán a caer.

El exportador sólo podrá mantener precios elevados si puede influir en el precio del producto de forma de enfrentarse a una curva de demanda relativamente inelástica.

El poder monopólico, al igual que la separación de mercados, se puede originar en diversas causas, como altas barreras de entrada para la competencia, ya sean tecnológicas o de fuertes inversiones de capital. Puede tratarse también de una concesión estatal exclusiva u otra forma de privilegio público.

En fin, las causas pueden ser variadas, pero deben concurrir con un requisito negativo que es la inexistencia o inoperancia de una legislación antimonopolios que impida ya sea la adquisición de poder monopólico o el abuso de éste.

⁹ Op. cit., pág. 301.

¹⁰ Op. cit., pág. 238.

2.2.2.5. Análisis del dumping de largo plazo

a) Parte general

El dumping de largo plazo es una discriminación permanente de precios entre dos mercados, en que el monopolista frente a dos demandas con elasticidades distintas, correspondientes a mercados separados, fijará un precio más elevado en el mercado en que la demanda es más inelástica y un precio más bajo en el mercado en que la demanda es más elástica. Así, si la demanda que enfrenta el exportador es más inelástica en el país de origen, nos encontraremos frente al dumping tradicional. Si la demanda que enfrenta el monopolista es más inelástica en el país importador, nos encontraremos frente al dumping reversivo. Esbozaremos a continuación la mecánica de este proceso y la lógica que hay detrás de él. Para ello es previo definir las nociones de costo marginal, ingreso marginal y costo medio, que son los ejes sobre los cuales opera este mecanismo.

Costo marginal: Es la variación (positiva o negativa) del costo total, ocasionada al producir una unidad adicional.

Ingreso marginal: Es la variación (positiva o negativa) del ingreso total, ocasionada al vender una unidad adicional.

Costo medio: Es el costo total dividido por el número de unidades producidas. Hay que tener presente al respecto que el costo total comprende tanto costos fijos como costos variables.

El costo marginal marca la cota mínima del precio al que estará dispuesta a vender la empresa en el corto plazo. La venta bajo el nivel de costo marginal le significará pérdidas por cada unidad adicional vendida.

En el largo plazo, la empresa venderá desde luego al menos al nivel mínimo del costo medio, pues de lo contrario tendrá pérdidas persistentes.

Sin embargo, si la empresa recibe alguna forma de subsidio o apoyo estatal que lo compense, podrá incluso vender "a pérdida". Así, la subvención puede estar en la raíz del dumping de largo plazo. En este apartado nos referimos al dumping privado tradicional, sin perjuicio de que podrían extrapolarse principios al dumping reversivo y a la subvención.

Descartada la subvención, el dumping tendrá lugar según Von Harberler cuando las exportaciones signifiquen la más completa utilización del activo fijo o un incremento de la producción por una adaptación o transformación del activo fijo especialmente si

conlleva una reducción de los costos, sin disminuir el precio interno.¹¹

En el mismo sentido Fisher¹² indica que de ordinario una empresa no practicará el dumping salvo que el ingreso marginal obtenido al exportar sea sustancialmente superior a su costo marginal de producción. Esto será posible generalmente a un precio de exportación que corresponda a un nivel decreciente de la curva de costos, debido a economía de escala. Se trata de aprovechar al máximo las economías de escala sin afectar el precio doméstico del monopolio. Los beneficios podrán o no traspasarse a los consumidores domésticos. Von Harberler completa la idea señalando que también es posible con costos marginales crecientes, y el análisis pertinente se verá al estudiar el bien jurídico en el país exportador.

En todo caso, el tope mínimo es el costo marginal en el corto plazo y el costo medio en el largo plazo: el precio doméstico no competitivo se mantiene por sobre el costo marginal y por sobre el costo medio, y el precio de exportación cubrirá al menos el costo marginal.

Visto el precio mínimo, queda aún por determinarse el punto exacto de fijación de precios en el mercado doméstico y en el mercado extranjero, así como la lógica subyacente del monopolista. El dumping de largo plazo es una aplicación de la teoría del monopolio.

En un mercado competitivo, la empresa se enfrenta a una curva de demanda horizontal; dicho de otra forma, se enfrenta a un precio fijo: cualquiera que sea la cantidad que venda, no puede influir en el precio del mercado. La empresa venderá hasta el nivel en que su costo marginal iguale al precio de mercado en el corto plazo. Si el costo marginal fuera inferior al precio de mercado, seguiría vendiendo, y si el costo marginal fuere superior, no vendería, pues tendría pérdidas por cada unidad adicional vendida. En el largo plazo el precio deberá cubrir al menos el costo medio. El concepto subyacente es que el ingreso marginal que es lo relevante, en un mercado competitivo en que el precio es fijo para la empresa, y que se deriva de la curva de demanda, coincide con la curva de demanda. En efecto, si el precio es fijo en x , el incremento del ingreso total que se produce al vender cada unidad adicional será también x . Así, la cantidad vendida se determi-

¹¹ Op. cit., pág. 301.

¹² Fisher, Bart S., *The Antidumping Law of the United States: A Legal and Economic Analysis*, en Jackson, págs. 654 y ss.

na cuando el costo marginal iguala al ingreso marginal, debiendo superar el costo medio en el largo plazo.

El mercado competitivo no es más que un caso particular del razonamiento que se sigue en el monopolio. En el monopolio también el monopolista iguala costo marginal e ingreso marginal. En el largo plazo, el precio deberá ser igual o superior al costo medio. Cuando el monopolista iguala costo marginal e ingreso marginal, el precio habitualmente supera el costo medio.

En el caso más simple del monopolio que enfrenta un solo mercado, el monopolista seguirá vendiendo mientras su ingreso marginal sea superior o igual a su costo marginal, lo que aumenta sus utilidades; en cambio, si su costo marginal supera a su ingreso marginal, disminuye su utilidad, equilibrándose cuando el ingreso marginal iguala al costo marginal.

La diferencia con el mercado competitivo estriba en la curva de demanda que enfrenta el monopolista, ya que por su poder en el mercado el precio varía de acuerdo con los cambios en la cantidad ofrecida por el monopolista, teniendo una pendiente (que por regla general es negativa: a medida que aumenta la cantidad disminuye el precio, y viceversa). Por otro lado, el ingreso marginal es una función de la demanda y, por ende, también varía. En el caso competitivo en que la demanda enfrentada por la empresa es horizontal, el ingreso marginal coincide con ésta. Pero si la demanda enfrentada corresponde a un mercado imperfecto, la curva de ingreso marginal no coincide con la demanda, situándose por debajo de ésta. El ingreso marginal en cada punto será inferior al precio. Cuando el monopolista vende una unidad adicional en un precio x , su ingreso marginal no será x sino que será inferior, porque para vender esa unidad al precio x ha tenido que disminuir también a x el precio de las unidades anteriores, con lo que su ingreso marginal o "ingreso adicional total" será inferior a x , justamente porque tuvo que considerar la pérdida sufrida en las unidades anteriores debido a la baja de precio. Dado que la curva de demanda está por sobre la curva de ingreso marginal, cuando el monopolista alcanza su equilibrio igualando ingreso marginal y costo marginal, el precio al que puede vender es superior al ingreso marginal y costo marginal en ese punto, y generalmente será también superior a su costo medio, condición necesaria esta última para sostenerse en el largo plazo.

El monopolista que enfrenta dos mercados separados sigue el mismo principio de igualar costo marginal e ingreso marginal. La diferencia estriba en que enfrentará dos demandas distintas y, por ende, habrá también dos curvas de ingreso marginal distintas. El monopolista optimizará cuando su ingreso marginal en ambos mercados es igual y al mismo tiempo coincide con su costo margi-

nal. Ya vimos en el caso de un mercado que para obtener más utilidad iguala ingreso marginal y costo marginal. Si enfrenta dos mercados separados, igualará también el ingreso marginal en ambos. Lo anterior aparece gráficamente en la figura 1.

Si al vender una unidad adicional en el mercado local obtiene más ingreso marginal que en el extranjero, venderá en el mercado local. Cuando obtenga un ingreso marginal superior en el extranjero, venderá en el extranjero. Habrá, pues, equilibrio cuando iguale ambos ingresos marginales, recordando que además debe coincidir con su costo marginal. Ese punto de equilibrio determina el precio al cual se vende en cada mercado.

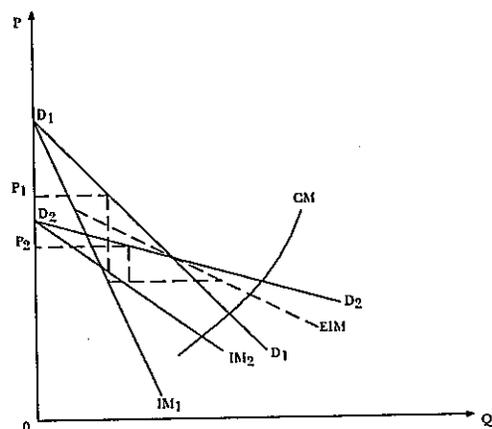


Figura 1: *Una empresa enfrenta dos mercados separados, y por ende dos curvas de demanda (D_1 y D_2), que tienen asociadas sus respectivas curvas de ingreso marginal (IM_1 e IM_2). En el mercado doméstico la empresa tiene mayor poder monopolístico, enfrentando una curva de demanda D_1 más inelástica que en el mercado extranjero cuya demanda es D_2 . CM es la curva de costo marginal del monopolio y EIM es la suma horizontal de IM_1 e IM_2 . El monopolio producirá hasta igualar el ingreso marginal en ambos mercados e igualar estos al costo marginal. Esta igualdad determina un precio P_2 en el mercado extranjero que es inferior al precio P_1 al que se venderá en el mercado doméstico.

*Ossa, Fernando. *Algunos Argumentos Tradicionales en Favor de la Protección. Una Revisión Crítica*, pág. 39. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 1981.

Para sostenerse en el largo plazo, sigue rigiendo el requisito de que el precio debe ser igual o superior al costo medio. Esto es claro cuando tanto el costo medio como el costo marginal son crecientes. En este caso, el costo medio es inferior al costo marginal, de forma que al igualar costo e ingreso marginal el precio,

tanto en el mercado doméstico como en el mercado extranjero, será superior al costo medio. Esto se ilustra en la figura 2.

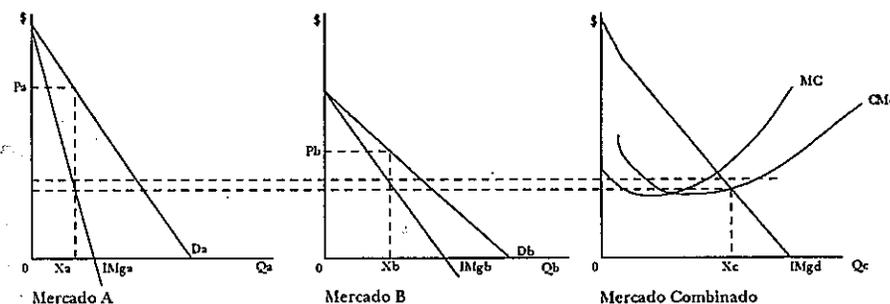


Figura 2: *Una empresa enfrenta dos mercados separados, y por ende, dos curvas de demanda (D_a y D_b) que tienen asociadas sus respectivas curvas de ingreso marginal (IM_{ga} e IM_{gb}). En el mercado doméstico la empresa tiene mayor poder monopolístico, enfrentando una curva de demanda D_a más inelástica que el mercado extranjero cuya demanda es D_b . MC es la curva de costo marginal del monopolio; CMe es la curva de costo medio del monopolio; e IM_{gc} es la suma horizontal de IM_{ga} e IM_{gb} . El monopolio producirá hasta igualar el ingreso marginal en ambos mercados e igualar éstos al costo marginal. Esta igualdad determina un precio P_b en el mercado extranjero que es inferior al precio P_a a que venderá en el mercado local. En este caso, además, dado que IM_{gc} se intersecta con MC en un punto en que tanto el costo medio como el costo marginal son crecientes, el precio P_a , así como el precio P_b están por sobre el nivel de costo medio relevante para una producción total X_c .

*Véase Palma Le-Blanc, Arturo. *Análisis de Demanda y Precios*, pág. 209. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 1986; y Singer, Eugene M., *Anti-trust Economics: Selected Legal Cases and Economic Models*, pág. 185. Prentice Hall, Inc. New Jersey. USA. 1968.

Sin embargo, como el monopolista enfrenta dos mercados, es el precio ponderado de los dos mercados el que deberá ser igual o superior al costo medio. Cuando el costo medio es decreciente, lo que ocurre habitualmente en los monopolios, el costo marginal está por debajo del costo medio. En consecuencia, al igualarse costo marginal e ingreso marginal en ambos mercados, el precio al que se exporta puede ser incluso inferior al costo medio, bastando que el precio ponderado de ambos mercados sea superior al costo medio. Esto puede explicarse también señalando que teniendo monopolio en el mercado doméstico, asumimos que con sus ventas en este solo mercado cubre sus costos fijos, lo que por lo demás sucede corrientemente con el monopolio, y podrá entonces exportar a un precio aun inferior a sus costos medios. El único límite que tiene para exportar es cubrir el costo marginal.

Esta posibilidad de exportar aun bajo el nivel de costo medio aparece graficada en la figura 3.

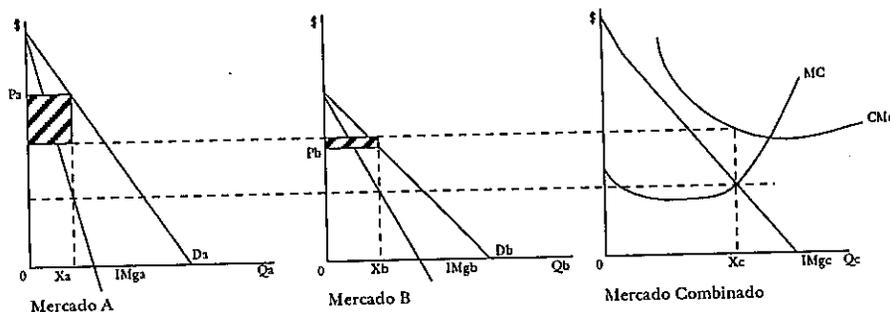


Figura 3: * Una empresa enfrenta dos mercados separados, y por ende, dos curvas de demanda (D_a y D_b) que tienen asociadas sus respectivas curvas de ingreso marginal (IMG_a e IMG_b). En el mercado doméstico la empresa tiene mayor poder monopolístico, enfrentando una curva de demanda D_a más inelástica que el mercado extranjero cuya demanda es D_b . MC es la curva de costo marginal del monopolio; CMe es la curva de costo medio del monopolio; e IMG_c es la suma horizontal de IMG_a e IMG_b . El monopolio producirá hasta igualar el ingreso marginal en ambos mercados e igualar éstos al costo marginal. Esta igualdad determina un precio P_b en el mercado extranjero que es inferior al precio P_a a que venderá en el mercado local. En este caso, IMG_c se interseca con MC en un punto decreciente de los costos medios, de forma que si bien en el mercado doméstico el precio P_a es superior al costo medio, el precio de exportación P_b es inferior al costo medio. La empresa obtiene beneficio como un todo, puesto que el sobreprecio que tiene en el mercado A, representado por el área sombreada en el señalado mercado A, compensa sobradamente la diferencia existente en el mercado B de exportación entre costo medio y precio P_b , representada por el área sombreada en el referido mercado B.

* *Ibidem*.

Podría pensarse a partir de la figura 3 que si bien al monopolista le es posible exportar bajo un nivel de costo medio, esto no sería conveniente para él, pues en el mercado externo "pierde" dinero. Siguiendo esa lógica, debería quedarse sólo con el mercado doméstico, en el que "gana" dinero. Sin embargo lo anterior es erróneo; en el caso ilustrado en la figura 3, al monopolista le resulta conveniente exportar aun cuando el precio de exportación sea inferior a su costo medio, porque en ese punto está logrando su óptimo de igualar costo marginal e ingreso marginal en ambos mercados. Esto se demuestra en la figura 4, en que tomamos idénticas curvas de demanda e ingreso marginal en el mercado doméstico y las mismas curvas de costo marginal y costo medio que en la figura 3, pero el monopolista deja el mercado externo en el que "perdía" dinero. El resultado es que el mono-

polista queda en peor situación que cuando exportaba a un precio inferior a su costo medio.

De esta forma, en ciertos casos el monopolista no sólo puede mantenerse en el largo plazo exportando a un precio inferior a sus costos medios, como se explicó anteriormente, sino que además puede ser su opción más conveniente.

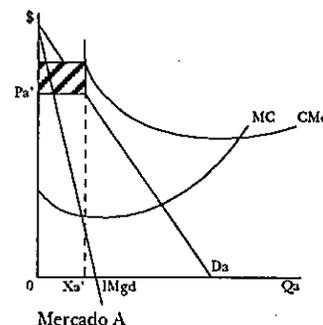


Figura 4: * Un monopolista con las mismas condiciones de demanda y costos que en la figura 3 (vale decir, enfrentado a las mismas curvas respectivas), decide concentrarse sólo en el mercado A doméstico, que cree que es aquel en que maximiza sus utilidades. El resultado es que, al igualar ingreso marginal y costo marginal, venderá una cantidad $X_{a'}$, superior a la cantidad X_a que vendía en la figura 3 (aunque inferior a la cantidad total X_c vendida en la figura 3). Asimismo, el precio será $P_{a'}$, inferior al precio P_a al que vendía en el mercado doméstico en la figura 3. Sin embargo, el resultado es que al concentrarse en el mercado doméstico, en definitiva, resulta con pérdidas por un monto representado por el área sombreada de la figura, demostrándose que le convenía exportar aun cuando fuere a un precio inferior al costo medio, como se ilustra en la figura 3.

* *Ibidem*.

Si bien es cierto —conforme a lo señalado— que es el costo marginal y no el costo medio el que marca el precio mínimo al que se podrá exportar, hay que tener siempre a la vista que el solo hecho de que se exporte bajo el nivel de costo medio es una señal clara de la presencia de un caso de dumping (ya sea de corto o de largo plazo). Así se entiende lo expresado por el Sr. Larroulet en la Comisión de Subvenciones: "...si una empresa no cubre los costos medios totales con su precio de exportación, ello es una figura constitutiva de dumping".¹³

¹³ Banco Central de Chile, Acta de la sesión N° 107 de la Comisión encargada de conocer las denuncias de subvención a las exportaciones, celebrada el día 9 de enero de 1986, pág. 2.

La explicación dada ilustra la forma en que se fijan los precios por un monopolista en dos mercados separados, llegando a un equilibrio en que, si las condiciones de monopolio y separación de mercados no varían, se mantendrá en el largo plazo. Lógicamente, el análisis efectuado dista mucho de ser una explicación al detalle de la mecánica, pero a este nivel de estudio nos basta con ver los principios que rigen esta situación y que hacen posible el dumping de largo plazo.

b) *Bien jurídico involucrado*

El desarrollo de las secciones anteriores ha servido para ir delimitando el objeto de estudio, así como para una comprensión del dumping en general y, por último, del dumping de largo plazo. No hay que perder de vista, sin embargo, el objetivo al cual nos dirigimos: los bienes jurídicos afectados por el dumping, y concretamente nos situaremos en el estudio de la eficiencia económica o bienestar social, en un concepto restringido de ésta y particularmente en el caso del dumping de largo plazo.

Como base para fijar las políticas comerciales y de legislación deseables en materia de dumping, y bajo la perspectiva de la eficiencia, los economistas han distinguido los efectos del dumping de largo plazo en el país exportador y en el país importador, centrándose en estos últimos los análisis críticos de la legislación antidumping. En el estudio por países, si bien hay diversos afectados, lo que se busca es una síntesis que refleje el efecto en el país como un todo.

Recordemos que se toma el caso del dumping tradicional en que la empresa goza de poder monopolístico en el país exportador, enfrentándose en él a una curva de demanda más inelástica que en el país importador y fijando, por ende, un precio más bajo al exportar que al vender en el mercado interno.

b.1. País exportador

Hay puntos de vista encontrados a los que pasaremos revista:

—Schumpeter¹⁴ hace notar que el dumping aumenta los precios en el país exportador, con el consiguiente perjuicio.

¹⁴ Schumpeter, *Zur Sociologie der Imperialismen*, citado por Von Harberler, op. cit., pág. 302.

La fundamentación es que si el dumping no es posible, se mantendría una buena parte de la producción —no toda— que se vendería en el mercado doméstico, bajando los precios.

Von Harberler critica este punto de vista, porque la cantidad producida no es fija sino variable. Habría que preguntarse si estos bienes en caso de no haber dumping seguirían produciéndose y vendiéndose en el mercado doméstico, lo que dependerá de las condiciones de costo y demanda.¹⁵

—Ossa,¹⁶ considerando que es una condición del dumping el monopolio doméstico, señala que el país tendrá los costos de ineficiencia asociados. En el caso de que hubiere un monopolio a nivel mundial, esta situación sí le daría ventajas. Ossa separa ambas situaciones, estimando como óptimo combatir el monopolio interno y aprovechar el internacional.

—Corden, en un análisis completo, sostiene también que sobre la base de ciertos supuestos comunes el dumping está en contra del interés del país exportador, pero el dumping reversivo le es beneficioso.¹⁷

Los supuestos considerados son aquellos que hacen que la explotación monopolística por productores domésticos no sea la óptima. Explícitamente, Corden advierte que no se consideran los efectos en la distribución doméstica, de forma que corresponde precisamente al concepto de eficiencia que hemos usado (en otros estudios no se señala, pero es también un supuesto implícito).¹⁸

Sin distorsiones diversas del dumping, el precio doméstico debería igualar el costo marginal, no estar por sobre éste.¹⁹

Aun con un poder monopolístico internacional, vale decir, frente a una curva de demanda con pendiente descendente, el óptimo social difiere del óptimo del monopolista. Si la curva de costos marginales es ascendente, el óptimo privado significará exportar más que el óptimo social. Inversamente, si la curva de costo marginal es descendente, se exportará menos que el óptimo social.

Así, incluso para maximizar el beneficio del poder monopolístico internacional, no sería el óptimo estimular el dumping, sino introducir otro tipo de correctivo.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Ossa, Fernando, *Algunos Argumentos Tradicionales en Favor de la Protección. Una Revisión Crítica*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1981, págs. 41-42.

¹⁷ Op. cit., pág. 241.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

Análisis separado merece para Corden²⁰ el caso de que haya razones de interés general para estimular las exportaciones, las que usualmente se asocian a situaciones en que el tipo de cambio está sobrevaluado.

-Von Harberler distingue entre un análisis restringido, considerando las condiciones del dumping (monopolio y separación de mercados) como un dato inalterable, y aquel que abarca toda la situación.²¹

b.1.1. Análisis restringido

Se consideran el monopolio y la protección como un dato.

Cuando los precios domésticos caen como consecuencia del dumping, este será ventajoso para el país exportador. Tomando las conclusiones de Yntema,²² Von Harberler sostiene que si el monopolio se enfrenta a costos marginales decrecientes, el monopolista reducirá el precio doméstico para maximizar su utilidad.

Si los precios domésticos suben como consecuencia del dumping, Von Harberler no da una respuesta categórica acerca de si el dumping es o no conveniente. El alza de precios domésticos que se produce cuando los costos marginales del monopolista son crecientes, no lo estima condenable por sí mismo. Sólo será perjudicial desde el punto de vista del país exportador si el aumento de precios a los consumidores fuera superior al beneficio obtenido por los productores. Viner sostendría esta última tesis, siendo en tal caso perjudicial. Von Harberler no se pronuncia sobre la validez del supuesto ni, por ende, de la conclusión.

b.1.2. Análisis amplio

Si se toma la situación como un todo, evaluando el dumping junto a las condiciones de monopolio y protección, el dumping sería perjudicial.

Sobre este punto Fisher,²³ que sigue un análisis similar al de Von Harberler, afirma que hay una mala asignación de recursos en el país exportador, que será por tanto condenable.

²⁰ Idem, págs. 243-244.

²¹ Op. cit., págs. 302 a 324.

²² Idem, pág. 303.

²³ Op. cit., pág. 696.

b.2. País importador

Este es el tema considerado en la mayoría de las revisiones críticas de la legislación antidumping. El análisis resulta más simple que en el caso del país exportador, y, con algunos matices, prácticamente suscita unanimidad en la doctrina económica, en el sentido de que significa una baja en el precio en el país importador, mejora sus términos de intercambio y es beneficioso para el país importador como un todo. A continuación citaremos algunos casos que ilustran el acuerdo general en la materia, así como los matices existentes:

-Odeplán y Fernando Ossa²⁴ concuerdan en considerarlo claramente beneficioso para el país importador, pues mejora los términos de intercambio. Odeplán abunda explicando que tales beneficios se generan al liberalizar recursos provenientes de la disminución de la producción interna y beneficios netos por el mayor consumo nacional. El dumping equivaldría a un regalo del exterior, sin riesgos por ser permanente.

-Corden²⁵ considera también que el dumping mejora los términos de intercambio y produce un beneficio neto para el país. Aún más, el país importador debe tomar el precio exterior como un dato, siendo irrelevante incluso la discriminación de precios, costos marginales o medios del exportador; mientras más bajos los precios al importar, más se mejoran los términos de intercambio.

Corden extiende el análisis a consideraciones que van más allá de la eficiencia económica en el sentido que la hemos tomado, lo que excede del tema de este apartado y se tratará más adelante.²⁶

-Von Harberler²⁷ confirma también que este tipo de dumping es beneficioso. Estima irrelevante para efectos del beneficio que precios bajos provengan de ventajas comparativas, del monopolio asociado al dumping, o de subsidios; estas causas sólo sirven como indicio de la duración del dumping; si se debe a ventajas comparativas es más probable que sea permanente que si obedece a las demás causas que podrán variar en cualquier momento.

-Fisher²⁸ presenta un matiz mayor que los anteriores. Después de indicar cómo afecta el dumping a las distintas partes involucra-

²⁴ Odeplán, *Comercio Internacional y Dumping*, Santiago, 1983, y Ossa, op. cit.

²⁵ Op. cit., pág. 245.

²⁶ Idem, pág. 246.

²⁷ Op. cit., pág. 314.

²⁸ Op. cit., pág. 657.

das del país importador, al tratar del efecto neto en el país distingue:

b.2.1. Si hay un buen mecanismo de ajuste de las empresas afectadas en el país importador, habrá un beneficio neto para el país proveniente del aumento de eficiencia y baja de precios.

b.2.2. Sin tal facilidad de ajuste, si el dumping permanente genera masas importantes de desocupados, los perjuicios sobre el país pueden superar a los beneficios de los consumidores.

La novedad de Fisher respecto de los anteriores es que introduce elementos de análisis dinámico ausentes en la mayoría de las teorías, que son estáticas. Esta carencia de elementos de análisis dinámico es justamente la que el profesor Lazar crítica a Boltuck al medir efectos en la industria local. Lazar le asigna un rol determinante al proceso por el cual un monopolio penetra en el mercado, establece su dominación y precio.²⁹

En resumen, se sostiene la afirmación inicial en que hay acuerdo: el dumping permanente es beneficioso para el país importador y, por ende, desaconsejable la legislación que pretenda impedirlo. La única observación que cabe hacer es que para algunos la conclusión anterior se basa en un análisis estático y es necesario introducir elementos dinámicos que podrían hacer variar el resultado.

2.2.2.6. Análisis del dumping de corto plazo

El estudio del funcionamiento y efectos del dumping de corto plazo es mucho más incipiente que en el dumping permanente, y tiene un comportamiento mucho más dinámico que el anterior. Por lo mismo, su mecánica es más difícilmente encuadrable en categorías rígidas con supuestos constantes. Tal vez sea esto último lo que ha dificultado el desarrollo teórico del tema. Para estudiar la forma de operar y los efectos del dumping de corto plazo, es necesario recordar la clasificación de éste entre predatorio y esporádico, que es funcional a este análisis.

a) *Dumping predatorio*

Este dumping es el que usualmente se tiene a la vista en las legislaciones antidumping. Constituye la forma más dañina de dum-

²⁹ Op. cit., págs. 91-92.

ping. El exportador vende a precios bajos (eventualmente aun bajo el costo marginal) en forma temporal para desplazar a sus competidores en el mercado del país importador.

Caben algunas precisiones acerca del concepto de dumping predatorio, en cuanto a la conducta y al motivo.

-*Conducta*: Es un tipo especial de dumping, de manera que corresponde a ventas al exterior a un precio más barato que en el mercado doméstico. Sin embargo en el dumping predatorio tienen mayor importancia el motivo y efectos que la conducta de diferencia de precios. Llevando esto al extremo, Barcelo³⁰ dice que la discriminación de precios tiene poco o nada que ver con la amenaza predatoria.

-*Motivo*: Toda forma de dumping tiene para el monopolista como objetivo último el de maximizar su utilidad.

El dumping predatorio no es una excepción, pero el medio utilizado, el objetivo más inmediato es desplazar a los competidores. También puede extenderse simplemente a ampliar o preservar la posición monopólica; penetrar el mercado y lograr una posición en él; y un caso muy particular es el dumping defensivo, que es una respuesta a un dumping en sentido inverso. El objetivo inmediato es de extrema importancia para identificar este tipo de dumping, pero presenta el inconveniente de que éste es muy difícil de determinar a priori. El exportador, evidentemente, no dirá que vende barato para eliminar a la competencia. No obstante, la venta a pérdida por el exportador puede ser un indicio (aunque no es el único posible) de la existencia del motivo.

El objetivo inmediato determina un requisito especial para este dumping: irreversibilidad que impida a otras empresas, nacionales o extranjeras, entrar posteriormente al mercado.

En el dumping predatorio el exportador vende a precios bajos, incluso bajo el nivel de costos marginales (aunque no necesariamente es así), para tener poder monopólico y poder subir los precios más tarde. El monopolista se basa en esa expectativa de subir los precios. Sin embargo, si no hay altas barreras de entrada en el mercado, no podrá hacerlo. Si otras empresas nacionales o extranjeras pueden entrar fácilmente al mercado a precios más bajos, el exportador perderá su objetivo de abusar de posición monopólica. Si el monopolista no desplaza a la competencia, sino que induce a la competencia a alguna forma de colusión, será más fácil burlar este requisito.

³⁰ Barcelo III, John J., *The Antidumping Law: Repeat it or Revise it*, en Jackson, op. cit., pág. 659.

La presencia de este requisito adicional y el costo de las guerras de precios dificulta la existencia del dumping predatorio, aunque hay que observar que según Barcelo la evidencia empírica disponible parece descartar las predicciones teóricas de que la fijación de precios predatorios será poco común.

En cuanto a los efectos del dumping predatorio, hay unanimidad en considerarlo la forma más dañina de dumping por los efectos en el país importador. El perjuicio se produce evidentemente en los productores domésticos que compiten con el monopolio, pero además en los compradores. Hay un beneficio de corto plazo al bajar el precio y mejorar los términos de intercambio y un perjuicio de largo plazo con el alza del precio.

b) *Dumping esporádico*

El caso clásico de dumping esporádico es el de un oligopolio en el país exportador, en que una empresa oligopólica, para liquidar inventarios sin desatar una guerra de precios en el país exportador, vende este exceso en el extranjero a un menor precio.

Corden, alejándose del concepto de dumping de diferencia de precios, subraya en el dumping esporádico la baja de precios y la transitoriedad de ésta, incluyendo el caso de baja de precios tanto en el mercado doméstico como en las exportaciones.³¹ Las causas de la baja de precios para Corden pueden ser variaciones en la producción en el extranjero, ya sea por fluctuaciones en las cosechas, cambios técnicos y fluctuaciones imprevistas en la demanda.³²

Ossa, en cambio, usa un concepto más restringido que Corden, distinguiendo el dumping esporádico de las bajas internacionales de precios como consecuencia de fluctuaciones de cosechas, cambios técnicos u otros.³³

En cuanto a los efectos del dumping esporádico en el país exportador, Von Harberler acepta para este caso la conclusión que Schumpeter sostenía en general, de que sin dumping y sin grandes variaciones en la producción, buena parte de los bienes exportados se venderían en el país de origen, bajando los precios. En otras palabras, el dumping sube los precios en el país exportador.³⁴

³¹ Op. cit., págs. 246-247.

³² *Ibidem*.

³³ Op. cit., págs. 39 y 43.

³⁴ Schumpeter, *Zur Soziologie der Imperialismen*, en Von Harberler, op. cit., pág. 302.

En el país importador, según Corden, se producirá una baja temporal de precios que beneficiará a los consumidores, pero el incremento de riesgo de los productores domésticos podría justificar la imposición de un seguro o derechos antidumping.³⁵

Según Lloyd³⁶ hay que atender en la evaluación de los efectos a la variabilidad de los precios y la inseguridad acerca de los precios futuros. La reciente teoría del comercio internacional bajo incertidumbre muestra que un país podrá beneficiarse de las posibilidades comerciales bajo incertidumbre, dependiendo de la actitud de los consumidores frente al riesgo y de los costos que los productores tengan por la incertidumbre. Para Lloyd, el dumping será beneficioso para el país importador porque es probable que el dumping disminuya el precio medio de los productos objeto de dumping, aunque aumente la variabilidad de su precio.³⁷

A la inversa, para Von Harberler este dumping será dañino si dura lo suficiente como para producir un cambio en la producción del país importador que deba revertirse una vez que cese. Este dumping puede ser dañino aun en ausencia de una industria competidora en el país importador, porque puede inducir erróneamente al establecimiento de industrias que tengan como insumos las importaciones baratas; o si se trata de bienes de consumo, a un cambio en la demanda, que debe ser revertido.³⁸

2.2.2.7. Síntesis

Hemos visto el dumping desde la perspectiva de bienestar social o eficiencia económica en un concepto restringido de ésta. Tomando la eficiencia económica como uno de los bienes jurídicos afectables por el dumping, el estudio analiza la forma en que el dumping afecta a dicho bien jurídico. Las conclusiones, como vimos, no son unívocas.

En términos generales, al considerar el dumping como un todo con las condiciones que le sirven de base: monopolio y separación de mercados, la situación es dañina y significa una mala asignación de recursos a nivel internacional. Sin embargo, aislando el dumping de las condiciones que presupone, y considerando

³⁵ Op. cit., pág. 247.

³⁶ Lloyd, Peter, *Antidumping Actions and the GATT System*, Trade Policy Research Centre, Gran Bretaña, 1977, pág. 13.

³⁷ *Idem*, pág. 14.

³⁸ Op. cit., pág. 314.

separadamente los efectos en cada país, las conclusiones varían según si se toma de referencia el país exportador o el país importador, así como dependiendo del tipo de dumping de que se trate. Desde el punto de vista del país importador, que es el habitualmente considerado al analizar la legislación antidumping, el país se verá beneficiado con el dumping persistente; perjudicado con el dumping predatorio, y respecto del dumping esporádico, dependerá de la duración, condiciones y expectativas que genere.

2.2.3. Una perspectiva global

2.2.3.1. Introducción

Lo estudiado hasta ahora con relación a bien jurídico es meramente económico y, dentro de este ámbito, bajo la perspectiva de una definición de eficiencia restringida. Si nos ampliamos un poco al concepto de eficiencia de Pareto, no sólo se trata de que la sumatoria neta de beneficios y perjuicios sea positiva, sino de que los sujetos afectados en forma negativa por los perjuicios sean efectivamente compensados. Esto último, aunque teóricamente posible, en la práctica —tal como señala Corden— es poco probable.³⁹ Otra restricción que se da el propio Corden es que lo expuesto es sólo teoría, teoría relevante, pero no es una guía directa para la política económica en el caso concreto de un país determinado. Los principios generales constituyen una guía eficaz, pero deben tenerse presentes las variables relevantes del caso concreto.⁴⁰ Von Harberler señala, además, la necesidad de desarrollar más la teoría de competencia imperfecta y la teoría de las oscilaciones de corto plazo, aplicadas al comercio internacional, en lo que aún queda mucho por hacer.⁴¹

Pese a las restricciones apuntadas, la teoría económica es una herramienta útil para el análisis de fenómenos jurídico-económicos. Existiendo un trasfondo económico y pese a la resistencia de diversos juristas, progresivamente se incorpora al análisis de este tipo de fenómenos la teoría económica.

Falta aún mucho camino por recorrer en este sentido y así Posner escribe "en la convicción de que la Economía es una herramienta poderosa para analizar una vasta gama de interrogan-

³⁹ Op. cit., pág. 246.

⁴⁰ Idem, pág. 7.

⁴¹ Op. cit., pág. vi.

tes legales que la mayoría de los abogados y estudiantes de Derecho —aun los muy brillantes— tienen dificultad en relacionar principios económicos con problemas legales concretos".⁴² Se puede hablar ya con propiedad de la Escuela de Análisis Económico del Derecho, que tiene un vigoroso desarrollo.

Pero así como los abogados tienen problemas para incorporar elementos económicos al análisis, los economistas, con destacadas excepciones, olvidan la presencia de otros factores que concurren y se interrelacionan con éstos.

Una ilustración de la búsqueda del equilibrio en la ponderación de los principios económicos y otros factores en lo jurídico, la entrega Hayek.⁴³

"Para el hombre de leyes constituye casi un hábito el pensar que si el legislador ha decidido algo, huelga toda ulterior prueba acerca del acierto de tal decisión. Quiere esto decir que su labor será beneficiosa o perniciosa según la bondad o insensatez de los precedentes que la guíen, por lo que tantas probabilidades tiene de perpetuar pretéritos errores como pasados aciertos. Si acepta como preceptivas las tendencias imperantes, lo mismo puede convertirse en instrumento de unos cambios que no comprende, que en un creador consciente de un nuevo orden. Ello nos advierte acerca de la necesidad de buscar fuera de la ciencia jurídica los criterios que permitan enjuiciar ese acontecer.

No quiere decir esto que la Economía sea la única fuente de principios por los que deba guiarse la legislación; aunque, teniendo en cuenta la inevitable influencia de las ideas económicas, sería de desear que la correspondiente inspiración se derivase de los asertos de una economía solvente, en lugar de la colección de mitos y fábulas que hoy parecen inspirar el pensamiento jurídico. Afirmamos, sin embargo, que los principios e ideas básicas que presiden el desarrollo del Derecho proceden inevitablemente de otras esferas del pensamiento, orientaciones que sólo resultarán beneficiosas si se basan en una concepción acertada de cómo pueden ser ordenadas eficazmente las actividades en una Gran Sociedad".

En la sección anterior nos referimos a los elementos económicos presentes en el dumping, ahora veremos otros factores que deben concurrir en el análisis.

⁴² Posner, op. cit., pág. 3. En el mismo sentido véase Polinsky, Mitchell, *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Ariel S.A., Barcelona, 1985.

⁴³ Hayek, Friedrich A., *Derecho, Legislación y Libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1978, vol. 1, pág. 112.

Hay en todas las formas de dumping un elemento de competencia imperfecta que lo posibilita. El monopolio y la separación de mercados son condiciones esenciales del dumping. Estas condiciones de manifestación y técnica del monopolio, presentes en el dumping, son las que fundamentan las tradicionales críticas al dumping como una forma de competencia "desleal". Trataremos en los apartados siguientes los principios de fondo en que se basa esa calificación de desleal.

2.2.3.2. Libre competencia y justicia de resultado

a) Vinculación entre ambas

La libre competencia no es sólo la forma más eficiente de asignar recursos, sino que es también una forma de distribución "justa" de las utilidades o ganancias de la producción. No sólo habrá más y mejores bienes, por la eficiente asignación de más recursos productivos que genera la libre competencia, sino que recibirán su premio los "mejores" en producir esos bienes. Será premiado quien tenga más mérito; quien logre hacer mejores bienes a un menor costo será quien obtenga más utilidades.

