

ENRIQUE CHÁVEZ BARDALES³⁶

Resumen

En el presente artículo se analizan los requisitos que exige el Acuerdo Antidumping de la Organización Mundial del Comercio, para el desarrollo de las investigaciones antidumping basadas en la amenaza de daño a la rama de producción nacional. La mayor dificultad se presenta a partir del mayor estándar probatorio exigido, así como la necesidad de plantear análisis proyectistas que demuestren la previsible e inminente llegada de importaciones a precios dumping que causarán un daño importante, a menos que se adopten medidas de protección. Asimismo, se abordan los distintos pronunciamientos efectuados por el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio, el cual ha tratado de interpretar estos y otros aspectos prácticos con los que toda autoridad investigadora se enfrenta, para resolver las solicitudes de la rama de producción nacional. En definitiva, para los casos de amenaza de daño, la aplicación de los derechos antidumping ha de examinarse y decidirse con especial cuidado, evitando que se convierta en una puerta abierta que sea usada con fines proteccionistas.

Palabras clave: Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), Acuerdo Antidumping, amenaza de daño, Organización Mundial del Comercio,

Abstract

This paper analyzes the requirements set by the WTO Anti-Dumping Agreement in relation to anti-dumping investigations based on threat of injury to the domestic industry. The greatest difficulty arises from the higher standard of evidence required, as well as the need for analysis based on projections demonstrating the foreseeable and imminent arrival of imports at dumping prices that will cause significant injury, unless protective measures are taken. It also addresses the various rulings made by the Dispute Settlement Body of the World Trade Organization, which has attempted to interpret these and other practical issues with which the investigating

35 Las opiniones vertidas en este artículo representan la visión exclusiva del autor sobre las diferentes materias abordadas y no comprometen, en modo alguno, la posición de los órganos resolutivos y otras áreas de la institución.

36 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho del Comercio Internacional por la Universidad de Liverpool, Inglaterra. Profesor de Pre y Postgrado en la Universidad San Martín de Porres. Autor de manuales y diversos artículos vinculados a los temas de su especialidad. En el Indecopi se desempeña como abogado en la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias. Email: chavez.enrique@gmail.com.

authorities are confronted in resolving domestic industry requests. Finally, in cases of threat of injury, the application of anti-dumping duties must be carefully considered and decided upon, preventing it from becoming an open door used for protectionist purposes.

Keywords: General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), Anti-Dumping Agreement, Threat of Injury, World Trade Organization,

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 2.1 del Acuerdo Antidumping de la Organización Mundial del Comercio establece que 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 sea menor que el precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador. Sin embargo, el dumping, como tal, no está prohibido³⁷. Lo que hace el Acuerdo Antidumping es dar reglas para los países que quieran contrapesar el daño que este pudiese ocasionar. De esta manera, el artículo VI del Acuerdo GATT³⁸ señala que el dumping es condenable cuando causa o amenaza con causar un daño importante a la rama de producción existente de una parte contratante o si retrasa de manera importante la creación de una rama de producción nacional.

El Acuerdo Antidumping de la Organización Mundial del Comercio establece que solo se aplicarán medidas antidumping en las circunstancias previstas en el artículo VI del GATT de 1994 y en virtud de investigaciones iniciadas³⁹ y realizadas de conformidad con las disposiciones de dicho Acuerdo.

El procedimiento se inicia previa solicitud escrita hecha por la rama de producción nacional o en nombre de ella o, en circunstancias especiales, de oficio cuando la autoridad investigadora tenga pruebas suficientes del dumping, del daño importante y de la relación causal entre el dumping y el daño, que justifiquen la iniciación de una investigación.

37 CHAVEZ BARDALES, E. (2012). Regulación Contra las Prácticas Elusivas de los Derechos Antidumping: Necesidad de un Consenso Multilateral. *Ita lus Esto Año IV N° 7*, página 110.

38 Las siglas GATT corresponden al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio. Inicialmente acordado en 1947, posteriormente fue objeto de una reforma sustancial como consecuencia del resultado de las negociaciones de la Ronda Uruguay que da origen al GATT 1994.

39 En el Acuerdo Antidumping se entiende por "iniciación de una investigación" el trámite por el que un miembro inicia o comienza formalmente una investigación según lo dispuesto en el artículo 5.

En ese sentido, el segundo de los requisitos que se debe cumplir para que se puedan aplicar derechos antidumping es que se constate la existencia de un daño importante actual a la rama de producción nacional. Alternativamente, el artículo 3.7 del Acuerdo Antidumping señala que es posible aplicar la medida sobre la base de la existencia de una amenaza de daño importante. Asimismo, la nota 9 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping también posibilita que el daño se manifieste como un retraso importante en la creación de una rama de producción⁴⁰. Sin embargo, la existencia de una sola forma de daño es suficiente y el hallazgo de daños no puede estar basado simultáneamente en las tres formas de daño⁴¹.