Tratando del dumping persistente, después de expresar que éste es económicamente conveniente para el país importador, Corden⁴⁴ se pregunta por qué aún esa forma de dumping es sancionada en los países importadores. Entre otros, señala que se debería a un concepto de justicia o lealtad de comercio. Supone el caso de dos productores igualmente eficientes, con la misma curva de costos. Lo justo parecería que ambos compitieran en las mismas condiciones, obteniendo su propio mercado o pudiendo ambos diferenciar sus precios. Sin embargo, si uno de ellos tiene tarifas que le protegen su propio mercado y le permiten exportar bajo su costo medio, podría desplazar al otro productor igualmente eficiente, lo que sería injusto. Algo análogo podría pasar si la separación de mercados se debiere a costos de transporte y los mercados tuvieran tamaños muy distintos.

La idea de justicia violada sería que los productores deben obtener resultados de acuerdo con sus "méritos" y no con otras condiciones artificiales de competencia imperfecta. El premio conforme al mérito no es el único criterio de justicia, pero, dados los demás parámetros iguales, sería la forma de determinar quién

⁴⁴ Op. cit., págs. 245-246.

debe obtener más o menos premio. Ya Aristóteles,⁴⁵ al describir la justicia como proporcionalidad, decía que se debía dar igual a los iguales y desigual para los desiguales: "...la relación en que están las cosas es también la relación en que están las personas entre sí. Si las personas no son iguales, no deberán tampoco tener partes iguales. Y de aquí las disputas y las reclamaciones cuando aspirantes iguales no tienen partes iguales; o cuando no siendo iguales, reciben sin embargo porciones iguales. Esto es de toda evidencia, si, en lugar de mirar a las cosas, se mira al mérito de las personas que las reciben. Todos están de acuerdo en reconocer que en las particiones lo justo debe acomodarse al mérito relativo de los contendientes".

Esto es lo que Aristóteles denominaba Justicia Distributiva, que se refiere a la distribución de los recursos comunes de la sociedad en la proporción en que cada uno haya contribuido. Este concepto lo reciben diversos pensadores económicos como Stuart Mill, que describía como justo el trato proporcional a los servicios prestados o al mérito, norma que debía orientar no sólo al Estado sino al esfuerzo de los ciudadanos.⁴⁶

Una idea común en la aceptación de la economía de mercado es que las personas reciben lo que merecen; así dispares méritos hacen aceptar dispares resultados.

Es por lo anterior que algunos autores como Samuel Smiles, Horacio Alger y W. G. Summer han defendido la libre empresa apoyados en la idea de que premia a quienes lo merecen.⁴⁷

En estas condiciones el dumping, que es una distorsión de la libre competencia, sería un atentado contra la justicia distributiva.

b) Críticas

No se puede dejar de hacer presente que la vinculación entre libre competencia y justicia distributiva ha sido criticada ácidamente como equívoca, falsa e inmoral.

Desde luego un problema inicial lo vislumbraba el propio Aristóteles, refiriéndose al acuerdo en repartir conforme al mérito y el desacuerdo en determinar en qué consiste el mérito.⁴⁸

⁴⁵ Aristóteles, *Ética a Nicómacos*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1954, V, 3;7 (1131a) y VIII, 7;3 (1158b). También Aristóteles, *Política*, V, 1;2 y 7 (1301 a y b).

⁴⁶ Mill, Stuart, *Utilitarianism*, citado por Hayek, Friedrich A., *Derecho, Legislación y Libertad*, op. cit., págs. 113-114.

⁴⁷ Idem, pág. 132.

⁴⁸ Aristóteles, *ibídem*.

Por esta confusión, Hume sostiene que las normas de conducta no pueden basarse en el mérito.⁴⁹

Una exposición acabada acerca de la crítica a la relación libertad de mercado-justicia distributiva la realiza Hayek.⁵⁰

Para Hayek, la justicia distribuida es una "superstición cuasi-religiosa", carente de un contenido real. No serían calificables de justas o injustas condiciones que determinan los resultados; condiciones como la inteligencia, la destreza, la fuerza o la familia a la que se pertenece, e incluso el azar, que jugarán un papel importante en los resultados o distribución que se obtengan, no puede calificarse según parámetros de justicia. Ninguna instancia humana es responsable de tales circunstancias, por lo que sería absurdo calificarlas de justas o injustas. El concepto de justicia sería inaplicable a los resultados de procesos espontáneos.

Sin desconocer que la idea de vincular el mérito personal al resultado que se obtenga es un motor importante de la actividad económica, Hayek estima peligroso para el funcionamiento del mercado y de la sociedad libre generalizarlo como norma de conducta y resultado.

En el mercado, la concurrencia del mérito y del azar u otros factores darían el resultado. Estos factores no calificables desde una perspectiva ética son una pieza fundamental para el funcionamiento del mercado. Los precios no son una calificación de valor, sino una señal que indica hacia dónde orientar la actividad. Es indispensable desligarla de contenido ético para que el mercado funcione. No se produce ni se valora lo que tiene más mérito producir, sino que el mercado va indicando a través de los precios lo que debe producirse. El precio no es un premio a lo que se hizo, sino una indicación de lo que se debe hacer. Esto permite el permanente ajuste dinámico del mercado. Para que funcione el mercado se requiere incluso la retroalimentación negativa que sanciona inmerecidamente las expectativas de algunos.

La determinación de resultados justos requeriría de una autoridad todopoderosa que prescinda del mercado y que elimina la libertad individual de los agentes que actúen en el mercado, siendo esa libertad éticamente deseable per se.

A tal punto critica Hayek el desarrollo de la ética del resultado en el mercado, de la justicia distributiva, que expresa: "Estoy absolutamente convencido de que el mayor servicio que pueda yo todavía prestar a mis congéneres es contribuir a avergonzarse de utilizar por

⁴⁹ Hayek, op. cit., pág. 111.

⁵⁰ Idem, cap. IX.

vía oral o escrita el término justicia social".⁵¹ Esto proviene de los perniciosos efectos que Hayek atribuye al intento de ordenar la actividad económica sobre los conceptos que se han asociado a la justicia distributiva o social y que destruirían el mercado.

La postura de Hayek tiene indudablemente algunos puntos muy sólidos, como el valor indiciario del sistema de precios, la concurrencia de factores distintos del mérito y el esfuerzo en la obtención de resultados (sin desconocer que el mérito y el esfuerzo juegan un rol importante), y la traba a la libertad y al funcionamiento del mercado que significaría sujetar la actividad económica a la obtención de resultados "justos".

Concretando la discusión anterior respecto del dumping como distorsión de la libre competencia, si se acepta la vinculación libre competencia-justicia distributiva o de resultados, en el caso del dumping, al atentarse contra la libre competencia, se atentaría también automáticamente contra el bien jurídico justicia; aceptadas en cambio las críticas a la justicia distributiva, al afectarse la libre competencia con el dumping, no se vulneraría el bien jurídico justicia, al menos en el sentido que se le ha dado precedentemente como algo distinto de justicia distributiva.

2.2.3.3. Libre competencia, libertad y justicia de conducta

En esta sección veremos la libre competencia ya no como expresión de resultados justos, sino como una forma de libertad de trabajo y de empresa y que se expresa en la justicia de la igualdad en las reglas del juego.

No se trata ya de que todos obtengan el resultado que merecen, ni siquiera trataremos de un bien probablemente deseable como una cierta igualdad de oportunidades, sino de una justicia mínima que es igualdad de las reglas con que se compite, que además sustenta la libertad en la actividad económica. Si consideramos estos últimos como bienes dignos de protección jurídica, el dumping y fundamentalmente la conducta monopólica asociada que representan una forma de competencia imperfecta, los estarían vulnerando. No se trataría desde luego de destruir los monopolios (tal vez sí, en cambio, de disminuir al máximo la separación de mercados), pues hay incluso monopolios naturales que no se pueden desconocer, pero habría que controlar que éstos se sujetaran a las normas generales que rigen para todos al competir, y que son requisito y condición de la libertad económica.

⁵¹ Idem, pág. 166.

Aparte de las doctrinas utilitaristas y economicistas que sólo consideran la eficiencia económica —los resultados económicos— en la evaluación de conductas monopólicas, hay mucho mayor aceptación en la necesidad de proteger la libertad de trabajo, de asociación y de empresa frente a intervenciones de particulares o del Estado, así como de resguardar la justicia de igualdad en las reglas del juego y la vinculación de éstas con el libre mercado, que en el punto de vista de justicia distributiva. Incluso para una concepción utilitarista, al ir ganando terreno la concepción de que la libertad de empresa es en el largo plazo la forma más eficiente de generar riqueza, dicha libertad sería instrumentalmente un bien digno de protección.

De esta manera, la justicia expresada en la generalidad y abstracción de las normas que se traduce en la igualdad de las “reglas del juego”, ha sido consagrada desde antiguo. Ya los escolásticos la concretan en el control del abuso monopólico; los precios serán justos cuando deriven del libre comportamiento de quienes intervienen en el mercado, vale decir, precios competitivos no determinados por fraude, monopolio o violencia. En este sentido Molina define el precio justo como aquel que se establece “*absque fraude, monopoliis atque aliis versutiis, communiter res aliqua vendi consuevit pretio in aliqua regione, aut loco, et habendum est pro mensura et regula iudicandi pretium iustum rei illius in ea regione*”.⁵²

La concepción liberal clásica, si bien no acepta aplicar criterios de justicia al resultado, sí lo requiere para el actuar, para la forma en que se desarrolle la competencia.

Así, en los distintos resultados injustos del dumping a que nos referimos en la alusión a Corden en la sección anterior, el problema de injusticia no radica en los resultados mismos, sino en la distorsión a la libre competencia que significa el dumping, del cual, como su efecto, derivarán tales resultados.

El propio Hayek, que combate ácidamente la justicia distributiva, requiere que las reglas del juego deben ser iguales para todos, limitando el monopolio. Analogando el resultado del mercado al juego, insiste en que todos los jugadores se comporten honestamente y nadie haga trampas. Esta justicia de igualdad de las reglas para Hayek es condición indispensable de la libertad individual y el sometimiento a tales normas de recto comportamiento posibilita la colaboración entre hombres libres. Sería injusto que respetando las reglas del juego, otro arrebatara lo obtenido.⁵³

⁵² Molina, *De Iustitia et de Iure*, vol. 2: “De Contractibus”, en Hayek, op. cit., pág. 130.

⁵³ Idem, cap. V.

Un caso concreto de protección de la libertad en relación con el monopolio lo veremos al tratar del recurso de protección en el ordenamiento chileno.

La consideración de estos bienes jurídicos en la legislación antidumping norteamericana aparece de un estudio de la American Bar Association⁵⁴ que señala: “Tanto la legislación y política antidumping como la antimonopolios norteamericana tienen raíces históricas y ambas pretendieron proteger y encarnar la política económica fundamental de los Estados Unidos de una libre y justa competencia”.

III. ANALISIS DEL CODIGO ANTIDUMPING (ACUERDO RELATIVO A LA INTERPRETACION Y APLICACION DEL ARTICULO VI DEL ACUERDO GENERAL SOBRE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO)

1. ANTECEDENTES DEL CODIGO ANTIDUMPING⁵⁵

La legislación antidumping tiene sus orígenes en discusiones existentes desde fines del siglo XIX. Ya en 1902 se suscribió entre diversos países europeos un acuerdo para contrarrestar el dumping del azúcar. Por la misma época, a falta de acuerdos generales, diversos países comenzaron unilateralmente a legislar sobre el tema. Es el caso de Canadá en 1903. Especial importancia tiene la Ley Antidumping norteamericana dictada originalmente en el año 1921, y que con diversas modificaciones rige hasta la fecha, complementada por el Reglamento Aduanero. La proliferación de legislaciones antidumping se consideró por la Liga de las Naciones en la década del veinte y por la Conferencia Económica Internacional en 1930. Se hacía necesario uniformar legislación antidumping que, reconociendo el derecho de los países de sancionar conductas desleales de comercio internacional, estableciera una normativa uniforme que diera más seguridad y restringiera la posibilidad de la sanción a los casos en que efectivamente hubiere competencia desleal.

En los trabajos preliminares de la ITO y del GATT se abordó el tema, fructificando los esfuerzos en el artículo VI del GATT, que

⁵⁴ Report of the Ad Hoc Committee on Antitrust and Antidumping of the American Bar Association Section on Antitrust Law, en Jackson, op. cit., pág. 661.

⁵⁵ Véase Jackson and Davey, op. cit., págs. 664 y ss.; Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, Ginebra, 1979; Ortiz, Felipe, op. cit., págs. 70 y ss.

trata de los derechos antidumping y derechos compensatorios. Los términos del artículo VI eran demasiado amplios y las partes consideraron la necesidad de acuerdos más específicos. En efecto, en julio de 1958, la Secretaría General del GATT publicó un estudio de problemas derivados de la aplicación de derechos antidumping y derechos compensatorios, incluyendo el análisis de las leyes y prácticas de ocho países que tenían legislación sobre la materia. Quedaron a la vista las divergencias en las prácticas de diversos países y sobre esa base las partes contratantes designaron a un grupo de expertos para tratar el tema, que inició sus trabajos en 1959. Posteriormente prosiguió en la Ronda Kennedy (1964-1967), culminando en Ginebra el 30 de junio de 1967 con la suscripción del Acuerdo Relativo a la Interpretación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (Código Antidumping). Este Código fue suscrito por 18 países, principalmente desarrollados y representó el primer acuerdo sobre barreras no arancelarias al comercio. El Código entró en vigencia el 1º de julio de 1968.

Luego de terminada la Ronda Kennedy en junio de 1967, se iniciaron los trabajos preparatorios para una nueva ronda de negociaciones, que tuvo lugar entre 1973 y 1979, la denominada Ronda de Tokio.

En la Ronda de Tokio se completaron las negociaciones respecto a subvenciones. Por ello, las partes contratantes acordaron que las disposiciones del Código Antidumping de 1967 debían armonizarse con sus análogas del nuevo Código de Subvenciones, en particular las relativas a la determinación de la existencia de daño; compromisos referentes a los precios entre los exportadores y el país importador; y el establecimiento y percepción de derechos antidumping. Como resultado se suscribió el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (Código Antidumping Revisado). La principal innovación fue la eliminación del requisito de que el dumping fuera la "causa principal" del daño. El Código Revisado entró en vigor en 1980 para los países que lo habían aceptado a esa fecha. La aceptación del Código Revisado implicaba automáticamente la denuncia del Código anterior. Para la mejor comprensión y aplicación del Código, se estableció un comité de partes contratantes denominado Comité de Prácticas Antidumping.

Chile no ha suscrito el Código Antidumping, pero a continuación analizaremos sucintamente las disposiciones de éste, en la versión de la Ronda de Tokio por su interés teórico general, así como por la posibilidad de una pronta suscripción por Chile.

2. ANALISIS DEL CODIGO ANTIDUMPING DEL GATT

Las disposiciones relevantes en la materia son el artículo VI del GATT, las notas suplementarias de este artículo, y el Código Antidumping.

Para el análisis de los contenidos de tales textos nos basaremos en los mismos, así como en diversos documentos emitidos por el Comité de Prácticas Antidumping.

En cuanto a la metodología, revisaremos las disposiciones señaladas, procurando ajustarnos, al menos en parte, a la base instrumental ya explicada en la conceptualización del dumping. Así, agruparemos las disposiciones en cuanto a los sujetos involucrados, tanto sujeto activo como pasivo, conducta y efectos. No tomaremos el elemento territorio salvo tangencialmente en figuras de complejidad, por ser claramente referido a lo internacional, ni el elemento motivación, por cuanto no está considerado en la legislación del GATT. Añadiremos, además, la sanción y el procedimiento, que no son elementos que definen el dumping, pero que sin duda configuran la legislación antidumping.

2.1. SUJETO ACTIVO DEL DUMPING

Tal como lo definimos convencionalmente, es el autor del dumping, y veíamos que en términos abstractos, en principio, se trata del exportador, sin perjuicio de vinculaciones que pueda tener con otros sujetos y algunas situaciones de complejidad.

2.1.1. *Análisis general*

El GATT no trata en forma explícita acerca del sujeto activo, no se preocupa de individualizarlo detalladamente; la atención está más concentrada en la conducta y en el efecto, y sólo perseguirá al sujeto activo, para evitar que disfrace la conducta.

Sin embargo, de la lectura de diversas disposiciones podemos colegir que el sujeto activo concreto, dentro de esta normativa, aproximadamente coincide con el que veíamos en la parte general: el exportador.

2.1.2. *El Estado*

Dentro del artículo VI del GATT, la individualización del sujeto activo aparece muy confusa; ni siquiera podemos descartar al Es-

tado, que lo veíamos como elemento diferenciador de la figura de la subvención, porque en este artículo se tratan precisamente en forma conjunta el dumping y la subvención.

Para complicar aún más lo anterior, en las notas suplementarias al párrafo primero del artículo VI del GATT, en el N° 2, y refiriéndose por tanto al dumping en concreto, se señala el caso de que en el país exportador haya monopolio del Estado y fijación de precios. Así el sujeto activo de una situación de dumping parecería ser el Estado del país exportador, pero —como sabemos— justamente la diferencia entre dumping y subvención es que en el dumping es el particular, y no el Estado del país exportador, el que provoca la conducta.

No obstante, esta confusión es explicable para el caso de que trata esta nota suplementaria y se refiere a países en donde hay un completo o sustancial monopolio del comercio, y en que el Estado fija los precios. Cuando diferenciamos en forma nítida el dumping de la subvención sobre la base de distintos sujetos activos, el supuesto era que la diferencia entre el Estado y el exportador era también nítida. En el caso citado, el GATT se refiere a economías centralizadas en que el Estado y el exportador se identifican; se desdibuja la diferencia entre uno y otro y, por ende, es lógico que consecuentemente se confunda también la clasificación entre dumping y subvención.

Cuando Estado y exportador se confunden, podríamos entender que tiene cierta lógica atribuir a esta conducta el carácter de dumping. Lo anterior, porque evidentemente en una acepción restringida de subvención, ésta no tiene sentido en una economía centralizada: si el Estado fija el precio, ¿para qué dar otro beneficio adicional a los que ya ha otorgado?; parece simplemente una duplicación de funciones.

Con todo, si como base de la distinción entre dumping y subvención —por la diferencia de sujeto activo: Estado o particular— hubiere una razón de fondo: una diferencia sustancial entre el Estado y el particular —tanto por tener el Estado el *imperium* y *ius puniendi* y el particular no, como por el hecho de que el Estado tiene una capacidad financiera mayor, y a veces una racionalidad distinta de la de la empresa privada, lo que le permitiría, por ejemplo, entrar en algunas figuras de competencia desleal en que el particular no está en condiciones de entrar, como sería vender incluso bajo el nivel de costos marginales—, pareciera más lógico atribuir estas conductas en que se confunden el Estado y el particular, a una subvención y no a un caso de dumping.

La confusión se acentúa aún más en las notas suplementarias a los párrafos segundo y tercero en el N° 2, en que se señala que la multiplicidad de cambios puede ser subvención o dumping. Podrá constituir dumping cuando signifique una depreciación parcial de la moneda. Y se entiende por multiplicidad de tipo de cambio una

práctica realizada por el gobierno o sancionada por el gobierno. Este caso aparece como único y excepcionalísimo, en que encontrándose claramente diferenciados exportador y Estado, una conducta asumida por el Estado es calificada como dumping y no como subvención. En este caso no caben las explicaciones dadas precedentemente, sólo podemos minimizar la importancia de la confusión, tanto por ser única como por el hecho de que dada en buena medida la similitud de las normativas de subvención y de dumping, esta confusión podría no tener mayores efectos.

2.1.3. *El exportador propiamente tal*

En el artículo 6° del Código Antidumping, relativo a la prueba, el exportador es el primer interesado, de manera que es dable pensar que sea éste el supuesto autor de la conducta. El artículo 7° del Código es el más preciso; refiriéndose a los compromisos de revisión de precios, en el N° 1 es claro que es el exportador el que se compromete a revisar el precio del producto investigado. La única forma de entender esta revisión es porque haya sido el propio exportador el que causó la distorsión de precio. En el artículo 8° N° 2 del Código, relativo a la imposición de sanciones, se menciona al proveedor o proveedores del artículo. Si la sanción se dirige a ellos, es lógico pensar que fueron ellos quienes causaron la conducta que la motivó. El artículo 8° N° 4 reafirma lo anterior al referirse en el inciso 2° al caso de múltiples proveedores.

2.1.4. *El importador*

Si bien el importador no es en principio el sujeto activo, puede intervenir junto con el exportador o estar ligado a él. Es por ello que en la nota suplementaria al párrafo primero del artículo VI del GATT, en el N° 1, se trata de un caso de dumping oculto por empresas asociadas; la figura consiste en que exportador e importador están asociados para esconder el dumping declarando la venta entre sí en condiciones normales, para posteriormente el importador vender en el mercado final a un precio más bajo que el declarado y que el del país de origen. Aquí claramente interviene el importador como parte del sujeto activo, concurriendo junto con el exportador a la formación de la conducta.

En el Código, el artículo 2° N° 5 se refiere también a un caso de precio no confiable por asociación o arreglo entre importador y exportador; es un caso también en que por su vinculación con

el exportador, reviste caracteres de sujeto activo. En lo que toca a procedimiento, al importador se le da noticia de la investigación y oportunidad de rendir prueba, según aparece del artículo 6º Nros 2 y 6 del Código, y por lo tanto podría pensarse, aunque no es un argumento suficiente por sí solo, que se le da esta oportunidad de intervenir en el proceso, defendiéndose, precisamente porque ha causado la conducta. Sin embargo, insistimos en que no es un argumento concluyente, porque aun cuando no cause la conducta, la sanción lo afectará, por lo que es parte interesada y es lógico que se le dé oportunidad de defenderse y rendir prueba. También en el artículo 7º Nro 6 del mismo Código se le da una oportunidad procesal de pedir la revisión de los precios, lo que se justifica por el interés que tiene comprometido.

2.1.5. *El productor*

El productor del país importador es, en principio, el sujeto pasivo, el dañado, de manera que difícilmente podemos asociarlo al sujeto activo. Sin embargo, pensemos en un caso de asociación o acuerdo entre el exportador, el importador y/o alguno o algunos de los productores nacionales. Sigue siendo el exportador el sujeto activo básico, pero el productor nacional se ve incluido dentro de esta calificación de sujeto activo como autor de la conducta, justamente por su relación con el exportador. Esto está contemplado en el artículo 4º Nro 1, letra i), del Código, referido a esta relación exportador-importador-productor nacional, en que la individualización del sujeto pasivo, para efectos de evaluar el daño, excluirá al productor del país importador relacionado con el exportador o con el importador, así como al productor que sea a su vez importador del productor objeto de dumping.

2.1.6. *Casos especiales de complejidad*

Hemos visto diversas situaciones en que sobre la base de un país exportador y un país importador en que intervienen el exportador, el gobierno del país exportador, el importador y el productor nacional, pueden darse distintas interrelaciones entre estos sujetos, de manera que el sujeto activo básico es el exportador, pero en algunos casos puede extenderse a los otros involucrados. Vimos que algunos de los casos en que se extiende a otro sujeto, es para la ocultación del dumping.

En este mismo sentido hay una figura de ocultación de dumping, en que en vez de volverlo más difuso por la intervención de alguno

de los sujetos dentro de estos dos países, se hace intervenir a un tercer país. Así por ejemplo, en los casos en que se exporta a un tercer país en condiciones de dumping, este tercer país, pese a que en él hay un comprador (quien desde la perspectiva de ese país es un importador y para el mercado final es un exportador), sirve sólo de canal de distribución. Desde este tercer país, este sujeto con la doble calidad de importador y exportador exporta al mismo precio al que recibió; así desde el punto de vista del mercado final, si tomamos como exportador a aquel que intervino en este tercer país, no podrá hablarse de que vende a precios inferiores de los de su mercado interno; sin embargo, clarísimamente hay detrás de esta figura un caso de dumping. Justamente para prevenir este tipo de situación y otros, se contempla en el Código el caso de la exportación a través de un tercer país y así aparece consignado en el artículo 2º Nro 3. En estos casos se tomará como precio base el del país intermediario, salvo aquellos en que el país sea tan solo un intermediario a través del cual pasan las mercaderías, o en que no se produzcan estos bienes en ese país, o en que no haya un precio comparable para ellos. En todos estos casos y análogos se tomará como base el precio en el país de origen.

2.1.7. *Resumen*

Sintetizando, en la normativa del GATT lo más relevante es la competencia desleal, sin preocuparse en forma expresa y sistemática del origen de ésta ni del sujeto que la provoca.

Es justamente para los casos en que se trata de disimular la conducta, y para descubrirla efectivamente, que se entra en mayores especificidades acerca del origen de la competencia desleal. En este contexto, vimos en general cómo el sujeto activo base es el exportador, sin perjuicio de las vinculaciones con otros sujetos, y algunas situaciones especiales de complejidad, existiendo además un caso disonante que es el de manejo de regímenes cambiarios por el Estado, que aparece tratado como un caso especialísimo de dumping.

2.2. LA CONDUCTA

2.2.1. *Concepto*

Es ésta, tal vez, la materia más latamente tratada en el GATT y en el Código Antidumping. El artículo VI establece que "las partes

contratantes reconocen que el dumping que permite la introducción de los productos de un país en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, es condenable cuando..." La misma idea se expresa en el artículo 2º del Código, que dispone "a los efectos del presente Código se considerará que un producto es objeto de dumping, es decir, que se introduce en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, cuando su precio de exportación al exportarse de un país a otro sea menor que el precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador". En la misma línea aparece el N° 2 del artículo 6º del Código, que establece que para los efectos de la aplicación de este artículo se entiende por margen de dumping la diferencia de precios determinada de conformidad con las disposiciones del párrafo primero.

De lo anterior surge la descripción base de la conducta, que, para entenderla con mayor precisión, podemos descomponerla en los diversos elementos que la forman y que pasamos a analizar a continuación.

2.2.2. Introducción a otro país

Aquí nos referimos básicamente al momento en que se materializa la conducta del dumping. ¿Cuál será éste?, ¿será el momento en que se negoció la exportación?, ¿el momento en que está perfecto jurídicamente el contrato de venta?, ¿o aquel en que entran materialmente los productos al país importador? Esto no está tratado de manera específica en el GATT ni en el Código, pero el Comité de Prácticas Antidumping y el Grupo Ad Hoc de la Aplicación del Código Antidumping lo han estudiado in extenso.⁵⁶ Este tema se comenzó a analizar en octubre de 1980, a propósito de la propuesta de legislación antidumping del Canadá, y se reiteró con ocasión de una investigación antidumping del Canadá por generadores eléctricos exportados por Italia. Este último asunto se planteó porque la empresa italiana ofrecía ciertas condiciones de suministro de generadores hidroeléctricos.

Pese a que en definitiva en este caso hubo una petición de conciliación por la Comunidad Económica Europea, se discutió si

⁵⁶ GATT, Grupo de Negociación sobre los Acuerdos de las NCM, Acuerdo sobre la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (Código Antidumping); aspectos del Acuerdo cuya negociación se propone. Documento MTN. GNG/NG8/W/7/Rev.1, 4 de diciembre de 1987, págs. 1 a 3.

era dable considerar la formulación de una oferta irrevocable, independientemente de que hubiera sido o no aceptada, como una introducción en el mercado de otro país, y si por consiguiente cabía o no iniciar y tomar una medida antidumping. En esta materia existían pronunciamientos de Estados Unidos en el sentido de considerar la introducción o venta en un sentido amplio de transacción y no en uno estrecho, de manera que debía incluirse en ellos la oferta irrevocable, constituyendo ésta una venta. En un sentido similar Canadá, interpretando sistemáticamente el concepto de operaciones comerciales normales, ha señalado que las mercaderías se han introducido en el mercado del país importador en el momento en que son objeto de una oferta vinculante.

La Comunidad Económica Europea se ha pronunciado en un sentido más restringido, declarando que la introducción en el mercado supone una importación efectiva, con la salvedad de casos muy excepcionales en que la amenaza de perjuicios justifique la adopción de una medida antidumping aun sobre la base del contrato de venta; con la adicional limitante para este caso excepcional de observar que constituye un riesgo tanto para los concursantes extranjeros como por el hecho de que un inicio tan a priori de la investigación pueda presentar problemas de divulgación de información confidencial.

Como se aprecia, no hay una interpretación uniforme sobre el tema.

2.2.3. El producto

Toda la normativa que estamos analizando se refiere a un producto que se introduce al mercado de un país a un precio inferior al que tiene en el mercado de otro país. Pero ¿qué entendemos por ese producto?, ¿debe ser un producto idéntico en ambos países?, ¿debe ser un producto similar?, ¿qué tan similar?, ¿debe ser sólo comparable?

En el artículo VI del GATT en el párrafo primero, letras a) y b), y para efectos de la comparación de precios, se habla de productos similares. En el N° 2 del artículo 2º del Código se precisa este concepto en el sentido de que en principio se tomará como parámetro de comparación un producto idéntico, es decir, igual en todos los aspectos al producto de que se trate, o cuando no exista ese producto, otro producto que, aunque no sea igual en todos los aspectos, tenga características muy parecidas a las del producto considerado. Existiendo productos idénticos, no se presentan mayores dificultades; éstas comienzan cuando, a falta de

productos idénticos, hay que recurrir a productos similares y se trata de precisar el alcance de éstos. La determinación de lo que es producto similar tiene importancia tanto para efectos de comparar entre el precio de un producto en el país exportador y en el país importador, como en materia de daño, para ver la producción de qué producto se estaría dañando. Y es tema de especial discusión el relativo a comparación entre piezas y componentes y producto final. Se ha objetado la práctica en virtud de la cual partes de productos acabados se incluyen en una investigación antidumping sobre la importación de dicho producto, expresando que la única forma de acabar con esta práctica es una definición clara de la expresión producto similar.⁵⁷

2.2.4. Precio inferior en el mercado del país importador

Aquí se plantean varias interrogantes. En primer lugar, ¿basta con que haya una diferencia de precios y que ésta sea inferior sin considerar su magnitud?, o ¿debe tener cierta relevancia el diferencial de precios? Por otra parte, ¿cuál es el precio que se va a tomar en este mercado?, ¿es el precio de importación que aparece en la factura acompañada en los documentos de embarque?, ¿el precio CIF o el FOB?, o ¿será un precio ya dentro del mercado interno?

En lo que se refiere a la magnitud de diferencias de precios, en el artículo VI simplemente se requiere que el precio sea inferior; en el párrafo primero, inciso 1º, y en el mismo párrafo, en las letras a) y b), el GATT se limita a indicar que el precio ha de ser menor. De esto parecería deducirse que es irrelevante la magnitud de la diferencia, por cuanto no está expresado como un requisito especial el que este menor precio sea de importancia. En lo que respecta a la conducta en sí, esto parece ser efectivo, pero en una interpretación sistemática con el elemento daño que veremos más adelante, pareciera que este diferencial de precios debe revestir una magnitud de importancia.

En lo tocante a determinar cuál de los precios dentro del mercado del país importador es el que se debe considerar, en la nota suplementaria al párrafo primero del artículo VI del GATT se señala que en el caso de asociación entre exportador e importador, en que el importador vende a un precio inferior al de la factura de importación, el margen de dumping se calculará sobre

⁵⁷ GATT, ídem, págs. 3 y ss.

la base del precio al cual los bienes son revendidos por el importador. En el mismo sentido, el artículo 2º N° 5 del Código dispone que en los casos en que no hay precio de exportación o en que aparezca a las autoridades que el precio de exportación no es confiable, ya sea por asociación entre importador y exportador, o por un acuerdo compensatorio entre ambos, o con un tercero, el precio de exportación se construirá sobre la base del precio al que los productos importados son revendidos a un comprador independiente. O si esto no es posible, en la forma que determine la autoridad. En las dos disposiciones recién citadas aparece que el precio base para tomar en comparación, junto con el precio que trataremos en el párrafo siguiente que es el del valor normal en el país exportador, debe ser, en principio, el precio de exportación. Sin embargo, en casos excepcionales en que este precio no sea confiable por cualquier razón, se tomará otra base para tal efecto.

2.2.5. Valor normal

En el Código se define el valor normal como el concepto con que debe compararse ya sea el precio del exportador, o el precio de mercado en el país de importación, como acabamos de ver. En el artículo VI N° 1, letras a) y b), del GATT se contemplan dos formas posibles de medir este valor normal, estableciéndose que "un producto exportado de un país a otro debe ser considerado como introducido en el mercado de un país importador a un precio inferior a su valor normal, si su precio es:

- a) menor que el precio comparable, en las mismas operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador; o,
- b) a falta de dicho precio en el mercado interior de este último país, si el precio del producto exportado es: i) menor que el precio comparable más alto para la exportación de un producto similar a un tercer país en el curso de operaciones comerciales normales; o ii) menor que el costo de producción de ese producto en el país de origen, más un suplemento razonable para cubrir los gastos de venta y el concepto de beneficio".

Esta norma del artículo VI antes citada, es la que da la pauta general, existiendo algunas excepciones previstas en las notas suplementarias al GATT. En relación con el referido artículo VI, la nota suplementaria al párrafo primero en el N° 2 trata el caso de economías centralizadas, en que se reconoce una especial dificultad para determinar la comparación de precios, y al efecto la nota

suplementaria dispone que no siempre será apropiada una comparación con los precios en el mercado doméstico del país exportador en estos casos. Sin embargo no da una solución al respecto.

En el artículo 2º Nº 3 del Código se trata el caso de exportaciones a través de un tercer país, en cuyo evento se tomará el precio del país que es exportador respecto del mercado final, vale decir de este tercer país, pero podrán también tomarse como base los precios del mercado de origen, en casos como el de que los productos simplemente transiten por este tercer país o no se produzcan en este tercer país, o no haya precio de comparación para ellos en este tercer país u otros.

El artículo 2º Nº 4 del Código dispone que cuando un producto similar no sea objeto de ventas en el curso de operaciones comerciales normales en el mercado interior del país exportador, o cuando a causa de la situación especial de ese mercado tales ventas no permitan una comparación adecuada, se compararán dichos valores con el precio de exportación más alto a un tercer país, que sea un precio representativo, o con el costo de producción en el país de origen más un margen por administración, venta, otros costos y utilidades.

El Grupo Ad Hoc y el Comité de Prácticas Antidumping⁵⁸ han estudiado especialmente estos casos contemplados en el artículo 2º Nº 4 del Código y que corresponden a la letra b) del párrafo primero del artículo VI del GATT, vale decir aquellos casos en que se toma el precio de exportación a un tercer país o se hace un valor construido sobre la base del costo de producción. Una primera cuestión ha sido determinar cuándo se recurrirá a estos métodos subsidiarios de determinación del valor normal. Decimos subsidiario, porque el método base es el del precio comparable en las operaciones comerciales normales en el país exportador. Cuando el producto similar no sea objeto de ventas en el mercado del país exportador, y a causa de situaciones especiales del mercado, se podrá recurrir a estos métodos subsidiarios de valor de exportación a un tercer país o valor construido sobre costos.

La falta de precisión sobre las situaciones que dan lugar a los métodos subsidiarios de cálculo ha dado lugar a presentaciones ante dicho Comité como la efectuada por India en 1982 respecto de una investigación antidumping realizada por Canadá. India expresó que el valor normal se debería haber determinado sobre la base de las ventas en el mercado interior y no sobre la base del valor reconstruido, como se hizo. Asimismo, sería conveniente fijar

⁵⁸ GATT, ídem, págs. 4 y ss.

un orden de prelación entre las dos alternativas subsidiarias: exportación a un tercer país y valor reconstruido, por cuanto a través de cada uno de estos métodos se puede llegar a valores diversos; esta propuesta ha sido reiterada en diferentes oportunidades en el Grupo Ad Hoc, pero nada se ha resuelto sobre el particular.

Los gastos administrativos de ventas y de otro tipo han sido discutidos por el Grupo Ad Hoc y en presentación de la Comunidad Económica Europea se sugiere que éstos se establezcan teniendo en cuenta todos los costos, tanto fijos como variables, de los materiales y de la fabricación en que se incurre en el curso de operaciones comerciales normales. Se deberán agregar a ellos cantidades razonables por concepto de gastos administrativos, de venta y de cualquier otro tipo, así como por concepto de beneficios, para obtener un verdadero sustituto del valor normal basado en los precios internos. Todos los gastos que se tomen en consideración deberán ser aquellos en que haya incurrido efectivamente el productor interesado, y que se verifiquen a la vista de sus documentos de contabilidad, siempre y cuando las autoridades investigadoras estén convencidas de que dichos gastos son razonables.

En caso de que los gastos no pueden verificarse ni atribuirse directamente al producto de que se trate, se distribuirán normalmente de manera proporcional al giro correspondiente a cada producto y a cada mercado tomado en consideración. Cuando las autoridades investigadoras tengan motivos para creer que este método es inadecuado, los gastos se distribuirán según un criterio razonable. En los casos de relación con empresas proveedoras o acuerdos de compensación, se considerará que esas transacciones no responden a transacciones realizadas en el curso de operaciones normales, determinándose entonces los costes según el valor reconstruido de los insumos, el coste de suministro de los medios de producción o el precio vigente en el mercado en el curso de operaciones comerciales normales.

Estados Unidos, al plantear observaciones a la presentación de la Comunidad Económica Europea, abogó por el empleo de una regla de un diez por ciento como mínimo para los gastos generales de venta y administrativos, considerando que el Código guarda silencio al respecto, limitándose a disponer que se agregue una cantidad razonable, así como por el hecho de que por lo general se ha comprobado que estos gastos son superiores a un diez por ciento del precio del producto.

Respecto del beneficio aplicable para determinar el valor reconstruido, Estados Unidos ha aplicado una regla de un ocho por ciento por concepto de beneficio. En octubre de 1980, en el Comité de Prácticas Antidumping se afirmó que se hacía necesari-

rio adoptar un enfoque caso por caso para el cálculo del beneficio, porque la norma de un margen fijo no correspondería necesariamente al nivel efectivo de beneficio.

En reunión de octubre de 1982 se hizo referencia a una aplicación por Australia de la regla del ocho por ciento en materia de beneficio, en el caso de una investigación antidumping sobre transformadores procedentes de Japón. Este último afirmó que tal aplicación no era compatible con lo prescrito en el artículo 2º Nº 4 del Código, en el sentido de que la cuantía del beneficio no debe ser superior al beneficio habitualmente obtenido en la venta de productos de la misma categoría general en el mercado interior del país de origen. Australia consideró que el porcentaje correspondía al beneficio medio de la industria japonesa de aparatos electrónicos. La Comunidad Económica Europea estimó que la aplicación de un margen de beneficio mínimo reglamentario era contrario a las disposiciones del Código, y que lo más equitativo sería que el margen de beneficio aplicado sea el realmente obtenido por el productor en el país de origen según se compruebe en sus registros contables, puesto que ello permitirá tener en cuenta la situación particular del productor en cuestión, sin perjuicio de que en circunstancias excepcionales, como cuando la empresa haya estado vendiendo con pérdidas cantidades sustanciales, se reconoce que puede ser necesario aplicar otros métodos de cálculo. Rebatiendo la opinión de la Comunidad Económica Europea, Estados Unidos argumenta que, al igual que la regla del diez por ciento, esta disposición obligatoria se remonta a la legislación de 1921 y que la cifra de ocho por ciento es una cantidad de la que aún no se han deducido los impuestos, que suelen ser, en término medio, del cincuenta por ciento, de manera que no puede decirse que el beneficio neto resultante del cuatro por ciento sea irrazonable. Asimismo, argumentan que la propia Comunidad Económica admite que hay circunstancias en que debiera usarse un procedimiento distinto al basado en los beneficios reales, concluyendo que aun cuando el método del ocho por ciento es imperfecto, también el método propuesto por la Comunidad es imperfecto, pero ambas prácticas son razonables, de suerte que son compatibles con las disposiciones del GATT y del Código.