En tanto que los procedimientos antidumping en su gran mayoría se llevan a cabo luego de que el daño ya se ha producido, la compensación por pérdidas pasadas no es un mecanismo que se encuentra disponible y el mercado puede ya estar alterado, incluso si la denuncia resultase amparada y las medidas fueran impuestas.⁴² Frente a dicho panorama, una acción preventiva, que anticipe la materialización del daño, resulta ser una mejor opción para la rama de producción nacional, que la de esperar pasivamente el acaecimiento del mismo. En respaldo de ello, existen importantes estudios económicos que demuestran que se produce un aumento significativo en el valor de mercado de las empresas denunciadas cuando su solicitud está sustentada en amenazas de daño, en comparación con aquellas basadas en daño actual⁴³. Expresándonos en términos pugilísticos, es mejor desviar anticipadamente el golpe, que reaccionar luego de recibir el impacto del puño rival.

Por otro lado, no debemos olvidar que, así como no existe una fórmula matemática para determinar la existencia de daño actual⁴⁴, tampoco la hay para la determinación de la amenaza de daño. Así descrito el escenario, no se descarta que un uso abusivo de esta última alternativa podría generar una restricción injustificada de las importaciones. Es por tal situación que la normativa multilateral ha establecido ciertas condiciones que habilitan el empleo de esta medida de defensa comercial en tales supuestos. A continuación, se analizarán las principales características de dicha regulación, así como de los pronunciamientos del Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio.

40 Sin embargo, a la fecha no se tiene información de que esta modalidad de daño haya sido invocada en un caso real.

41 MULLER W, N KHAN N & NEUMANN H-A. (1998) EC Antidumping Law, A commentary on regulation 384/96. New York: John Wiley & Sons, página 181.

42 LOWENFELD. A. F. (2008) International Economic Law. (2° edition). Oxford: Oxford University Press 292.

43 HARTIGAN, JAMES C., SREENIVAS KAMMA, & PHILIP R. PERRY. (1989) The Injury Determination.

44 RAJU K. D. (2008) World Trade Organization Agreement on Anti-dumping: A GATT WTO and Indian Jurisprudence. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, página 125.

II. BASE LEGAL

El extenso artículo 3.7 del Acuerdo Antidumping establece los elementos que han de tenerse en cuenta al evaluar la existencia de una amenaza de daño importante a la rama de producción nacional.

Artículo 3.- Determinación de la existencia de daño.-

(...)

3.7 La determinación de la existencia de una amenaza de daño importante se basará en hechos y no simplemente en alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas. La modificación de las circunstancias que daría lugar a una situación en la cual el dumping causaría un daño deberá ser claramente prevista e inminente.⁴⁵ Al llevar a cabo una determinación referente a la existencia de una amenaza de daño importante, las autoridades deberán considerar, entre otros, los siguientes factores:

- i) una tasa significativa de incremento de las importaciones objeto de dumping en el mercado interno que indique la probabilidad de que aumenten sustancialmente las importaciones;*
- ii) una suficiente capacidad libremente disponible del exportador o un aumento inminente y sustancial de la misma que indique la probabilidad de un aumento sustancial de las exportaciones objeto de dumping al mercado del Miembro importador, teniendo en cuenta la existencia de otros mercados de exportación que puedan absorber el posible aumento de las exportaciones;*
- iii) el hecho de que las importaciones se realicen a precios que tendrán en los precios internos el efecto de hacerlos bajar o contener su subida de manera significativa, y que probablemente hagan aumentar la demanda de nuevas importaciones; y*
- iv) las existencias del producto objeto de la investigación.*

Ninguno de estos factores por sí solo bastará necesariamente para obtener una orientación decisiva, pero todos ellos juntos han de llevar a la conclusión de la inminencia

⁴⁵ En esta parte del artículo se incluye la nota a pie de página 10 que señala "Un ejemplo de ello, si bien de carácter no exclusivo, es que existan razones convincentes para creer que en el futuro inmediato habrá un aumento sustancial de las importaciones del producto a precios de dumping".

de nuevas exportaciones a precios de dumping y de que, a menos que se adopten medidas de protección, se producirá un daño importante.

Como se aprecia, el análisis de la existencia de una amenaza de daño tiene por propósito determinar, tanto la inminencia de un incremento sustancial de las importaciones objeto de dumping, como de sus efectos en el estado de la rama de producción nacional en el futuro inmediato. En tal sentido, el examen que se efectúa en este tipo de procedimientos tiene características de un análisis prospectivo; es decir, una investigación sustentada en la formulación de hipótesis sobre hechos que, a pesar de aun no haberse materializado, resulten claramente previsible e inminentes.

Es evidente que lo anterior no está exento de peligros. Así, algunos especialistas han advertido que dado que este concepto, de carácter inherentemente inferencial, exige que las autoridades investigadoras tengan que realizar pronósticos, dicha situación se presenta lo suficientemente atractiva como para fomentar que la rama de producción del país importador se exceda buscando el amparo proteccionista de su gobierno, bajo idea de una menor rigurosidad al momento de la evaluación de las probabilidades futuras de daño.⁴⁶

Considerando dicho escenario, el Acuerdo Antidumping reconoce el riesgo de que en la evaluación de la situación concreta las autoridades investigadoras puedan caer en simples especulaciones sobre posibles problemas futuros que afecten a la rama de producción nacional, encontrando muy fácilmente “evidencias” de amenaza de daño⁴⁷”. En ese sentido, cobra un gran significado el artículo 3.8 del Acuerdo Antidumping al establecer una exigencia de especial cuidado al examinar y decidir la aplicación de las medidas antidumping:

Artículo 3.- Determinación de la existencia de daño.-

(...)

3.8 Por lo que respecta a los casos en que las importaciones objeto de dumping amenacen causar un daño, la aplicación de las medidas antidumping se examinará y decidirá con especial cuidado.

46 CHO S. (2009) Anticompetitive Trade Remedies: How Antidumping Measures Obstruct Market Competition. North Carolina Law Review, 87 (January), 379.

47 DURLING. J. P. (2008) Max Planck Commentaries on World Trade Law – WTO Trade Remedies. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers / Brill Academic 72, párrafo 102.

Advirtiendo que no hay una disposición similar para los casos basados en la existencia de un daño importante actual, no cabe duda que los redactores de la norma han querido evitar que las autoridades investigadoras hagan un examen ligero y superficial que pudiera provocar una avalancha de solicitudes de inicio de investigación respaldadas en la existencia de una supuesta amenaza de daño. Sin embargo, lo preocupante es que la norma glosada no brinda ninguna orientación adicional de lo que signifique dicho “especial cuidado”. Con todo, al decir de Van den Bossche⁴⁸, es claro que la norma intenta prevenir contra la automática imposición de medidas antidumping en los casos de amenaza de daño. Aun así, para algunos comentaristas, ello no ha impedido que en ciertas jurisdicciones se haya favorecido la aplicación de derechos antidumping con carácter proteccionista⁴⁹.

III. ELEMENTOS DEL ANÁLISIS DE LA AMENAZA DE DAÑO

En esa línea, las principales exigencias que la autoridad investigadora tiene que verificar para afirmar la existencia de una amenaza de daño son básicamente las siguientes:

- (i) La determinación de la existencia de una amenaza de daño importante se debe basar en hechos y no simplemente en alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas.
- (ii) La modificación de las circunstancias que daría lugar a una situación en la cual el dumping causaría un daño deberá ser claramente prevista e inminente
- (iii) Para la determinación de la existencia de una amenaza de daño importante, las autoridades deberán considerar, entre otros, cuatro factores, que aparecen mencionados en el mismo artículo.
- (iv) La totalidad de los factores considerados han de llevar a la conclusión de la inminencia de nuevas exportaciones a precios de dumping y de que, a menos que se adopten medidas de protección, se producirá un daño importante.

48 VAN DEN BOSSCHE P. (2010) *The Law and Policy of the World Trade Organization*. (2ª edición). Cambridge: Cambridge University Press, página 535.

49 En particular, especialistas de la India afirman tal tendencia en los países en vías de desarrollo. HAREESH GUPTA Y ANKIT TODI. (2010) *A Critical Analysis of Antidumping Litigations Since 1995*. Saarbrücken: VDM Verlag Dr. Müller, página 82.

3.1 La determinación de la existencia de una amenaza de daño importante se basará en hechos.

A pesar que el análisis de la amenaza de daño hace referencia a una situación futura, este debe encontrar respaldo en datos e informaciones actuales, no en simples especulaciones remotas; por lo tanto, dicho pronóstico debe tener un sustento basado en la realidad, pues solo a partir de ello se puede hacer válidamente un juicio hacia futuro.

Uno de los casos resueltos ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC que más ha contribuido en la interpretación de los requisitos de la amenaza de daño es el librado entre los Estados Unidos y Canadá, en relación a la madera blanda importada de Canadá. Al respecto, en relación a la importancia que tiene el sustento fáctico de la amenaza de daño exigido en el artículo 3.7 del Acuerdo Antidumping, el Grupo Especial⁵⁰ destacó que:

“El análisis de una amenaza es un análisis orientado hacia el futuro, que no se basa en alegaciones o conjeturas sino en los hechos. Pero los hechos, por definición, corresponden al presente y al pasado y no al futuro. Aunque los hechos nunca permiten demostrar de manera concluyente que se producirán acontecimientos futuros, las proyecciones se basan necesariamente en extrapolaciones a partir de los datos existentes.”

De manera similar, en nuestro país la Sala Especializada de Defensa de la Competencia del Indecopi,⁵¹ en una investigación sobre la aplicación de derechos antidumping a las importaciones de cemento gris Portland originarios de la República Dominicana, producidos o exportados por la empresa Cemex Dominicana S.A., remarcó:

“Por ello, para determinar la presunta amenaza de daño debe realizarse un estudio prospectivo basado en hechos reales y verificables, los cuales no deben ser simples conjeturas o supuestos.”

3.2 La modificación de las circunstancias deberá ser claramente prevista e inminente.

Bajo esta exigencia, es imperativo que se muestre de manera precisa cuál sería la modificación de las circunstancias actuales que daría lugar a una situación futura en la cual las importaciones objeto de dumping causarían un daño importante a la rama de

50 Informe del Grupo Especial, Estados Unidos – Madera blanda VI. Código: WT/DS277/R., párrafo 4.75.

51 Resolución N° 1778-2010/SC1-INDECOPI de fecha 7 de junio de 2010.

producción nacional. Resumidamente, la modificación de circunstancias ha de tener dos características diferenciadas: ser un cambio previsto y a la vez inminente. Ambos están relacionados con situaciones futuras respecto de las cuales, comparados con la situación actual, se anticipa su pronta ocurrencia.