2.2.6. Comparación entre el precio de exportación y el valor normal

En el artículo VI Nº 1, inciso final, del GATT se establece que se deberán tener debidamente en cuenta, en cada caso, las diferencias en la condiciones de venta, las de tributación y aquellas otras

que influyan en la comparabilidad de los precios. En el artículo 2º Nº 6 del Código se dispone que para efectuar una comparación leal se deberán considerar los mismos niveles de comercio, normalmente en relación al valor salido de fábrica y respecto de ventas tan próximas como sea posible en el tiempo. Asimismo, deberán considerarse en cada caso las diferencias en las condiciones y términos de la venta, las diferencias tributarias y otras diferencias que afecten a la comparabilidad de los precios.

Sobre este particular, en el Grupo Ad Hoc y en el Comité de Prácticas Antidumping,⁵⁹ en relación con distinciones entre gastos directos e indirectos de ventas, se ha afirmado que el régimen diferente de gastos de venta puede conducir al establecimiento de un margen artificial de dumping en particular, en los casos en que los precios de exportación se reconstruyen sobre la base de la primera venta a un comprador independiente en el país importador.

Con relación a la utilización de promedios ponderados se ha hecho presente que la utilización de métodos distintos para determinar los precios de exportación y los valores normales, da lugar a arbitrariedades en el cálculo del margen de dumping en la medida en que para la determinación del precio de exportación no se tengan en cuenta las ventas de exportación al valor normal o por encima de éste. También pueden distorsionar la comparabilidad de precios las fluctuaciones bruscas de los tipos de cambio, advirtiendo uno de los participantes del Grupo Ad Hoc que es necesario tener en cuenta el hecho de que transcurra algún tiempo antes que las fluctuaciones en el tipo de cambio se puedan reflejar en los precios de exportación, aunque esta materia no ha sido tratada ni por el Comité ni por el Grupo Ad Hoc.

Cabe observar, de todos modos, que quedan sin solucionar los casos de exportaciones desde economías centralizadas, así como el caso del Nº 2 de la nota suplementaria a los párrafos segundo y tercero del artículo VI del GATT relativo a los múltiples tipos de cambios.

2.3. EFECTOS DE LA CONDUCTA

Daño a la producción local. Es este elemento, junto con la conducta, el más importante de los de la figura del dumping. Así aparece de los considerandos preliminares del Código Antidumping, en que se señala que "reconociendo que las prácticas anti-

⁵⁹ GATT, ídem, págs. 9 y ss.

dumping no deben constituir un obstáculo injustificable para el comercio internacional y que sólo pueden aplicarse derechos antidumping contra el dumping cuando éste cause o amenace causar un daño importante a una producción existente o si retrasa sensiblemente la creación de una producción..." Este elemento está consagrado en el artículo VI del GATT, en que, a continuación de la descripción genérica de la conducta de dumping, se establece que "es condenable cuando causa o amenaza causar un perjuicio importante a una producción existente de una parte contratante o si retrasa sensiblemente la creación de una producción nacional".

La misma idea se reitera en el artículo VI N° 6, letra a), del GATT que prescribe que la sanción no podrá establecerse "a menos que se determine que el efecto del dumping o de la subvención, según el caso, sea tal que cause o amenace causar un perjuicio importante a una producción nacional ya existente o que retarde considerablemente la creación de una rama de la producción nacional".

En las letras b) y c) del N° 6 del artículo VI del GATT, se trata la misma idea de daño pero cambiando el sujeto pasivo, porque en este caso se trata de que el dumping cause o amenace causar daño o un perjuicio importante a una rama de la producción en el territorio de otra parte contratante que exporte el producto de que se trata al territorio de la parte contratante importadora. Este caso especial se tratará con mayor detalle al ver el sujeto pasivo y, en todo caso, reviste interés para efectos de la interpretación del bien jurídico protegido, más allá del mero interés del productor doméstico.

En el artículo VI N° 7 del GATT hay una presunción de que no se causa perjuicio importante con sistemas de estabilización de los precios interiores o de los ingresos de los productores de alguna clase de bienes, cuando, como consecuencia de la utilización del sistema, también se ha traducido en la venta para la exportación a precios superiores al precio comparable cobrado a los compradores domésticos del país exportador, y la aplicación del sistema no es un estímulo indebido a las exportaciones ni ocasiona otros perjuicios a los intereses de otras partes.

Dentro del Código Antidumping, como ya vimos, la idea del daño está presente como fuerza inspiradora del Código y el tratamiento específico del daño está en el artículo 3°. En esta disposición hay dos principios consagrados: por una parte, la objetividad del daño y, por otra, la relación causal entre el dumping y el daño.

El principio de objetividad tiene una triple consagración en el citado artículo 3°: a) porque ha de basarse en pruebas positivas;

b) porque se dan pautas que si bien no son obligatorias ni excluyentes, apuntan a hacer un examen objetivo. Estas pautas aparecen consagradas en los N°s 1, 2 y 3 del artículo 3°, que establecen, por un lado, un examen del volumen de las importaciones y sus efectos en los precios, y, por otra parte, el examen de los efectos de esas importaciones sobre los productores nacionales. Para realizar este análisis se entregan algunos índices de importancia; y c) en lo que se refiere a la amenaza de daño hay un especial cuidado en la objetividad del análisis en los N°s 6 y 7, en que se reitera que ha de basarse en hechos, excluyendo las meras alegaciones, enfatizando que el análisis se deberá hacer con especial cuidado.

El otro principio consagrado en el artículo 3° es el de la necesaria relación de causalidad que ha de existir entre el dumping y el daño. Este principio podría ser considerado por sí solo como uno de los elementos del dumping. La idea está establecida en el N° 4, que dice que "habrá de demostrarse que por los efectos del dumping, las importaciones objeto de dumping causan daño en el sentido del presente Código. Podrá haber otros factores que al mismo tiempo perjudiquen a la producción y los daños causados por ellos no se habrán de atribuir a las importaciones objeto de dumping".

El Comité y el Grupo Ad Hoc de Prácticas Antidumping⁶⁰ han profundizado sobre estas materias. Así, uno de los participantes ha hecho ver la necesidad de determinar a partir de qué punto se considerará que el daño es importante, señalando la conveniencia de fijar para estos efectos una participación mínima en el mercado o sobre un umbral de penetración en el mercado; también se ha discutido la situación del daño acumulativo, en que se examina si la práctica de acumular las importaciones objeto de dumping para la determinación del daño es compatible con el Código Antidumping. Sin embargo, pese a su importancia, no se ha llegado a acuerdos sobre estos temas.

2.4. SUJETO PASIVO

Es el que sufre el perjuicio causado por el dumping. El sujeto pasivo está individualizado en el artículo VI del GATT, en el N° 1, en el que se señala que el perjuicio se causa "a una producción

⁶⁰ GATT, ídem, págs. 14 y ss.; GATT, Comité de Prácticas Antidumping, Recomendación sobre la Determinación de Amenaza de Daño Importante. Documento ADP/25 Anexo 1, 31 de octubre de 1985.

existente de una parte contratante o si retrasa sensiblemente la creación de una producción nacional". Más claramente es el productor nacional del país importador. Así aparece del artículo VI N° 6, letra a), del GATT, en que para imponer la sanción se exige que el efecto del dumping o de la subvención, según el caso, sea tal que cause o amenace causar un perjuicio importante a una producción nacional ya existente o que retarde considerablemente la creación de una rama de la producción nacional.

Un caso especial es el de otro productor situado en país que sea parte contratante del GATT, quien exporte al país importador y se vea perjudicado por la exportación con dumping desde otro país. Aquí se trata de un problema de competencia desleal entre dos exportadores respecto de un mismo mercado. Esta situación está consagrada en el artículo VI N° 6, letra b), del Acuerdo General como un caso de excepción que requiere, para la adopción de las medidas, de la autorización de las partes contratantes aunque en la letra c) de la misma disposición se autorice —por excepción— cuando el perjuicio sea difícilmente reparable si se retrasa la sanción para imponerlas, aun sin la aprobación previa de las partes contratantes.

El artículo 4° del Código especifica más detalladamente al sujeto pasivo, centrándolo en la industria doméstica. En ésta se considerará, según el artículo 4°, como norma general a todos los productores de productos similares o aquellos cuya producción constituye la proporción mayoritaria de la producción doméstica total. Sin embargo, hay tres casos excepcionales.

En primer lugar, cuando hay algunos productores relacionados con el sujeto activo, tal como se vio anteriormente, éstos se excluirían, considerándose solamente a los productores nacionales no relacionados.⁶¹

En segundo lugar, dentro de un país podrá éste dividirse en varios mercados para efectos de la aplicación de la normas antidumping, siempre y cuando los productores dentro de un mercado vendan la parte más importante de su producción dentro de ese mercado y la demanda que haya en él sea satisfecha básicamente por los productores que hay dentro de ese mercado y no por otro.

Por último, existe el caso inverso del anterior, en que en vez de reducir el mercado de un país dividiéndolo en varios merca-

⁶¹ Véase GATT, Grupo Expertos de la Definición del Término "Vinculado", Informe al Comité de Prácticas Antidumping, al Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias, Documento ADP/Spec/3, 27 de abril de 1981.

dos, nos encontramos con un fenómeno de integración entre diversos países en que llega a constituir un solo mercado aquel formado por los países "integrados". Esta última alternativa es contemplada en el artículo 4° N° 3.

2.5. SANCIÓN

Sobre esta materia, en primer término, cabe destacar que la sanción no es obligatoria. Cumplidos los requisitos de la conducta de dumping y del efecto de daño, el país afectado podrá facultativamente imponer algún derecho antidumping. Así aparece de todas las disposiciones que se refieren al tema.

La disposición clave en esta materia es el N° 2 del artículo VI del GATT, que dispone: "Con el fin de contrarrestar o impedir el dumping, toda parte contratante podrá percibir, sobre cualquier producto objeto de dumping, un derecho antidumping que no exceda del margen de dumping relativo a dicho producto. A los efectos de aplicación de este artículo, se entiende por margen de dumping la diferencia de precio determinada de conformidad con las disposiciones del párrafo primero".

En relación con la concurrencia de conductas de dumping y subvenciones, en lo que se refiere a la sanción, el artículo VI N° 5 del GATT dispone que no podrán ser acumulativas, de manera que ningún producto del territorio de una parte contratante, importado en el de otra parte contratante, será objeto simultáneamente de derechos antidumping y de derechos compensatorios destinados a remediar una misma situación resultante del dumping o de las subvenciones a la exportación.

Para cautelar el cumplimiento de la sanción aun en forma previa a su establecimiento, se prescribe en el N° 1 de las notas suplementarias a los párrafos segundo y tercero del citado artículo VI, que se podrá pedir por la Administración de Aduanas una razonable seguridad del pago del derecho antidumping si se sospecha que hay efectivamente dumping.

En el Código Antidumping, entre las disposiciones relevantes sobre la materia, está el artículo 1°, que establece que sólo se podrán imponer derechos antidumping cuando se cumplen las circunstancias previstas en el artículo VI del GATT a través de una investigación realizada en conformidad con el Código.

La disposición más directa es el artículo 8° del Código, que en su N° 1 establece claramente que la adopción de la sanción dentro del Código es facultativa, y —más aún— señala como deseable que en la legislación del país sea también facultativa; asimismo,

queda clara como cota superior de la sanción el margen de dumping, siendo también deseable que sea inferior a dicho margen si basta para eliminar el daño a la producción nacional.

El artículo 8º Nº 2 del Código establece la no discriminación y especificidad de la sanción. Se consagraba la no discriminación, en el sentido de que los distintos productos que sean objeto de dumping no serán discriminados entre sí respecto de la sanción. Se contempla la especificidad, al requerir la designación precisa del productor o productores que practican el dumping; sólo excepcionalmente en el caso de que no sea posible identificar detalladamente a éstos y proviniendo los productos de un mismo país, podrá imponerse la sanción respecto del país como un todo. El mismo carácter excepcional tiene la aplicación de la sanción respecto de varios países en conjunto.

En los Nros 3 y 4 del referido artículo 8º se determina el monto de la sanción, señalando que debe limitarse al monto del dumping.

Ya hicimos notar que la sanción tiene el carácter de no obligatoria para el país que la impone, que es el afectado, existiendo una situación especial en que quien la impone no es el país afectado, sino que el país que recibe la importación impone sanción en beneficio de un tercer país que exporta también hacia éste. El Código también considera como una situación especial, aunque la disposición es muy genérica, la de los países en desarrollo, respecto de los cuales los países desarrollados deberán tener especial cuidado, y antes de la aplicación del derecho antidumping habrán de explorar las posibilidades de hacer uso de las soluciones constructivas previstas por el Código cuando las sanciones pudieren afectar a los intereses fundamentales de los países en desarrollo. Esta disposición, como se ve, es enormemente vaga.

La sanción es, además, restrictiva. Es así como el artículo 9º del Código establece la duración del derecho antidumping, señalando que habrá de prolongarse sólo el tiempo necesario para contrarrestar el dumping que causa daño y cuando se justifique; la autoridad investigadora examinará la necesidad de mantener el derecho.

Los artículos 10 y 11 del Código tratan de las medidas provisionales y de la retroactividad. Siguiendo lo restrictivo de la sanción, las medidas provisionales sólo se podrán adoptar después que se haya llegado a la conclusión preliminar de que existe dumping y hay pruebas suficientes de daño, y además se juzgue que son necesarias para impedir que se cause daño durante el período de investigación. Estas medidas se ordenarán por el período más breve posible. En cuanto a la medida misma, hay aquí una variable al derecho antidumping, ya que la medida podrá consis-

tir en un derecho antidumping provisional, pero se prefiere una garantía mediante depósito en efectivo o fianza igual a la cuantía provisionalmente estimada del derecho antidumping. Otra alternativa es la suspensión de la valoración en aduana, la que deberá someterse a las mismas condiciones que las demás medidas provisionales. En general, no podrán aplicarse derechos retroactivos, con las excepciones que da el artículo 11, que son:

1. En el caso de que se concluya en definitiva que existe daño, o en el caso de amenaza de daño que sin medidas provisionales se habría transformado en daño, con el requisito respecto de ambos de que se hayan aplicado medidas provisionales. El efecto de esta retroactividad está doblemente limitado por las medidas provisionales en el sentido de que no podrá extenderse a un período superior a aquel de las medidas provisionales, ni tampoco a un monto superior al fijado en las medidas provisionales.

2. En el caso de dumping esporádico en que, para impedir que vuelva a producirse, resulta necesario aplicar retroactivamente la medida y que haya antecedente de dumping causante de daño o que se sabía o debía saber que el exportador practicaba el dumping y éste causaría daño. En este caso la retroactividad está limitada a los productos que se hayan ingresado para consumo con un máximo de 90 días previos a la fecha de aplicación de las medidas provisionales.

Por último, reafirmando el principio de que las medidas son optativas, y de que el Código todo lo que hace es permitir la aplicación de las medidas en el caso de que se den los requisitos ya definidos, el artículo 16 Nº 1 establece que ninguna acción específica en contra del dumping de las exportaciones de cualquier otra parte contratante puede ser tomada, salvo en conformidad con el Acuerdo General, en la forma interpretada por el Código Antidumping.

Se propone también dentro del Código, en el artículo 7º, una vía alternativa de solución a la aplicación de los derechos antidumping. Se trata de un acuerdo entre el exportador que está efectuando el dumping y las autoridades encargadas de conocer de este dumping. Se podrá poner término al procedimiento si se llega a un acuerdo satisfactorio para las autoridades, en el sentido de que el exportador se comprometa a revisar sus precios o dejar de exportar a la zona de que se trate a precios de dumping. Estos aumentos de precios acordados no serán superiores a lo necesario para compensar el margen de dumping. En todo caso, si el exportador lo requiere o las autoridades lo estiman conveniente, se podrá seguir adelante la investigación antidumping, y si se llega a la conclusión de que no existe daño ni amenaza de daño,

el compromiso se extinguirá automáticamente, salvo en cuanto esta ausencia de daño se base fundamentalmente en la existencia del compromiso de precio.

Este mecanismo alternativo de solución no es obligatorio ni para las autoridades ni para el exportador. Por tal razón algunos participantes del Grupo Ad Hoc de la Aplicación del Código Antidumping⁶² han expresado que las autoridades de los países importadores disponen de facultades discrecionales demasiado amplias para la aceptación o la denegación de los ofrecimientos de compromiso en materia de precios, proponiendo el establecimiento de criterios a este respecto. Esta vía de solución alternativa, tal como se adelantara respecto del artículo 13, tiene particular importancia en lo que se refiere a países en desarrollo, indicándose que a su respecto se deberá examinar la aplicación de soluciones constructivas. Esta parece ser la solución constructiva a que alude el artículo 13. Tanto es así que, a partir de los trabajos del Grupo Ad Hoc, se recomienda que la legislación nacional de todo país que parte en el Código Antidumping deberá facultar a las autoridades investigadoras competentes para tomar en consideración los compromisos en materia de precios que ofrezcan los exportadores, con el objeto de permitir que se suspendan o se den por terminadas las investigaciones.

El mismo Grupo Ad Hoc señala que deben desplegarse esfuerzos especiales para aceptar las ofertas de compromiso en materia de precios hechas por los exportadores de los países en vías de desarrollo, dado que ésta es una posible solución constructiva y el artículo 13 del Código Antidumping dispone que, cuando los derechos antidumping pudieren afectar intereses esenciales de países en vía de desarrollo, debe explorarse la posibilidad de solu-

⁶² Sobre Compromiso, véase: GATT, Comité de Prácticas Antidumping, Grupo Ad Hoc de la Aplicación del Código Antidumping, Utilización de los Compromisos en Materia de Precios en Investigaciones Antidumping relativas a importaciones procedentes de países en desarrollo. Documento ADP/W/138/Rev. 4, 17 de febrero de 1989; GATT, Comité de Prácticas Antidumping, Grupo Ad Hoc de la Aplicación del Código Antidumping. Revisión de los Compromisos. Documento ADP/W/139/Rev. 4, 17 de febrero de 1989; GATT, Comité de Prácticas Antidumping, Grupo Ad Hoc de la Aplicación del Código Antidumping, Expiración de los Compromisos. Documento ADP/W/140/Rev. 2, 17 de febrero de 1989; GATT, Grupo de Negociación sobre los Acuerdos de las NCM, Acuerdo sobre la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (Código Antidumping); Aspectos del Acuerdo cuya negociación se propone, Documento MTN.GNG/NG8/W/7/Rev. 1, 4 de diciembre de 1987.

ciones constructivas antes de aplicar derechos antidumping. En todo caso, se reconoce que no es obligatorio adoptar estas medidas si hay motivos suficientes para ello. Se estima que con este tipo de medidas se podrá evitar la aplicación de derechos antidumping que afecten a intereses fundamentales de los países en vías de desarrollo y se podrá facilitar el aumento de sus ingresos de exportación, permitiendo a los exportadores de estos países corregir sus prácticas comerciales y elevar sus precios de exportación.

2.6. PROCEDIMIENTO

Ni en el Acuerdo General ni en las notas suplementarias al artículo VI del Acuerdo General se establecen normas expresas sobre esta materia.

El artículo 1º del Código Antidumping exige un requisito adicional de tipo formal respecto de los que establecía el artículo VI del Tratado General para la imposición de derechos antidumping, y es que se requiere que se hayan iniciado y llevado a efecto investigaciones conforme a las disposiciones del propio Código.

Las disposiciones del Código en la materia son bastante amplias y flexibles, consagrando los principios de la bilateralidad de la audiencia; economía procesal; en términos generales, publicidad; y finalmente, los principios del Código se encontrarían a medio camino entre la búsqueda de la verdad material y la verdad formal.

La bilateralidad de la audiencia está consagrada en el artículo 6º Nº 1 del Código, señalándose que los proveedores extranjeros y todas las partes interesadas tendrán amplias oportunidades de presentar las evidencias que consideren útiles respecto de la investigación antidumping, lo que es reafirmado en el artículo 6º Nº 7 del mismo, que dispone que durante la investigación antidumping todas las partes tendrán plena oportunidad de defender sus intereses.

La bilateralidad de la audiencia está muy vinculada a la publicidad, que es una herramienta para dar acceso a iguales oportunidades de defensa en el procedimiento, así como un mecanismo de control de éste.

La publicidad está consagrada en términos generales, dando acceso a la información a todas las partes interesadas, así como al Comité de Prácticas Antidumping; y la única restricción que encuentra es en casos justificados de información confidencial. El artículo 6º Nº 2 del Código da amplio acceso, tanto al reclamante como a importadores y exportadores interesados y gobiernos de

los países exportadores, para examinar toda la información pertinente, con la excepción de la información que revista el carácter confidencial conforme al N° 3 del mencionado artículo 6°. Esta última disposición establece, con carácter excepcional, la posibilidad de entregar información confidencial, justificando este carácter porque su divulgación significaría una ventaja sensible para un competidor o tendría un efecto marcadamente desfavorable para la persona que proporciona la información o para un tercero que la haya recibido. En estos casos podrá pedírseles que suministren resúmenes no confidenciales de esta información. Si aducen que no pueden ser resumidas, deberán exponer las razones de tal imposibilidad.

En el artículo 6° N° 4 del Código se prescribe que si las autoridades interesadas concluyen que una petición de confidencialidad no está justificada y que el productor no quiere hacerla pública en general o resumidamente, las autoridades podrán no tener en cuenta esa información a menos que se les demuestre de forma convincente que es exacta. Este carácter de confidencial, según el artículo 6° N° 7 del Código, deberá tenerse en cuenta a la hora de decidir si se otorga la oportunidad de reunirse directamente las partes interesadas para exponer tesis opuestas y argumentos refutatorios (una suerte de "careo").

La publicidad está considerada también en el artículo 6° N° 6, disponiéndose que cuando existan pruebas para iniciar la investigación se notificará a las partes cuyos productos van a ser objeto de la investigación, a los exportadores o importadores que tengan interés y a los reclamantes, y se publicará el correspondiente aviso. Además con arreglo al artículo 14 N° 4, la partes deberán dar noticia al Comité de Prácticas Antidumping de cualquier acción preliminar o definitiva antidumping.

La economía procesal está básicamente consagrada en el artículo 5°, en los N°s 2 a 5, y en el artículo 6° N° 9. Estas normas establecen que las pruebas del dumping y del daño serán consideradas simultáneamente, y si las autoridades se convencen de que no hay suficiente evidencia de dumping o daño o éste es insignificante, deberán poner fin de inmediato a la investigación. Asimismo, se dispone que los procedimientos antidumping no deberán ser obstáculo para el despacho de aduana y que la investigación deberá haber concluido al año de su iniciación, salvo circunstancias excepcionales. Por otra parte, el artículo 6° referido a la prueba, en su N° 9 previene que las disposiciones de este artículo no deberán ser impedimento para lo expedito de la investigación.

La investigación se encuentra a medio camino entre la búsqueda de la verdad material y la verdad formal. Parecería satisfacerse sólo con la verdad formal, porque para iniciar la investiga-

ción se requiere evidencia entregada por la parte afectada según el artículo 5° N° 1 del Código; porque en el artículo 5° N° 3 se prescribe que se cierra la investigación cuando las autoridades están convencidas de que no existen pruebas suficientes del dumping o del daño; y especialmente porque, acorde a lo que dispone el artículo 6° N° 8 del Código, si la parte interesada niega el acceso a la información necesaria o no la facilita dentro de un plazo prudencial o entorpece la investigación, podrá decidirse sobre la base de los hechos de que se tenga conocimiento.

Por otro lado nos acercamos al concepto de verdad material en el caso especial del artículo 5° N° 1, dado que se contempla la iniciación de oficio de la investigación si hay suficiente evidencia del dumping, del daño y del vínculo causal entre ambos; además, a todo lo largo del Código hay interés por despejar situaciones confusas o de simulación, para ver si efectivamente hay dumping o daño. Así, en los casos en que hay una exportación a través de un tercer país; en los casos en que haya vínculo entre exportador e importador; y en aquellas situaciones en que no se pueda establecer comparabilidad de precios, etc.

Por último, en el artículo 6° N° 5 se señala que con el fin de verificar la información recibida o de obtener detalles más completos, las autoridades podrán realizar investigaciones en otros países según sea necesario, siempre que obtengan la conformidad de las empresas interesadas y que lo notifiquen a los representantes del gobierno del país de que se trate, y a condición de que este último no se oponga a la investigación.

Estos principios aparecen desarrollados también en los comentarios del Comité de Prácticas Antidumping. Es así como el principio de bilateralidad de la audiencia se encuentra consagrado en relación con el de la publicidad, siendo éste un medio instrumental respecto del primero. Es por ello que en la recomendación sobre la transparencia de los procedimientos antidumping se manifiesta lo siguiente: "Como los importadores y exportadores interesados sólo pueden defender sus intereses si conocen plenamente el alcance de los alegatos contra ellos, se considera esencial que tengan acceso al texto completo de la reclamación, y no a un resumen, una versión expurgada, teniéndose debidamente en cuenta la necesidad de proteger la información confidencial".⁶³ En el mismo sentido se indica que "el Comité recono-

⁶³ GATT, Comité de Prácticas Antidumping, Recomendación sobre la Transparencia de los Procedimientos Antidumping. Documento ADP/17, 29 de noviembre de 1983, pág. 1.

ce que, a fin de que las investigaciones antidumping se realicen de manera justa y equitativa, y que las partes puedan considerar la posibilidad de interponer un recurso, es esencial que toda decisión que tome la autoridad investigadora se publique con las razones que la hayan motivado".⁶⁴

En cuanto a la economía procesal, también se tratan diversas materias relacionadas con ella; entre otras, en la recomendación sobre los plazos que se han de conceder para contestar los cuestionarios antidumping, se expresa: "Por consiguiente, el plazo debe atender al doble objetivo de: a) aminorar las dificultades que recaen sobre las empresas, y b) que las autoridades obtengan informaciones exactas en el lapso más breve posible. Además, al fijar los plazos en casos concretos conviene tener en cuenta factores tales como la complejidad del caso y/o del propio cuestionario".⁶⁵ En la misma línea conceptual, en el documento sobre la mejor información disponible en el sentido del párrafo octavo del artículo 6º, se solicita dentro de lo posible que se entreguen las informaciones en el mismo lenguaje de computadora que sea requerido por la Comisión.

Respecto de la verdad material, ya veíamos cómo se trataba de conjugar ésta con la economía procesal al requerir que las autoridades obtengan la información más exacta posible en el lapso más breve. En la misma línea, en la recomendación sobre la mejor información disponible en el sentido del párrafo 8 del artículo 6º, se indica que "las autoridades del país importador deberán tomar todas las medidas razonables para evitar el uso de información que no proceda de fuentes fidedignas".⁶⁶ Y se señala además que "las autoridades investigadoras que tengan que basar sus conclusiones, entre ellas las relativas al valor normal, en información procedente de una fuente secundaria, incluida la información que figura en la reclamación, deberán actuar con especial prudencia".⁶⁷ Estas medidas se deben tomar justamente porque lo que está tratando de encontrar la autoridad es la verdad material sobre el tema.

⁶⁴ Idem, pág. 2.

⁶⁵ GATT, Comité de Prácticas Antidumping, Recomendación sobre los plazos que se han de conceder para contestar los cuestionarios antidumping. Documento ADP/19, 29 de noviembre de 1983, pág. 1.

⁶⁶ GATT, Comité de Prácticas Antidumping, Recomendación sobre la mejor información disponible en el sentido del párrafo octavo del artículo 6º. Documento ADP/21, 6 de junio de 1984, pág. 1.

⁶⁷ Idem, pág. 2.

IV. LEGISLACION APLICABLE EN CHILE

En esta parte, revisaremos sucintamente los párrafos pertinentes de la Ley Nº 18.525 y particularmente la modificación introducida a ésta por la Ley Nº 19.155, que se refiere a los derechos antidumping; y trataremos además la posible aplicación en Chile, en los casos de dumping, del GATT y los Códigos que lo desarrollan, la ley antimonopolios, las normas constitucionales sobre libertad de empresa y las normas comunes de responsabilidad extracontractual. Estas últimas normativas tienen especial importancia, ya que comprenden la competencia desleal tanto de bienes como de servicios, mientras que hasta la fecha, tanto la Ley Nº 18.525 con sus modificaciones, como el GATT y el Código Antidumping, no regulan la competencia desleal de servicios, sino solamente de productos o mercancías. Sin embargo, de implementarse el Acuerdo de Marrakech, que es la culminación de la Ronda Uruguay del GATT, se incorporará la regulación del comercio de servicios a través del GAST (General Agreement on Trade in Services), así como en materia de propiedad intelectual, el TRIPS (Trade Related Aspects on Intellectual Property Rights).

1. LEY Nº 18.525 Y MODIFICACIONES POSTERIORES

Desde su dictación, la Ley Nº 18.525 de Normas sobre Importación de Mercancías al País, contempla en su artículo 10 una figura de distorsión consistente en que, por efectos artificiales en los mercados de origen, los precios de importación de mercancías resulten disminuidos, originando grave daño, ya sea actual o inminente, a la producción nacional. Esta figura comprende tanto los casos de dumping como de subvención, pero solamente de mercaderías, y no se extiende al dumping y subvención de servicios.

Esta ley ha tenido diversas modificaciones, pero la más importante en relación a esta materia, es la introducida por la Ley Nº 19.155. Hasta antes de la referida modificación, las sanciones o medidas que se contemplaban frente a la figura de distorsión descrita en el artículo 10, eran la imposición de sobretasas ad valorem y derechos compensatorios. La Ley Nº 19.155, en su artículo 9º, introdujo a la Ley Nº 18.525 los derechos antidumping, de forma que en la actualidad, si se configura el tipo de distorsión descrito en el citado artículo 10, son aplicables las sobretasas ad valorem, derechos antidumping y derechos compensatorios.

La Ley Nº 18.525 y sus modificaciones posteriores, se analizan in extenso en el capítulo IV.

2. GATT Y CODIGOS QUE LO DESARROLLAN

Como es lógico, lo más directamente aplicable a esta materia en el sistema del GATT es el Código Antidumping, que estudiamos anteriormente. Sin embargo, este Código no está suscrito por Chile, de manera que a su respecto lo único que cabe hacer es analizar si el GATT —que sí está suscrito por Chile— u otras disposiciones complementarias serían aplicables aun sin ratificar el citado Código, así como un análisis crítico en el sentido de la conveniencia o inconveniencia de suscribir este Código.

2.1. VIGENCIA DEL ARTÍCULO VI DEL GATT EN CHILE

En cuanto a la aplicabilidad de las normas del GATT, surgen dos preguntas. En primer lugar, ¿puede aplicarse la sanción del artículo VI del GATT sin ser parte del Código Antidumping? Por otra parte, ¿pueden aplicarse sanciones distintas o por procedimientos distintos de los del Código respecto de conductas antidumping?

El Código está previsto como una unidad respecto del GATT, desarrollando este último en detalle, en especial con relación al artículo VI y preocupándose particularmente de su implementación procesal. Así aparece de los considerandos del Código en los que se señala que es conveniente establecer un procedimiento equitativo y abierto que sirva de base para un examen completo de los casos de dumping; y, en el mismo sentido, el artículo 16 del Código dispone que no podrá adoptarse ninguna medida específica contra el dumping de exportaciones procedentes de otra parte si no es de conformidad con las disposiciones del Acuerdo General según se interpretan en el Código.

La cuestión planteada es sólo una aplicación de la pregunta más general acerca de cuál es la relación entre el Acuerdo General y los Códigos y disposiciones complementarias e interpretativas de éste. Esta interrogante se hace crítica cuando hay partes del Acuerdo General que no integran los acuerdos y normas complementarias o Códigos, como es el caso de Chile en lo que se refiere al Código Antidumping. La respuesta lógica es que la falta de suscripción de los acuerdos complementarios, si bien es poco deseable, pues disminuye la armonía interpretativa y procesal de las normas del Acuerdo General, no exonera del cumplimiento de las obligaciones de dicho Acuerdo, que seguirían vigentes; no hay norma alguna que las prive de vigencia. Esto está confirmado en la decisión de 28 de noviembre de 1979 al concluirse la Ronda de Tokio, en que se declaró que “las partes contratantes reafir-

man su intención de asegurar la unidad y consistencia del sistema del GATT, y para esta finalidad deberán preocuparse de la operación del sistema como un todo y tomar acciones apropiadamente...; asimismo, los derechos y beneficios vigentes en conformidad al GATT respecto de las partes contratantes que no sean parte de este Acuerdo, incluyendo los derivados del artículo 1º, no serán afectados por estos acuerdos”.⁶⁸ Hay que tener presente que uno de esos acuerdos es justamente el nuevo texto del Código Antidumping.

Así, aparece claro que, tanto a nivel teórico como por aplicación de la Declaración de 28 de noviembre de 1979, el artículo VI del Acuerdo General debe entenderse operante por sí solo, sin perjuicio que respecto de aquellas partes contratantes del Código Antidumping rijan, especialmente en lo procesal, además las restricciones previstas en el propio Código. Tan operativo se ha entendido el artículo VI del GATT aun sin el Código, que incluso antes que existiera Código Antidumping, el Comité de Reclamaciones del GATT conoció en 1955 de una reclamación italiana contra Suecia basada en el artículo VI antes mencionado.⁶⁹

Sin embargo, en la práctica, en el caso de Chile, por el hecho de no estar suscrito el Código Antidumping, se ha privado de vigencia incluso a la normativa general del artículo VI del GATT.

Con referencia a la segunda pregunta, acerca de la posibilidad de aplicar sanciones distintas o por procedimientos distintos de los previstos en el Código, el artículo 16 del Código dispone que ninguna acción específica deberá ser tomada en contra del dumping a las exportaciones de otra parte contratante, salvo que ella sea adoptada conforme a lo dispuesto en el Acuerdo General en la forma interpretada en dicho Código. Sin embargo, las interpretaciones del Código, lógicamente, no son vinculantes para aquellos que no sean parte del Código. Siguiendo el criterio teórico visto en el párrafo anterior, de que el artículo VI es operativo por sí solo, en su N° 2 está establecida la sanción, de manera que no cabría aplicar sanciones distintas. Lo procesal, no obstante, quedaría sin regulación. La sanción prevista en el artículo VI N° 2 es el derecho antidumping respecto del producto objeto de dumping, y cuyo monto no podrá ser superior en todo caso al margen de dumping ocasionado.

⁶⁸ Long, Oliver, *Law and its limitations in the GATT multilateral trade system*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Holanda, 1987, págs. 26 y 27.

⁶⁹ Jackson and Davey, op. cit., pág. 655. Swedish Antidumping Duties. Report adopted on 26 February 1955.

En Chile, además de lo relativo a la legislación propiamente interna que veremos más adelante, antes del funcionamiento de la Comisión de Distorsiones (la que se estudia en el Capítulo Cuarto sobre distorsión en la importación de mercaderías), se optó por la solución más curiosa. En efecto, no estando suscrito el Código Antidumping, tampoco se fijó procedimiento interno alguno para conocer de estas materias; sin embargo, para no dejar en la impunidad este tipo de conductas, se aceptó dentro de la Comisión de Subvenciones —que correspondía al Código de Subvenciones del GATT— el conocimiento de conductas antidumping.

Este paliativo tampoco fue explícito, sino que se planteó en medio de contradicciones. Así la Comisión de Subvenciones, creada por Decreto N° 742 (D.O. 21-10-1981), modificado por Decreto N° 310 (D.O. 3-8-1982), fue establecida para conocer de las investigaciones del Código de Subvenciones; y en la misma línea, el Reglamento de la Comisión, contenido en la Circular 4.208 del Banco Central, fijaba “las normas a que se sujetarán las investigaciones del Banco Central de Chile en lo referente a determinar la existencia de subvenciones a la exportación que se otorguen en otros países...”; todo ello en conformidad al Código de Subvenciones. Es por eso que revisando el Reglamento de la Comisión de Subvenciones, el señor Méndez advirtió que “la Comisión no tiene competencia para conocer los casos de dumping de acuerdo a la normativa vigente”.⁷⁰

Con todo, la Comisión, excediéndose en sus atribuciones, conoció de algunas investigaciones sobre dumping. Así, en sesiones 101, 111, 112 y 114 de la Comisión se trata de un caso de dumping respecto de ladrillos refractarios, señalándose expresamente que no se denuncian subvenciones de Sudáfrica, sino una competencia desleal ocasionada por distorsión en los precios.

Aun cuando a veces el lenguaje es ambiguo, hablando de distorsión, de competencia desleal e incluso de subvención, una de las materias investigadas en dicho caso fue el dumping. Lo anterior está acogido no sólo en la investigación en general, sino que particularmente en una observación hecha por el integrante de la Comisión de Subvenciones, señor Alejandro Jara, quien indica que “merece investigarse la situación de precios, aunque no

⁷⁰ Banco Central de Chile, Acta de la sesión N° 107 de la Comisión encargada de conocer las denuncias de subvención a las exportaciones, celebrada el día 9 de enero de 1986, pág. 2.

se trate de una denuncia de subvención. Expresa que la Comisión debería quedar oficialmente facultada para investigar denuncias de dumping”.⁷¹

Esta Comisión se ocupó también de una investigación de dumping en el caso de las exportaciones de lápices de mina, tratado en sesiones 114 y 118. Finalizada esta investigación, en la misma sesión 118, y probablemente con la inquietud que presenta esta cuestión, el mencionado señor Jara indica que es partidario de suscribir el Código Antidumping.⁷²

Otro caso de investigación de dumping combinado con subvenciones es el de la exportación de balatas, cuyo informe final se encuentra en el acta de la sesión 117. Es curioso notar que en la misma sesión 117, en un caso de investigación referido a subvención, cual es el de la exportación de neumáticos para bicicletas, después de rechazar la denuncia la Comisión concluye lo siguiente: “No obstante lo anterior, la Comisión decidió que si la empresa denunciante deseara proporcionar mayores antecedentes que permitieran determinar la eventual existencia de dumping, se podría volver a examinar el caso”.⁷³ Hay que tener presente que en ninguno de los casos citados se recomendó tomar medidas, y que en la actualidad las funciones que realizaba la Comisión de Subvenciones han sido absorbidas por la Comisión de Distorsiones establecida en la Ley N° 18.525, Ley N° 18.908 y Decreto Supremo N° 545 de 1990, Comisión que tiene competencia para conocer cualquier caso de distorsión. Hasta antes de la dictación de la Ley N° 19.155, se interpretaba que dentro de tales casos de distorsión, estaba comprendido el dumping, pese a que entre las sanciones no estaba contemplado el derecho antidumping. Con la promulgación de la Ley N° 19.155, que introdujo los derechos antidumping, queda aún más claro que en la terminología de la Ley N° 18.525, el dumping es una especie en el género de las distorsiones.

⁷¹ Banco Central de Chile, Acta de la sesión N° 101 de la Comisión encargada de conocer las denuncias de subvención a las exportaciones, celebrada el 14 de noviembre de 1985, pág. 6.

⁷² Banco Central de Chile, Acta de la sesión N° 118 de la Comisión encargada de conocer las denuncias de subvención a las exportaciones, celebrada el 4 de agosto de 1986, pág. 4.

⁷³ Banco Central de Chile, Acta de la sesión N° 117 de la Comisión encargada de conocer las denuncias de subvención a las exportaciones, celebrada el 8 de julio de 1986, pág. 5.

2.2. CONVENIENCIA DE LA SUSCRIPCIÓN DEL CÓDIGO ANTIDUMPING POR CHILE

En abstracto, para determinar si debe o no haber legislación que regule el dumping habría que ponderar los bienes jurídicos afectables, a saber: eficiencia económica y aquellos aspectos de la justicia y la libertad que están asociados a la libre competencia. Los elementos de juicio para este enfoque se vieron en la parte teórica, a la que nos remitimos.

Acerca de la deseabilidad de suscribir el Código Antidumping por Chile, junto con las consideraciones generales sobre la conveniencia o inconveniencia de las legislaciones antidumping, hay que ponderar el análisis de la constitucionalidad de tal Código, razones de Política Comercial Exterior y especialmente la Ley N° 18.525.