En consecuencia, para cumplir con el criterio señalado, se debe realizar un doble análisis. En primer lugar, el requisito de lo claramente previsto refuerza la exigencia de que la determinación de la amenaza de daño esté basada en hechos objetivos y no simplemente en especulaciones. En segundo lugar, el requisito de que el cambio sea inminente es una aproximación temporal respecto a cómo las autoridades investigadoras deben justificar hallazgos de amenaza; es decir, se trata de pronósticos de ocurrencia muy cercana, por lo que un deterioro que se anuncie pueda ocurrir varios años luego del momento de análisis, no cumpliría con esta condición. Esta idea está particularmente reforzada por el único ejemplo de modificación de circunstancias que establece el Acuerdo Antidumping, en su nota 10, donde se menciona un cambio en el “futuro inmediato”⁵².

Ante la falta de una orientación adicional, comenta Vermulst⁵³ que, en el caso Estados Unidos – Madera blanda VI, el Grupo Especial había observado que la segunda condición del artículo 3.7 –modificación de circunstancias- no era un modelo de claridad. En esa dirección, el Grupo Especial pareció preguntarse si verdaderamente era una condición separada que necesitaba ser analizada de modo independiente a los demás requisitos.

No obstante lo anterior, el Grupo Especial precisó cómo debería examinarse dicha condición. Así, sostuvo que “(...) lo que es crítico ... es que sea claro para la determinación que la autoridad haya evaluado cómo el futuro será diferente del pasado inmediato, de modo que la situación de un no daño importante actual cambiará en el futuro inmediato en una situación de daño importante ante la ausencia de las medidas.”⁵⁴

En igual sintonía, en el asunto Egipto – Barras de refuerzo de acero⁵⁵, el Grupo Especial consideró que

52 DASCALESCU. FLORIN D. (2011) Threat of Injury in Antidumping Investigations: Some Comments on the Current Practice at EU and WTO Level. *Journal of World Trade* 45, N° 4, página 882.

53 VERMULST E. (2005) *The WTO Anti-dumping Agreement*. New York: Oxford University Press, página 95.

54 Informe del Grupo Especial, Estados Unidos – Madera blanda VI. Código: WT/DS277/R, párrafo 7.58.

55 Informe del Grupo Especial, Egipto – Barras de refuerzo de acero. Código WT/DS211/R, párrafo 7.91.

(...) En una investigación de amenaza de daño, la cuestión central es determinar si ha habido⁵⁶ un “cambio en las circunstancias” que haga que el dumping comience a provocar daños a la rama de producción nacional. Como cuestión de simple lógica, parecería que, a fin de determinar la probabilidad de que un cambio determinado en las circunstancias hiciera que una rama de producción comenzara a experimentar daños importantes actuales, sería necesario conocer la situación de la rama de producción nacional desde el comienzo. (...)

En ese contexto, resulta claro que tratándose de una “modificación”, es necesario conocer la situación previa de la rama de producción nacional, sobre la base de constataciones positivas de acontecimientos que ya han tenido lugar durante el periodo materia de investigación.

Pero tan importante como ello, es el planteamiento de hipótesis futuras de cambio, bajo los parámetros de lo previsto e inminente, teniendo en cuenta que no han de basarse en simples conjeturas. En dicha línea, el Órgano de Apelación en el asunto México – jarabe de maíz⁵⁷ ha precisado que:

(...) A nuestro juicio, el “establecimiento” de los hechos por las autoridades investigadoras incluye tanto constataciones positivas de acontecimientos que tuvieron lugar durante el período objeto de la investigación como hipótesis sobre tales acontecimientos formuladas por esas autoridades en el curso de sus análisis. Para determinar la existencia de una amenaza de daño importante, las autoridades investigadoras tendrán necesariamente que partir de hipótesis sobre la “aparición de hechos futuros”, puesto que tales hechos futuros “nunca se puede[n] probar definitivamente basándose en los hechos”. No obstante, esta incertidumbre intrínseca, el “adecuado establecimiento” de los hechos para determinar la existencia de una amenaza de daño importante ha de basarse en hechos que, aunque no se hayan producido todavía, han de ser “claramente previst[os] e inminente[s]” (...)

56 En la versión del informe del Grupo Especial en idioma inglés, se evidencia una deficiente traducción al idioma castellano de la expresión “there will be” de la primera oración citada. La traducción en castellano está expresada en tiempo pretérito en vez de estar en tiempo futuro:

Informe del Grupo Especial, Egipto – Barras de refuerzo de acero. Código WT/DS211/R, párrafo 7.91:

(...) in a threat of injury investigation, the central question is whether there will be a “change in circumstances” that would cause the dumping to begin to injure the domestic industry. Solely as a matter of logic, it would seem necessary, in order to assess the likelihood that a particular change in circumstances would cause an industry to begin experiencing present material injury, to know about the condition of the domestic industry at the outset. (...)