En lo constitucional, se presenta el problema de un gravamen—como sería del derecho antidumping— que afectaría a determinados productos, atentando contra la igualdad ante la ley en general, consagrada en el artículo 19 N°s 2 y 3 de la Constitución, así como en particular referida a materias tributarias en el artículo 19 N° 20. Sin embargo esta igualdad o generalidad de las normas no consiste en tratar a todos por igual, sino en otorgar idéntico tratamiento a los que están en iguales condiciones. Así lo han declarado en reiteradas oportunidades nuestros tribunales.⁷⁴ El Código Antidumping cumple con esta última condición, de forma que no habría problemas constitucionales. Por lo demás ni siquiera es claro que el derecho antidumping sea un tributo. De hecho, pese a que la Ley N° 19.155 se refiere en general a la modificación de disposiciones de carácter aduanero y tributario, cuando se analizó el tema de los derechos antidumping en el Senado, uno de los puntos de discusión fue precisamente si se trataba de un tributo que debía ser determinado por ley o de una tasa que se fijaría por la autoridad administrativa, y primó esta última posición.

En materia de Política Comercial Internacional, desde luego, con la suscripción del Código Antidumping, se daría cumplimiento a cabalidad a los tratados internacionales, respetando de esa forma realmente el GATT. Ya vimos que la situación actual viola abiertamente el GATT, por cuanto para los países no suscriptores

⁷⁴ Véase Errázuriz, Hernán Felipe, *Legislación Arancelaria, Dumping y Algunos Aspectos Constitucionales del Impuesto Antidumping*, en Barros Charlín, Raymundo, *Prácticas Restrictivas y Discriminatorias en el Comercio Internacional*, Editorial Universitaria, Santiago, 1979.

del Código que sean partes del GATT es vinculante el artículo VI del mismo, que contiene las normas esenciales en materia de dumping.

Podría además señalarse que, aunque el análisis del Código Antidumping se centra en las importaciones, sería recomendable desde una perspectiva exportadora suscribir el Código. En efecto, las normas antidumping no tienen por objeto sólo permitir la aplicación de derechos antidumping cuando se produce el dumping; se trata de limitar esta sanción a esos casos y dar normas objetivas sobre el tema. Así, se protegerían nuestras exportaciones de la aplicación de otras medidas arbitrarias por terceros países. Si bien es cierto que la vigencia generalizada del Código contribuye en el sentido indicado, en términos más restringidos la suscripción del Código por Chile aporta poco. Tal como señala Alejandro Jara,⁷⁵ “los países adherentes están obligados a cumplir sus disposiciones aun respecto de sus obligaciones con los que no lo son, en virtud de la cláusula de la nación de más favor”. El punto crucial en la política comercial para suscribir el Código hoy en día, es la disyuntiva con la Ley N° 18.525, que merece estudio aparte.

La Ley N° 18.525, sobre Importación de Mercaderías, regula—entre otras materias— una figura de distorsión que comprende al dumping. En caso de promulgarse el Código Antidumping, habría que derogar o adaptar las partes pertinentes de la ley al Código. Si bien el GATT se aplica en virtud de un Protocolo de Aplicación Provisional, según el cual los países pueden ejecutar las disposiciones de la Parte II del Acuerdo, que incluye el artículo VI, en todo lo que no sea incompatible con su legislación nacional al momento de firmarse el GATT o de adherirse a él, la Ley N° 18.525 es sin embargo muy posterior a la suscripción del GATT por Chile. Además, el artículo 16 del Código es claro en el sentido de que sólo pueden adoptarse sanciones contra el dumping en conformidad con el Código. Es interesante señalar que en 1987 el representante de Chile en el GATT consultó a Japón cómo solucionaban estos últimos los conflictos con su legislación interna sobre derechos compensatorios.⁷⁶ El representante japo-

⁷⁵ Jara, Alejandro, *Descripción y Análisis de las Disposiciones del GATT Relativas a Prácticas Desleales de Comercio* (pág. 25), en Barros Charlín, Raymundo, *Prácticas Restrictivas y Discriminatorias en el Comercio Internacional*, cit.

⁷⁶ GATT, Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias, Acta de la Reunión celebrada el 3 de junio de 1987. Documento SCM/M/34, 24 de julio de 1987.

nés respondió en documento de 19 de octubre de 1987⁷⁷ que al suscribir tratados, Japón revisa su legislación interna para que sea coherente con el tratado, y así se hizo al suscribir los Códigos de Subvenciones y Antidumping. En todo caso, en el sistema legal japonés un acuerdo internacional como el GATT o los Códigos citados priman sobre otras regulaciones. En Chile no existe primacía de los tratados internacionales por sobre el ordenamiento interno, salvo en lo que se refiere a tratados internacionales ratificados por Chile, que se encuentren vigentes y que garanticen el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, ya que después de la Ley de Reforma Constitucional N° 18.825, estos últimos están contemplados en el artículo 5°, inciso 2° de la Constitución Política.

Hasta antes de la dictación de la Ley N° 19.155, la principal fuente de conflicto para promulgar el Código en Chile era la sanción que establecía. En la Ley N° 18.525 se contemplaba —entre otras posibles sanciones— la aplicación de sobretasas arancelarias que, establecidas en forma general, contradicen la especificidad de la sanción del derecho antidumping, sanción esta última que no podía aplicarse en Chile hasta la modificación introducida por la Ley N° 19.155. En este contexto, la suscripción del Código, en la práctica, en Chile habría significado la sustitución de las sobretasas arancelarias en caso de dumping, por los derechos antidumping. La ventaja del derecho antidumping es que técnicamente corresponde con más precisión que la sobretasa a una represalia que ataque directamente el dumping y es además de justicia que si un exportador practica el dumping, sea ese exportador y no otros el afectado por el derecho antidumping. La desventaja del derecho antidumping (aparte de los problemas administrativos que el propio Von Harberler⁷⁸ le reconoce) es que podría generar represalias con mayor facilidad que la sobretasa. Esto porque es más sensible el afectado, y se encuentra más concentrado el poder de réplica cuando se sanciona a una sola empresa o país, que cuando está disperso el efecto, así como por un sentido de justicia distorsionado, en cuanto a percibir como menos arbitraria una sanción general aunque el que cometa el acto sancionable sea uno solo. En lo que se refiere a las represalias que podría generar la sobretasa o el derecho antidumping, el estudio de las diferentes consecuencias en ambos casos corresponde a los efectos en lo que hoy en día se denomina ambientes estratégicos, que se definen como situaciones en

⁷⁷ GATT, Committee on Anti-Dumping Practices Replies by Japan to Questions on the Guidelines for the Conduct of Antidumping and Countervailing Duty Investigations. Documento ADP/W/160, 19 October 1987, pág. 15.

⁷⁸ Op. cit., pág. 324.

que un número reducido de agentes económicos toma decisiones interdependientes.⁷⁹ En estos estudios, tomando en cuenta que se pueden generar reacciones en los sancionados por las sobretasas o el derecho antidumping, se trata de evaluar la magnitud y efectos de tales represalias.

La consideración de este último tipo de factores, en todo caso, corresponde tal vez más al político que al economista o al jurista. Sin desconocer la importancia de estos factores, así como reconociendo la dificultad de evaluarlos, en términos muy singulares el propio Smith⁸⁰ expresaba para un caso análogo que la evaluación de estos elementos "...probablemente no pertenece tanto a la ciencia del legislador, cuyas deliberaciones han de ser gobernadas por principios generales invariables, sino por la habilidad de ese animal astuto e insidioso vulgarmente llamado estadista o político, cuyos consejos están dirigidos por las fluctuaciones momentáneas de los asuntos".

En todo caso, considerando la situación actual —en que el legislador ha optado por introducir a través de la Ley N° 19.155 los derechos antidumping en nuestro ordenamiento jurídico—, se atenúa en forma significativa la disyuntiva entre la Ley N° 18.525 y el Código Antidumping del GATT y no habría impedimento de fondo para la suscripción de dicho Código por Chile con la salvedad de que probablemente se requiera establecer explícitamente una instancia de revisión.

No podemos dejar de mencionar que —de suscribir y ratificar Chile el Acuerdo de Marrakech que crea la Organización Mundial de Comercio— pasará a incorporar a su ordenamiento jurídico el Código Antidumping, despejando además cualquier duda acerca de la vigencia del Artículo VI del GATT.

3. LEY ANTIMONOPOLIOS (D.L. N° 211)

Hemos visto que el dumping no es sino una manifestación y una técnica de la práctica monopólica a nivel internacional.

En nuestro ordenamiento jurídico, la libre competencia se resguarda en la Ley Antimonopolios, cuyo texto está fijado por el D.L. N° 211, de 1973, y sus modificaciones posteriores. Se sancionan en general las conductas que tienden a impedir la libre compe-

⁷⁹ Grossman, Gene M. and Richardson, David J., *Strategic Policy: A Survey of Issues and Early Analysis*, en Baldwin, Robert E.; Richardson, David J., *International Trade and Finance*, 3ª edición, Little Brown & Co., Boston, Toronto, 1986, pág. 95.

⁸⁰ Smith, Adam, op. cit., pág. 468.

tencia dentro del país, en las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior. No restringiéndose la conducta que tenga como efecto atentar contra la libre competencia sólo a lo interno, quedarían también comprendidas las situaciones de competencia desleal internacional, entre ellas el dumping. Así, por lo demás, lo ha entendido la Comisión Resolutiva.

El tema de la legislación antimonopolios chilena se tratará también en forma separada y más completa en el Capítulo Quinto de este trabajo.

4. NORMAS CONSTITUCIONALES

La libre competencia nacional e internacional no sólo está tratada en textos especiales sobre el tema, como el GATT, en la Ley N° 18.525 o en la legislación antimonopolios, sino que éstas en cierta forma reflejan principios generales que se encuentran consagrados en la Constitución.

La libertad de trabajo y libertad de asociación como principios generales que se concretan, entre otros, en la libertad de empresa, revelan un orden económico en que la libre competencia es un bien jurídico valorado.

La norma que más directamente protege la libre competencia es el artículo 19 N° 21 de la Constitución, que consagra la libre actividad económica.

“Artículo 19.—La Constitución asegura a todas las personas:

21. El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.”

El inciso 2° se refiere a la actividad empresarial del Estado, procurando que ésta no limite o restrinja la actividad de los particulares. Sin embargo, los atentados contra la libre empresa pueden originarse tanto en el Estado como en otros particulares. La disposición constitucional tiene especial preocupación con la actividad proveniente del Estado, pero en el inciso 1° se protege el principio general de la libre actividad empresarial, de forma que se resguarde también de conductas de particulares, como el monopolio en general y el dumping en particular, que afecten a dicho bien jurídico.

Es ilustrativo lo que el profesor Enrique Evans⁸¹ señala al respecto:

⁸¹ Evans de la Cuadra, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986, tomo II, pág. 318.

“Si la Constitución asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, personalmente o en sociedad, organizadas en empresas, en cooperativas o en cualquier otra forma de asociación lícita, con el único requisito de respetar las normas que regulan la respectiva actividad, y con las limitaciones que luego veremos, la obligación de no atentar en contra de esta garantía no sólo se extiende al legislador, al Estado y a toda autoridad, sino también a otros particulares que actúen en el ámbito de la economía nacional. Una persona natural o jurídica, que desarrolla una actividad económica dentro de la ley, sólo puede salir de ella voluntariamente o por ineficiencia empresarial que la lleve al cierre o a la quiebra. pero es contrario a esta libertad, y la vulnera, el empleo por otros empresarios de arbitrios, como pactos, acuerdos, acciones y toda clase de operaciones que tengan por objeto o den o puedan dar como resultado dejar al margen de la vida de los negocios a quien esté cumpliendo legalmente una tarea en la economía del país.

Por ello existe una legislación protectora de la libre competencia que sanciona esos actos y protege el pleno ejercicio de la libertad que estamos analizando. Es el Decreto Ley N° 211, de 1973, cuyo texto definitivo lo fijó el Decreto 511 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 27 de octubre de 1980”.

Lo dicho tiene particular importancia considerando que la garantía del artículo 19 N° 21 está amparada por el recurso de protección consagrado en el artículo 20 de la Constitución.

Así, la persona o empresa afectada como sujeto pasivo del dumping tiene la alternativa procesal del recurso o acción de protección, que es una vía expedita y de defensa efectiva a dichas garantías constitucionales para resguardar la libre competencia y obtener pronta protección restableciendo el imperio del derecho.

5. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

La responsabilidad consiste en la obligación de un sujeto de indemnizar o reparar el daño sufrido por otro. Esta obligación en materia extracontractual, en nuestro ordenamiento, nace del hecho ilícito cometido con dolo o culpa que ha causado daño. Así se deduce de lo dispuesto en los artículos 1437 y 2284 del Código Civil.

Considerada la competencia desleal como un hecho ilícito doloso o culpable que cause daño, cabría lógicamente pedir reparación por tales hechos.

En la teoría tradicional de nuestro Código Civil, a partir de los artículos 2284, 2314 y 2319, para dar lugar a la responsabili-

dad se requiere de: capacidad del autor del daño, dolo o culpa (que en esta clasificación comprenden el ilícito), daño, y relación de causalidad entre hecho doloso o culpable y daño.

Desde luego en el dumping hay capacidad de la empresa que lo practica; daño (por lo menos en la tesis más general) en las empresas locales competidoras, y una relación de causalidad entre la baja de precios y el daño. El punto a determinar es si esa venta a precios más bajos basada en el monopolio es o no culpable o dolosa.

Habría desde luego un ilícito culpable o doloso si consideramos que la competencia desleal está prohibida por la ley (D.L. N° 211). En un sentido más amplio, también habría ilícito culpable o doloso en la competencia desleal, aunque no estuviere prohibida por ley, por afectar el derecho a desarrollar libremente la actividad económica.⁸²

Ya en la teoría clásica sobre responsabilidad extracontractual, se estimaba que la competencia desleal era fuente de responsabilidad por ser considerada un hecho doloso. Así expresa Alessandri: "El comerciante que, con el propósito de arruinar a un competidor, le hace una competencia desleal... es reo de dolo".⁸³ En su concepto, además, el ilícito está incluido en el dolo.

De esta manera, Alessandri se adelantaba de alguna forma a sancionar el dumping predatorio, que corresponde en forma muy precisa a la conducta que él califica de dolosa. La cita de Alessandri tiene su fuente en Planiol y Ripert, Demogue, Lalou y Savatier, de suerte que hay amplio acuerdo en la teoría tradicional, en el sentido de que la competencia desleal es fuente de responsabilidad extracontractual.

Por lo anterior, podría estimarse que en el ordenamiento chileno es perseguible la responsabilidad extracontractual por competencia desleal.

A mayor abundamiento, esta calificación de la competencia desleal como fuente de responsabilidad extracontractual tiene fundamento no sólo en la teoría tradicional, sino que conserva su vigencia aun en autores contemporáneos y en el derecho comparado. Es así como Prosser y Keeton,⁸⁴ entre las fuentes de la res-

⁸² Acerca de la competencia desleal como forma de afectar el libre desarrollo de la actividad económica, véase el Capítulo Quinto, relativo a la legislación antimonopolios.

⁸³ Alessandri R., Arturo, *De la Responsabilidad Extracontractual*, Ediar Editores, Santiago, 1983, págs. 163-164.

⁸⁴ Prosser and Keeton, *The Law of Torts*, 5ª edición, West Publishing Co., Minnesota, 1984, págs. 130 y ss.

ponsabilidad extracontractual, consideran la denominada interferencia con expectativas de ventaja, una de cuyas expresiones es la competencia desleal.

Hay que hacer notar, en todo caso, que aun cuando es aplicable al ordenamiento chileno de responsabilidad extracontractual la competencia desleal, tiene poca importancia práctica, dada su ineficacia para enfrentar el dumping. En efecto, para hacer efectiva la responsabilidad se requiere iniciar una acción judicial en un juzgado de letras que por regla general tendrá una latísima tramitación y difícilmente será un vehículo eficaz para contrarrestar situaciones de la complejidad y dinamismo del dumping.

CAPÍTULO TERCERO SUBVENCIONES

I. GENERALIDADES

I. FUNDAMENTO DE LA REGULACION DE LOS SUBSÍDIOS Y DE LA APLICACION DE DERECHOS COMPENSATORIOS

En general, se admite que los gobiernos soberanos son libres de adoptar las medidas de carácter macroeconómico, industrial, social, inclusive el uso de subsidios, que consideren necesarias para lograr los objetivos que se han propuesto. Los políticos, productores y contribuyentes debatirán sobre la ventaja comparativa que existe en apoyar un tipo de industria, en vez de otra, y si el costo que implica este apoyo estatal justifica el gasto en que incurre el Estado al otorgarlo. En un gobierno representativo, los costos y beneficios de esta clase de medidas se determinarán según los intereses de las principales partes involucradas y de su respectivo poder de negociación.

Un economista se podrá preguntar, entonces, por qué la comunidad internacional se preocupa que los Estados hagan uso de subsidios. En efecto si una nación desea subsidiar tal producción o aquella exportación, argumentando que la industria es nueva, o bien simplemente para aliviar a una determinada clase de industria, la distorsión económica resultante, en principio, sólo perjudicaría al Estado que hace uso de esta clase de medidas. Este punto es aún más importante o determinante cuando el país importador, en virtud de tales subsidios, puede disfrutar de las ventajas de obtener bienes más baratos. También es posible que los productores de un país logren con la ayuda de subsidios, alejar a los productores extranjeros, capturando sus mercados para posteriormente

convertir sus pérdidas iniciales en utilidades por medio de la fijación monopólica del precio. En este evento, ¿no debería la comunidad internacional obtener en primer término evidencias de estas prácticas monopólicas antes de autorizar medidas en contra del infractor? Pero, fuera de estas situaciones, ¿por qué debe la comunidad internacional convertirse en "guardián" de la "moral" nacional en materia de exportación, dictando normas que sancionan los subsidios?

La respuesta es simple: el uso descontrolado de subsidios nacionales puede afectar la prosperidad de la economía mundial. No se debe olvidar que la Gran Depresión enseñó al mundo que las políticas proteccionistas pueden extenderse rápida y destructivamente de nación en nación. Ahora bien, debido a que los intereses de los productores ejercen una mayor influencia en la política nacional que los intereses difusos de los consumidores, a los gobiernos nacionales les resulta más fácil emular los vicios del proteccionismo que las virtudes del libre intercambio. La lección anterior ha llevado a la comunidad internacional a formular una serie de principios rectores que permiten determinar cuándo un subsidio es aceptable y cuándo es, por el contrario, perjudicial. Además, ha codificado estas normas en tratados bilaterales y en acuerdos multilaterales (Acuerdo General del GATT y Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias). No se debe olvidar que uno de los objetivos principales del Acuerdo General (GATT) es regular las políticas proteccionistas de importación.

La experiencia de la década de los treinta en relación con los subsidios a las exportaciones, al igual que la recurrente utilización del mecanismo de devaluación de las monedas, que tiene como efecto generar un subsidio general a la exportaciones y sobrecargar las importaciones, aparentemente convenció a los fundadores del GATT de que esta clase de subsidios sólo acarrearán un aumento en las tensiones políticas entre los Estados y que, por lo tanto, deben ser eliminados en aras de la paz mundial.

Aunque los consumidores del país importador se benefician con las exportaciones subsidiadas, los productores nacionales de los países importadores de los bienes objeto de tales subsidios, se ven forzados, muchas veces, a reducir los precios de venta e incurrir en grandes pérdidas. La opinión que estima que los productores de un país tienen más derecho a abastecer al mercado nacional que los productores extranjeros, es compartida por la gran mayoría de las personas. En consecuencia, tratándose de los subsidios a la exportaciones, los fundadores del GATT instaron por prohibirlos derechamente, aunque con ciertos matices, sin necesidad de ir implementando medidas correctivas en forma gradual, como fue el caso con las tarifas aduaneras.

De esta forma, "los subsidios no son ya un tema exótico discutido sólo por técnicos del comercio en reuniones periódicas realizadas en exclusivos centros invernales".¹ Muy por el contrario, los subsidios han llamado la atención de personas influyentes en prácticamente todos los países que tienen presencia en el comercio internacional, incluyendo los Estados Unidos, Canadá, la Comunidad Económica Europea, Japón y países claves en vías de desarrollo. La razón es simple: la mayoría de los países tienen interés en los mercados internacionales y, consecuentemente, ello ocasiona un aumento de rencorosas rencillas respecto a qué es lo que los gobiernos pueden y no pueden hacer para ayudar a sus industrias y agricultores en los buenos y malos tiempos. Lo que en último término puede convertirse, con el correr de los tiempos, en una virtual guerra económica.

La importancia del tema de los subsidios no es pasajera. Las hipótesis del *falling water level* y del *rising reef level* explican o demuestran por qué continuará siendo importante.

De acuerdo con las hipótesis del *falling water level*, en la medida que las tarifas y otras formas de protección disminuyen, el efecto distorsionador que este tipo de medidas tiene es aún más visible. Los subsidios son una distorsión importante, y los efectos en el país importador se hacen aún más patentes en la medida que el nivel general de protección ha disminuido.

Por otro lado, según las hipótesis del *rising reef level*, los subsidios han aumentado en la misma proporción que los aumentos de los precios de la energía, y en forma inversamente proporcional al crecimiento de la industrias del país que otorga los subsidios. Esta hipótesis sugiere que los subsidios estatales han aumentado en forma pronunciada.

En un pequeño intento por medir la denominadas fuerzas del *falling water level* y del *rising reef level*, ya aludidas, Hufbauer y Shelton Erb en su libro *Subsidies in International Trade* recopilaron una cantidad de antecedentes que permiten, en una forma más o menos aproximada, indicar cuál fue el volumen total de los subsidios y de los subsidios a las exportaciones en el período comprendido entre los años 1952 y 1980.

¹ Hufbauer and Shelton Erb, *Subsidies in International Trade*, Institute for National Economics, 1984, pág. 1.

PORCENTAJE DE LOS SUBSIDIOS EN RELACIÓN CON EL PRODUCTO GEOGRÁFICO BRUTO*

| País | 1952 | 1956 | 1960 | 1964 | 1968 | 1972 | 1976 | 1980 |
|---------------------------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| Italia | 0,89 | 1,30 | 1,51 | 1,23 | 1,67 | 2,29 | 2,60 | 3,01 |
| Francia | 1,71 | 2,71 | 1,62 | 2,03 | 2,62 | 1,99 | 2,68 | 2,51 |
| Canadá | 0,41 | 0,39 | 0,81 | 0,85 | 0,87 | 0,83 | 1,73 | 2,34 |
| Gran Bretaña | 2,68 | 1,76 | 1,93 | 1,56 | 2,06 | 1,82 | 2,78 | 2,32 |
| Alemania | 0,65 | 0,20 | 0,79 | 0,99 | 1,44 | 1,48 | 1,49 | 1,59 |
| Japón | 0,79 | 0,26 | 0,34 | 0,65 | 1,11 | 1,12 | 1,32 | 1,32 |
| Estados Unidos de América | 0,11 | 0,20 | 0,25 | 0,44 | 0,50 | 0,59 | 0,34 | 0,43 |

* FUENTE: OECD National Accounts 1951-1980, volumen I, Main Aggregates, 1982, obra ya citada, pág. 3.

En el cuadro anterior, los subsidios de esos años se comparan con el Producto Geográfico Bruto de los siete países más industrializados. Tres conclusiones se deducen claramente de esta tabla:

a) El aumento general en la importancia de los subsidios desde principios de los cincuenta a fines de los sesenta afectó a todos los países, con excepción de Gran Bretaña y posiblemente Francia, dos Estados que ya habían desarrollado un extenso sistema de subvenciones desde fines de la Segunda Guerra Mundial.

b) Entre 1968 y 1980, Canadá e Italia aumentaron notablemente las subvenciones, y en un porcentaje menor las incrementaron Gran Bretaña, Alemania y Japón.

c) Estados Unidos de América en forma permanente ha exhibido el grado más bajo de subsidios en relación con el Producto Geográfico Bruto y, a diferencia de otros países, éste disminuyó durante los años sesenta. Esta discrepancia en relación con el nivel general puede explicar en gran parte los reclamos de las empresas norteamericanas en contra de las prácticas de otros países.

Por supuesto que un alto grado de subsidios no garantiza el éxito industrial, como los ejemplos de Gran Bretaña y Francia lo demuestran. Al mismo tiempo, un nivel bajo de subsidios no impide, necesariamente, que un país sea competitivo, como lo sugiere el ejemplo de Japón. Pero las industrias nacionales de los países importadores de bienes subvencionados no están interesadas en generalidades. A ellas les preocupa que los subsidios extranjeros puedan proporcionar a sus competidores una ventaja; de ahí, entonces, su interés por la existencia de mecanismos que corrijan

tales distorsiones, y las numerosas acciones intentadas por estos últimos dirigidas a sancionar los subsidios.

2. ALGUNOS ANTECEDENTES ESTADÍSTICOS SOBRE LA APLICACION DE MEDIDAS COMPENSATORIAS ANTISUBSIDIOS

Los datos proporcionados por la Comisión de Subsidios y Medidas Compensatorias del GATT revelan que los "derechos compensatorios" son aplicados con menor frecuencia que los "derechos antidumping" dispuestos en el Código Antidumping. Además, a diferencia de las acciones "antidumping", que son comunes tanto en los Estados Unidos de América como en la Comunidad Europea, Canadá y Australia, los casos de aplicación de derechos compensatorios constituyen un fenómeno norteamericano principalmente.

ACCIONES ANTISUBSIDIO
JULIO 1980 - JUNIO 1984*

| País | Acciones iniciadas | Medidas provisionarias | Medidas definitivas |
|-----------|--------------------|------------------------|---------------------|
| EE.UU. | 139 | 56 | 30 |
| CEE | 5 | 1 | 3 |
| Japón | 1 | 0 | 0 |
| Canadá | 8 | 7 | 0 |
| Australia | 9 | 8 | 0 |
| Chile | 114 | 9 | 0 |

* Jackson, John H.; Davey, William J., *Legal Problems of International Economic Relations*, second edition, West Publishing Co., St. Paul, 1986, pág. 727.

Por su parte, el análisis de estadísticas norteamericanas en la materia indica que, en el período comprendido entre 1974 a febrero de 1986 se presentaron 313 casos de aplicación de derechos compensatorios, incluyendo 266 procesados bajo el estatuto de 1979. De estos casos, 159 y 146, respectivamente, correspondieron a la industria del acero. En 12 casos no se pudo constatar el uso de subsidios y en 128 no se determinó perjuicio alguno. Sólo 10 casos se encontraban pendientes al año 1984 y 82 se habían finiquitado o retirado antes de un pronunciamiento definitivo. Por lo tanto, desde 1979, 34 acciones tuvieron éxito, lo que asciende tan sólo al 13% del total de acciones deducidas.

3. CRITERIOS PARA DETERMINAR EL IMPACTO DE LOS SUBSIDIOS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

Los negociadores internacionales, tratando de definir los subsidios potencialmente peligrosos y elaborando remedios "quirúrgicos" para atacarlos, han encontrado muchas dificultades. En comparación con lo anterior, ha resultado más fácil para estos mismos negociadores el formular y desarrollar los criterios de impacto de dichos subsidios en el comercio internacional.

Estos criterios de impacto en el comercio internacional se centra en el hecho del castigo bilateral o multilateral que se puede articular en contra de los subsidios nacionales. Después de todo, si no existiera este impacto en el comercio, ¿qué extranjero se va a ver dañado con el subsidio? Y si ningún extranjero se ve dañado, ¿por qué debería, entonces, este último castigar o reaccionar frente al uso de subsidios?

Existen dos escuelas respecto a los criterios que se deben adoptar para disciplinar o regular el citado impacto de los subsidios. La denominada Escuela del Perjuicio, que se preocupa principalmente de procurar compensar el daño que proviene del comercio subsidiado. Y por otro lado, la Escuela de la Antidistorsión, que centra su atención en las consecuencias ineficientes de la intervención gubernamental en la economía.

La Escuela del Perjuicio sostiene que un país sólo debería reaccionar frente a los subsidios extranjeros en la medida que éstos ejerzan o tengan un impacto significativo en el comercio y que el remedio debería tener sólo por objeto rectificar ese impacto. Por el contrario, la Escuela de la Antidistorsión sostiene que los subsidios deben ser castigados aun cuando no tengan un gran impacto en el comercio y que el castigo que se les impone debe estar diseñado para compensar ese subsidio.

La Escuela del Perjuicio (*The Injury-Only School*)

La Escuela del Perjuicio parte de la base que los subsidios, y todas las otras formas de intervención estatal en la economía, están presentes y son parte de la vida moderna. Los subsidios, según esta escuela, se usan frecuentemente para corregir imperfecciones preexistentes en el mercado, y es casi imposible asignarlos o distribuirlos sobre unidades de producción, o sobre rendimientos totales. Los movimientos en el tipo de cambio compensarían las grandes diferencias en los niveles de subsidios entre los países, dejando sólo microproblemas en el intercambio internacional que

deberían solucionarse usando remedios específicos. Esta escuela postula que los subsidios deberían ser regulados principalmente por los gobiernos y no por la comunidad internacional.

Si un país decide emplear subsidios y lo hace en forma regular y predecible, de tal modo que no se causa ningún daño significativo a otros países, ¿por qué deberían preocuparse los demás Estados? Si el subsidio distorsiona la economía, el país que subsidia sería, en todo caso, el perjudicado, mientras que sus compañeros de intercambio se verían beneficiados por los bajos precios de los productos subsidiados.

Richard N. Cooper nos entrega una versión sofisticada de esta perspectiva:

"...tal vez no nos deberíamos preocupar demasiado de los subsidios estatales a la actividad económica —o más bien a la intervención estatal de cualquier tipo— en lo que respecta a sus efectos sobre el mercado extranjero, siempre que las medidas intervencionistas se apliquen gradualmente, de tal manera que no impongan severos costos de ajuste a las actividades económicas que se realicen o desarrollen fuera del país en que se aplican dichas medidas..."²

En una línea similar, antes de la Ronda de Tokio que dio origen al Código de Subvenciones y Derechos Compensatorios, John J. Barcelo señaló en el año 1977 que los subsidios internos debían analizarse según la Escuela del Perjuicio y que debían prohibirse en forma estricta los subsidios a las exportaciones. Después de la Ronda de Tokio, Barcelo en el año 1980 expresó que los subsidios a las exportaciones efectuadas a los países reclamantes debían calificarse según la Escuela del Perjuicio. Robert H. Mundheim y Peter D. Ehrenhaft también postularon esta perspectiva en el año 1984.

Una versión "purista" de la Escuela del Perjuicio señala que para que una industria nacional pueda ser auxiliada o ayudada en razón de subsidios otorgados por países extranjeros, deben previamente armonizarse dos criterios de impacto del comercio internacional, contemplados en dos leyes norteamericanas. El primer criterio, la *escape clause*, contemplada en la sección 201 del Acta de Intercambio de 1974, que se aplica para socorrer de comercios perjudiciales, pero justos. Según este criterio, la acción del país extranjero debe constituir una causa sustancial de un serio perjuicio para los productores nacionales. Si ello es así, sería procedente el apoyo o auxilio otorgado. El segundo criterio se

² Citado por Hufbauer and Shelton, op. cit., pág. 20.

encuentra contemplado en el Acta de Acuerdo de Intercambio de 1979, con referencia a las medidas o impuestos compensatorios. Este criterio dispone que debe proporcionarse ayuda en el caso de un intercambio injusto, cuando el intercambio extranjero configura o constituye una causa o amenaza de un daño material a una industria establecida o causa del retardo material de una industria nueva.

De acuerdo con esta escuela, para medir el impacto en el comercio deben armonizarse o complementarse estos dos criterios, ya sea en el nivel más bajo del intercambio justo, o en el nivel más estricto del "intercambio injusto" (*unfair trade*), o bien en algún punto intermedio entre ambos niveles. El auxilio o ayuda sería diseñado para "curar el perjuicio", no para compensar en forma exacta el valor de cualquier tipo de subsidio que pueda existir.

La Escuela de la Antidistorsión (*The Antidistortion School*)

La Escuela de la Antidistorsión parte de la base de que los subsidios son dañinos por tres razones:

Primera, el uso de subsidios tiende a reducir la eficiencia de la economía mundial, y con eso disminuye o aminora los beneficios del intercambio internacional para todos los países.

Segunda, un programa de subsidios puede permitir que un país tome un temprano liderazgo en el establecimiento de una prometedora nueva industria (por ejemplo, la de la fibra óptica), o para evitar o retardar un doloroso ajuste en una industria antigua (por ejemplo, la del acero); y,

Tercera, porque los otros países envidian el liderazgo económico obtenido o el ajuste evitado, y ello trae como consecuencia que la práctica de usar subsidios puede ser imitada. Esta imitación o emulación provocaría una espiral de inútil distorsión o una sobreinversión en tecnologías al parecer muy prometedoras (como en las aeronaves supersónicas).

La Escuela de la Antidistorsión admite que algunos subsidios son utilizados para compensar imperfecciones preexistentes del mercado, pero considera que esta justificación se ha exagerado muchísimo. Cualquier esfuerzo serio para distinguir entre subsidios correctivos y distorsionadores conduciría rápidamente a una impenetrable espesura de cálculos. El argumento de la imperfección del mercado sólo sirve para encubrir una doctrina cínica, en el sentido de que una mala distorsión merece otra.

La mayoría de los miembros de la Escuela de la Antidistorsión cree o considera que incluso un muy bajo índice de impacto en el comercio justifica la imposición de penas, y que esa sanción debe compensar, en la medida de lo posible, la distorsión inicial. De acuerdo con esta perspectiva, la magnitud del impacto en el comercio es casi irrelevante en la imposición o en la determinación de las penalidades en contra del uso de subsidios. En forma específica, los subsidios que favorecen las exportaciones deben condenarse en todo caso en forma inmediata. David R. MacDonald, al respecto, expresó en el año 1976 lo siguiente:

"Es nuestra opinión que la normativa del GATT debe ser revisada en orden a eliminar la prueba del perjuicio en el caso de subsidios a las exportaciones. Consideramos que los subsidios a las exportaciones sólo son una renegociación unilateral de un país frente al legítimo nivel de aranceles del país al cual se envían esos bienes."³

4. CRITERIO ADOPTADO POR EL CODIGO DE SUBVENCIONES Y DERECHOS COMPENSATORIOS

Influido por la Escuela de la Antidistorsión, pero considerando el uso de los subsidios por parte de los Estados Unidos, el Congreso norteamericano solicitó a su gobierno que encontrara una fórmula para regular los subsidios extranjeros, como un punto principal a discutir en la Ronda de Tokio del GATT, la que luego dio origen al Código de Subvenciones y Derechos Compensatorios. Para estos efectos, la administración Ford elaboró, para dichas negociaciones internacionales, el concepto de *traffic light* que distinguía entre:

a) Los subsidios a las exportaciones que serían objeto en forma automática, y unilateral, de medidas compensatorias (la categoría "roja").

b) Otros subsidios, utilizados tanto en forma interna como destinados a fomentar las exportaciones, y que tuvieran un impacto considerable en el comercio, que serían objeto de medidas compensatorias sólo en cuanto causaran o amenazaran causar un daño material (la categoría "amarilla"); y por último,

³ Op. cit. supra, pág. 21.

c) Los subsidios de carácter exclusivamente interno con un efecto menor o indirecto sobre el comercio internacional, que no serían objeto de medidas compensatorias (la categoría "verde").

Esta visión del *traffic light* (semáforo) combinaba precisamente los preceptos de la Escuela del Perjuicio y de la Escuela de la Antidistorsión. Y aunque este sistema fue rechazado por la Comunidad Económica Europea, el texto final del Código de Subvenciones y Derechos Compensatorios recogió sus planteamientos centrales o sustanciales. Así, el Código considera o visualiza dos vías (*two tracks*) de solución:

a) En general, los subsidios internos y las exportaciones subsidiadas que causaren un daño medible se asignarían a la primera vía (*first track*), lo que permitiría a las autoridades nacionales, en virtud de la legislación interna, la aplicación de medidas compensatorias. Estas, en todo caso, no podrían exceder al monto de subsidio por unidad de producto exportado. Aún más, las medidas compensatorias se fijarían en un nivel que sea suficiente para compensar el daño al comercio, si éste fuera menor.

b) Además, los países desarrollados que firmaron el citado Código acordaron no subsidiar las exportaciones. Pero, como la mayoría de los países subsidian hasta un cierto punto sus exportaciones, el referido Código también creó los medios de que puede valerse la parte afectada por ellos. Los subsidios a las exportaciones podrían, entonces, ser atacados por una segunda vía (*second track*), la que a pesar del bajo índice de impacto en el comercio de la subvención (ya sea una presunción de efectos adversos o, en el caso de un país en desarrollo, una existencia actual de efectos adversos) permitiría la aplicación multilateral de medidas compensatorias. Las medidas compensatorias podrían tomar diversas formas, por ejemplo, tarifas compensatorias, o el retiro de una tarifa *bound* (esto es, el país afectado podría, en forma unilateral, elevar una tarifa cuyo nivel original se había acordado internacionalmente).

Las citadas dos vías de solución concebidas en dicho Código no estarían separadas por una división impenetrable. Un país podría aplicar tarifas compensatorias según su procedimiento nacional a los subsidios a las exportaciones que le causan un daño material. En principio, el criterio del daño material es más exigente que el criterio de los efectos adversos, pero el país reclamante podría encontrar que es más fácil recurrir a su legislación interna que iniciar procedimientos a nivel internacional. Como otro ejemplo de superposición, un firmante del Código de Sub-

venciones podría reclamar no sólo respecto de los subsidios a las exportaciones, sino también de los subsidios internos de otro país firmante del Código.

Esta distinción entre la vía uno (*first track*) y la vía dos (*second track*) dispuesta en el Código de Subvenciones sólo rozaría la superficie de las muchas graduaciones de criterios de impacto en el comercio existentes, tanto en dicho Código como en el Acuerdo General del GATT. Estos criterios también varían considerando los siguientes factores: si el país que subsidia es un país desarrollado o en vía de desarrollo; si el país que subsidia ha firmado o no el Código de Subvenciones; si el producto es de primera necesidad; si el reclamo lo presenta una industria usando la legislación del país o si es presentado por el gobierno en el marco del GATT; si el impacto perjudicial en el comercio ocurre al interior del país reclamante o en el mercado del país que subsidia o en los mercados de terceros países.

No existe un fundamento único subyacente a la creación de los diferentes criterios de impacto en el comercio, sino que varían según los países, productos y tipos de acción, tal como se encuentra establecido en el Acuerdo General del GATT y en el Código de Subvenciones. Una serie de argumentos ad hoc se han utilizado para justificar las variadas series de criterios.

La diferenciación que se hace entre los subsidios internos y los de exportaciones se basa en el argumento de que los subsidios internos tienden a cumplir una función más bien correctiva, a diferencia de los subsidios a las exportaciones.

Por otro lado, la distinción entre los subsidios que otorgan los países en vías de desarrollo de los que conceden los países desarrollados, se funda en la presunción de que los subsidios de los primeros tienden, más bien, a ayudar a las industrias nacientes, al revés de lo que sucede con los subsidios utilizados por los países en desarrollo.

En cuanto a la diferenciación que se hace para los productos primarios, ello tiene una justificación política: cuando el artículo XVI, párrafo tercero, del Acuerdo General del GATT se elaboró en 1955, los intereses de los agricultores eran demasiado fuertes para ser regulados. Asimismo, cuando el artículo X del Código de Subvenciones se elaboró en 1979, los intereses de los agricultores europeos eran muy poderosos.

A su vez, la distinción entre si el peticionario es una empresa o un gobierno —ya que sólo los gobiernos pueden presentar casos ante el GATT— se justifica por la suposición de que los gobiernos no sólo perseguirían un objetivo rectificador, sino que atenderían a otros factores de interés general.

Y por último, la diferenciación que se hace según la ubicación del impacto, refleja la necesidad pragmática de diseñar remedios efectivos. El país perjudicado puede reaccionar más fácilmente en su mercado interno que en el mercado del país que subsidia o en los mercados de un tercer país; de esta forma, los derechos compensatorios los aplicaría la autoridad del país importador y en su mercado.

II. ANTECEDENTES Y ORIGEN DEL ACUERDO SOBRE LA INTERPRETACION Y APLICACION DE LOS ARTICULOS VI, XVI Y XXIII DEL ACUERDO GENERAL SOBRE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO (CODIGO DE SUBVENCIONES Y DERECHOS COMPENSATORIOS)

Las "subvenciones" junto a los "derechos compensatorios" constituyeron uno de los puntos más esenciales de las negociaciones en la denominada Ronda de Tokio que dio origen al Código de Subvenciones y Derechos Compensatorios.

El empleo de subvenciones por parte de los gobiernos es un fenómeno creciente, que se ha hecho sentir con mayor fuerza durante estos últimos años debido especialmente a la recesión mundial, a la alta tasa de desempleo, etc. Se ha procurado apoyar a las industrias nacionales y fomentar las exportaciones, constituyéndose así en un importante instrumento de protección.

Ahora bien, uno de los problemas principales consiste en poder distinguir las subvenciones que conceden los gobiernos para el logro de objetivos económicos o sociales de índole general, de aquellos subsidios a la exportación directos o indirectos que, en forma deliberada o no, procuran falsear el comercio mundial e impedir que otros países obtengan legítimas oportunidades comerciales.

La definición de subvención constituye también otro problema de difícil solución. Es una realidad el hecho de que debido al alcance y envergadura de las medidas que podrían considerarse como subvenciones, ha resultado imposible lograr un acuerdo sobre su definición precisa. Una devolución de impuestos por concepto de exportaciones podría llegar a constituir una forma de subvención, pero... ¿podría estimarse lo mismo de aquella política educacional seguida por un Estado, consistente en otorgar enseñanza gratuita en establecimientos estatales que capacitan personal calificado para la industria exportadora?

En el Acuerdo General del GATT no figura ninguna definición de lo que es una subvención, aunque en 1960 un grupo de traba-

jo del GATT elaboró una lista de las prácticas consideradas como subvenciones a la exportación, quedando entendido, eso sí, que tal lista no era exhaustiva (actualmente, "Lista Ilustrativa de Subvenciones a la Exportación" anexa al Código de Subvenciones).

Desde que existe el GATT se ha procurado enfrentar el tema de las subvenciones y crear mecanismos que las eliminen. Sin embargo, la historia de las disposiciones del Acuerdo General relativas a las subvenciones es ardua, debido principalmente a lo complejo de tales medidas.

Tratándose de productos industriales, casi todos los países industrializados están obligados por la Declaración de 1960, la que da efectos a las disposiciones del párrafo cuarto del artículo XVI del Acuerdo General del GATT, que prohíben las subvenciones a la exportación de productos industriales. Por su parte, los países que no suscribieron la declaración, entre ellos los países en desarrollo, quedaron, por tanto, en libertad para conceder subvenciones a la exportación de dichos productos industriales.

Muy diferente es la situación de los productos primarios, en los cuales las subvenciones sólo se restringen en términos que los gobiernos deberán "esforzarse por evitar" la concesión de subvenciones a la exportación y de no otorgarlas de forma que con ello obtengan "más de una parte equitativa del comercio mundial de exportación" del producto de que se trate.

Debe tenerse presente, en todo caso, que la concesión de subvenciones internas a la producción no se encuentra prohibida. Lo que exige, eso sí, el artículo XVI del Acuerdo General es que un país notifique toda subvención "que tenga directa o indirectamente por efecto aumentar las exportaciones de un producto cualquiera del territorio de dicha parte contratante o reducir las importaciones de este producto en su territorio". El país de que se trate está obligado a celebrar consultas acerca de la medida que haya adoptado, cuando así se le solicite.

Como se aprecia, estas disposiciones no imponen a los gobiernos limitaciones muy difíciles de observar, pues sólo tienen que notificar la concesión de una subvención y estar dispuestos a entablar consultas sobre ella. Las restricciones que limitan el recurso a las subvenciones para promover la exportación de productos primarios son muy moderadas. Sólo los países industrializados han aceptado la prohibición de las subvenciones destinadas a promover las exportaciones de productos industriales.

En los años que precedieron a la Ronda de Tokio, los trabajos preparatorios en materia de subvenciones fueron considerables. Se intentó ampliar la lista de subvenciones a la exportación prohibidas, que se había confeccionado en 1960, aunque con escaso

resultado práctico. Tratándose de subvenciones internas, la opinión generalizada fue que la aplicación de derechos compensatorios era lo más apropiado en caso de determinarse que una subvención interna destinada a estimular las exportaciones causaba un perjuicio importante al país importador de dichos bienes.

Las posiciones encontradas, y actitudes poco propicias, condenaron al fracaso las tentativas de llegar a un compromiso durante los primeros años de las negociaciones. Las negociaciones de fondo sólo comenzaron en 1978. En julio de este año, varias delegaciones presentaron el texto de un posible acuerdo sobre subvenciones y derechos compensatorios, destinado a servir de base a discusiones que permitieran redactar un documento definitivo. Las negociaciones prosiguieron durante el segundo semestre de 1978 y hacia finales de diciembre las delegaciones de varios países, tanto desarrollados como en desarrollo, propusieron un nuevo proyecto de texto que introducía una disposición concreta relativa a los productos primarios. Si bien dicha cláusula no es prácticamente más que una repetición de la obligación prevista en el párrafo tercero del artículo XVI del Acuerdo General, en ella se dispone con mayor precisión la frase "más de una parte equitativa del comercio mundial de exportación".

En los primeros meses de 1979 siguieron celebrándose negociaciones bilaterales y plurilaterales intensivas que permitieron poner a punto el texto de un "Acuerdo Relativo a la Interpretación y Aplicación de los Artículos VI, XVI y XXIII del Acuerdo General", del que el Subgrupo dio traslado al Comité de Negociaciones Comerciales en los últimos días de mayo de 1979.

En las negociaciones se discutió profundamente a qué debía dársele mayor importancia, si a las "subvenciones" o a los "derechos compensatorios".

Algunos sostenían que el otorgamiento de subvenciones era el principal factor de distorsión y que los derechos compensatorios sólo eran necesarios en la medida en que los países siguieran subvencionando sus exportaciones. Otros participantes preconizaban que el principal objetivo de las negociaciones debía ser el establecimiento de normas uniformes para la imposición de derechos compensatorios.

En 1975 existió la propuesta concreta de elaborar un Código sobre subvenciones a las exportaciones, la concesión de subvenciones por parte de terceros países, las medidas que tienen por efecto la sustitución de las importaciones y las medidas compensatorias o de neutralización. En dicho Código se clasificaron por categorías todas las prácticas de subvención y se estipuló en qué

condiciones se podrían tomar medidas de compensación para contrarrestarlas. De esta forma, las subvenciones quedaron divididas en tres categorías:

- a) Prácticas prohibidas (las destinadas a aumentar la competitividad de los productores nacionales, distorsionando así el comercio internacional);
- b) Prácticas condicionales (las seguidas para alcanzar objetivos económicos, políticos o sociales en el plano nacional, pero que pueden tener por efecto una distorsión del comercio internacional); y
- c) Prácticas permitidas (las que tienen poco o ningún efecto sobre el comercio internacional).

Ahora bien, esta propuesta se descartó como base para las negociaciones de la Ronda de Tokio, pero algunos de sus elementos pasarían al acuerdo final.

Con respecto a las subvenciones, la opinión generalizada era que en el sector industrial la Declaración de 1960, por la que se prohibían las subvenciones a la exportación de productos industriales, suscrita por casi todos los países industrializados, había dado buenos resultados en la práctica. Sin perjuicio de lo anterior, se creyó necesario ampliar y actualizar la lista de 1960 de subvenciones a las exportaciones prohibidas.

Algunos gobiernos manifestaron preocupación respecto del empleo de subvenciones internas. Muchos países conceden varias clases de subvenciones para ayudar a las industrias nacionales que, como la del acero y la de la construcción naval, se encuentran en dificultades. En razón de lo mismo, ciertos gobiernos manifestaron interés por conservar un gran margen de libertad para poder otorgar subvenciones destinadas a lograr objetivos de carácter regional, en particular en las zonas de depresión económica con elevadas tasas de desempleo.

Se aceptaba de una forma general que las subvenciones internas no debían emplearse de modo que causaran perjuicio a terceros países; era evidente, eso sí, que su eliminación o reducción sustancial plantearía graves dificultades por estar en juego factores fundamentales, tanto económicos y políticos como sociales. Por otro lado, como estas medidas podían tener efectos importantes sobre el comercio, era razonable esperar que al menos se mitigaran algo esos efectos.

La opinión de algunos participantes era que el acuerdo debía estipular que las subvenciones internas no deberían utilizarse para causar perjuicios a terceros países y, asimismo, debería incluirse como anexo una lista indicativa de subvenciones internas.

Para otros participantes tal lista indicativa era inaceptable, ya que su adición a un acuerdo internacional tendería a dar a las medidas en ella enumeradas el carácter de prohibidas, en especial porque también se adjuntaría la lista de subvenciones a la exportación prohibidas.

En definitiva, tal diferencia de opiniones se resolvió hacia fines de 1978 en una fórmula transaccional, en virtud de la cual se reconocerían los posibles efectos desfavorables de las prácticas de subvención interna, incluyéndose un corto número de ejemplos de tales prácticas.

Con respecto a los derechos compensatorios, la preocupación de varios participantes era la elaboración de un posible Código que regulase su aplicación. Estos participantes pensaban sobre todo en la legislación vigente en los Estados Unidos de América.

La ley de aduanas norteamericana de 1930 no exigía que hubiera un "perjuicio importante" como condición previa para imponer derechos compensatorios; por lo tanto, no estaba en conformidad con lo dispuesto en la letra a) del párrafo sexto del artículo VI del Acuerdo General. Dicha legislación obligaba a imponer derechos compensatorios a las exportaciones subvencionadas, independientemente de que causaran o no perjuicio.

Para algunos participantes la cuestión del "perjuicio importante" era fundamental y como tal debía ser reafirmado, definido con más exactitud y respetado por todos los países. Debía probarse la existencia de un perjuicio suficientemente importante y establecerse un vínculo de causa a efecto entre el perjuicio y la subvención de que se tratase. Ahora bien, para imponerse derechos compensatorios debían celebrarse precisamente consultas con el país que concedía la subvención.

Para algunos países desarrollados la aceptación por todos los participantes del criterio de "perjuicio importante" constituía el punto clave de las negociaciones. Así, se celebraron negociaciones bilaterales difíciles y de vasto alcance, a veces a un elevado nivel político, acordándose finalmente que la noción de "perjuicio importante" sería aceptada por todos los gobiernos que se adhiriesen al acuerdo.

Se acordó, asimismo, que los signatarios del acuerdo tendrían la posibilidad de tomar contramedidas no solamente sobre la base del criterio del "perjuicio importante" previsto en el artículo XI del Acuerdo General, sino también mediante el recurso al artículo XXIII del mismo Acuerdo, el cual el Comité de Signatarios que se proyectaba establecer en el posible Código debería tratar dentro de plazos estrictos. Algunos participantes estuvieron muy indecisos respecto de esta propuesta, puesto que parecía ofrecer la

opción más fácil del "perjuicio grave" del artículo XVI, en vez del criterio de "perjuicio importante" del artículo VI.

Se debatió también intensamente la cuestión de si se debía reconocer a los gobiernos la facultad de tomar unilateralmente medidas provisionales al amparo del artículo XXIII. Para muchos países resultaba inaceptable que se solicitasen medidas unilaterales de esta índole sin el examen de un órgano internacional, aunque reconocían la necesidad de actuar con rapidez y estaban dispuestos a que se fijasen plazos estrictos para las intervenciones del Comité de Signatarios.

Otra cuestión clave en las negociaciones fue si estas normas sobre subvenciones y derechos compensatorios debían aplicarse por igual tanto a los productos agropecuarios como a los industriales.

Desde un comienzo los principales países exportadores de productos agropecuarios habían sostenido firmemente que ambos sectores debían estar sujetos a las mismas reglas, en tanto que otros participantes pensaban lo contrario.

Se acordó que los minerales, hasta entonces considerados como productos primarios a los que era aplicable el párrafo tercero del artículo XVI del Acuerdo General, quedarían en el futuro clasificados como productos manufacturados y les sería aplicable el párrafo cuarto de dicho artículo.

En definitiva, lo que se hizo fue determinar con mayor precisión las modalidades en virtud de las cuales las subvenciones a la exportación de productos primarios podían hacer que el país exportador se adjudicara más de una parte equitativa del comercio mundial de exportación.

La cuestión del trato especial y diferenciado para los "países en desarrollo" fue planteada muchas veces. Estos países insistían en que las subvenciones eran parte integrante de sus programas de desarrollo económico y deseaban que en las negociaciones se enunciara con más claridad su derecho a continuar subvencionando las exportaciones de productos, tanto primarios como no primarios.

Los países en desarrollo sostenían que los países desarrollados debían abstenerse de conceder subvenciones cuando éstas fueran en detrimento de las exportaciones efectuadas por países en desarrollo a sus mercados o a las de terceros países. Además, deseaban que se limitase el derecho de los países desarrollados a adoptar contramedidas respecto de las exportaciones subvencionadas procedentes de países en desarrollo, propuesta que a los países desarrollados les resultaba difícil de aceptar si las exportaciones causaban un "perjuicio importante".

Hacia finales de 1978, los países en desarrollo propusieron que se incluyera una disposición con arreglo a la cual se comprometían a aplicar sus políticas de subvenciones a la exportación, de manera tal que no se causara un perjuicio grave a una rama de la producción nacional del país importador.

A su juicio, disponían de suficiente información sobre las industrias y sobre los productos sensibles de los países importadores como para estar en condiciones de decidir con conocimiento de causa. Sostenían que una disposición de esa índole era suficiente. Por otro lado, algunos países desarrollados sostenían que los países en desarrollo debían eliminar progresivamente sus subvenciones a la exportación a medida que sus economías se fueran desarrollando.

Estos y otros aspectos siguieron siendo objeto de negociaciones bilaterales y plurilaterales intensivas entre países desarrollados y en desarrollo casi hasta el final de marzo de 1979, negociaciones que permitieron encontrar cierto número de soluciones de transacción, y que dieron origen, en definitiva, al citado Código de Subvenciones y Derechos Compensatorios.

III. ANALISIS DEL CODIGO DE SUBVENCIONES Y DERECHOS COMPENSATORIOS

(Acuerdo relativo a la Interpretación y Aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio)

III. I. DISPOSICIONES GENERALES EN MATERIA DE SUBVENCIONES

1. CONCEPTO DE SUBVENCIONES

El Código de Subvenciones no define lo que debe entenderse por "subvenciones". A pesar de ello, podemos considerarlas como cualquier prima o subsidio que concede el gobierno de un Estado, en forma directa o indirecta, para la fabricación, producción o exportación de un bien o servicio, debiendo tener presente en todo caso, que en la actualidad, ni el GATT ni el Código de Subvenciones reglan lo que se refiere a servicios, sino solamente lo relativo a productos. Como explicáramos, constituye una práctica común en muchos países el otorgar subvenciones a la industria nacional a fin de enfrentar en mejor forma y con alguna ventaja el mercado externo.

El Código de Subvenciones reconoce expresamente que los gobiernos utilizan subvenciones para promover la consecución de

importantes objetivos de política social y económica. Tales conductas, per se, no configuran un ilícito que amerite sanción.

Por otro lado, se reconoce que las subvenciones pueden ocasionar efectos desfavorables en las economías de los países importadores de mercaderías subvencionadas. Por lo anterior, se dispone que las partes signatarias del Código de Subvenciones pueden otorgar algún tipo de ayuda o subsidios, siempre y cuando la utilización de la misma no cause un daño a la producción nacional de otro signatario, o una anulación o menoscabo de los beneficios que derivan directa o indirectamente del Acuerdo General del GATT, o bien, en términos más generales, un "perjuicio grave" a los intereses de otro signatario.

Los efectos desfavorables para los intereses de otro signatario, necesarios para demostrar la anulación o el menoscabo, o bien el perjuicio grave, pueden deberse precisamente a los efectos de las importaciones subvencionadas en el mercado interno del país importador, o porque la subvención tiene por efecto desplazar u obstaculizar las importaciones de productos similares en el mercado del país que la concede, o bien, porque las exportaciones subvencionadas desplazan las exportaciones de productos similares de otro país exportador del mercado objeto de la subvención.

2. NOTIFICACION DE LAS SUBVENCIONES

2.1. CONCEPTO

El artículo XVI, párrafo primero, del Acuerdo General del GATT, dispone que si una parte contratante concede o mantiene una "subvención", incluida toda forma de protección de los ingresos o de sostén de los precios que tenga, directa o indirectamente, por efecto aumentar las exportaciones de un producto cualquiera del territorio de dicha parte contratante, o reducir las exportaciones de este producto en su territorio, esta parte contratante debe notificar por escrito a las demás la importancia y la naturaleza de la subvención, los efectos que estime ha de ocasionar en las cantidades del producto o de los productos en referencia importados o exportados por ella, y la circunstancia que haga necesaria la subvención.

Por su parte, el Código de Subvenciones reconoce como derecho a los signatarios el solicitar por escrito información acerca de la naturaleza y alcance de cualquier subvención concedida o man-

tenida por otro signatario, con inclusión de cualquier forma de protección de los ingresos o de sostén de los precios que tenga, directa o indirectamente, por efecto aumentar las exportaciones de un producto desde un territorio o reducir las exportaciones de productos en su territorio.

Todo país al que se haya solicitado tal información, debe proporcionarla con la mayor rapidez posible y en forma completa, y habrá de estar dispuesto a facilitar, cuando así se le pida, información adicional al signatario solicitante. Cualquier signatario que considere que la información solicitada no ha sido suministrada, podrá someter la cuestión a la atención del Comité de Subvenciones. Sin perjuicio de lo anterior, podrá someter la cuestión al conocimiento de la otra parte signataria. Si después de ello no es notificada con prontitud la práctica de dicha subvención, el país interesado podrá proceder a notificarla al mismo Comité.

2.2. PROBLEMAS CON RELACIÓN A LAS NOTIFICACIONES

En la esfera de las subvenciones, la situación no es suficientemente transparente. En primer lugar, sólo unas treinta de las noventa y tres partes contratantes presentan con mayor o menor regularidad notificaciones en el marco del procedimiento pertinente del GATT. En segundo lugar, no se notifican diversas prácticas que, al menos en razón de sus efectos, deben considerarse subvenciones en el sentido del artículo XVI del GATT. Como no existe una definición acordada de subvención, las partes contratantes disponen de un margen considerable para optar por las prácticas que han de notificarse. Sucede que una misma práctica, con unos mismos efectos comerciales, es objeto de notificación por una parte contratante, mientras que otra estima que no constituye subvención. Otro ejemplo: en el sector agropecuario no se notifican normalmente las transacciones no comerciales (v. gr.: las de ayuda alimentaria). Además se plantea la cuestión de si determinados tipos de transacciones especiales (como, por ejemplo, los acuerdos de trueque o de compensación industrial) contienen elementos de subvención, y deben, por tanto, notificarse. No se notifican nunca las operaciones de los organismos comerciales estatales o paraestatales realizadas directamente en el marco de acuerdos a largo plazo entre gobiernos. En el sector industrial, la situación es aún menos transparente; sólo recientemente algunas partes han decidido cumplir las obligaciones que a este respecto les impone el artículo XVI, y en muchos casos esas notificaciones

son demasiado generales o parciales para que puedan considerarse satisfactorias. En concreto, sólo algunas partes contratantes facilitan la información sobre la incidencia de la subvención, los efectos cuantitativos de la subvención en el comercio y la cuantía o importe de la subvención, como exige el Acuerdo General del GATT.

2.3. PLANTEAMIENTOS FORMULADOS EN EL COMITÉ DE SUBVENCIONES SOBRE NOTIFICACIONES

En relación con los problemas antes descritos, el Comité de Subvenciones ha hecho los siguientes planteamientos:

- a) Siempre que una parte contratante tenga motivo para creer que una subvención pueda tener un efecto comercial, directo o indirecto discernible, debe notificar esa subvención.
- b) La decisión definitiva de si se notifica o no, queda a juicio del país que presenta la notificación; sin embargo, tal juicio debe ejercitarse con especial cuidado, y en la duda de si una medida debe o no notificarse, las partes contratantes deberían decidir en favor de su notificación.
- c) Teniendo en cuenta el importante objetivo de transparencia, la notificación no puede basarse únicamente en la evaluación hecha por el gobierno o país que concede la subvención de si un programa concreto está o no comprendido en el ámbito del artículo XVI del Acuerdo General del GATT.
- d) Un procedimiento que exija la notificación de todas las medidas que puedan constituir subvención, sería perjudicial para el objetivo de transparencia. Es preferible un procedimiento flexible y pragmático mediante el cual los datos esenciales puedan utilizarse de manera racional para sacar conclusiones.
- e) Se propuso como definición de subvención la siguiente: "La transferencia de recursos públicos a un sector concreto de actividad económica, de manera que pueda resultar discriminatoria para los otros posibles beneficiarios nacionales de ese tipo de transferencia". En esta definición no entrarían las subvenciones no destinadas a beneficiar a un usuario concreto, como por ejemplo las ayudas a escuelas agrícolas.
- f) Las subvenciones que responden a objetivos sociales, especialmente a los mencionados en el artículo XI, párrafo primero, del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, qui-

zás no tienen efectos comerciales; sin embargo, no debería excluirse a priori de la notificación ningún tipo de programa de subvención sobre la base de que no tiene efectos comerciales o de que el supuesto efecto comercial es insignificante. Esto debe juzgarse mediante un examen de las circunstancias propias de cada caso, y las partes contratantes que hagan la notificación deben efectuarlo con especial cuidado.

g) Las instituciones o entidades monopólicas estatales, paraestatales o privadas con ayuda oficial que compran o venden y/o establecen reglamentos relativos al comercio privado, pueden seguir políticas o incurrir en prácticas que ejerzan efectos comerciales apreciables y que quedarían comprendidas en el ámbito del artículo XVI. Estas políticas y prácticas deben, por tanto, notificarse.

h) Los procedimientos contemplados en el artículo VII del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias deben utilizarse para llenar efectivamente las lagunas que se produzcan por ser incompletas las notificaciones hechas conforme al artículo XVI. En particular, dichos procedimientos pueden utilizarse para conseguir una explicación de los motivos por los que se ha estimado que una determinada medida no debe notificarse. Los procedimientos previstos en el artículo VII del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias son bilaterales en su primera fase. Si la información solicitada no se presenta en la fase bilateral, cualquier parte interesada tiene derecho en virtud de los artículos VII, párrafos segundo y tercero, a someter la cuestión a la atención del Comité. Toda notificación hecha a éste debe distribuirse de conformidad con las prácticas establecidas.

i) En la institucionalización de un sistema de contranotificación podría existir cierto peligro de que determinadas partes contratantes estimasen que ello les dispensaría de notificar.

3. SUBVENCION A LAS EXPORTACIONES DE PRODUCTOS PRIMARIOS

3.1. CONCEPTO

El artículo XVI del Acuerdo General del GATT, en sus párrafos segundo y tercero, dispone que las partes contratantes reconocen que la concesión de una subvención a la exportación de un producto puede tener consecuencias perjudiciales para otras partes contratantes. Lo mismo si se trata de países importadores, como si

se trata de países exportadores. Reconocen, igualmente, que ello puede provocar perturbaciones injustificadas en sus intereses comerciales normales y constituir un obstáculo para la consecución de los objetivos del Acuerdo General del GATT. Por lo tanto, estiman que las partes contratantes deben esforzarse por evitar la concesión de subvenciones a la exportación de productos básicos. No obstante, si una parte contratante concede directa o indirectamente, en la forma que sea, una subvención que tenga por efecto aumentar la exportación de un producto básico procedente de su territorio, esta subvención no debe ser aplicada de manera tal que dicha parte contratante absorba más de una parte equitativa del comercio mundial de exportación del producto en cuestión, teniendo en cuenta las que absorbían las partes contratantes en el comercio de este producto durante un período de referencia anterior, así como todos los factores especiales que puedan haber influido o influir en el futuro en el comercio de que se trata.

Se ha entendido conforme al párrafo 2 de la sección b de la nota al artículo XVI del Acuerdo General, que la expresión "productos básicos" significa todo producto agrícola, forestal, de la pesca o de cualquier mineral (con la salvedad que se expresa en el párrafo siguiente), ya sea que se trate de un producto en su forma natural, ya sea de un producto que haya sufrido la transformación que requiere comúnmente la venta en cantidades importantes en el mercado internacional.

Por su parte, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, en su artículo X, viene a repetir en cierta medida lo ya expresado en el sentido de que las partes contratantes quedan obligadas a no conceder, directa o indirectamente, ninguna de las subvenciones a las exportaciones de ciertos productos primarios de forma que ello produzca que un asignatario absorba más de una parte equitativa del comercio mundial de exportación de un determinado producto, tomando en consideración la situación del mercado en el período anterior a dicha práctica. Debe tenerse presente que para los efectos del Código de Subvenciones, se entiende por ciertos productos primarios, aquellos referidos en el párrafo precedente, con la excepción de cualquier mineral.

Luego el mismo Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias define lo que debe entenderse por "más de una parte equitativa del comercio mundial de exportación", entendiéndose por ello cualquier caso en que el efecto de una subvención a la exportación concedida por un signatario tenga por objeto desplazar las exportaciones de otro signatario, teniendo presente, por cierto, la evolución de los mercados mundiales.

Más Adelante, se señala que la determinación de "la parte equitativa del comercio mundial de exportación" se efectuará, en el caso de los nuevos mercados, teniendo en cuenta la estructura tradicional de la oferta del producto considerado en el mercado mundial y en la región o país en que el nuevo mercado está situado. Y por último, indica que la expresión "un período representativo anterior" debe entenderse habitualmente como los tres años más recientes en los que las condiciones hayan sido normales en el mercado.

3.2. PROBLEMAS EN RELACIÓN CON LAS SUBVENCIONES A LA EXPORTACIÓN DE PRODUCTOS PRIMARIOS

Las mayores dificultades con relación a este tema han surgido con el concepto de "más de una parte equitativa" enunciado en el párrafo tercero del artículo XVI del Acuerdo General del GATT. El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, en su artículo X, trató de dar precisión al párrafo tercero del artículo XVI del Acuerdo General del GATT, pero no siempre se ha estimado que sirva de orientación clara para su interpretación. En consecuencia, una serie de casos en que está en juego el concepto de "más de una parte equitativa" han quedado sin solución satisfactoria y, algunos de ellos, han provocado la utilización de subvenciones como medida de retorsión. La aplicación, caso por caso, de este concepto ha revelado sus imprecisiones y, sobre todo, el hecho de que se refiere en gran medida a nociones que escapan a criterios objetivos. Existe, por ejemplo, suficiente imprecisión en este concepto para que los países que utilizan subvenciones a la exportación puedan aducir que tales subvenciones no tienen como resultado la obtención de "más de una parte equitativa". Asimismo, no siempre es posible demostrar una relación causal entre la subvención y el incremento de dicha parte del "comercio". Es, igualmente, imposible establecer líneas generales de jurisprudencia basándose en las decisiones de los grupos especiales, y, en ocasiones, se han dado interpretaciones divergentes. Ha sido relativamente difícil para los grupos especiales, apoyándose en hechos y estadísticas, determinar si existía subvención y si se había producido un aumento de la parte del mercado absorbida por un país y una disminución de la parte correspondiente a sus competidores. Además, puede haber interpretaciones discrepantes en orden a la naturaleza y pertinencia de los factores "especiales" mencionados en el párrafo tercero del artículo XVI y en el artículo X

del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y, por otro lado, de "las condiciones normales del mercado", lo que causa confusión en cuanto a la relación causal entre las subvenciones y el incremento de la parte del mercado. Hay también cierta ambigüedad por lo que respecta al alcance exacto del párrafo tercero del artículo XVI del referido Acuerdo General del GATT y del artículo X del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, y de las cuestiones relativas a la "reducción artificial de los precios", los "nuevos exportadores" y al papel de las "ventas no comerciales".

3.3. PLANTEAMIENTOS FORMULADOS EN EL COMITÉ DE SUBVENCIONES SOBRE SUBVENCIONES A LA EXPORTACIÓN DE PRODUCTOS PRIMARIOS

Frente a los problemas descritos en el número anterior, el Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias ha hecho las siguientes propuestas, las que pueden dividirse en tres grandes grupos:

- A. Mejoramiento del marco existente de normas y disciplinas.
- B. Nuevo marco para limitar el uso de subvenciones a la exportación y los efectos desfavorables de las mismas.
- C. Interpretación uniforme y aplicación efectiva de los artículos VIII, IX y X del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

En este último punto, parece importante destacar que una definición más precisa de los "factores especiales" sería muy útil para la aplicación práctica de la noción de "más de una parte equitativa". Una posible solución, tal vez, fuese aclarar que los factores especiales son aquellos que se pueden considerar excepcionales o temporales y no sometidos al control del país objeto de la reclamación, es decir, que no figuran entre las condiciones normales del mercado.

A continuación figuran algunos ejemplos ilustrativos de estos factores especiales:

- a) La prohibición o una limitación cuantitativa similar de las exportaciones del producto considerado procedente del país reclamante o de las exportaciones originarias del mismo.
- b) La decisión de un país con comercio de Estado o de un país que explota un monopolio del producto considerado, de sustituir, por razones políticas, las exportaciones procedentes del país reclamante por las de otro país o países.

c) Los desastres naturales, las malas cosechas u otros casos de fuerza mayor que afecten sustancialmente a las cantidades, las calidades o los precios del producto disponible para la exportación del país reclamante.

d) La existencia de un acuerdo de productos básicos que limite las exportaciones del país reclamante.

e) La disminución voluntaria y marcada de las cantidades del producto considerado disponible para la exportación en el país reclamante; y,

f) La realización por el país reclamante de importantes transacciones no comerciales en el mercado del país o países exportadores que induzca al país o países objeto de la reclamación a otorgar subvenciones con el fin de ser competitivos.

Por otro lado, existen otros factores que, si bien pueden considerarse características especiales de un mercado dado, no son excepcionales o imprevisibles, pues pertenecen a la esfera de las consideraciones comerciales que caracterizan a un mercado particular, por lo que no deben calificarse de factores especiales en el sentido del párrafo primero del artículo X. Algunos ejemplos de esas consideraciones comerciales y de otra clase, son los siguientes:

a) Los vínculos históricos entre el país que concede la subvención y el país o países exportadores.

b) Los cambios en los gustos de los consumidores en el país o países exportadores.

c) Los gustos particulares o las demandas dietéticas en el país o países exportadores.

d) La diferencia de los costos de transporte y otros factores conexos entre el país que concede la subvención y los demás países en sus exportaciones al país o países exportadores.

e) La situación geográfica y las condiciones climáticas del país que concede la subvención.

f) Las técnicas de comercialización de los respectivos comerciantes.

4. SUBVENCION A LA EXPORTACION DE PRODUCTOS QUE NO SON PRIMARIOS

4.1. CONCEPTO

El artículo XVI del GATT, en su párrafo cuarto, dispone que, a partir del 1º de enero de 1958 o lo más pronto posible, las partes contratantes dejarán de conceder directa o indirectamente toda

subvención, de cualquier naturaleza que sea, a la exportación de cualquier producto que no sea un producto básico y que tenga como consecuencia rebajar su precio de venta de exportación a un nivel inferior al del precio comparable pedido a los compradores del mercado interior por el producto similar.

Por su parte, el artículo IX del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, relativo a esta materia, dispone terminantemente que los signatarios no otorgarán subvenciones a la exportación de productos que no sean ciertos productos primarios. Como vemos, este artículo IX es mucho más categórico que el artículo pertinente del Acuerdo General del GATT.

4.2. PROBLEMAS CON RELACIÓN A LA EXPORTACIÓN DE PRODUCTOS QUE NO SEAN PRIMARIOS

Los problemas suscitados con respecto a la interpretación y aplicación de las disposiciones pertinentes del Código de Subvenciones, se refieren principalmente a los cuatro siguientes puntos.

4.2.1. Distinción entre productos primarios y productos que no son primarios. La diferencia cualitativa más importante en materia de obligaciones relativas a las subvenciones a la exportación es la que existe entre los productos primarios y los productos que no son primarios. Como las subvenciones a la exportación de éstos últimos están prohibidas, por lo menos para algunas partes contratantes, con independencia de sus consecuencias, mientras que las subvenciones a las exportaciones de productos primarios no lo están, la clasificación de un producto en una u otra categoría puede tener consecuencias muy graves. Sin embargo, algunas partes contratantes parecen considerar todos los productos agropecuarios, sea en su forma natural o elaborados, como productos primarios, con lo cual sólo quedan sometidos a las obligaciones establecidas en el párrafo tercero del artículo XVI. Debido a ello, varias partes contratantes han estimado que la prohibición de las subvenciones a la exportación no se aplica a los productos agropecuarios elaborados. No obstante, el texto del Acuerdo General del GATT aclara que la distinción entre los párrafos tercero y cuarto del artículo XVI no se refiere a productos agropecuarios o no agropecuarios, sino a productos primarios y productos que no son primarios, es decir, productos elaborados.

4.2.2. Concesión de subvenciones a componentes primarios de productos elaborados. El párrafo cuarto del artículo XVI del

Acuerdo General y el artículo IX del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias han suscitado otro problema. El texto de estas disposiciones prohíbe las subvenciones a la exportación de todos los productos elaborados; sin embargo, algunas partes contratantes han utilizado durante mucho tiempo la práctica de subvencionar productos primarios incorporados a productos agropecuarios elaborados y luego exportarlos. Algunas partes contratantes cuestionan enérgicamente estas prácticas basándose en argumentos jurídicos. Además, si se permitiera la subvención de componentes, que son productos primarios, no habría —de conformidad con las disposiciones existentes— disciplinas aplicables efectivamente a los productos primarios subvencionados e incorporados a productos elaborados exportados, en cuanto se refiere a los párrafos tercero y cuarto del artículo XVI del Acuerdo General del GATT, y los artículos IX y X del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias. Ha resultado, entonces, imposible resolver estos desacuerdos debido a las discrepancias fundamentales existentes en cuanto a la legalidad de dichas prácticas.

4.2.3. Cierta contradicción entre el artículo IX del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y el párrafo D de la lista ilustrativa de subvenciones contenidas en su Anexo. Se ha expresado la opinión de que existe cierta contradicción entre la rotunda prohibición del artículo IX del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y el párrafo D de la lista ilustrativa. Se debe admitir que si bien el párrafo D contiene ambigüedades, permite una interpretación conforme a la cual no sólo los componentes que sean productos primarios, sino que también cualquier componente utilizado en la fabricación de un producto exportado, pueden, bajo ciertas condiciones (es decir, el suministro material de componentes que están efectivamente disponibles), ser subvencionados para cubrir la diferencia existente entre el precio interno y el del mercado mundial. En particular, las consecuencias económicas que tendría para el mercado de exportación un sistema compatible con el párrafo D podrían ser iguales a las de la práctica de subvencionar los productos primarios incorporados a productos agropecuarios elaborados y exportados.

4.2.4. Prácticas en materia de créditos a la exportación. En varios foros del GATT se han expresado preocupaciones con respecto a ciertas prácticas en materia de créditos a la exportación. Esta cuestión aun puede dar lugar a desavenencias. El problema reside en que algunas de las obligaciones derivadas del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias se han definido

en relación con un acuerdo o acuerdos que han sido celebrados y que funcionan por voluntad de algunas partes contratantes al margen y con independencia del GATT. Además, existen opiniones divergentes sobre la cuestión de si un crédito a la exportación de tipo inferior al tipo efectivo del mercado, pero compatible con un acuerdo de esa clase, es: a) pese a ello una subvención, aunque no prohibida; o bien, b) no constituye una subvención en absoluto.

Esto tiene consecuencias a la hora de determinar si ciertas clases de crédito a la exportación están o no sometidas al requisito de notificación previsto en el párrafo primero del artículo XVI.

4.3. PLANTEAMIENTOS FORMULADOS EN EL COMITÉ DE SUBVENCIONES SOBRE SUBVENCIONES A LA EXPORTACIÓN DE PRODUCTOS NO PRIMARIOS

El presidente del Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias ha señalado que la redacción del párrafo primero del artículo IX parece bastante clara: esa disposición prohíbe la concesión de subvenciones a la exportación de productos que no sean productos primarios. Tal prohibición se formula de manera incondicional, es decir, que no se subordina a otras consideraciones, como la de ser componente primario del producto elaborado, los métodos de producción, las modalidades de venta, etc.

Si el párrafo primero del artículo IX se interpretase en el sentido de permitir la subvención de los productos primarios componentes, el alcance y consecuencias del artículo IX se reducirían, entonces, de manera radical, ya que la mayoría de los productos elaborados contienen productos primarios. Sin embargo, parece existir cierta contradicción, según se señalara, entre la prohibición categórica del artículo IX y el párrafo D de la lista ilustrativa. Pero ello es más aparente que real. Por otro lado, existe también una zona gris entre el artículo IX y el artículo X. Un país que subvenciona las exportaciones de un producto primario lo pone a disposición de los productores extranjeros a un precio reducido. Así pues, parece económicamente incorrecto negar los mismos beneficios a sus productores nacionales. También se aduce que una razón de subvencionar las exportaciones de un producto primario es la necesidad de colocar los excedentes. Creemos, no obstante, que el procedimiento más adecuado que ha de utilizarse en tal situación es fomentar su consumo interior, pero restrictivamente, es decir, ofrecer esos productos a la industria elaboradora nacional a precios competitivos en relación con el mercado mundial.

Es necesario, por tanto, solucionar los problemas arriba indicados, evitando posibles interpretaciones que permitan la subvención, sin límite, sobre la base de que cada producto elaborado contiene componentes primarios. Además es necesario, entonces, colmar la laguna existente entre el artículo IX y el artículo X y abordar la cuestión de la igualdad económica en el trato de los productores nacionales que producen para la exportación y los productores extranjeros que utilizan productos primarios subvencionados.

Por su parte, la Secretaría Técnica del Comité de Subvenciones a las Exportaciones ha señalado que una posible interpretación del apartado D de la lista ilustrativa del Código de Subvenciones es que, en ciertas condiciones, todo producto agropecuario primario usado como insumo en la producción de una mercancía exportada puede ser subvencionado para compensar la diferencia entre el precio de dicho insumo en el mercado interno y el que rija en el mercado mundial. Otra posible interpretación es que la base "condiciones comerciales que se ofrezcan a sus exportadores en los mercados mundiales" ha de entenderse en el sentido de que el grado de subvención autorizada queda limitado a la diferencia entre el precio interno de la producción del insumo en cuestión y el precio comercial que efectivamente pueden obtener de dicho insumo los productores de la mercancía exportada correspondiente, es decir, por el precio franco frontera y despachado de aduana. En el presente contexto, es algo dudoso que sea significativo el hecho de que a esos productores se les devuelva el importe del derecho de aduana —lo que por lo menos fomentaría el comercio internacional—, o el que los productores para la exportación establecidos en terceros países tengan acceso a las materias primas agropecuarias a precios de mercado mundial subvencionado, quizás porque el régimen de importación sea más liberal.