57 Informe del Órgano de Apelación, México – Jarabe de maíz. Código: WT/DS132/AB/RV, párrafo 85.

Si bien es cierto que el artículo 3.7 del Acuerdo Antidumping no indica los elementos a considerar para el planteamiento de las hipótesis de modificación de circunstancias, el Grupo Especial en el asunto Estados Unidos – Madera blanda VI⁵⁸ mostró una postura interpretativa flexible al señalar que no necesariamente se debía limitar a un único acontecimiento:

(...) Consideramos que la “modificación de las circunstancias” pertinente a que se hace referencia en el párrafo 7 del artículo 3 (...) es uno de los elementos que han de considerarse al formular una determinación de la existencia de una amenaza de daño importante. Sin embargo, no podemos hallar nada que apoye la conclusión de que esa modificación de las circunstancias debe identificarse como un acontecimiento único o concreto. En cambio, a nuestro juicio, la modificación de las circunstancias que daría lugar a una situación en la que se produciría un daño abarca un único acontecimiento, o una serie de acontecimientos, o una evolución de la situación de la rama de producción y/o relativa a las importaciones objeto de dumping o subvencionadas que lleva a la conclusión de que puede predecirse que el daño que aún no se ha producido se producirá en forma inminente.

Por consiguiente, puede entenderse que el Acuerdo Antidumping deja abierta la posibilidad de incluir los factores que la autoridad investigadora considere pertinentes, en una decisión que tiene que evaluarse caso por caso. Sin embargo, téngase presente la nota a pie de página 10 que señala como único ejemplo el hecho de que existan razones convincentes para creer que en el futuro inmediato habrá un aumento sustancial de las importaciones del producto objeto de dumping.

3.3 Consideración, entre otros, de los factores del artículo 3.7

Adicional a la formulación de la modificación de las circunstancias, el artículo 3.7 del Acuerdo Antidumping señala que, para llevar a cabo una determinación sobre la existencia de una amenaza de daño importante, la autoridad investigadora deberá, entre otros, considerar cuatro factores:

- i) Una tasa significativa de incremento de las importaciones objeto de dumping en el mercado interno que indique la probabilidad de que aumenten sustancialmente las importaciones;
- ii) Una suficiente capacidad libremente disponible del exportador o un aumento inminente y sustancial de la misma que indique la probabilidad de un aumento

58 Informe del Grupo Especial, Estados Unidos – Madera blanda VI. Código:WT/DS277/R, párrafo 7.57.

sustancial de las exportaciones objeto de dumping al mercado del Miembro importador, teniendo en cuenta la existencia de otros mercados de exportación que puedan absorber el posible aumento de las exportaciones;

iii) El hecho de que las importaciones se realicen a precios que tendrán en los precios internos el efecto de hacerlos bajar o contener su subida de manera significativa, y que probablemente hagan aumentar la demanda de nuevas importaciones; y

iv) Las existencias del producto objeto de la investigación.

Sin embargo, se añade que ninguno de estos factores por sí solo bastará necesariamente para obtener una orientación decisiva, pero todos ellos juntos han de llevar a la conclusión de la inminencia de nuevas exportaciones a precios de dumping y de que, a menos que se adopten medidas de protección, se producirá un daño importante.

Sobre la naturaleza imperativa del mandato de la norma de tener que considerar todos los cuatro factores mencionados, el Grupo Especial en el asunto Estados Unidos – Madera blanda VI⁵⁹ también ha señalado con carácter flexible -sobre la base de la interpretación del término “should” utilizado en la versión en idioma inglés del Acuerdo Antidumping - que la autoridad investigadora no se encuentra obligada a tener en cuenta cada uno de ellos:

En este contexto, tomamos nota de que las partes coincidieron en que la utilización de la palabra “should” (“deberían”) en el texto inglés del párrafo 7 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping y el párrafo 7 del artículo 15 del Acuerdo SMC indica que, contrariamente a lo que ocurre en el caso del párrafo 4 del artículo 3 del Acuerdo Antidumping, la consideración de cada uno de los factores enumerados en el párrafo 7 del artículo 3 y el párrafo 7 del artículo 15 no es obligatoria. Por consiguiente, el hecho de que no se haya considerado un factor en absoluto o de que no se haya considerado adecuadamente un determinado factor no demostraría necesariamente que se violaron las disposiciones. La existencia de una violación dependería de los hechos específicos del asunto, habida cuenta de todos los factores considerados juntos y de las explicaciones facilitadas.

59 Informe del Grupo Especial, Estados Unidos – Madera blanda VI. Código: WT/DS277/R, párrafo 7.68.

Revisando todos los factores indicados en el artículo 3.7 se puede interpretar que en su conjunto tienen como preocupación central determinar si el volumen de importaciones ha de aumentar⁶⁰. Es lógico que así sea pues, el nexo causal consiste en vincular la amenaza de daño con la importación de productos a precios dumping. Más precisamente, debe considerarse que dicho volumen aumente de manera significativa y no se trate simplemente de un crecimiento moderado.

En la misma perspectiva, Durling ha remarcado que “un significativo índice de incremento de importaciones dumping representa un indicador crucial, considerándosele como el elemento más objetivo a ser examinado, y solo ante la presencia de un incremento significativo de importaciones, la autoridad investigadora está en una posición para concluir que una amenaza de daño importante es real.”⁶¹

Efectivamente, en referencia a los diversos factores vinculados al incremento de las importaciones y a la capacidad libremente disponible, diversos Grupos Especiales han enfatizado la necesidad de evidenciar, ante la autoridad investigadora, la sustancialidad de los mismos que, de no cumplirse, no podrán respaldar conclusiones sobre la existencia de amenaza de daño. Así en Estados Unidos – Madera blanda VI⁶² se sostuvo que:

“(...) Durante el período de investigación, las importaciones objeto de dumping y subvencionadas procedentes del Canadá alcanzaron ya, a juicio de la USITC, niveles significativos, tanto por su volumen en términos absolutos, como por su participación en el mercado. Como se señaló anteriormente, la USITC no se basó en la existencia de una tasa significativa de incremento durante el período de investigación para respaldar su conclusión de que las importaciones objeto de investigación aumentarían sustancialmente en el futuro. En cuanto a la capacidad de los productores canadienses, las pruebas que se presentaron a la USITC indicaban que, según las proyecciones, esa capacidad aumentaría menos de un 1 por ciento en 2002 y un 0,83 por ciento adicional en 2003. 122. En nuestra opinión, esto indudablemente no apoya la conclusión de que habría un aumento sustancial de la capacidad, y, de hecho, la USITC no parece haber constatado lo contrario.”

En consonancia con lo resuelto por el Grupo Especial, es importante demostrar que la tasa de crecimiento de las importaciones, durante el periodo objeto de investigación, sea lo suficientemente significativa a efectos de poder sustentar, fundadamente,

60 DURLING. J. P. (2008) Max Planck Commentaries on World Trade Law – WTO Trade Remedies. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers / Brill Academic, página 73.

61 DASCALESCU. FLORIN D. (2011) Threat of Injury in Antidumping Investigations: Some Comments on the Current Practice at EU and WTO Level. Journal of World Trade 45, N° 4 885.

62 Informe del Grupo Especial, Estados Unidos – Madera blanda VI. Código: WT/DS277/R, párrafo 7.90.

conclusiones sobre la inminencia de un aumento sustancial de las importaciones objeto de dumping. De manera que, si la tasa de incremento revela un desempeño moderado, no hay razones para poder anticipar un incremento sustancial de las importaciones.

Con igual sustento, se puede afirmar que cuando a lo largo del periodo objeto de investigación, las cifras de la capacidad libremente disponible del exportador muestran un comportamiento estable o con variaciones mínimas, no se puede concluir, per se, que habrá un incremento sustancial de dicha capacidad de modo que justifique, racionalmente, fundadamente un aumento sustancial e inminente de las importaciones objeto de dumping, tal como lo exige el artículo 3.7. A pesar de ello, coincidiendo con Dascalescu, el factor inventarios no está lo suficientemente explicado en la norma. Así, podría darse el caso de que el producto objeto de investigación sea únicamente producido a pedido del importador, en cuyo caso no habría existencias o estas serían limitadas con lo que, en tal contexto, el examen de la evolución de los inventarios podría no tener mucha relevancia en la evaluación de la amenaza de daño.⁶³

En el mismo asunto, el Grupo Especial se pronunció sobre la capacidad excedentaria como eventual sustento del inminente aumento de las importaciones:

“Así pues, lo único que apoya la constatación de que las importaciones aumentarían sustancialmente en el futuro es el exceso de capacidad existente. La capacidad excedentaria aumentó durante el período de investigación sin que la USITC constatará un incremento significativo de las importaciones a los Estados Unidos. Durante el período de investigación, la parte del total de las expediciones canadienses que correspondió a las exportaciones a los Estados Unidos fue del 57,4 por ciento en 1999 y 2000 y aumentó hasta situarse en un 60,9 por ciento en 2001. Según las proyecciones de los productores canadienses, esa parte debía descender, pero sólo hasta un 58,8 por ciento en 2002 y un 58,5 en 2003, porcentajes que se situaban claramente dentro del espectro de variaciones observado en el pasado. En nuestra opinión, estas cifras no pueden respaldar la conclusión de que el exceso de capacidad indica la probabilidad de aumentos sustanciales de las exportaciones.”

De lo anterior resulta claro que no puede deducirse que, para todos los casos, hay una automática relación causa-efecto entre el aumento del exceso de capacidad y el incremento sustancial de las importaciones. En ese sentido, el aumento de la capacidad excedentaria podría muy bien mantener los mismos niveles de exportación

63 DASCALESU. FLORIN D. (2011) Threat of Injury in Antidumping Investigations: Some Comments on the Current Practice at EU and WTO Level. Journal of World Trade 45, N° 4 886.

o canalizarse hacia otros mercados de exportación y no necesariamente al país supuestamente amenazado por las importaciones objeto de dumping.

El Grupo Especial también se expresó en relación al aumento sustancial de las importaciones a partir de las proyecciones sobre la distribución de las exportaciones:

“Los Estados Unidos aducen que la distribución de las exportaciones entre los Estados Unidos y otros países en el pasado apoya la constatación de la USITC. En la determinación de ésta no hay nada que indique que la parte de la producción expedida a los Estados Unidos se modificaría en medida significativa. Por lo tanto, no vemos cómo apoya este factor la conclusión de que habría un aumento sustancial de las importaciones. Análogamente, aunque la USITC se basó en la “orientación de las exportaciones” de la rama de producción canadiense hacia el mercado de los Estados Unidos, esta orientación existió durante todo el período de investigación. Sin embargo, los datos relativos a las exportaciones a los Estados Unidos no parecen indicar que habría cualquier modificación notable de los niveles de esas exportaciones sino, más bien, que persistirían las pautas existentes en el pasado. En la determinación de la USITC no hay nada que explique cómo apoyan los aumentos de las exportaciones a los Estados Unidos según las proyecciones la constatación de que las importaciones aumentarían sustancialmente”.