Comoquiera que sea, no es probable que este conflicto pueda resolverse mientras no se decida si las difundidas prácticas de subvencionar, directa o indirectamente, a los productores agropecuarios primarios incorporados deben ser autorizadas, prohibidas o limitadas. En este sentido, un enfoque que comprendería elementos tanto de limitación como de prohibición, consistiría en:

a) Limitar el método de subvención al suministro franco almacén al precio del mercado mundial del producto agropecuario primario usado como insumo por los productores para la exportación, en el caso de aquellos productos respecto de los cuales exista una cotización internacional reconocida;

b) Someter las exportaciones subvencionadas —del modo indicado en la letra a) precedente— de productos agropecuarios elaborados a las disciplinas de una versión reforzada del párrafo primero del artículo XVI, en la que se consideraría que hay un perjuicio grave a menos que el país exportador subvencionante pueda dar pruebas positivas de que el mismo insumo agropecuario producido internamente le ha sido suministrado a un precio no inferior al vigente en el mercado mundial;

c) Prohibir la subvención de todo producto agropecuario primario incorporado a un producto elaborado cuando el "valor añadido" por el primero, al segundo, sea superior a un tanto por ciento del valor de este último.

5. SUBVENCIONES DISTINTAS DE LAS SUBVENCIONES A LA EXPORTACION

5.1. CONCEPTO

En esta materia conviene consignar lo que dispone el artículo XVI, en su párrafo primero, del Acuerdo General del GATT. Se señala que si una parte contratante concede o mantiene una subvención, incluida toda forma de protección de los ingresos o de sostén de los precios que tenga, directa o indirectamente, por efecto aumentar las exportaciones de un producto cualquiera del territorio de dicha parte contratante, o reducir las importaciones de estos productos en su territorio, esta parte contratante notificará por escrito a las otras la importancia y la naturaleza de la subvención, los efectos que estime ha de ocasionar en las cantidades del producto o de los productos de referencia importados o exportados por ella, y las circunstancias que hagan necesaria la subvención.

En todos los casos en que se determine que dicha subvención causa o amenaza causar un perjuicio grave a los intereses de otra parte contratante, la parte contratante que la haya concedido examinará, previa invitación en este sentido, con la otra parte contratante, o las otras partes interesadas, la posibilidad de limitar la subvención.

Por su parte, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias dispone que los signatarios reconocen que las subvenciones distintas de las subvenciones a la exportación se utilizan ampliamente como instrumentos importantes para promover la consecución de objetivos de política social y económica y que no

pretenden restringir el derecho de los signatarios de recurrir a la autorización de tales subvenciones a fin de lograr estos y otros importantes objetivos que consideren convenientes. Los signatarios toman nota de que entre tales objetivos se cuentan los siguientes:

a) Eliminar las desventajas industriales, económicas y sociales de determinadas regiones.

b) Facilitar, en condiciones socialmente aceptables, la reestructuración de ciertos sectores, sobre todo cuando sea necesaria como consecuencia de modificaciones operadas en la política comercial y económica, con inclusión de acuerdos internacionales que se traduzcan en la reducción de los obstáculos al comercio.

c) En general, sostener los niveles de empleo y alentar la reeducación profesional y el cambio de empleo.

d) Fomentar los programas de investigación y desarrollo, en especial por lo que se refiere a las producciones de tecnología avanzada.

e) Aplicar políticas y programas económicos destinados a fomentar el desarrollo económico y social de los países en desarrollo; y,

f) Efectuar una redistribución geográfica de la industria con objeto de evitar la congestión y los problemas del medio ambiente.

Las partes signatarias reconocen, no obstante, que las subvenciones distintas de las subvenciones a la exportación, algunos de cuyos objetivos y posibles formas se describen en los párrafos primero y tercero del artículo XI, respectivamente, pueden causar o amenazar causar un daño a una producción nacional de otro signatario, o un perjuicio grave a los intereses de otra parte, o bien anular o menoscabar los beneficios que para otro signatario se deriven del Acuerdo General del GATT, en particular cuando tales subvenciones influyen desfavorablemente en las condiciones de competencia normal.

Los signatarios han de tratar, por lo tanto, de evitar que la utilización de tales subvenciones produzcan dichos efectos, en especial al establecer sus políticas y prácticas en esta esfera. Los signatarios, además de evaluar los objetivos esenciales que persigan en el plano interno, han de tener también en cuenta, en la medida de lo posible, los efectos eventualmente desfavorables sobre el comercio internacional. También tendrán presentes las condiciones del comercio, la producción y la oferta mundiales del producto de que se trate.

Los signatarios reconocen que los objetivos antes enunciados en las letras a) a la f) pueden lograrse, entre otros medios, a través de subvenciones destinadas a dar una ventaja a determinadas empresas. Las siguientes son algunas de las formas que pueden adoptar tales subvenciones: financiación por el Estado de empresas comerciales, incluso mediante donaciones, préstamos o garantías; prestación por el Estado, o con financiamiento estatal, de servicios públicos de distribución de suministros u otros servicios o medios operacionales o de apoyo; financiación por el Estado de programas de investigación y desarrollo; incentivos fiscales y suscripción o aportación por el Estado de capital social.

Los signatarios toman nota de que esas formas de subvención se conceden normalmente por regiones o por sectores. La anterior enumeración no es exhaustiva, sino ilustrativa, y refleja las subvenciones que actualmente conceden cierto número de signatarios del Código de Subvenciones.

Los signatarios reconocen, sin embargo, que dichas formas de subvención deben ser objeto de examen periódico. Procede efectuar consultas, de conformidad con el espíritu del párrafo quinto del artículo XVI del Acuerdo General del GATT.

Por último, los signatarios reconocen, además, que sin perjuicio de los derechos que les confiere el presente Acuerdo, las disposiciones de los párrafos primero a tercero, y en particular la enumeración de las formas que adoptan las subvenciones, ellas no proporcionan de por sí base alguna para tomar medidas al amparo del Acuerdo General del GATT.

5.2. PROBLEMAS EN RELACIÓN CON LAS SUBVENCIONES DISTINTAS A LAS SUBVENCIONES A LA EXPORTACIÓN

Son varios los problemas surgidos en este aspecto. En el Acuerdo General del GATT no se limita su utilización, y la condición de no causar un perjuicio a los intereses de las demás partes contratantes es muy vaga. En particular, no queda claro quién tiene que hacer la determinación de la existencia del perjuicio, cómo ha de evaluarse éste y si la obligación de examinar la posibilidad de limitar la subvención implica que la parte contratante que la otorga debe adoptar medidas para limitarla. El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias ha aportado ciertos criterios rectores a estos aspectos, en el sentido de que los signatarios están obligados a tratar de evitar que la utilización de subvenciones produzca efectos desfavorables para los intereses de otro signatario. Se establece también un procedimiento para determinar la existencia de efectos desfavorables y adoptar medidas para corre-

girlos. En la medida en que esos efectos se produzcan en el mercado interno del país importador, se les ha hecho frente mediante la utilización de "derechos compensatorios". Como el país importador tiene un arma eficaz contra tales efectos, los problemas son más bien los posibles abusos de esa arma. Sin embargo, por lo que respecta a los efectos desfavorables que puedan producirse en el mercado interno del país que otorga la subvención o en el de terceros países, las obligaciones de que se evite causarlos impuestas por el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, son difíciles de hacer cumplir.

5.3. PLANTEAMIENTOS FORMULADOS EN EL COMITÉ DE SUBVENCIONES SOBRE SUBVENCIONES DISTINTAS A LAS DE EXPORTACIÓN

Se ha estimado que lo prescrito en el párrafo primero del artículo XVI del Acuerdo General del GATT, en el sentido de limitar las subvenciones que las partes contratantes hayan determinado que causan o amenazan causar un perjuicio grave, debe convertirse en una obligación de adoptar "las medidas correctivas adecuadas".

Por otro lado, se ha estudiado la posibilidad de fijar criterios para enfocar "el perjuicio grave" como desplazamiento global y/o descenso de ingresos para los productores que dependen económicamente del acceso a los mercados mundiales y de los precios imperantes en éstos.

En cuanto al desplazamiento global, se contempla una situación en la cual, si bien hay un aumento sustancial del nivel global de las exportaciones subvencionadas, esto no se refleja necesariamente en mercados determinados. En tal caso, debía bastar para establecer una presunción de perjuicio grave demostrar que había subvención y que se habían aumentado las exportaciones totales. Correspondería, entonces, al demandado la carga de demostrar que el aumento de las exportaciones no era resultado de la subvención ni de operaciones asistidas. Si esto no llegara a justificarse, se entendería que había quedado demostrado el desplazamiento global de los otros países del mercado respectivo, autorizándolos para adoptar de inmediato medidas correctoras.

En cuanto al nexo entre los precios y el perjuicio grave, es claro que no puede considerarse un descenso de los precios como suficiente para relevar de la carga de la prueba. En tal situación procedería definir varios elementos o indicadores que, de quedar comprobados, constituirían presunción de perjuicio a través de los precios. Entre esos elementos podrían figurar los siguientes: el

aumento de las operaciones subvencionadas en terceros mercados; el crecimiento de las existencias unido a un sistema de sostenimiento de los precios que no estuviera orientado en función de las tendencias del consumo interno; el aumento de las subvenciones concedidas globalmente o en relación con determinados mercados. Cabría la posibilidad de que se requieran otros indicadores; sin embargo, es fundamental idear los medios de establecer, en el marco de un procedimiento mejorado de solución de diferencias, una vinculación entre los efectos desfavorables de los precios y el perjuicio.

Al aplicar estos indicadores habría que distinguir entre proveedores tradicionales y proveedores esporádicos, y entre exportadores que conceden subvenciones y exportadores que no lo hacen. Asimismo, habría de estudiarse la posibilidad de fijar un período de referencia para establecer las tendencias (por ejemplo, tres años) y los criterios determinantes de los precios relativos. En el caso de algunos productos, la existencia de cotizaciones de bolsas internacionales de productos básicos reconocidas permitiría hacer una comparación entre los precios de exportación subvencionados y los precios competitivos. En el caso de otros productos, podría calcularse el precio de referencia sobre la base de una media ponderada de los precios de exportación de proveedores que no conceden subvenciones y tomando también en cuenta en la fórmula de ponderación la calidad y otros factores pertinentes.

Cuando ninguna de estas técnicas pudiera emplearse y el mercado estuviera abastecido por proveedores que subvencionan y otros que no lo hacen, debería corresponder a quien concede subvenciones demostrar que su precio de exportación a dicho mercado determinado era razonable.

6. CONSULTAS

El artículo XII del Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias dispone que, siempre que un signatario tenga razones para creer que otro signatario concede o mantiene una subvención a la exportación de una manera incompatible con las disposiciones del Acuerdo General del GATT, aquel signatario podrá pedir a este último la celebración de consultas.

Así, siempre que un signatario tenga razones para creer que otro signatario concede o mantiene una subvención y que ésta causa daño a su producción nacional o bien anula o menoscaba los beneficios que para él se deriven del Acuerdo General del

GATT o perjudique gravemente sus intereses, podrá pedir la celebración de consultas.

En toda petición de celebración de consultas deberá figurar una exposición de las pruebas de que se disponga respecto de los siguientes aspectos: a) la existencia y naturaleza de la subvención de que se trate; y b) el daño causado a la producción nacional o, en el caso de anulación o menoscabo, o en el caso de perjuicio grave, los efectos desfavorables que la subvención haya tenido para los intereses del signatario que pide la celebración de consultas.

Si se pide la celebración de consultas de conformidad con lo expuesto anteriormente, el signatario del país que se estime que concede o mantiene subvención deberá responder la consulta lo antes posible. Esa consulta tendrá por objeto dilucidar los hechos del caso y llegar a una solución mutuamente aceptable.

7. CONCILIACION, SOLUCION DE DIFERENCIAS Y CONTRAMEDIDAS AUTORIZADAS

Si en el caso de celebrarse las consultas previstas en el párrafo primero del artículo XII no se llega a una solución mutuamente aceptable dentro de los 30 días siguientes a la petición de celebración de consultas, cualquier signatario que haya participado en las consultas podrá someter la cuestión al Comité de Subvenciones para que aplique el procedimiento de conciliación, con arreglo a lo dispuesto en la parte sexta del Código de Subvenciones. Por otro lado, si en el caso de celebrarse las consultas previstas en el párrafo tercero del artículo XII, no se llegara a una solución mutuamente aceptable dentro, esta vez, del plazo de 60 días siguientes a la petición de celebración de consultas, cualquier signatario que haya participado en ella podrá someter la cuestión al Comité para que igualmente practique el procedimiento de conciliación ya aludido.

Si surgieran diferencias, y ellas no se resolvieran mediante la celebración de consultas o la aplicación del procedimiento de conciliación, el Comité, previa solicitud, examinará la cuestión de conformidad con el mismo procedimiento dispuesto en la parte sexta relativa a la solución de diferencias. Si como resultado de dicho examen el Comité concluye que se concede una subvención a la exportación de manera incompatible con las disposiciones del Acuerdo General del GATT o que se concede o mantiene una subvención de manera tal que se causa daño, anulación o menoscabo o perjuicio grave, hará a las partes las recomendaciones que procedan para resolver la cuestión. En caso de que no se

sigan dichas recomendaciones podrá autorizar la adopción de las "contramedidas" que sean pertinentes, teniendo en cuenta el grado y la naturaleza de los efectos desfavorables comprobados, conforme a las disposiciones pertinentes de la parte sexta del Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias.

8. TRATO ESPECIAL PARA LOS PAISES EN DESARROLLO

8.1. CONCEPTO

El artículo XVI del Acuerdo General del GATT no contiene ninguna disposición especial relativa a los países en desarrollo. Sin embargo, la prohibición de conceder subvenciones a la exportación de cualquier producto que no sea un producto básico es aplicable solamente a las partes contratantes que han firmado la Declaración de 1960 sobre la aplicación efectiva del apartado IV del artículo XVI. Por consiguiente, esta prohibición no obliga a los países en desarrollo.

Por su parte, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, en su artículo XIV, dispone que los signatarios reconocen que las subvenciones son parte integrante de los programas de desarrollo económico de los países en desarrollo.

Por consiguiente, el Código de Subvenciones no impedirá que los países en desarrollo signatarios adopten medidas y políticas de asistencia a sus producciones, incluidas por cierto las del sector exportador. En particular, el compromiso del artículo IX (subvenciones a la exportación de productos que no sean ciertos productos primarios) no será de aplicación a los países en desarrollo signatarios.

Los países en desarrollo signatarios convienen en que las subvenciones a la exportación concedidas a sus productos industriales no serán utilizadas de modo que causen perjuicio grave al comercio o a la producción de otro signatario. No habrá presunción de que las subvenciones a la exportación concedidas por los países en desarrollo signatarios producen efectos desfavorables, según lo dispone el Código de Subvenciones, para el comercio o la producción de otro signatario. Dichos efectos desfavorables deberán ser demostrados con "pruebas positivas" mediante un análisis económico de su impacto en el comercio o en la producción de otro signatario.

Un país en desarrollo signatario procurará asumir un compromiso de reducir o suprimir subvenciones a la exportación cuando la utilización de tales subvenciones no sea compatible con sus necesidades en materia de competencia y desarrollo.

Cuando un país en desarrollo haya contraído dicho compromiso de reducir o suprimir subvenciones a la exportación, los demás signatarios del Código de Subvenciones no estarán autorizados a aplicar las contramedidas previstas en las disposiciones de las partes segunda y sexta del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias contra las subvenciones a la exportación de dicho país en desarrollo, siempre que dichas subvenciones a la exportación estén en conformidad con los términos de dicho compromiso.

En relación con cualquier subvención distinta de una subvención a la exportación concedida por un país en desarrollo signatario, no podrán autorizarse ni tomarse medidas, salvo cuando se haya concluido que tal subvención causa anulación o menoscabo de concesiones arancelarias y otras obligaciones emanadas del Acuerdo General del GATT, de tal modo que desplaza u obstaculiza importaciones de productos similares al mercado del país que concede la subvención, o causa daño a una producción nacional del mercado de un signatario importador en el sentido del artículo VI del Acuerdo General del GATT.

Los signatarios reconocen que en los países en desarrollo los gobiernos pueden desempeñar importantes funciones de fomento al crecimiento y desarrollo económicos. Las intervenciones de estos gobiernos en las economías de estos países no son consideradas per se como subvenciones.

A petición de cualquier signatario interesado, el Comité ha de realizar un examen de una práctica determinada de subvención de las exportaciones de un país en desarrollo signatario, con objeto de ver en qué grado esa práctica está en conformidad con los objetivos del Código de Subvenciones. Si un país en desarrollo ha asumido un compromiso, en aplicación del párrafo quinto de este artículo, no estará sujeto al mencionado examen durante el período de duración de dicho compromiso.

A petición de cualquier signatario interesado, el Comité debe llevar también a cabo exámenes análogos de las medidas mantenidas o adoptadas por los países desarrollados signatarios, con arreglo a las disposiciones del Código de Subvenciones que afecten a los intereses de un país en desarrollo signatario.

Por último, los signatarios reconocen que las obligaciones impuestas por el citado Código, con respecto a las subvenciones a la exportación de ciertos productos primarios, rigen para todos los signatarios.

8.2. PROBLEMAS CON RESPECTO AL TRATO ESPECIAL PARA LOS PAÍSES EN DESARROLLO

El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias prevé el trato especial para los países en desarrollo, sólo en lo que concierne a las subvenciones a la exportación de ciertos productos que no sean primarios (tal como los define el Acuerdo, es decir, excluidos los minerales). Por lo tanto, mantiene la situación jurídica de los países en desarrollo existente en el marco del Acuerdo General del GATT, con una modificación importante: se reconoce formalmente su derecho a conceder subvenciones a la exportación de productos que no sean primarios. Sin embargo, este derecho está sujeto a la condición de que dicha subvención no sea utilizada de modo que cause perjuicio grave al comercio o a la producción de otro signatario. La única disposición del artículo XIV que ha sido debatida en el Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias es el párrafo quinto, que señala lo siguiente: "Un país en desarrollo signatario procurará asumir un compromiso de reducir o suprimir subvenciones a la exportación cuando la utilización de tales subvenciones no sea compatible con sus necesidades en materia de competencia y de desarrollo".

Se ha planteado la cuestión de si los países en desarrollo, al adherirse al Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias, deben asumir necesariamente un compromiso para que los otros signatarios les hagan extensivos los beneficios de dicho Acuerdo, incluida la prueba de existencia de daño al momento de aplicar derechos compensatorios. Las dificultades para la negociación del mencionado compromiso han puesto trabas a la adición de cierto número de países en desarrollo al Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias.

9. COMITÉ DE SUBVENCIONES Y MEDIDAS COMPENSATORIAS

El artículo XVI del Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias crea una importante institución de negociación al interior del GATT: el Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias, que, compuesto de representantes de cada uno de los signatarios del Código de Subvenciones, tiene por misión esencial ser una instancia de negociación y solución de diferencias.

Dicho Comité debe elegir a su Presidente, y se reúne por lo menos dos veces al año siempre que lo solicite un signatario,

según lo previsto en las disposiciones pertinentes del Código. El Comité desempeña las funciones que le son atribuidas en virtud del Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias, o bien las que determinen las partes signatarias, y tiene por objeto darles la oportunidad a los países de celebrar consultas sobre cualquier cuestión relacionada con el funcionamiento del Código de Subvenciones o la consecución de sus objetivos.

Dicho Comité ha de establecer los órganos auxiliares apropiados para la consecución de sus fines específicos. En el desempeño de sus funciones, el Comité o los órganos auxiliares pueden consultar a cualquier fuente que consideren conveniente y han de recabar información de ésta. Sin embargo, antes de recabar información de una fuente que se encuentre bajo la jurisdicción de una parte signataria, el Comité o, en su caso, el órgano auxiliar ha de comunicarlo al signatario interesado.

III. II. SUBVENCIONES COMO PRACTICA DESLEAL DEL COMERCIO EXTERIOR Y SU REGULACION LEGAL EN CHILE

A continuación procederemos a estudiar los requisitos necesarios establecidos en el Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias para configurar una subvención como una práctica desleal del comercio exterior, y, por lo tanto, dar pie eventualmente a la aplicación de una medida compensatoria.

Conviene precisar en este punto que el Acuerdo relativo a la Interpretación y Aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, denominado también Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias, tiene validez en Chile en virtud de los siguientes cuerpos legales: D.L. N° 3.567, publicado en el Diario Oficial el 30 de enero de 1981, que aprobó el referido Código de Subvenciones y Derechos Compensatorios, y, por otro lado, el D.S. N° 300 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 13 de junio del mismo año, que promulgó el mismo Código.

En virtud de ambos cuerpos legales, el Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias obliga a Chile no sólo internacionalmente en sus relaciones con las otras partes signatarias, sino que también constituye una ley de la República y, como tal, tiene plena vigencia en el orden interno nacional.

REQUISITOS SUSTANTIVOS PARA CONSIDERAR A LAS SUBVENCIONES COMO PRACTICA DESLEAL DEL COMERCIO EXTERIOR

1. DETERMINACION DE LA EXISTENCIA DE LA SUBVENCION

1.1. DEFINICIÓN Y CUANTÍA DE LA SUBVENCIÓN

El primero de los requisitos sustantivos dispuestos en el Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias es el relativo a la definición y medida de la cuantía de una subvención para los efectos del establecimiento de derechos compensatorios.

El Acuerdo General del GATT, en su artículo VI, dispone que no se percibirá sobre ningún producto del territorio de una parte contratante, importado de otra parte contratante, derecho compensatorio alguno que exceda del monto estimado de la prima o de la subvención que se sepa ha sido concedida, directa o indirectamente, a la fabricación y a la producción o la exportación del citado producto en el país de origen o de exportación, con inclusión de cualquier subvención especial concedida para el transporte de un producto determinado.

Se entiende por "derecho compensatorio" un derecho especial percibido para contrarrestar cualquier prima o subvención concedida directa o indirectamente a la fabricación, producción o exportación de un producto.

Ningún producto del territorio de una parte contratante importado en el de otra parte contratante deberá ser objeto de derechos antidumping o de derechos compensatorios, por el hecho de que dicho producto esté exento de los derechos o impuestos que graven un producto similar cuando esté destinado al consumo en el país de origen o en el de exportación, ni a causa del reembolso de esos derechos o impuestos.

Las partes contratantes han estimado que el recurso a tipos de cambio múltiple puede constituir en ciertas circunstancias una subvención a la exportación, a la cual se pueden oponer los derechos compensatorios, o bien puede representar una forma de dumping obtenida por medio de una devaluación parcial de la moneda de un país, a la cual se pueden oponer los derechos antidumping.

Por otro lado, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, en su artículo I, dispone en la especie que los signatarios tomarán todas las medidas necesarias para la imposición de un derecho compensatorio, entendiéndose por tal un derecho especial percibido para contrarrestar cualquier prima o subvención

concedida directa o indirectamente a la fabricación, producción o exportación de un producto, sobre cualquier producto del territorio de cualquier signatario importado en el territorio de otro signatario, en conformidad con lo dispuesto en el artículo VI del Acuerdo General y conforme también al mismo Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias. Luego en su artículo IV prescribe que no se percibirá sobre ningún producto importado un derecho compensatorio que sea superior a la cuantía de la subvención que se haya concluido que existe, calculada por unidad del producto subvencionado y exportado.

1.2. PROBLEMAS EN RELACIÓN CON LA DEFINICIÓN Y CUANTÍA DE LA SUBVENCIÓN

Las disposiciones del Acuerdo General del GATT relativas a la aplicación de derechos compensatorios, las pocas interpretaciones que de dichas disposiciones han hecho la partes contratantes y las reglas pertinentes el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, no ofrecen mucha orientación en cuanto a las clases de prácticas respecto de las cuales puedan percibirse derechos compensatorios, y sobre los criterios para medir la cuantía de una subvención. Como consecuencia de esta situación se han planteado dos problemas: primero, se han tomado a veces medidas compensatorias con respecto a prácticas que a juicio del país exportador interesado no constituían subvenciones susceptibles de compensación. Esto se aplica en particular a los programas nacionales. Y segundo, se han propuesto y utilizado, para calcular la cuantía de una subvención, métodos distintos que arrojan diferencias considerables en el monto de los derechos compensatorios. En vista de la frecuencia con que algunos países recurren a los derechos compensatorios y de los intereses de los países exportadores afectados por dichos derechos, es probable que la actual falta de acuerdo acerca del debido uso de los derechos compensatorios siga originando conflictos entre las partes contratantes del Acuerdo General del GATT o entre los signatarios del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

1.3. PLANTEAMIENTOS FORMULADOS

Criterios para determinar la existencia de una subvención susceptible de compensación

En los debates que han tenido lugar en el Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias y en el grupo de expertos del

cálculo de la cuantía de una subvención,⁴ acerca de los criterios generales para determinar la existencia de una subvención sujeta a medidas compensatorias, tres conceptos han tenido particular importancia: a) La contribución financiera del Estado; b) La especificidad, y c) La ventaja neta para el beneficiario y los efectos desfavorables para las condiciones de la competencia normal.

Pasemos, entonces, a revisar cada uno de estos criterios generales.

1.3.1. Contribución financiera del Estado

Con respecto a la cuestión de si una carga para la cuenta pública ha de ser uno de los criterios generales para determinar la existencia de una subvención susceptible de compensación, se han hecho los planteamientos siguientes:

En la letra L de la lista ilustrativa de subvenciones, que se encuentra anexa al Código de Subvenciones, se indica que un requisito previo indispensable para la existencia de cualquier subvención es que represente ella una carga para la cuenta pública. Así lo corrobora el texto de los puntos anteriores, en los que se emplean repetidamente términos tales como "otorgamiento", "suministro", "remisión", "exención" o "concesión" por los gobiernos.

Se sugiere que no puede existir subvención si no hay una contribución financiera del Estado; dicho de otro modo, una subvención presupone esa contribución. Este enfoque parece ser útil en la medida en que subraya la existencia de un vínculo necesario entre una subvención y la función impositiva del Estado ejercida directamente o delegada en otros organismos de carácter privado, como se da a entender en un informe elaborado por un grupo especial sobre la base del examen del artículo XVI. En dicho informe se considera la cuestión de las subvenciones financiadas con imposiciones de carácter no gubernamental. El grupo especial, aunque estimó que no podía fijarse una norma estricta en vista de las múltiples formas que solían revestir las medidas de esta naturaleza, expresó claramente que no hay ninguna duda en cuanto a la obligación que incumbe a todo gobierno de notificar

⁴ Este grupo de expertos fue establecido por el Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias en su reunión de 8 de mayo de 1980. La tarea del grupo consiste en identificar y examinar a nivel técnico los problemas involucrados en el cálculo de la cuantía de una subvención.

cualquier sistema de imposición y de subvención utilizado que influya en las importaciones o en las exportaciones, y en el que participe ya sea por medio de abonos al fondo común, ya sea confiando a un organismo privado la misión de percibir las imposiciones y de abonar las subvenciones, de tal modo que en realidad la práctica seguida no difiere en absoluto de la que aplican normalmente los gobiernos.

Pueden darse situaciones similares en las cuales un gobierno encomiende a un organismo privado el desempeño de algunas funciones relacionadas con el derecho soberano del Estado de recaudar y gastar recursos. El examen de las posibles prácticas de subvención enumeradas en el párrafo tercero del artículo XI del Código ilustra aún más las diversas formas que pueden adoptar las contribuciones financieras del Estado. Hay prácticas que comportan una transferencia directa de recursos (por ejemplo, las donaciones y los préstamos); hay las que suponen transferencias directas potenciales u obligaciones (por ejemplo, las garantías de préstamos); otras que consisten en no percibir o no recaudar ingresos (incentivos fiscales como las bonificaciones fiscales sobre las inversiones en favor de determinadas industrias). Esas prácticas parecen ser simplemente ejemplos concretos del principio general sugerido por el grupo especial en el informe ya aludido, en orden a que existen subvenciones cuando el Estado ejerce su facultad de percibir gravámenes y gastar recursos, ya sea directamente o mediante la delegación de su facultad impositiva.

1.3.2. De la especificidad

El grupo de expertos del cálculo de la cuantía de una subvención ha presentado al Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias un proyecto de directrices para la aplicación del concepto de especificidad en el cálculo de la cuantía de una subvención que no sea de aquellas a la exportación. Dicho proyecto de directrices recoge el criterio según el cual, por lo que se refiere a las subvenciones que no sean a la exportación, sólo pueden considerarse subvenciones (internas) susceptibles de compensación las medidas que sean específicas para una empresa o rama de producción o para un grupo de empresas o ramas de producción. Si bien el Comité todavía no ha aprobado formalmente el proyecto de directrices para la aplicación del concepto de especificidad, todos los signatarios consideran que este concepto es un criterio necesario para determinar la existencia de una subvención susceptible de compensación.

1.3.3. Efectos desfavorables para las condiciones de la competencia normal y ventaja neta para el beneficiario

Existen opiniones contrapuestas en cuanto a que la condición necesaria de la existencia de una subvención sujeta a la compensación sea que la práctica en cuestión influya desfavorablemente en las condiciones de la competencia normal y confiera una ventaja neta al beneficiario.

La subvención debe tener efectos desfavorables para las condiciones de la competencia normal. En caso de no producirse ninguna distorsión de esta clase, se reconoce que las subvenciones, cuando no sean subvenciones a la exportación, constituyen importantes instrumentos para promover la consecución de objetivos de política social y económica, por lo que contra ellas no se prevé ninguna acción en el Código. Así pues, es fundamental que se determine la existencia de esa distorsión en el comercio, especialmente cuando los signatarios no observan el principio enunciado en el Acuerdo General del GATT de que la cuantía de cualquier derecho compensatorio debe ser inferior a la cuantía total de la subvención si ese derecho inferior basta para eliminar el daño.

No importan ningún beneficio los incentivos del gobierno para que se realicen inversiones en regiones desfavorecidas, cuando esos incentivos tienen únicamente por finalidad la compensación de los costes de traslado necesarios para establecer industrias en esas regiones. En el artículo XI del Código se reconoce que las ayudas regionales son "instrumentos importantes para promover la consecución de objetivos de política social y económica". Cuando dichos incentivos no confieren ningún beneficio, no pueden—por definición—afectar desfavorablemente a las condiciones de la competencia normal y, por lo tanto, no es posible considerarlos como subvenciones susceptibles de medidas compensatorias.

El texto del artículo XI no excluye el derecho de un signatario del Código de Subvenciones a tomar las medidas compensatorias contra subvenciones distintas de aquellas a la exportación.

1.4. CÁLCULO DE LA CUANTÍA DE UNA SUBVENCIÓN

1.4.1. Costo para el Estado frente a ventaja para el beneficiario

Con respecto al problema de cómo se ha de medir la cuantía de una subvención, en el Comité de Subvenciones y Medidas Com-

pensatorias y en el grupo de expertos del cálculo de la cuantía de una subvención, ha surgido una discrepancia fundamental en cuanto a si la medida de la cuantía de una subvención debe ser el costo para el Estado que conceda la subvención o la ventaja para el beneficiario de esa subvención.

El artículo VI del Acuerdo General del GATT estipula que un derecho compensatorio no podrá exceder de la cuantía de la subvención que "se sepa ha sido concedida". El empleo de la palabra "concedida" en lugar de la palabra "recibida" y la ausencia de toda referencia al valor o "beneficio" indican con claridad que la cuantía susceptible de ser objeto de medidas compensatorias es la contribución financiera del gobierno y no el beneficio del receptor, concepto que es mucho más nebuloso. El beneficio para el receptor no es la manera correcta de medir una subvención, como puede demostrarse mediante el examen de los problemas inherentes a la medida de ese beneficio. Es frecuente que los receptores de concesiones no tengan posibilidad de hacer un uso lucrativo de los fondos recibidos, porque se les facilitan concretamente para que la compañía pueda reestructurarse de una manera socialmente aceptable. Así pues, es claro que el beneficio para el receptor de una concesión varía según las circunstancias en que se encuentre en el momento de la recepción. No existe, por tanto, una medida sencilla o constante del beneficio y la dificultad de medirlo demuestra que, tanto desde un punto de vista práctico como teórico, la medida correcta de una subvención sólo puede ser la cuantía de la contribución financiera del gobierno.

1.4.2. *Distribución de una subvención a lo largo del tiempo*

El Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias ha adoptado directrices referentes a la amortización y la depreciación. Ahora bien, dichas directrices sólo tratan de la determinación del período durante el cual puede distribuirse una subvención y no de la cuestión de cómo puede distribuirse ésta a lo largo del tiempo. En particular, las directrices no se refieren a la cuestión de si es procedente utilizar la metodología del valor actual en la distribución de una subvención a lo largo del tiempo. La falta de acuerdo entre los signatarios del Código de Subvenciones por lo que respecta al uso de la metodología del valor actual, es una consecuencia de la controversia entre el criterio del "costo para el Estado" y la "ventaja para el beneficiario".

1.5. PROGRAMAS REGIONALES

Existen opiniones divergentes respecto al punto de si las ayudas regionales constituyen subvenciones susceptibles de compensación. El primer problema planteado en este contexto es la interpretación del principio de la "especificidad" en relación con los programas regionales. Hay un segundo problema referente al punto de si se han de tomar en cuenta, y de qué manera, los gastos adicionales que el establecimiento en regiones desfavorecidas ocasiona a los beneficiarios de ayudas regionales. Sobre esta última cuestión se han formulado los planteamientos siguientes:

No entrañarían ningún beneficio los incentivos del gobierno para que se realicen inversiones en regiones desfavorecidas cuando esos incentivos tienen únicamente por finalidad la compensación de los costes de traslado necesarios para establecer industrias en esas regiones. En el artículo XI del Código de Subvenciones se reconoce que las ayudas regionales son instrumentos importantes para promover la consecución de objetivos de política social y económica. Cuando dichos incentivos no confieren ningún beneficio, no pueden —por definición— afectar desfavorablemente a las condiciones de la competencia normal y, por lo tanto, no es posible considerarlo como subvenciones susceptibles de ser objeto de medidas compensatorias.

La eliminación de las desventajas industriales, económicas y sociales de determinadas regiones y la creación de una infraestructura determinada son objetivos perseguidos por la mayoría de los gobiernos del mundo. Un medio importante para alcanzarlos es establecer nuevas industrias en las regiones menos favorecidas o mantener en ellas las industrias existentes. Ahora bien, es extremadamente improbable que las industrias que actúen con arreglo a consideraciones comerciales se establezcan o sigan funcionando en tales regiones, a menos que se les compensen los costos adicionales de producción, fabricación o transporte a que deben hacer frente en comparación con los costos que deberían sufragar en los lugares que, desde un punto de vista puramente comercial, serían los preferidos para el establecimiento de una industria. Las ayudas, entonces, que se conceden en el contexto de esas políticas regionales no causan una distorsión de la ventaja comparativa del país considerado en su conjunto, y no son por tanto susceptibles de compensación, en la medida en que no excedan de dichos costos adicionales y no confieran un beneficio neto al receptor.

Las subvenciones utilizadas para modificar la ventaja comparativa de determinadas regiones en lo que se refiere a la producción o fabricación del producto, o de unos productos determina-

dos por sobre la compensación de los costos adicionales de esa región en relación al resto del país causan por definición distorsiones en el comercio y en la asignación internacional de los recursos, por lo que afectan forzosamente a la competencia normal, con inclusión de la competencia de los productores en el mercado del país importador.

1.6. SUBVENCIONES INDIRECTAS O A INSUMOS

El grupo de expertos del cálculo de la cuantía de una subvención ha empezado recientemente a considerar la cuestión de las subvenciones "indirectas" o de subvenciones "a los insumos". A continuación se expone un criterio sugerido para tratar esta cuestión y se reproducen los comentarios formulados al respecto por los expertos.

El Acuerdo General del GATT, en su artículo VI, párrafo tercero, se refiere tanto a las subvenciones directas como a las indirectas. En el caso de la ayuda financiera del Estado para la fabricación, producción o cultivo de un producto que ulteriormente se incorpora a otro producto, ¿en qué medida existe una subvención a este último producto?

Todo examen de insumos en una investigación de derechos compensatorios sólo ha de abarcar los insumos que supuestamente resultan en una subvención indirecta, o aquellos de que se sospecha en el curso de una investigación que transfieren una subvención indirecta al producto final objeto de la investigación.

En esta materia se han planteado dos posiciones:

Posición a): Es conveniente hacer una clara distinción entre las subvenciones indirectas y las subvenciones a insumos. El documento en su redacción actual se refiere esencialmente a la segunda. No trata en forma expresa de las subvenciones indirectas, que deben definirse como las subvenciones que se otorgan a un productor de insumos y que por disposición oficial han de trasladarse al elaborador situado en una fase ulterior de la producción. La distinción entre las subvenciones indirectas y las subvenciones a insumos no exige que las normas especiales que se hayan de redactar tomen en cuenta los casos de subvención indirecta. Por el contrario, se ha de acordar que los principios enunciados en el documento abarquen también los casos de subvención indirecta.

Posición b): Como la cuestión de las subvenciones indirectas se ha planteado rara vez fuera del contexto de las subvenciones concedidas en fases anteriores de la subvención, sería prematuro

definir las subvenciones indirectas exclusivamente como las que se otorgan a un productor de insumos y que por disposición oficial han de transferirse a una fase ulterior de un proceso productivo, aun cuando esa subvención es una subvención a los insumos susceptible de compensación.

A nuestro juicio, es difícil llegar a una definición integral de las subvenciones indirectas. En este punto, parecería más provechoso circunscribir el debate al subconjunto de subvenciones indirectas conocido como subvenciones a los insumos, concedidas en una fase anterior al proceso de producción, y a lo sumo señalar que las subvenciones a los insumos son un ejemplo de subvenciones indirectas.

1.7. SUBVENCIONES Y APORTES DE CAPITAL POR PARTE DEL ESTADO

El grupo de expertos del cálculo de la cuantía de una subvención ha examinado los criterios que se deben considerar para determinar si la suscripción o la aportación de capital por el Estado constituye o no una subvención. A continuación se reproduce una propuesta presentada al grupo sobre esa cuestión y los comentarios hechos por los expertos a una versión anterior de esa propuesta.

¿Cuándo deben considerar las autoridades investigadoras que la suscripción o la aportación de capital por el Estado o una empresa comercial constituye una subvención?, y ¿cómo medirán las autoridades investigadoras la subvención resultante de la aportación de capital?

Se ha propuesto lo siguiente:

a) En el párrafo tercero del artículo XI del Acuerdo relativo a la Interpretación y Aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII del Acuerdo General del GATT, se dice que una de las formas que pueden adoptar las subvenciones es "la suscripción o aportación por el Estado de capital social".

b) Los signatarios entienden que la participación estatal en el capital social de una empresa comercial no constituye, de por sí, una subvención.

c) Para determinar si la aportación estatal de capital social constituye una subvención, las autoridades investigadoras deben examinar si el Estado en el momento que hizo la inversión pagó un precio razonable por las acciones adquiridas. Las autoridades investigadoras no deben tener en cuenta los motivos en que se haya basado el Estado para hacer la inversión.

d) El método más objetivo para determinar si el Estado pagó un precio razonable por las acciones adquiridas, es comparar el precio pagado por el Estado por las acciones de la sociedad y el precio de éstas en el mercado en el momento de la compra. Normalmente, las autoridades investigadoras podrán considerar que la inversión estatal no es razonable y constituye por tanto una subvención si comprueban que el Estado compró acciones de una sociedad a un precio superior al vigente en el mercado en el momento en que hizo esa inversión.

Si el Estado compró las acciones a la sociedad, la cuantía de la subvención sería la diferencia entre el precio pagado y el precio de las acciones en el mercado en el momento de la compra.