Con lo resuelto por el Grupo Especial, se podría llegar interpretar de que cuando la distribución de las exportaciones destinadas hacia un país, en comparación con otros, ha mantenido un desempeño estable durante el periodo de investigación, no habría sustento para pronosticar un inminente redireccionamiento y crecimiento sustancial de las exportaciones dirigidas hacia dicho territorio.⁶⁴

Conforme a los argumentos desarrollados, se puede afirmar que, en la determinación de la existencia de una amenaza de daño, la autoridad investigadora debe proceder a examinar la información con la mayor objetividad, debiendo decidir, tal como indica el artículo 3.8, con especial cuidado. En particular, conforme a la data examinada en el caso Estados Unidos - Madera blanda, no se podría – sin tener una sólida explicación- anticipar un inminente aumento sustancial de las importaciones cuando se evidencia, por el contrario, que durante el periodo objeto de investigación la tasa del incremento de importaciones objeto de dumping no es significativa, la capacidad de producción mantiene un comportamiento estable y la distribución de las exportaciones entre diversos países no ha sufrido alteraciones significativas.⁶⁵

64 Aún cuando podrían presentarse situaciones especiales en las que, tratándose de un exportador de grandes volúmenes, un cambio no significativo en su estructura de exportaciones podría representar un cambio lo suficientemente grande como para afectar la rama de producción de un país pequeño.

65 La riqueza de eventos que se puede presentar en cada caso concreto podría poner a luz supuestos en los

3.4 Repercusión de las importaciones sobre la rama de producción nacional

Ahora bien, además de los factores previstos en el artículo 3.7 del Acuerdo Antidumping, en los procedimientos en los que se denuncie la existencia de una amenaza de daño sobre la rama de producción nacional la autoridad investigadora también debe analizar el desempeño económico y financiero mostrado por dicha rama en el período objeto de investigación, a fin de conocer la situación actual de la industria local y, por tanto, la posición en que ésta se encuentra para afrontar el inminente incremento de importaciones objeto de dumping.

Claramente, dicha información es relevante para examinar el efecto que tendría sobre la industria local la inminente llegada de las importaciones a precios dumping. En ese sentido, es necesario conocer los factores relevantes que describen el momento actual de la industria nacional. A este propósito, la autoridad investigadora debe realizar el análisis considerando lo dispuesto en los artículos 3.4 y 3.2 que son elementos de base para la evaluación del daño, cualquiera que sea su modalidad.

Al respecto, Van Baels,⁶⁶ citando el caso México – Jarabe de maíz, expresa que el “artículo 3.4 establece los factores que deben ser analizados en conexión con el impacto de las importaciones dumping sobre la industria local. En consecuencia, la consideración de todos los factores del artículo 3.4 es requerido en casos de amenaza, aunque tal consideración pueda conducir a la autoridad investigadora a concluir que un factor particular no es prueba en las circunstancias de un caso particular y, por ende, irrelevante para la determinación en dicho caso.”

En efecto, existe jurisprudencia de la OMC en la que se establece que el análisis de la existencia de amenaza de daño importante a la rama de producción nacional incluye la evaluación, tanto de los factores previstos en el artículo 3.7 del Acuerdo Antidumping, así como de aquéllos relativos al desempeño económico y financiero de la industria nacional que están regulados en el artículo 3.4 de dicho Acuerdo⁶⁷.

que, aun manteniendo la capacidad de producción a un comportamiento estable, puede existir un porcentaje de capacidad instalada ociosa lo suficientemente grande como para aumentar los envíos de mercancías hacia un país determinado, causando una eventual situación de amenaza de daño a la rama de producción nacional correspondiente.

66 VAN BAELS & BELLIS (2011) EU Anti-Dumping and Other Trade Defense Instruments (5ª Edición). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, página 321.

67 ACUERDO ANTIDUMPING.- Artículo 3. Determinación de la existencia de daño.-

3.4 El examen de la repercusión de las importaciones objeto de dumping sobre la rama de producción nacional de que se trate incluirá una evaluación de todos los factores e índices económicos pertinentes que influyan en el estado de esa rama de producción, incluidos la disminución real y potencial de las ventas, los beneficios, el volumen de producción, la participación en el mercado, la productividad, el rendimiento de las inversiones o la utilización de la capacidad; los factores que afecten a los precios internos; la magnitud del margen de dumping;

Concretamente, el Grupo Especial, en el caso Estados Unidos – Madera blanda VI⁶⁸, ha establecido que, en los casos de amenaza de daño importante a la rama de producción nacional, la autoridad investigadora tiene la obligación de analizar: el desempeño económico de la rama de producción nacional en el periodo de investigación y los factores específicos de amenaza de daño.

(...) Nos parece evidente que, como constató el Grupo Especial que se ocupó del asunto México - Jarabe de maíz, en todos los casos en que se constata la existencia de una amenaza de daño importante, debe haber una evaluación de la situación de la rama de producción a la luz de los factores del párrafo 4 del artículo 3 y el párrafo 4 del artículo 15 a fin de establecer las bases para evaluar la repercusión de las importaciones objeto de dumping/subvencionadas futuras, además de una evaluación de los factores específicos de amenaza. (...)