Si un gobierno compró las acciones de una sociedad a un vendedor distinto de ésta, no es subvención a menos que la sociedad recibiera la totalidad o parte de la diferencia entre el precio pagado por el Estado al vendedor y el precio del mercado al momento de la compra.

e) Los signatarios reconocen que, en circunstancias especiales, los compradores del sector privado pueden comprar acciones a un precio superior al del mercado y la razón por la que el comprador paga un precio superior al del mercado es su convencimiento de que el valor actual o potencial de la sociedad es mayor al valor de ésta en el mercado.

f) Si no existe un precio de mercado para las acciones (por ejemplo, si la bolsa del país es muy pequeña y no las cotiza, o si el número de accionistas es demasiado restringido para que las acciones puedan ser objeto de cotización pública), las autoridades investigadoras tendrán que utilizar otro método para determinar si la suscripción o aportación de capital social constituye una subvención. En ese caso, las autoridades investigadoras utilizarán el método consistente en examinar, entre otras cosas, los resultados obtenidos por la sociedad en el pasado y la situación financiera actual y prevista de la sociedad en el momento en que el Estado hizo su inversión, con objeto de determinar si en ese momento era de prever que el rendimiento que obtendría el Estado con su inversión en la sociedad sería razonable. Las autoridades investigadoras deberán tener en cuenta los datos de que pudo disponer el gobierno cuando decidió hacer su inversión (es decir, no necesariamente los datos en que se basó el gobierno, sino que aquellos en que se habría basado un inversionista privado para evaluar debidamente el rendimiento previsto de la inversión). Las autoridades investigadoras podrán considerar que la inversión del Estado no fue razonable y que existe subvención, si determinan que

en el momento en que el Estado hizo la inversión no podía preverse que ésta fuera a producir un rendimiento razonable dentro de un período de tiempo prudencial.

g) En ese caso un método de medir el valor de la subvención consistiría en presumir que si el Estado no hubiera invertido en la sociedad de que se trate habría invertido en una diversidad de sociedades, cuyas acciones habrían dado un rendimiento aproximadamente igual al rendimiento medio de las acciones en el país. Las autoridades investigadoras calcularían así la cuantía de la subvención comparando la diferencia que hubiese sobre una base anual entre el rendimiento medio anual de las acciones y el rendimiento efectivo de las acciones adquiridas por el Estado. Sin embargo, la cuantía de la subvención no debería exceder nunca de la cuantía que ésta tendría si se la midiera como donación a la sociedad efectuada en el año de la compra de las acciones.

h) Otro método de medir el valor de la subvención cuando no exista un precio de mercado para las acciones, consistiría en examinar si el capital invertido mantuvo su valor con inclusión de los intereses correspondientes.

1.8. SUBVENCIONES PARA INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO

En el grupo de expertos del cálculo de la cuantía de una subvención se han hecho las siguientes propuestas, en las que figuran algunas directrices para la determinación de los casos en que la ayuda para investigación y desarrollo constituye una subvención susceptible de ser objeto de derechos compensatorios.

Se ha estimado que el examen de los programas oficiales de investigación y desarrollo debe basarse, en primer lugar, en los criterios habituales relativos a la especificidad ya estudiada.

El objetivo de la asistencia para la investigación y el desarrollo es esencialmente la obtención de conocimientos para su posible uso en distintos productos y procesos productivos. En este sentido el examen de los programas de investigación y desarrollo debería realizarse en dos fases: primero, habría que examinar el programa de ayuda en sí, y en, segundo lugar, el acceso a los conocimientos obtenidos con la investigación subvencionada por el Estado.

Si se constata que no hay selectividad en el programa o en la medida de ayuda, no habría evidentemente subvención. Por otro lado, si se comprueba que hay selectividad en el programa o en la medida de ayuda, habrá que seguir examinando el caso para de-

terminar si se ha restringido el acceso a los conocimientos obtenidos. Si el acceso a esos conocimientos no se ha restringido en forma institucional —sea a través de una medida oficial específica o por efecto de la legislación general relativa a las patentes y licencias, o por la carencia de disposiciones razonables para la difusión de los conocimientos—, no podría presumirse la existencia de subvención, aunque una empresa o industria pueda obtener cierta ventaja de la investigación y desarrollo; esa ventaja no puede cuantificarse y será sólo a corto plazo ya que cualquiera puede tener acceso a ella.

Cuando se haya restringido el acceso a los conocimientos, podrá o no existir subvención. A ese respecto, la determinación de la existencia de subvención viene regida en gran parte por los criterios adicionales adoptados para medir la subvención. Según un enfoque basado en el costo de la subvención para la autoridad que la concede, se consideraría que cuando esa autoridad sólo ha comunicado los conocimientos a una empresa o grupo de empresas, no podrá presumirse la existencia de subvención si dicha autoridad recupera lo que le costó la obtención de los conocimientos de que se trate. Análogamente, cuando una empresa haya obtenido una patente o una licencia restringida para el uso de conocimientos adquiridos por ella con la ayuda financiera del Estado, no habrá subvención si la empresa devuelve a éste la totalidad de la ayuda, teniendo debidamente en cuenta la pérdida de valor que la ayuda sufra con el tiempo. Según un segundo enfoque, consistente en presumir que la subvención proporciona a sus beneficiarios varias ventajas además de la asistencia financiera del Estado para considerar que no hay subvención, se exigiría la recuperación o el reembolso —según sea el caso— de esas presuntas ventajas, además de la devolución de la ayuda financiera.

1.9. RESTRICCIONES A LAS EXPORTACIONES

A continuación se reproduce una propuesta discutida por el grupo de expertos del cálculo de la cuantía de una subvención relativa a la cuestión de si las restricciones a las exportaciones y las medidas conexas pueden constituir subvenciones compensables:

Los gobiernos imponen o mantienen restricciones a la exportación de un producto por una gran variedad de razones. Puede que consideren necesario, por ejemplo, asegurar la disponibilidad de ciertas materias primas para una industria transformadora nacional en una situación de escasez en el mercado interno, o bien que deseen fomentar la exportación de productos acabados

o semiacabados, en lugar de la materia prima, con objeto de proteger el empleo y de ampliar la base industrial del país. La imposición de tales restricciones puede afectar a la producción y el comercio de productos elaborados, pero se plantea la cuestión si puede dar lugar a "una subvención".

Con arreglo al Acuerdo General del GATT no puede calificarse de subvención cualquier intervención gubernamental que ejerza un efecto sobre el comercio y la competencia. Es más, en dicho Acuerdo se establece una clara distinción entre las subvenciones y otras medidas que también pueden tener un impacto en el comercio y la competencia internacional. Esa distinción es importante, porque el artículo VI del Acuerdo General antes citado permite a las partes contratantes adoptar unilateralmente medidas protectoras contra las importaciones subvencionadas, mientras que el Acuerdo General del GATT en principio no autoriza la adopción de tales medidas contra otras prácticas, por ejemplo, las restricciones cuantitativas o la percepción de derechos sobre las importaciones o las exportaciones, aunque esas prácticas pueden producir también una distorsión del comercio. Las restricciones cuantitativas a la exportación se rigen por los artículos XI, XII y XX del Acuerdo General del GATT y cualquier pretendida infracción de esas disposiciones sólo puede combatirse siguiendo los procedimientos de solución de diferencias establecidos en dicho Acuerdo. En todo caso, cabe mencionar que las restricciones cuantitativas están generalmente prohibidas.

De ello se sigue que las restricciones a la exportación de materias primas y de otros insumos no constituyen, en sí, una subvención a la industria transformadora.

Sin embargo, una restricción a la exportación puede ir unida a medidas o efectos suplementarios; por ejemplo, las que tienen por objeto o por resultado el suministro de materias primas en condiciones preferentes a una industria determinada, si resulta que esas medidas o efectos son específicos para un sector. Entonces es posible que exista subvención, pero conviene observar que son las medidas o efectos suplementarios y no las restricciones a la exportación per se lo que da lugar a la subvención.

1.10. FIJACIÓN DE LOS PRECIOS DE LOS PRODUCTOS OBTENIDOS DE LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES

Un tema que ha surgido recientemente es el de si las políticas de fijación de los precios de los productos obtenidos de la explotación de recursos naturales pueden constituir subvenciones com-

pensables. En la reunión celebrada por el Consejo General del GATT el 17 de junio de 1986, la delegación de Canadá hizo sobre este tema una interesante declaración: "Las políticas de fijación de precios de los productos obtenidos de la explotación de recursos naturales, por estar relacionadas tanto con cuestiones de soberanía nacional como con la ventaja comparativa, son de importancia fundamental para las partes contratantes. Todas las partes contratantes, tanto productoras como consumidoras, tienen interés en lograr que continúe reconociéndose el derecho soberano a desarrollar los recursos naturales y a mantener la ventaja comparativa general de los países productores de los mismos. Canadá cree, en particular, que el derecho unilateral de adoptar medidas compensatorias que otorgan el artículo VI y el Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias, no debe utilizarse para negar a un país la ventaja comparativa general. Debe reconocerse que el precedente sentado por una acción unilateral para ensanchar el concepto de subvención y al mismo tiempo hacerlo más ambiguo, afectará a todas las partes contratantes. Las consecuencias pueden influir sobre una amplia gama de políticas, en materia de recursos y su infraestructura".

Este tema no ha sido examinado todavía por el Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias, ni por el grupo de expertos del cálculo de la cuantía de una subvención, pero —como queda claramente expuesto en la declaración de Canadá— reviste enorme importancia y es, y sería entonces, uno de los elementos de discusión en la ronda de negociaciones multilaterales del Uruguay.

1.11. CLASIFICACIÓN DE LAS SUBVENCIONES

El Acuerdo relativo a la Interpretación y Aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, denominado asimismo Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias, contiene un anexo con una lista ilustrativa de las subvenciones a la exportación, que, como su nombre lo indica, no es excluyente de otras formas de subvención no contenidas en ella. Sin embargo, constituye un criterio objetivo de determinación de la existencia de una subvención. De ahí su interés por ser analizada y estudiada.

A continuación se analizarán las subvenciones contenidas en dicho anexo, señalando en algunos casos ejemplos prácticos de subvenciones a la exportación que fueron denunciados en Chile y que fueron objeto de investigación por la Comisión encargada de conocer de las denuncias de subvención.

a) El otorgamiento por los gobiernos de subvenciones directas a una empresa o producción, haciéndolas depender de su actuación exportadora. Este tipo de subvenciones ha sido denunciado en el caso de la exportación de calzado de cuero, harina de trigo, telas de algodón, galletas y envases de vidrio, entre otras, provenientes de Argentina, Brasil, Colombia y Uruguay y la Comunidad Económica Europea.

Tratándose de Argentina, se comprobó que este país mantenía respecto del calzado de cuero, harina de trigo, telas de algodón, entre otros productos, una subvención denominada "reembolso básico", consistente en la devolución del 10% sobre el valor FOB exportado o sobre el valor CIF, además el seguro y el flete correspondían a empresas argentinas. Este incentivo es un subsidio neto, debido a que los impuestos indirectos que gravan los insumos nacionales incorporados en el producto exportado son recuperados por el productor mediante otros mecanismos.

También se demostró que Argentina otorgaba a sus exportaciones otro subsidio denominado "reembolso adicional para las exportaciones de tipo industrial", que se aplica sobre el incremento de exportaciones expresado en dólares. Este reembolso adicional a las exportaciones fue cuantificado sólo en la denuncia de subvención al calzado de cuero. También se denunció en las investigaciones sobre artículos de confitería sin cacao, telas de algodón y sacos de polipropileno, pero en estos casos no se cuantificó el monto del reembolso.

En otros productos, Brasil ha utilizado un mecanismo denominado "crédito premio a las exportaciones". Este incentivo constituye un subsidio directo a las exportaciones, que viene disminuyendo conforme a un compromiso de Brasil en el GATT con motivo de la suscripción del Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias, pero Chile fue objeto de tal práctica tratándose de calzado de cuero, fósforos de seguridad, telas de algodón, cuadernos, etc.

Colombia, por su parte, ha mantenido los denominados "certificados de abono tributario" (CAT), consistentes en un sistema de fomento a las exportaciones que, además de dar derecho a la obtención de CAT por las exportaciones, las eximió de prácticamente todos los impuestos indirectos, creando asimismo un régimen suspensivo de derechos aduaneros para los insumos requeridos en la producción de productos que se exportan. Los porcentajes de CAT que reciben las diferentes exportaciones fluctúan entre 0,5 y 15%. Los CAT son recibidos desde su expedición por su valor nominal para el pago de impuestos a la renta, aduanas y ventas. Colombia sostuvo que los CAT corresponden a devolucio-

nes de impuestos indirectos efectivamente pagados, pero dadas las exenciones de que gozan las exportaciones en virtud de lo dispuesto en los diferentes decretos leyes, se concluye que los CAT son en realidad una subvención en los términos del Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias.

Los denominados "reintegros" son un mecanismo de subvención utilizado por Uruguay, según se comprobó en las investigaciones sobre telas cardadas de lana y prendas de vestir. Este consiste en el reintegro de diferentes porcentajes sobre el valor de las exportaciones de productos industrializados, con el objeto de dejar a dichos productos en condiciones internacionalmente competitivas. Tanto el productor como el comerciante exportador pueden acogerse a este beneficio. Los reintegros se aplican sobre el valor CIF en caso de que los bienes exportados contraten el flete y seguro con empresas nacionales, y sobre el valor FOB de los mismos en caso contrario. El Banco de la República otorga a las empresas que industrialicen o comercialicen productos de exportación un certificado de reintegro donde constan el volumen físico y valor FOB de las exportaciones cumplidas, así como el porcentaje de reintegro que les corresponde. Este certificado puede ser utilizado para pagar impuestos adeudados o endosarse o renegociarse en un banco si no se adeuda impuesto.

El denominado "certificado de bonificación a las exportaciones de lana industrializada" es también utilizado por el gobierno de Uruguay y consiste en una bonificación sobre el valor FOB de cualquier producto exportado que contenga lana nacional industrializada.

La "restitución" constituye un subsidio directo a las exportaciones de que la Comunidad Económica Europea se ha valido y se vale tratándose de los productos lácteos. A la Comunidad Económica Europea le interesa incentivar la agricultura por diversos motivos. Por lo tanto, les garantiza a los agricultores un cierto precio para sus productos. Del mismo modo les garantiza el poder comprador; por lo tanto, si ellos no encuentran a nadie que les compre su producto, la Comunidad Económica está, entonces, obligada a hacerlo. Como el precio interno garantizado es elevado, dichos productos no son internacionalmente competitivos. Para poder exportarlos deben bajar los precios, operando entonces este denominado subsidio de la restitución, pues la Comunidad Económica Europea, al asegurar un nivel de precios internos, debe restituir al exportador la diferencia entre el precio interno asegurado y el precio de exportación. De esta suerte, para el exportador es indiferente vender el producto dentro de la Comunidad o fuera de ella.

b) Sistemas de no retrocesión de divisas o prácticas análogas que impliquen la concesión de una prima a las exportaciones.

Hasta el momento no se han recibido denuncias de este tipo de subvenciones.

c) Tarifas de transporte interior y de fletes para las exportaciones proporcionadas o impuestas por las autoridades, más favorables que las aplicadas a los envíos internos.

Este tipo de subsidio ha sido utilizado por Perú en el caso del cemento Portland gris. El denunciante deducía la existencia de la subvención debido al bajo costo del flete Arequipa-Arica, pero a pesar de ello la denuncia fue desestimada porque se incurrió en un error por parte del denunciante, ya que las importaciones se realizaban precio CIF Arica y FOB Tacna, por lo tanto no existía flete Arequipa-Arica.

d) Suministro por el gobierno o por organismos públicos de productos o servicios importados o nacionales para uso en la producción de mercancías exportadas, en condiciones más convenientes que las aplicadas al suministro de productos o servicios similares o directamente competidores para uso en la producción de mercancías destinadas al consumo interior, si tales condiciones son más favorables que las condiciones comerciales que se ofrezcan a sus exportadores en los mercados mundiales.

e) La exención, remisión o aplazamiento, total o parcial, concedidos específicamente en función de las exportaciones, de los impuestos directos o de las cotizaciones de seguridad social que paguen o deban pagar las empresas industriales o comerciales.

En las denuncias de subvención a las exportaciones de calzado de cuero, telas de algodón y alcohol etílico, por parte de Argentina, se comprobó que los exportadores argentinos de los productos manufacturados podían deducir de sus declaraciones de impuestos a la renta hasta el 10% del valor FOB de las exportaciones.

En numerosas denuncias contra Brasil se constató que existía un subsidio de este tipo. Este incentivo a las exportaciones consistía en rebajar de la renta tributable la parte correspondiente a la renta generada por las exportaciones.

En otros casos, como en la investigación sobre prendas de vestir, se pudo comprobar que Taiwán eximía de impuesto a la renta a las utilidades generadas por las exportaciones.

Respecto de denuncias de subvención provenientes de Colombia, en las exportaciones de cotelé, algodón 100%, poliéster algodón y jeans de cotelé, se determinó la existencia de un subsidi-

dio llamado "reintegro de aportes patronales de seguridad social". Los inversionistas que instalan industrias o empresas exportadoras en zonas limítrofes y cuya producción se destina total o parcialmente al abastecimiento de mercados vecinos, tenían derecho al reembolso de entre el 40 y 80% de los aportes de la empresa al seguro social, según el porcentaje que exporte de su producción. Este subsidio, sin embargo, en la investigación llevada en Chile no pudo comprobarse por problemas de carácter práctico. Sólo se contaba con un documento escrito por el Agregado Comercial de Colombia en Chile, en que se reconocía la existencia de dicho subsidio, y se estimó, por tanto, que no había pruebas suficientes para darlo por establecido.

f) La concesión, para el cálculo de la base sobre la cual se aplican los impuestos directos, de deducciones especiales directamente relacionadas con la exportaciones o los resultados obtenidos en la exportación, superiores a las concedidas respecto de la producción destinada al consumo interno.

Este tipo de subvención fue atribuido a Colombia en la investigación sobre telas de cotelé de algodón 100%, poliéster de algodón y jeans de cotelé. Las empresas exportadoras que establecen un turno de trabajo adicional podían depreciar aceleradamente los bienes de capital.

También se denunció este tipo de subvención por parte de Corea del Sur. Allí las *general trading companies* podían destinar montos superiores a US\$ 300.000, sin tope máximo, con el propósito de desarrollar mercados externos. Estos montos quedaban exentos del impuesto a la renta.

g) La exención o remisión de impuestos indirectos sobre la producción y distribución de productos exportados por una cuantía que exceda de los impuestos percibidos sobre la producción y distribución de productos similares cuando se vendan en mercados interiores.

Los CAT de Colombia, ya aludidos en la letra a), actúan como este tipo de subsidio, si es que implican alguna devolución de impuestos indirectos. Si, por el contrario, la producción está exenta de esos impuestos, los CAT corresponderían a la letra A) de la lista ilustrativa anexa al Código de Subvenciones por ser un subsidio directo.

h) La exención, remisión o aplazamiento de los impuestos indirectos en cascada, que recaigan en una etapa anterior sobre bienes y servicios utilizados en la elaboración de productos exportados, cuando sea mayor que la exención, remisión o aplazamiento de los impuestos indirectos en cascada similares, que recaigan en una etapa anterior sobre los bienes y servicios utilizados en la

producción de productos similares, cuando se venden en el mercado interior; sin embargo, la remisión, exención o aplazamiento con respecto a los productos exportados de los impuestos indirectos en cascada que recaigan en una etapa anterior podrá realizarse incluso, en el caso de que no exista exención, remisión o aplazamiento respecto de productos similares cuando se venden en el mercado interior, si dichos impuestos indirectos en cascada se aplican a productos materialmente incorporados al producto exportado.

La desgravación fiscal de España denunciada en las investigaciones sobre cables de acero, cordón detonante, línea blanca y vidrio plano estirado, entre otras, es un ejemplo de estos subsidios. El gobierno español devuelve a los exportadores un porcentaje del valor de las exportaciones, más los derechos de exportación que le correspondan a la mercancía en caso de importarse. Ello por concepto de devolución del impuesto de compensación de gravámenes interiores.

i) La remisión o la devolución de cargas a la importación por una cuantía que exceda de las percibidas sobre los productos importados que estén materialmente incorporados al producto exportado. Sin embargo, en casos particulares, una empresa podrá utilizar productos del mercado interior en igual cantidad y de la misma calidad y características de los productos importados, en sustitución de éstos y con el objeto de beneficiarse con la presente disposición, si la operación de importación y la correspondiente de exportación se realizan ambas dentro de un período prudencial que normalmente no excederá de dos años.

Tratándose de denuncias de subvención provenientes de exportaciones de Perú, se estableció la existencia de los "certificados de reintegro tributario a las exportaciones no tradicionales" (Certext). Estos eran documentos valorados en soles al tipo de cambio vigente al día de control de embarque, que son devueltos al exportador por concepto de reintegro tributario de acuerdo con el valor exportado y según los porcentajes señalados en sus distintas modalidades. Dichos documentos son nominativos, pero transferibles por endoso, y se pueden utilizar para el pago de impuestos en forma total o fraccionada, constituyendo un ingreso para el exportador. El porcentaje de reintegro correspondiente a cada producto se aplica sobre su valor FOB, menos gastos consulares y comisiones pagadas en el exterior.

Dadas todas las exenciones y devoluciones de tributo que benefician las exportaciones en Perú, el reintegro podría obedecer en parte a devolución de derechos aduaneros pagados por insu-

mos importados e incorporados al producto exportado. Pero considerando que el exportador puede adquirir insumos nacionales al precio internacional o acogerse a los regímenes suspensivos de derechos aduaneros de zona franca y de admisión temporal, en su mayor parte el reintegro correspondería entonces a una subvención, al constituir una devolución de impuestos en cuantía superior a aquellos percibidos por el Estado.

j) La creación por parte de los gobiernos de sistemas de garantía o seguro de crédito a la exportación, de sistemas o seguros de garantías contra alzas en el coste de los productos importados, o de sistemas contra los riesgos de fluctuación de los tipos de cambio a tipos de prima manifiestamente insuficientes para cubrir a largo plazo los costos y pérdidas de funcionamiento de esos sistemas.

Se denunció un seguro de crédito por parte de Colombia en la exportación de telas de cotelé, de algodón 100%, poliéster, algodón y jeans de cotelé. Este seguro tiene como objetivo cubrir los riesgos comerciales, políticos y extraordinarios que enfrenta el exportador colombiano en la venta a crédito al exterior.

k) La concesión por los gobiernos de créditos a los exportadores a tipos inferiores a aquellos que tienen que pagar realmente para obtener los fondos empleados con este fin, o el pago de la totalidad o parte de los costos en que incurran los exportadores o instituciones financieras para la obtención de créditos, en la medida que se utilicen para lograr una ventaja importante en las condiciones de crédito a la exportación.

Países como Argentina, Brasil, Colombia, Corea del Sur, España, Perú y Taiwán han sido denunciados en diferentes oportunidades por otorgar créditos preferenciales, ya sea a la producción de productos para la exportación o a la exportación misma. Estos créditos son dados por el gobierno con un interés más barato que el corriente de mercado.

En el caso de Argentina se han denunciado en las investigaciones sobre calzado de cuero, artículos de confitería sin cacao, telas de algodón y otros.

Respecto de Brasil, en la investigación sobre galletas, toallas, neumáticos, etc.

España, por su parte, otorgaba estos beneficios en las investigaciones sobre subvención de cables de acero, alfombras, cubrepisos, línea blanca, etc.

l) Cualquiera otra carga para la cuenta pública que constituya una subvención a la exportación en el sentido del artículo XVI del Acuerdo General del GATT.

Esta letra l) constituiría la norma residual en esta lista ilustrativa de subvenciones anexa al Código de Subvenciones, lo que daría pie para señalar que tal listado es solamente de carácter ejemplar y no tiene pretensiones de taxatividad, de forma que otro tipo de arbitrios realizados por gobiernos extranjeros que importen una contribución financiera del Estado pueden constituir, eventualmente, subvenciones a la exportación y dar inicio a una investigación para la aplicación de derechos compensatorios.

2. DETERMINACION DE LA EXISTENCIA DEL DAÑO A LA PRODUCCION NACIONAL

2.1. DEFINICIÓN Y CUANTÍA DEL DAÑO

El artículo VI, párrafo sexto del Acuerdo General del GATT dispone que ninguna parte contratante deberá percibir derechos antidumping o derechos compensatorios sobre la importación de un producto del territorio de otra parte contratante, a menos que determine que el efecto del dumping o de la subvención, según el caso, sea tal que cause o amenace causar un perjuicio importante a una producción nacional ya existente o que retarde considerablemente la creación de una rama de la producción nacional.

Las partes contratantes podrán autorizar a cualquiera otra parte contratante para que perciba un derecho antidumping o un derecho compensatorio sobre la importación de cualquier producto, con el objeto de compensar un dumping o una subvención que cause o amenace causar un perjuicio importante a una rama de la producción en el territorio de otra parte contratante que exporte el producto de que se trate, al territorio de la parte contratante importadora.

El Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias, por su parte, en su artículo VI, se encarga de la determinación de la existencia del daño y señala a este efecto que ello debe comprender un examen objetivo de dos cuestiones básicas:

- a) Del volumen de las importaciones subvencionadas y su efecto en los precios de productos similares en el mercado interno; y,
- b) De los efectos consiguientes de esas importaciones sobre los productores nacionales de tales productos.

Con respecto al volumen de las importaciones subvencionadas, la autoridad investigadora tendrá en cuenta si ha existido un gran aumento de las mismas en términos absolutos o en relación

con la producción o el consumo del signatario importador. En lo tocante a los efectos de las importaciones subvencionadas sobre los precios, la autoridad investigadora tendrá en cuenta si se ha puesto a las importaciones subvencionadas un precio significativamente inferior al de un producto similar del signatario importador, o bien si el efecto de tales importaciones es hacer bajar de otro modo los precios en medida considerable o impedir, en medida también considerable, el alza que en otro caso se hubiera producido. Ninguno de estos factores aisladamente, ni varios de ellos juntos, bastarán necesariamente para obtener una orientación decisiva.

El examen de los efectos sobre la producción nacional de que se trate, deberá incluir una evaluación de todos los factores e índices económicos pertinentes que influyan en el estado de esa producción, tales como las disminuciones actual y potencial de la producción, las ventas, la participación en el mercado, los beneficios, la productividad, el rendimiento de las inversiones o la utilización de la capacidad, los factores que repercutan en los precios internos, los efectos negativos actuales o potenciales en el flujo de caja, las existencias, el empleo, los salarios, el crecimiento, la capacidad de reunir capital o la inversión y, en el caso de la agricultura, si ha habido un aumento del costo de los programas gubernamentales de apoyo. Esta enumeración no es exhaustiva y ninguno de esos factores por separado, ni varios de ellos juntos, bastarán necesariamente para obtener una orientación decisiva.

Habrà de demostrarse que, por los efectos de la subvención, las importaciones subvencionadas causan daño. Podrà haber otros factores que, al mismo tiempo, perjudiquen a la producción nacional, y los daños causados por ellos no deberán atribuirse a las importaciones subvencionadas.

Para los efectos de la determinación del daño, la expresión "producción nacional" debe entenderse en el sentido de abarcar el conjunto de los productores nacionales de productos similares, o aquellos de entre ellos cuya producción conjunta constituya una parte principal, de la producción nacional total de dichos productos. No obstante, cuando unos productos estén vinculados a los exportadores o a los importadores, o sean ellos mismos importadores del producto objeto de una supuesta subvención, el término "producción" podrá interpretarse en el sentido de referirse al resto de los productores.

El efecto de las importaciones subvencionadas deberá evaluarse en relación con la producción nacional del producto similar cuando los datos disponibles permitan identificarla separadamente, con arreglo a criterios tales como: el proceso de producción,

el resultado de las ventas de los productores y los beneficios. Cuando la producción nacional del producto similar no tenga una identidad separada con sujeción a dichos criterios, el efecto de las importaciones subvencionadas se evaluará examinando la producción del grupo o gama más restringido de productos que incluya el producto similar y a cuyo respecto pueda proporcionarse la información necesaria.

En circunstancias excepcionales el territorio de un signatario podrá estar dividido, para los efectos de la producción de que se trate, en dos o más mercados competidores, y los productores de cada mercado podrán ser considerados como una producción distinta si: a) los productores de ese mercado venden la totalidad o la casi totalidad de su producción del producto de que se trate, en ese mercado; y b) en ese mercado la demanda no está cubierta en grado sustancial por productores del producto de que se trate situados en otro lugar del territorio. En esa circunstancia se podrá considerar que existe daño incluso cuando no resulte perjudicada una porción importante de la producción nacional total, siempre que haya una concentración de importaciones subvencionadas en ese mercado aislado y, además, siempre que las importaciones subvencionadas causen daño a los productores de la totalidad o de la casi totalidad de la producción en ese mercado.

Cuando se haya interpretado que el término "producción" se refiere a los productores de cierta zona, los derechos compensatorios no se percibirán sino sobre los productos de que se trate que vayan consignados a esa zona para consumo final. Cuando el derecho constitucional del signatario importador no permita la percepción de derechos compensatorios en estas condiciones, el signatario importador sólo podrá percibir los derechos compensatorios sin esta limitación: a) si se ha dado a los exportadores la oportunidad de dejar de exportar a precios subvencionados a la zona interesada o de dar seguridades con arreglo al párrafo quinto del artículo IV del Código de Subvenciones, y no se han dado prontamente seguridades suficientes a este respecto; y b) si dichos derechos no se pueden percibir únicamente sobre los productos de productores determinados que abastecen la zona de que se trate.

Cuando dos o más países hayan alcanzado, de conformidad con las disposiciones del apartado a) del párrafo octavo del artículo XIV del Acuerdo General del GATT, un grado de integración tal que ofrezcan las características de un solo mercado unificado, se considerará que la producción de toda la zona integrada es la producción que debe tomarse en cuenta para efectos de la determinación del daño.

2.2. CUESTIONES RELATIVAS A LA DETERMINACIÓN DEL "PERJUICIO IMPORTANTE"

Conviene precisar en este punto algunos aspectos relevantes que deben considerarse al momento de la determinación del "perjuicio importante".

Entre estas cuestiones podemos mencionar dos que nos motivan a estudiarlas por su particular significación. Ellas son la de la evaluación del "daño acumulativo" y, por otro lado, la relativa a las "subvenciones insignificantes". Pasemos a ver entonces cada una de ellas.

2.2.1. Evaluación del "daño acumulativo"

La expresión evaluación del daño acumulativo se refiere a la práctica según la cual las autoridades pertinentes del país importador evalúan la relación causal existente entre las importaciones subvencionadas y el daño importante ocasionado a una producción nacional, teniendo en cuenta la suma de los efectos ocasionados por las importaciones supuestamente subvencionadas procedentes de todos los países investigados, o bien teniendo en cuenta la suma de los efectos producidos por las importaciones supuestamente subvencionadas procedentes de uno o más países investigados, y las importaciones supuestamente objeto de dumping procedentes de uno o más países investigados (esta última forma de acumulación se denomina algunas veces "acumulación cruzada"). Si se comparara con la situación en que la determinación del perjuicio se realiza en forma independiente para cada país exportador, la evaluación del daño acumulativo aumenta la probabilidad de que se llegue a conclusiones positivas sobre la existencia de daño, especialmente en el caso de los pequeños proveedores.

El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias no incluye ninguna disposición expresa sobre la cuestión de la evaluación del daño acumulativo y existen opiniones divergentes acerca de si esta práctica es compatible con el citado Acuerdo. Este problema también fue examinado en el Comité de Prácticas Antidumping y se ha encomendado al Grupo Ad Hoc la aplicación del Código Antidumping para que analice las posibilidades de llegar a un enfoque concertado en esta cuestión. Hasta ahora los esfuerzos realizados por este Grupo Ad Hoc no han producido ningún resultado.

A continuación se reproduce una de las opiniones expresadas en el Grupo Ad Hoc de la aplicación del Código Antidumping sobre la cuestión de la evaluación del daño acumulativo:

"No es infrecuente el caso de que varios exportadores de uno o más países efectúen ventas a precio de dumping. Si bien debe investigarse el margen de dumping para cada exportador cuando se examina el daño causado por las importaciones objeto de dumping, hay que preguntarse si el efecto de la venta de cada exportador debe considerarse individualmente, o si el examen ha de centrarse en el efecto global de todas las importaciones objeto de dumping."⁵

Ahora bien, para buscar una definición de lo que constituye el "daño acumulativo" debemos señalar que en anteriores exámenes el Grupo Ad Hoc ha utilizado el término "acumulación". Empero el término "evaluación del daño acumulativo" parece más adecuado, porque la acumulación se refiere al aspecto concreto de la evaluación del daño importante en las investigaciones antidumping. Entonces el término podría definirse como sigue: La evaluación del daño acumulativo es un análisis global de los efectos de las exportaciones objeto de dumping de un producto determinado de más de un país, o de más de un exportador.

Como anotáramos, ni el Acuerdo General del GATT, ni el Código Antidumping, ni el Código de Subvenciones contienen disposiciones que regulen directamente la cuestión de la evaluación del daño acumulativo. Sin embargo, existen varias disposiciones que podrían tener una cierta relación con esta materia.

El párrafo sexto, letra a), del artículo VI del Acuerdo General del GATT requiere que el efecto del dumping... "sea tal que cause o amenace causar un perjuicio importante". Esta disposición podría entenderse en el sentido de que en un caso de dumping de varias procedencias, cada venta objeto de dumping tiene que haber causado un daño por sí sola o en relación con otras ventas objeto de dumping.

El Código Antidumping tiene normas adecuadas para el examen de la cuestión de la evaluación del daño acumulativo. El párrafo primero del artículo 3º establece que debe hacerse un examen del volumen de las exportaciones objeto de dumping y sus efectos sobre los productores nacionales de productos similares. Cabe entender que esta disposición corrobora el principio de la evaluación del daño acumulativo.

El párrafo cuarto del artículo 3º hace hincapié en la necesidad de demostrar la relación causal entre las importaciones objeto de dumping y el daño importante. En el curso del examen

⁵ GATT. (Documento MTN.GNG/NG10/W/4 del Grupo de Negociaciones y Medidas Compensatorias, año 1987, pág. 42.)

sobre el daño deberá hacerse un análisis de todos los factores que contribuyen al daño importante, y en el proceso de evaluación del daño no deberán tenerse en cuenta los efectos de factores distintos del dumping. En el caso de un bajo volumen o una escasa participación en el mercado de las importaciones objeto de dumping, la cuestión de la causalidad parece especialmente pertinente.

De la disposición del párrafo quinto del artículo 3º, según la cual "el efecto de las importaciones objeto de dumping se evaluará en relación con la producción nacional del producto similar", y de la definición de "producto similar" del párrafo segundo del artículo 2º, se sigue que sólo los productos idénticos o muy parecidos a los que fabrican los productores nacionales pueden ser objeto de una evaluación del daño acumulativo.

El párrafo tercero del artículo 5º prescribe que la investigación se terminará sin demora en cuanto se vea claro que el daño es "insignificante"; de ello se desprende que la evaluación del daño acumulativo no puede hacerse en todos los casos.

El párrafo segundo del artículo 8º establece la norma de la no discriminación entre las importaciones de todas las procedencias en el sentido de que se impongan derechos antidumping, ellos serán aplicables en principio a todas las importaciones objeto de dumping que causen daño, cualesquiera sea su origen. En todo caso, está abierto a debate el que este artículo prescriba también la no discriminación en el caso de la evaluación del daño.

Sin embargo, ninguna de estas reglas parece dar una respuesta clara a la pregunta central del proceso de evaluación del daño acumulativo; a saber: cuál es el efecto perjudicial de cada venta objeto de dumping en relación con el efecto perjudicial de todas las demás ventas, sean o no objeto de dumping?

2.2.2. "Subvenciones insignificantes"

El tema relativo a las subvenciones insignificantes constituye otra cuestión importante que debe ser objeto de análisis al momento de la determinación del perjuicio importante.

En los debates mantenidos en el Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias sobre determinados casos relativos a la imposición de derechos compensatorios, se plantea con frecuencia la cuestión de aplicación de dichos derechos en situaciones en que la cuantía de la subvención es pequeña (*de minimis*). Si bien existe consenso en que no deben aplicarse medidas compensatorias cuando se ha constatado que la cuantía de las subvenciones es pequeña, no existe una regla general en la que se especifique

el nivel por debajo del cual haya de considerarse que una subvención es insignificante.

En el grupo de expertos del cálculo de la cuantía de las subvenciones se han expresado las dos opiniones siguientes:

a) El principal objetivo de la parte primera del Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias consiste en velar porque las medidas compensatorias no obstaculicen injustificablemente el comercio internacional. A decir verdad, las investigaciones en materia de derechos compensatorios tienden a ejercer efectos perturbadores en el comercio internacional mucho antes de que se adopten las contramedidas. Así pues, la mera apertura de una investigación con la amenaza de adopción de medidas en una fase posterior aún incierta, puede influir en las decisiones que adopten los importadores acerca de las cuantías de sus pedidos e incidir de esta manera en la estructura del comercio establecida.

Al estipular que la "autoridad investigadora pondrá fin a una investigación cuando esté convencida de que no existe subvención o de que el efecto de la supuesta subvención no causa daño a la producción", el Código de Subvenciones deja bien sentado que no debe entablarse acción alguna en contra de la subvención insignificante.

De ahí se sigue que las medidas en materia de derechos compensatorios sólo puedan adoptarse cuando así lo exijan el efecto de distorsión del comercio que ejerza la subvención y sus repercusiones sobre la correspondiente producción en el país importador. Por tanto, ninguna medida debe tomarse o continuarse cuando resulte claramente desproporcionada con el objetivo buscado, es decir, cuando el efecto que la subvención ejerce sobre la correspondiente producción en el país exportador no es el de un *daño importante*.

Si bien el Código de Subvenciones se abstiene de definir lo que constituye "daño importante", porque todos y cada uno de los casos han de juzgarse por sí solos, supone claramente —como puede inferirse del párrafo antes citado— que, aun a falta de cualquier decisión formal sobre el daño, puede establecerse que una subvención es insignificante, es decir, que en ningún caso puede causar daño importante.

Una subvención no superior al 2,5% del valor FOB de las mercancías importadas podría considerarse incapaz de causar daño importante, y, por tanto, calificarse de insignificante. Entendiendo que la cuantía de la subvención ha de determinarse sobre la base de normas y principios contables que acuerden los signatarios, se considera, asimismo, que esta norma *de minimis* debe apli-

carse a la cuantía obtenida de la totalidad de las subvenciones de que se benefician las exportaciones en cuestión y no a cada uno de los distintos programas de subvención. Sin embargo, hay que insistir en que la constatación de una subvención de cuantía no insignificante no supone en modo alguno la existencia de daño importante.

b) En el artículo II, párrafo doce del Código de Subvenciones se prevé lo siguiente: "La autoridad investigadora pondrá fin a una investigación cuando esté convencida de que no existe subvención o que el efecto de la supuesta subvención no causa daño a la producción".

Sin embargo, en virtud del Código de Subvenciones toda determinación de existencia de daño debe hacerse caso por caso, sobre la base de una evaluación de los factores que se numeran en el artículo VI. Esta forma de determinación de la existencia de daño no puede obviarse especificando un nivel de subvención por debajo del cual no pueda constatarse la existencia de daño importante. En todo caso, las diferencias evidentes en las dimensiones de los mercados nacionales, el tamaño de las producciones, la sensibilidad de los productos a los precios, y otros factores, impiden establecer un único nivel para todos los países y productos.

Una norma *de minimis* debería aplicarse a la totalidad de las subvenciones de que se benefician los productos objeto de la investigación y no a los distintos programas de subvención. La autoridad investigadora puede determinarlo así antes de iniciar la investigación, durante ésta o en la decisión preliminar o definitiva, si así lo permite la legislación nacional.

El concepto *de minimis* se justifica por dos motivos teóricos, que no son excluyentes:

La primera opción sostiene que las acciones y medidas en materia de derecho compensatorio pueden adoptarse únicamente cuando así lo exijan el efecto de perturbación del comercio que ejerce la subvención y sus repercusiones sobre la correspondiente producción del país importador. Así pues, no debe adoptarse medida alguna cuando resulte claramente desproporcionada con el objetivo pretendido o, como dice el artículo II, párrafo doce, cuando el efecto de la subvención no causa daño a la producción del país importador.

En el segundo punto de vista, la cuestión de la subvención insignificante se trata como un asunto totalmente independiente de la determinación de la existencia de daño en una investigación. Si puede establecerse que el total de las subvenciones de

que se ha beneficiado el producto objeto de la investigación es mínimo (tan pequeño por unidad que es prácticamente inexistente), la autoridad investigadora puede decidir que, como se estipula en el artículo II, párrafo doce, no existe subvención. Así, como dice el aforismo, "*de minimis non curat lex*": la ley no se ocupa de minucias.

2.3. CUESTIONES RELATIVAS A LA DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE "PRODUCCIÓN NACIONAL"

Dentro del tema relativo a la determinación de la existencia del daño a la producción nacional debemos entrar al análisis de la definición del concepto de producción nacional, al cual alude el artículo VI del Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias.

La definición del concepto de "producción nacional" que se formula en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, en el sentido de que abarca el conjunto de los productores nacionales de los productos similares, reviste importancia en dos contextos: en cuanto a los requisitos establecidos en dicho Acuerdo para los procedimientos de iniciación de una investigación previa a la imposición de derechos compensatorios y en cuanto a la determinación de la existencia de daño.

En el Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias se han planteado dos problemas relativos al concepto de "producción nacional". En primer lugar, en algunos procedimientos en materia de derechos compensatorios relacionados con productos agrícolas elaborados, algunos signatarios han expresado opiniones contrapuestas sobre la cuestión de si los productores del país importador de la materia prima agrícola podrían ser considerados como una parte de los productores nacionales del producto elaborado. Algunos signatarios estiman que como la materia prima no es "similar" al producto elaborado, los productores de la materia prima no podrían ser considerados como una parte de los productores nacionales del producto elaborado. Otros signatarios son del parecer de que en ciertas circunstancias especiales, cuando existe una estrecha interdependencia económica entre la producción de la materia prima agrícola y la producción del producto final, puede ser legítimo considerar a los productores de la materia prima como parte de los productores nacionales del producto final.

En febrero de 1985 el Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias estableció un grupo especial para examinar la

controversia entre la Comunidad Económica Europea y los Estados Unidos de América acerca de una disposición que figuraba en la ley estadounidense de comercio y aranceles de 1984, en virtud de la cual, respecto a los vinos y productos vitivinícolas, debía entenderse que el término "producción" abarcaba a los productores nacionales de la principal materia agrícola contenida en el producto elaborado. El informe de este grupo especial fue distribuido el 24 de marzo de 1986, pero todavía no ha sido adoptado por el Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias.

Un segundo problema que se ha planteado con la definición de "producción nacional" es que existen puntos de vista divergentes respecto al modo en que las autoridades competentes deben verificar si una petición de que se impongan derechos compensatorios ha sido verdaderamente presentada por la producción nacional afectada o en nombre de ella. Una de las opiniones expresadas sobre esta cuestión sostiene que las autoridades competentes del país importador deben exigir al peticionario que acredite el apoyo de la mayoría de los productores que constituyen la producción nacional. Según otra opinión, sólo es necesario comprobar la condición del peticionario cuando los miembros de la producción nacional que no son importadores demuestren que la petición no ha sido presentada por la producción nacional afectada ni en nombre de ella.

3. NEXO CAUSAL

Una vez comprobada la existencia de una subvención y de que esta misma ha producido un daño considerable a la producción nacional del país importador, debe acreditarse la relación causal, esto es, que el daño sea producto precisamente de la importación de bienes subsidiados por otros países. Esta exigencia es importante, de forma que si eventualmente se determinara que existe un daño a la producción nacional y que ha habido subvenciones otorgadas por los países exportadores, pero no existe una relación entre ambas, deberá rechazarse la denuncia sobre subvención por no tener causalidad.

PROCEDIMIENTO FRENTE A LAS DENUNCIAS DE SUBVENCION

1. DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL CODIGO DE SUBVENCIONES

1.1. PROCEDIMIENTOS NACIONALES Y CUESTIONES CONEXAS

El artículo II del Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias dispone que sólo podrán imponerse derechos compensatorios en virtud de una investigación iniciada y realizada de conformidad con sus disposiciones. La investigación encaminada a determinar la existencia, el grado y los efectos de una supuesta subvención se iniciará normalmente previa solicitud escrita hecha por la producción afectada o en nombre de ella. Con la solicitud se incluirán suficientes pruebas de la existencia de: a) una subvención y, si es posible, su monto; b) un daño en el sentido del artículo VI del Acuerdo General del GATT, según se interpreta en dicho Acuerdo; y c) una relación causal entre las importaciones subvencionadas y el supuesto daño. Si en circunstancias especiales la autoridad interesada decide iniciar una investigación sin haber recibido esa solicitud, sólo la llevará adelante cuando tenga pruebas suficientes del hecho de una subvención y de la relación causal entre las importaciones subvencionadas y el daño.

Cada signatario notificará al Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias las siguientes cuestiones: a) la autoridad nacional competente para iniciar y realizar las investigaciones de que trata este Código, y b) el procedimiento nacional con arreglo al cual se inicien y realicen tales investigaciones.

Cuando la autoridad investigadora esté convencida de que existen pruebas suficientes para justificar la iniciación de una investigación, lo notificará al signatario o signatarios cuyos productos vayan a ser objeto de tal investigación, a los exportadores e importadores de cuyo interés tenga conocimiento la autoridad investigadora y a los reclamantes, ordenándose, asimismo, publicar el correspondiente aviso. Para determinar si procede iniciar una investigación, dicha autoridad deberá tener en cuenta la posición adoptada por las filiales de la parte reclamante que estén domiciliadas en el territorio de otros signatarios.

Al iniciarse una investigación, y de ahí en adelante, deberán examinarse simultáneamente tanto las pruebas de la existencia de una subvención como del daño causado por ella. En todo caso, las pruebas de la existencia de una subvención y de la existencia

de un daño se examinarán simultáneamente en las siguientes oportunidades: a) en el momento de decidir si se autoriza la iniciación de una investigación, y b) posteriormente, durante el curso de la investigación, a más tardar desde la fecha más temprana en que, de conformidad con las disposiciones del Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias, puedan comenzar a aplicarse medidas provisionales.

En el aviso público antes mencionado se han de indicar la o las prácticas materia de subvención que hayan de ser objeto de investigación. Cada signatario ha de velar porque, previa solicitud, la autoridad investigadora conceda a todos los signatarios interesados y a todas las partes interesadas una "oportunidad razonable" de examinar toda la información pertinente de carácter no confidencial que sea utilizada en la investigación por la autoridad investigadora y de exponer a dicha autoridad, por escrito y oralmente, previa justificación, sus observaciones al respecto.

Toda información que por su naturaleza sea confidencial o que las partes en una investigación faciliten con carácter confidencial, será, previa justificación al respecto, tratada como tal por la autoridad investigadora. Dicha información no será revelada sin autorización expresa de la parte que la haya facilitado. A las partes que proporcionen información confidencial podrá pedírseles que suministren resúmenes no confidenciales de la misma. En caso de que estas partes señalen que dicha información no puede ser resumida, deberán exponer las razones de tal imposibilidad.

Sin embargo, si la autoridad investigadora concluye que una petición de que se considere confidencial una información no está justificada, y si la parte que pide que se considere confidencial la información no quiere autorizar su divulgación, dicha autoridad podrá no tomar en cuenta esa información, a menos que se le demuestre de manera convincente que ella es exacta.

La autoridad investigadora podrá realizar investigaciones en el territorio de otros signatarios según sea necesario, siempre que lo haya notificado oportunamente al signatario interesado y que éste no se oponga a la investigación. Además, la autoridad investigadora podrá hacer investigaciones en los locales de una empresa y podrá examinar sus archivos siempre que: a) obtenga el asentimiento de la empresa, y b) lo comunique al signatario interesado y éste no se oponga.

En los casos en que una parte o signatarios interesados nieguen el acceso a la información necesaria o no la faciliten dentro de un plazo prudencial, o entorpezcan sensiblemente la investigación, podrán formularse conclusiones preliminares o definitivas, positivas o negativas, sobre la base de los hechos de que se tenga conocimiento.

El procedimiento arriba indicado no tiene por objeto impedir a las autoridades de ningún signatario proceder con prontitud a la iniciación de una investigación o a la formulación de conclusiones preliminares o definitivas, positivas o negativas, ni impedirles aplicar medidas provisionales o definitivas, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias.

En los casos en que los productos no se importen directamente del país de origen, sino que se exporten al país de importación desde un tercer país, las disposiciones del presente Acuerdo serán plenamente aplicables y a los efectos del mismo se considerará que la transacción o transacciones se realizan entre el país de origen y el país de importación.

La autoridad investigadora pondrá fin a una investigación cuando esté convencida de que no existe subvención o de que el efecto de la supuesta subvención no causa daño a la producción. Las investigaciones, en todo caso, no serán obstáculo alguno para el despacho de aduana.

Salvo circunstancias excepcionales, las investigaciones deberán haber concluido al año de su iniciación.

Debe darse aviso público de todas las conclusiones preliminares o definitivas, positivas o negativas, o de su revocación. En caso de ser positiva, en el aviso se harán constar las conclusiones y constataciones a que se haya llegado, sobre todo las cuestiones de hecho y de derecho que la autoridad investigadora considere pertinentes, así como las razones o la base en que se fundamenten. En caso de ser negativa, en el aviso figurarán por lo menos las conclusiones básicas y un resumen de las razones que las sustenten. Todos los avisos de conclusiones se enviarán al signatario o signatarios cuyos productos sean objeto de la investigación de que se trate, así como a los exportadores que se sepa están interesados.

Los signatarios informarán sin demora al Comité de todas las medidas preliminares o definitivas que se tomen en materia de derechos compensatorios. Tales informaciones podrán ser consultadas en la Secretaría del GATT por los representantes de los gobiernos. Los signatarios presentarán también informes semestrales sobre todas las medidas que hayan tomado en materia de derechos compensatorios en los seis meses precedentes.

1.2. CONSULTAS

El artículo III del Código de Subvenciones dispone que lo antes posible, una vez admitida una solicitud de que se inicie una inves-

tigación y en todo caso antes de que ésta se inicie, se dará a los signatarios cuyos productos sean objeto de dicha investigación una oportunidad razonable de celebrar consultas con objeto de dilucidar la situación respecto de las cuestiones a que se refiere el artículo II, párrafo primero, del Código de Subvenciones y llegar así a una solución mutuamente convenida.

Asimismo, durante todo el período de la investigación se dará a los signatarios cuyos productos sean objeto de la investigación, una oportunidad razonable de proseguir las consultas con miras a esclarecer los hechos del caso y llegar a una solución también mutuamente convenida.

Sin perjuicio de las obligaciones de dar oportunidad razonable para la celebración de consultas, se entiende que dichas consultas no tienen por objeto impedir a la autoridad de ningún signatario proceder con prontitud a la iniciación de una investigación o a la formulación de conclusiones preliminares o definitivas, positivas o negativas, ni impedirles aplicar medidas provisionales o definitivas.

El signatario que se proponga iniciar o que esté efectuando una investigación permitirá, si así se le solicita, el acceso del signatario o signatarios cuyos productos sean objeto de la investigación a las pruebas que no sean confidenciales, incluido el resumen no confidencial de la información confidencial utilizada para iniciar o efectuar la investigación.

Ahora bien, en cuanto a la aplicación práctica de estas consultas, podemos señalar que Chile ha realizado consultas con Brasil, la Comunidad Económica Europea y Perú. Sin embargo, en general, no se ha obtenido otro resultado que el intercambio de información. Con Brasil se celebraron consultas el 11 y 12 de marzo de 1982 con ocasión de la denuncia de subvención a las exportaciones de papel hilado, bond y cartulina dúplex por parte de dicho país. El 8 de octubre de 1982 se efectuó otra consulta con Brasil para analizar la subvención a diferentes productos, entre ellos el calzado de cuero, los remolques, semirremolques, los zapatos de seguridad, las galletas, los cuadernos y los hilados de algodón. Con la Comunidad Económica Europea se celebraron consultas los días 20 y 21 de julio de 1982 relativas a exportaciones a Chile de productos lácteos de origen comunitario. En dicha consulta ambos países intercambiaron información sobre los productos implicados. El 21 y 22 de julio de 1982 se realizaron consultas con el gobierno de Perú respecto a denuncias de los siguientes productos exportados a Chile de origen peruano: conservas de pescado, telas y sacos de osnaburgo, cemento Portland, hilados de algodón, hilados acrílicos y otros.

2. DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL REGLAMENTO DEL ARTICULO 11 DE LA LEY Nº 18.525 SOBRE INVESTIGACIONES DE DISTORSIONES EN LOS PRECIOS DE LAS MERCADERIAS IMPORTADAS, APLICABLES A LAS INVESTIGACIONES SOBRE SUBVENCIONES

En lo que se refiere a las normas internas relativas a las investigaciones sobre subvenciones, conviene tener presente que, conforme al artículo 16 del Reglamento del artículo 11 de la Ley Nº 18.525 sobre investigaciones de las distorsiones en los precios de las mercancías importadas, contenido en el Decreto Supremo de Hacienda Nº 545, de fecha 12 de julio de 1990, y publicado en el Diario Oficial de fecha 4 de septiembre de 1990, las disposiciones de dicho Reglamento son aplicables en lo que sea procedente a las investigaciones sobre subvenciones que la Comisión Nacional encargada de investigar las distorsiones en los precios de las mercaderías lleve a cabo en conformidad con las facultades que le otorga la Ley Nº 18.908.

Según más adelante veremos, en virtud de la Ley Nº 18.908, la mencionada Comisión pasó a ser competente en todo lo relativo a las investigaciones sobre subvenciones. Consecuente con ello, el artículo 16 del Reglamento citado hizo aplicables sus disposiciones a este tipo de investigaciones. De esta forma, actualmente sólo existiría un reglamento vigente para el conocimiento tanto de investigaciones de subvenciones como de distorsiones, no siendo aplicable, en consecuencia, para la investigaciones sobre subvenciones el reglamento aprobado por el Banco Central de Chile por resolución Nº 112, de fecha 17 de marzo de 1986.

El estudio del citado Reglamento del artículo 11 de la Ley Nº 18.525, aplicable a esta materia según se ha indicado, será abordado en el capítulo siguiente.

3. CRITERIOS PARA EL ANALISIS DE LAS DENUNCIAS DE SUBVENCION ADOPTADOS DURANTE LA VIGENCIA DE LA COMISION DE SUBVENCIONES

La Comisión de Subvenciones, durante su existencia como tal, adoptó ciertos criterios en cuanto al análisis de las denuncias de subvención que resultan de interés, no obstante que dicha Comisión fue reemplazada por la Comisión creada por el artículo 11 de la Ley Nº 18.525, ya que los estimamos plenamente vigentes. En efecto, los aspectos fundamentales que deben considerarse en el examen de una denuncia de subvención a la exportación son

los siguientes: la verificación de la concesión de subvenciones, la cuantía de las mismas y la determinación de la existencia de un daño significativo a la producción nacional provocado por las importaciones subvencionadas.

A continuación se detallan las principales consideraciones que se deben tener en cuenta al analizar los aspectos antes indicados.

3.1. TIPOS DE SUBVENCIÓN A LA EXPORTACIÓN

Las subvenciones son consideradas, de acuerdo con las normas generales, como toda medida adoptada por un gobierno u organismo afín, que discrimine en favor de una determinada empresa o producción, incluida toda forma de protección de los ingresos o de sostén de los precios, que tenga por efecto directo o indirecto aumentar las exportaciones de un producto cualquiera o reducir las importaciones de este producto.

Los subsidios a la exportación presentan, entre otras, las siguientes modalidades:

3.1.1. Incentivos fiscales a la exportación: Consisten en transferencias directas del Fisco al exportador, haciéndolas depender de su actuación exportadora. En muchos casos se justifican como una devolución de impuestos indirectos o derechos de aduana; sin embargo, normalmente corresponden a porcentajes ad valorem fijados de antemano, que no guardan relación directa con los impuestos o derechos efectivamente soportados por los exportadores, constituyendo en consecuencia un subsidio directo.

También cae dentro de esta categoría el suministro, por el gobierno o por organismos públicos, de productos o servicios (fletes entre ellos) importados o nacionales, para uso en la producción de mercancías exportadas, en condiciones más favorables que las aplicadas al suministro de productos o servicios similares o directamente competidores para uso en la producción de mercancías destinadas al consumo interior, si tales condiciones son más convenientes que las condiciones comerciales que se ofrezcan a sus exportadores en los mercados mundiales.

3.1.2. Incentivos crediticios a la exportación: Concesión de créditos para la producción destinada a la exportación, para preparar embarques (prefinanciamiento) o posteriores al embarque de las mercaderías (posfinanciación), a tasas de interés preferenciales, inferiores a las normales prevalecientes en los mercados internacionales o al costo para los gobiernos de obtener estos fondos.

3.1.3. Incentivos tributarios: Tales como exenciones de impuestos directos (v. gr.: el impuesto a la renta), exenciones o devoluciones de impuestos indirectos en una cuantía que exceda a los montos efectivamente percibidos cuando los productos se venden en el mercado interno, devolución de derechos de importación en exceso a lo efectivamente recaudado por insumos importados que están materialmente incorporados en el producto exportado.

Se debe tener presente que la devolución total o parcial de los impuestos indirectos aplicados sobre la producción o distribución de los productos exportados (IVA, por ejemplo), así como de las cargas a la importación correspondiente a insumos importados incorporados materialmente al producto exportado, no constituye un subsidio.

La existencia de una subvención se puede probar ya sea de forma directa, entregando los documentos que correspondan, o indirecta, caso este último en que se debe acreditar que existe una diferencia de precios significativa, no justificada por razones de eficiencia productiva o economías de escala, entre el precio denunciado y el precio normal prevaleciente en los mercados mundiales.

En aquellos casos en que se constate que existe una *situación de dumping*, no basada en una subvención, se informará de ello a las autoridades, recomendando las medidas que se estimen pertinentes.

El otorgamiento de un subsidio a las exportaciones no produce necesariamente un daño a la producción nacional, pudiendo existir situaciones distorsionantes en el país exportador (por ejemplo, moneda nacional sobrevaluada) que son compensadas con subsidios, por lo cual en estos casos no procede la adopción de medidas que contrarresten tales subvenciones.

En una investigación se debe llegar a demostrar la existencia de una subvención y su cuantía, para luego examinar si ella puede ocasionar un daño importante a la producción nacional similar afectada.

3.2. ELEMENTOS A CONSIDERAR RELATIVOS AL DAÑO DE LA PRODUCCIÓN NACIONAL Y RELACIÓN DE CAUSALIDAD

El Código de Subvenciones obliga a que la investigación consista en un examen objetivo: a) del volumen de las importaciones subsidiadas y su efecto en los precios de los productos similares en el mercado nacional, y b) de los efectos consiguientes de esas importaciones sobre los productores nacionales de tales productos.

3.2.1. Con respecto al *volumen de importaciones*, se tiene en cuenta si ha habido un aumento considerable de las mismas:

- a) en términos absolutos;
- b) en relación con la producción nacional similar, o
- c) en relación con el consumo aparente nacional.

Al analizar la participación de las importaciones en la oferta o el consumo nacional, se toma en cuenta el grado de competencia existente en el mercado local. También ha de considerarse, entre otros, si el aumento de las importaciones subvencionadas ha sido causa de un desplazamiento de la producción nacional a favor de las primeras o ha impedido la creación de una producción.

3.2.2. Con respecto a los *efectos sobre los precios* de los productos nacionales similares, debe tenerse en cuenta:

A. Si el precio de las importaciones investigadas es significativamente inferior al precio del producto nacional similar; o bien,

B. Si el efecto ha sido el de hacer bajar de otro modo en medida considerable los precios del producto nacional similar, o impedir un alza considerable en los precios de tales productos que razonablemente se hubiera producido en ausencia de las subvenciones.

Además, para tener una apreciación más completa del efecto de las subvenciones, la investigación podrá comparar el precio de exportación del producto denunciado, considerando los ajustes que correspondan ante las diferentes formas de cotización (FOB, CIF, Ex-Fábrica, etc.) y condiciones de pago (plazo, intereses incluidos en el precio, etc.), con una o más de las siguientes alternativas:

a) El precio real prevaleciente en el mercado internacional, entendiéndose por tal aquel al cual las mercaderías son vendidas u ofrecidas para la venta en el curso de operaciones comerciales normales, efectuadas en condiciones de libre competencia.

b) El precio de exportación de un producto idéntico o similar de otros países que no concedan subsidios, destinados al mercado chileno.

c) El precio de exportación de un producto idéntico o similar de otros países que no concedan subsidios, destinados al consumo de terceros países.

d) El precio interno de un producto idéntico o similar destinado al consumo en el país exportador, deduciendo los impuestos y derechos arancelarios pertinentes.

e) El costo de producción de la mercadería en el país de origen, más un suplemento razonable para cubrir los gastos de venta y el concepto de beneficio.

f) El precio de exportación del mismo producto del país denunciado a otros mercados.

Se tiene especial cuidado cuando existen variaciones importantes en las tasas de cambio de las diferentes monedas, a objeto de aislar este factor como causal de variación en los precios de venta del producto o productos investigados.

En toda comparación de valores o precios se deben tener debidamente en cuenta, en cada caso, las diferencias en las condiciones de venta, las de tributación y aquellas otras que influyan en la comparabilidad de los precios.

También hay que considerar aquellos casos en que, no existiendo un deterioro en los precios internos, se ha producido un alza en los costos de producción de la mercancía nacional que no ha podido ser traspasada al precio final por efecto de las importaciones subvencionadas.

3.2.3. Con respecto al *examen de los efectos sobre la producción nacional* de que se trate, debe incluirse una evaluación de todos los factores e índices económicos pertinentes que influyan en el estado de esa producción, como por ejemplo:

a) la disminución actual o potencial de la producción, las ventas, la participación en el mercado, los beneficios, la productividad, el rendimiento de las inversiones o la utilización de la capacidad instalada;

b) los factores que repercuten en los precios internos;

c) los efectos negativos actuales o potenciales en el flujo de caja, las existencias, el empleo, los salarios, el crecimiento, la capacidad de reunir capital o la inversión y, en el caso de la agricultura, si ha habido un aumento del costo de los programas gubernamentales de apoyo.

Tomando en cuenta el análisis relativo al volumen de las importaciones y a los efectos de éstas sobre los precios internos, se deben examinar los efectos consiguientes de las importaciones sobre los productores nacionales.

De esta forma, el análisis debe tener especial cuidado para identificar otros factores que afectan a la producción nacional causando un perjuicio importante, pero que no son atribuibles a la existencia de importaciones subvencionadas. Por ejemplo, el volumen y precios de las importaciones no subvencionadas, variaciones en la estructura de consumo, contracción de la demanda, las prácticas comerciales restrictivas de los productores extranjeros y nacionales, y la competencia entre ellos, la evolución de la tecnología, etc.

3.3. DETERMINACIÓN DEL DAÑO

Se deben considerar pruebas positivas para la determinación de la existencia de un daño importante. Para estos efectos se deberán tomar en cuenta todos los factores que causen perjuicio a la producción nacional, sólo una vez efectuado lo anterior, se deberá analizar además si las importaciones subvencionadas objeto de la investigación constituyen la causa principal y directa de dicho daño importante.

Por lo tanto, no basta que se acredite que el aumento de las importaciones y sus efectos sobre los precios internos sea considerable, si no hay acreditados daños importantes vinculados causalmente con las importaciones subvencionadas sobre los productos nacionales similares.

La apreciación de los *efectos considerables* en los precios internos, o del *daño importante* o amenaza de *perjuicio importante*, está en función, entre otros, del producto de que se trate, las condiciones del mercado, el grado de competencia, la cantidad de oferentes en el mercado, la sensibilidad de la producción ante cambios en el precio, etc.

En consecuencia, la determinación del daño importante es casuística. No obstante, se pueden considerar ciertos patrones generales relativos al aumento *considerable* del volumen y al efecto *considerable* sobre los precios.

Ninguno de los factores citados, aisladamente, ni varios de ellos juntos, bastan para obtener una orientación decisiva.

3.4. AMENAZA DE DAÑO

La determinación de la existencia de una amenaza de daño debe basarse en hechos y no simplemente en alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas. La modificación de las circunstancias que darían lugar a una situación en la cual la subvención causaría un daño, debe ser claramente prevista e inminente. Un ejemplo de ello, si bien de carácter no exclusivo, es que existan razones convincentes de que en el futuro inmediato habrá un aumento sustancial de las importaciones del producto a precios subvencionados.

Por lo que respecta a los casos en que las importaciones objeto de la subvención amenacen causar un daño, la aplicación de medidas para contrarrestar los efectos del subsidio deben estudiarse y decidirse con especial cuidado.

Para determinar la existencia de una amenaza de daño, se deberán examinar los factores enumerados en los puntos 3.2.1 y 3.2.2, tomando en cuenta las pruebas relativas al carácter de la subvención de que se trate y sus probables efectos comerciales.

4. APLICACION DE MEDIDAS

4.1. MEDIDAS PROVISIONALES Y RETROACTIVIDAD

El Acuerdo General del GATT, en su artículo VI N° 3, establece que no se percibirá sobre ningún producto del territorio de una parte contratante importado en el de otra parte contratante, derecho compensatorio alguno que exceda del monto estimado de la prima o de la subvención que se sepa ha sido concedida directa o indirectamente a la fabricación, la producción o la exportación del citado producto en el país de origen o de exportación, con inclusión de cualquier subvención especial concedida para el transporte de un producto determinado.

Más adelante, el artículo VI antes citado prescribe que, no obstante, en circunstancias excepcionales, en las que cualquier retraso podría ocasionar un perjuicio difícilmente reparable, toda parte contratante podrá percibir, sin la aprobación previa de las otras partes contratantes, un derecho compensatorio en conformidad con lo estipulado en el párrafo B N° 6 del mismo artículo VI, a condición de que dé cuenta inmediata de estas medidas a las partes contratantes y de que se supriman rápidamente dichos derechos compensatorios si éstas desapruueban la aplicación.

Por su parte, el Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias, en su artículo V, dispone que sólo se podrán adoptar medidas provisionales después que se haya llegado a la conclusión preliminar de que existe una subvención y de que hay pruebas suficientes de daño, según lo prevé el mismo Código. No se aplicarán medidas provisionales, a menos que las autoridades interesadas juzguen que son necesarias para impedir que se cause daño durante el período de la investigación.

Las medidas provisionales podrán tomar la forma de "derechos compensatorios provisionales" garantizados por depósitos en efectivo o por fianzas de cuantía igual al monto provisionalmente calculado de la subvención. Estas medidas provisionales se establecerán por el período más breve posible, que no podrá exceder de cuatro meses.

Cuando se llegue a la conclusión definitiva de que existe un daño (pero no de una amenaza de daño o de retraso sensible en la creación de una producción) o cuando se llegue a la conclu-

sión definitiva de que existe una amenaza de daño y que además el efecto de las importaciones subvencionadas sea tal que de no haberse aplicado medidas provisionales se habría llegado a la conclusión de que existía un daño, se podrán imponer *retroactivamente* derechos compensatorios por el período en que se hayan aplicado las medidas provisionales.

Si el derecho compensatorio definitivo es superior al importe garantizado por el depósito en efectivo o la fianza, no se exigirá la diferencia. Si el derecho definitivo es inferior al importe garantizado por el depósito en efectivo o la fianza, se procederá con prontitud a restituir el excedente o a liberar la correspondiente fianza.

Cuando se llegue a la conclusión de que existe una amenaza de daño o de retraso sensible (sin que se haya producido todavía el daño), sólo se podrá establecer un derecho compensatorio definitivo a partir de la fecha de esa conclusión y se procederá con prontitud a restituir todo depósito en efectivo hecho durante el período de aplicación de las medidas provisionales y a liberar toda fianza prestada.

Cuando la conclusión final sea negativa, esto es, se considere que no hay tal amenaza de daño o de retraso sensible, o bien no hay subvención y/o daño, se procederá con prontitud a restituir todo depósito en efectivo hecho durante el período de aplicación de las medidas provisionales y a liberar toda fianza prestada.

En circunstancias críticas, cuando respecto del producto subvencionado de que se trate la autoridad concluya que existe un daño difícilmente reparable causado por importaciones masivas efectuadas en un período relativamente corto de un producto que goza de subvenciones a la exportación pagadas o concedidas de forma incompatible con las disposiciones del Acuerdo General y del Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias, y cuando, para impedir que vuelva a producirse el daño, se estime necesario percibir retroactivamente derechos compensatorios sobre esas importaciones, los derechos compensatorios definitivos podrán percibirse sobre los productos que se hayan ingresado para el consumo hasta un máximo de 90 días antes de la fecha de aplicación de las medidas provisionales.

4.2. ESTABLECIMIENTO DE DERECHOS COMPENSATORIOS

4.2.1. El artículo VI del Acuerdo General del GATT estipula que no se percibirá sobre ningún producto del territorio de una parte contratante importado en el de otra parte contratante, derecho

compensatorio alguno que exceda del monto estimado de la prima o de la subvención que se sepa ha sido concedida directa o indirectamente a la fabricación, la producción o la exportación del citado producto en el país de origen o de exportación, con inclusión de cualquier subvención especial concedida para el transporte de un producto determinado. Se entiende por "derecho compensatorio" un derecho especial percibido para contrarrestar cualquier prima o subvención concedida directa o indirectamente a la fabricación, la producción o la exportación de un producto.

Ninguna parte contratante percibirá derechos antidumping o derechos compensatorios sobre la importación de un producto del territorio de otra parte contratante, a menos que determine que el efecto del dumping o de la subvención, según el caso, sea tal que cause o amenace causar un perjuicio importante a una producción nacional ya existente, o que retarde considerablemente la creación de una rama de la producción nacional.

El Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias, en su artículo IV, dispone que la decisión de establecer o no establecer un derecho compensatorio en los casos en que se han cumplido todos los requisitos para su establecimiento y la decisión de fijar la cuantía del derecho compensatorio en un nivel igual o inferior a la cuantía de la subvención, habrán de adoptarlas las autoridades del signatario importador. Es deseable que el establecimiento del derecho sea facultativo en el territorio de todos los signatarios y que el derecho sea inferior a la cuantía total de la subvención, si ese derecho inferior basta para eliminar el daño a la producción nacional.

No se percibirá sobre ningún producto importado un derecho compensatorio que sea superior a la cuantía de la subvención, que se haya concluido existe, calculada por unidad del producto subvencionado y exportado.

Cuando se haya establecido un derecho compensatorio respecto a un producto, ese derecho se percibirá en las cuantías apropiadas y sin discriminación sobre las importaciones de ese producto, respecto de las cuales se haya concluido que están subvencionadas y causan daño, cualquiera sea su procedencia, a excepción de las importaciones procedentes de fuentes que hayan renunciado a la concesión de las subvenciones en cuestión, o de las que se hayan aceptado compromisos en virtud de lo estipulado en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

Si después de haberse desplegado esfuerzos razonables para llevar a término consultas, un signatario emite fallo definitivo sobre la existencia de la subvención y su cuantía y sobre el hecho de que por efecto de la subvención las importaciones subvencio-

nadas están causando daño, podrá aplicarse un derecho compensatorio, a no ser que se retire la subvención.

Se podrán suspender o dar por terminados los procedimientos sin adopción de medidas provisionales o aplicación de derechos compensatorios, si se aceptan compromisos con arreglo a los cuales:

a) El gobierno del país exportador conviene en eliminar la subvención o tomar otras medidas respecto de sus efectos; o

b) El exportador conviene en revisar sus precios de modo que la autoridad investigadora quede convencida de que se elimina el efecto perjudicial de la subvención. Los aumentos de precios estipulados en los compromisos no serán superiores a lo necesario para compensar la cuantía de la subvención. No se recabarán ni se aceptarán de los exportadores compromisos en materia de precios, excepto en el caso de que previamente el signatario importador haya iniciado una investigación de conformidad con las disposiciones del artículo II del Código y haya obtenido el consentimiento del signatario exportador. No será necesario aceptar los compromisos ofrecidos si las autoridades del signatario importador consideran que no sería realista tal aceptación, por ejemplo, porque el número de los exportadores actuales o potenciales sea demasiado grande o por otros motivos.

4.2.2. Aunque se acepten los compromisos, la investigación del daño se llevará a término cuando así lo desee el signatario exportador o así lo decida el signatario importador. En tal caso, si se falla que no existe daño ni amenaza de daño, el compromiso quedará extinguido automáticamente, salvo cuando el fallo de que no hay amenaza de daño se base en gran medida en la existencia de un compromiso; en tales casos las autoridades interesadas podrán exigir que se mantenga el compromiso durante un período prudencial, conforme a las disposiciones del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

4.2.3. Las autoridades del signatario importador podrán sugerir compromisos en materia de precios, pero ningún exportador será obligado a aceptarlos. El hecho de que un gobierno o un exportador no ofrezca tales compromisos o no acepte la invitación de hacerlo, no prejuzgará en modo alguno el examen del asunto. Sin embargo, las autoridades tendrán la libertad de fallar que una amenaza de daño puede, con mayor probabilidad, llegar a ser efectiva si continúan las exportaciones subvencionadas.

Las autoridades de un signatario importador podrán pedir a cualquier gobierno o exportador del que se hayan aceptado com-

promisos, que suministre periódicamente información relativa al cumplimiento de tales compromisos y que permita la verificación de los datos pertinentes. En caso de incumplimiento de compromisos, las autoridades del signatario importador podrán adoptar con prontitud disposiciones que podrán consistir en la aplicación inmediata de medidas provisionales sobre la base de las mejores informaciones disponibles. En tales casos, podrán percibirse derechos definitivos sobre las mercancías ingresadas para el consumo hasta un máximo de 90 días antes de la aplicación de tales medidas provisionales. Pero no podrá procederse a ninguna percepción retroactiva de esa índole sobre las importaciones declaradas antes del incumplimiento del compromiso.

El plazo de vigencia de los compromisos no será superior al que puedan tener los derechos compensatorios. Cuando ello esté justificado, las autoridades del signatario importador examinarán la necesidad del mantenimiento de cualquier compromiso por propia iniciativa o a petición de exportadores o importadores interesados del producto de que se trate que presenten informaciones positivas probatorias de la necesidad de tal examen.

Cuando de conformidad con lo dispuesto anteriormente se haya suspendido o dado por terminada una investigación en materia de derechos compensatorios, o cuando expire un compromiso, este hecho se notificará oficialmente y será publicado. En los avisos correspondientes se harán constar al menos las conclusiones fundamentales y un resumen de las razones que las justifiquen.

Un derecho compensatorio sólo permanecerá en vigor durante el tiempo y en la medida necesarios para contrarrestar la subvención que esté causando daño. Cuando ello esté justificado, la autoridad investigadora examinará la necesidad de mantener el derecho por propia iniciativa o a petición de cualquier parte interesada que presente informaciones positivas probatorias de la necesidad del examen.

4.3. CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DERECHOS COMPENSATORIOS

El Acuerdo General del GATT define los derechos compensatorios como un derecho especial percibido para contrarrestar cualquier prima o subvención concedida, directa o indirectamente, a la fabricación, producción o exportación de un producto.

En tal virtud los derechos compensatorios se aplican sólo respecto de ciertos productos cuya exportación al país que dispone la medida fue subvencionada. Difiere, entonces, de una simple

sobretasa que es aplicada a la generalidad de los productos de una misma naturaleza, cualquiera sea su procedencia.

En este sentido, los derechos compensatorios son discriminatorios, ya que sólo se establecen respecto de algunos productos, y no todos de una misma naturaleza.

Ahora bien, ¿podría estimarse que esta discriminación vulnera lo dispuesto en el artículo 19 N° 20 de la Constitución Política del Estado, de 1980, que asegura a todas las personas la igual repartición de los tributos en la forma que fije la ley?

Entendemos que a pesar de que estos derechos son evidentemente discriminatorios, estas discriminaciones no son "arbitrarias". En efecto, la aplicación de estas medidas compensatorias obedece a que los productos objeto de estas medidas fueron subvencionados en su país de origen.

De esta manera, no se estaría violando la igualdad ante la ley, sino que —por el contrario— se estaría eliminando una ventaja injusta proveniente de una práctica desleal, en pos de una competencia más sana e igualitaria, y, por ende, restableciendo tal igualdad.

Adicionalmente, tal como se señaló en el Senado en la tramitación de la Ley N° 19.155, a propósito de los derechos antidumping, es discutible que tales derechos sean realmente tributos.

4.4. CRITERIOS ADOPTADOS EN CHILE EN CUANTO A LA APLICACIÓN DE MEDIDAS COMPENSATORIAS

A pesar de que Chile suscribió el Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias, no se aplican en la práctica derechos compensatorios, sino una sobretasa arancelaria a todos los productos de un mismo ítem arancelario, cualquiera sea su procedencia u origen.

La razón de esta práctica es probablemente el querer evitar represalias que podrían adoptar otros países. En este sentido, se produjeron conflictos con la Comunidad Económica Europea y Brasil, los que amenazaron con tomar medidas como limitar las importaciones provenientes de Chile, o simplemente prohibirlas, si Chile aplicaba un derecho compensatorio a sus productos de exportación.

Ante tales presiones, se optó por adoptar sobretasas arancelarias parejas, que no distinguen entre las importaciones de países que subvencionan sus exportaciones y los que no lo hacen.

Este tipo de medidas tiene la ventaja de que los países a los cuales se les aplica no se sienten afectados en su imagen internacional, por cuanto se les aplica a todos por igual. Además, la

imposición de una sobretasa es una cuestión de la sola competencia del país que la aplica, debiendo, eso sí, respetarse los márgenes de los aranceles máximos pactados en las negociaciones comerciales multilaterales que se hacen bajo el amparo del GATT.

De este modo, en la práctica, las investigaciones de subvención concluyen muchas veces señalando que no existe necesidad de aplicar derechos compensatorios, y, paralelamente, se aplica una sobretasa arancelaria.

Esta ha sido la solución práctica que se ha alcanzado, acordada de hecho, pues no existe ninguna disposición legal que así lo establezca.

Ahora bien, conviene precisar que este tipo de solución no es el más conveniente, a pesar de la ventaja que insinuábamos, pues la sobretasa se aplica indiscriminadamente a todas las importaciones de cierto producto, sin distinguir sobre el país de origen. Así, la sobretasa arancelaria se aplica por igual a todas las importaciones de un producto de una misma naturaleza, sea proveniente de un país que beneficia sus exportaciones, como de uno que no las subvenciona.

En este último sentido, podría afirmarse que la sobretasa es discriminatoria, y en esta perspectiva serían plenamente válidas nuestras aprensiones sobre la inconstitucionalidad de tales medidas a la luz de lo que disponen los N°s 20 y 22 del artículo 19 de la Constitución Política de 1980, respecto de las mercaderías de ese mismo ítem arancelario que ingresan a nuestro país y las cuales no han sido subvencionadas por los Estados de sus países de origen. Cabe hacer la salvedad de que requiere un análisis adicional la determinación de si los derechos compensatorios constituyen o no tributos o gravámenes especiales, pero aunque no lo fueran, se vulnerarían los N°s 2 y 3 del citado artículo 19. Además, la aplicación de sobretasas tiene el inconveniente de que no corrige necesariamente el monto tal de la subvención y de la distorsión creada por ella. Sería preferible que se diera cumplimiento cabal al Código de Subvenciones y Medidas Compensatorias, y que se aplicaran los procedimientos dispuestos por éste, con la prudencia, eso sí, de evitar represalias de los países que subvencionan sus exportaciones.

5. AUTORIDAD COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS DENUNCIAS SOBRE SUBVENCIONES EN CHILE

El Decreto Ley N° 3.567, publicado en el Diario Oficial el 30 de enero de 1981, considerando la conveniencia de perfeccionar los mecanismos tendientes al pleno cumplimiento de los objetivos