El propósito de analizar el desempeño económico y financiero de la RPN en el período objeto de investigación es determinar si la industria local se encuentra en una situación que le permitiría afrontar el eventual incremento de las importaciones objeto de dumping; o si, por el contrario, la industria local se encuentra en una situación tal que, en caso no se decida aplicar medidas antidumping sobre tales importaciones, podría experimentar un daño importante.

Con igual razonamiento, los factores señalados en el artículo 3.2 también deben estar incluidos en el análisis de la amenaza de daño importante: aumento significativo en el volumen de las importaciones objeto de dumping, así como el efecto de éstas en los precios de productos similares en el mercado interno,⁶⁹ lo cual incluye una evaluación de la subvaloración de precios, o si el efecto de tales importaciones es hacer bajar o impedir la subida de los precios de una manera significativa.

los efectos negativos reales o potenciales en el flujo de caja ("cash flow"), las existencias, el empleo, los salarios, el crecimiento, la capacidad de reunir capital o la inversión. Esta enumeración no es exhaustiva, y ninguno de estos factores aisladamente ni varios de ellos juntos bastarán necesariamente para obtener una orientación decisiva.

68 Informe del Grupo Especial, Estados Unidos – Madera blanda VI. Código: WT/DS277/R, párrafo 7.105.

69 ACUERDO ANTIDUMPING.- Artículo 3. Determinación de la existencia de daño.-

3.2 En lo que respecta al volumen de las importaciones objeto de dumping, la autoridad investigadora tendrá en cuenta si ha habido un aumento significativo de las mismas, en términos absolutos o en relación con la producción o el consumo del Miembro importador. En lo tocante al efecto de las importaciones objeto de dumping sobre los precios, la autoridad investigadora tendrá en cuenta si ha habido una significativa subvaloración de precios de las importaciones objeto de dumping en comparación con el precio de un producto similar del Miembro importador, o bien si el efecto de tales importaciones es hacer bajar de otro modo los precios en medida significativa o impedir en medida significativa la subida que en otro caso se hubiera producido. Ninguno de estos factores aisladamente ni varios de ellos juntos bastarán necesariamente para obtener una orientación decisiva.

Lo anterior se encuentra confirmado con lo resuelto en el asunto Estados Unidos – Madera blanda VI⁷⁰, donde el Grupo Especial declaró que:

(...) Estas disposiciones obligan a las autoridades investigadoras a considerar acontecimientos ocurridos en el pasado, durante el período investigado, para formular una determinación sobre el daño importante actual. Por consiguiente, el texto encomienda a las autoridades investigadoras que consideren si “ha habido” un aumento significativo de las importaciones, si “ha habido” una significativa subvaloración de precios, o si el efecto de las importaciones es hacer bajar de otro modo los precios o impedir la subida que en otro caso “se hubiera” producido. Como en el caso de los factores del párrafo 4 del artículo 3 y el párrafo 4 del artículo 15, la consideración de los factores del párrafo 2 del artículo 3 y el párrafo 2 del artículo 15 forma parte de las bases para que las autoridades investigadoras puedan evaluar los efectos de las importaciones objeto de dumping y/o subvencionadas futuras. (...)

De otro lado, considerando que las posibilidades de determinar la existencia de una amenaza de daño importante estarán muy relacionadas con la situación de vulnerabilidad actual en la que se encuentra la rama de producción nacional, resulta relevante que este análisis se haga con la mayor objetividad y cuidado, tal como lo señala el artículo 3.8. Así, en el supuesto que el desempeño de la rama de producción nacional no mostrara cifras negativas, las posibilidades de determinar la existencia de una amenaza de daño importante serían escasas. En el asunto Egipto – Barras de refuerzo de acero, el Grupo Especial ilustró dicho razonamiento con el siguiente planteamiento⁷¹:

(...) Por ejemplo, si una rama de producción está aumentando su producción, rentas, empleo, etc., y está obteniendo un nivel récord de beneficios, aun si las importaciones objeto del dumping están aumentando rápidamente, presumiblemente sería más difícil para la autoridad investigadora concluir que esta rama de producción está amenazada de daño inminente que en el caso de que su producción, ventas, empleo, beneficios y otros indicadores fueran bajos o estuvieran declinando (...)

Con similar criterio, en el caso México – jarabe de maíz el grupo especial sostuvo que⁷²,

(...) “Del mero hecho de que las importaciones objeto de dumping aumentarán, y tendrán efectos desfavorables sobre los precios, no se desprende, ipso facto, la conclusión

70 Informe del Grupo Especial, Estados Unidos – Madera blanda VI. Código: WT/DS277/R, párrafo 7.111.

71 Informe del Grupo Especial, Egipto – Barras de refuerzo de acero. Código WT/DS211/R, párrafo 7.91.

72 Informe del Grupo Especial, México – Jarabe de maíz. Código: WT/DS132/R, párrafo 7.141.

de que se causará un daño a la rama de producción nacional: cabe que las importaciones objeto de dumping no representen una amenaza de daño si esa rama de producción se encuentra en una situación muy favorable o debido a otros factores. Por consiguiente, la conclusión de la existencia de una amenaza de daño requiere que la autoridad investigadora analice, sobre la base de la información de que dispone, la probable repercusión de la continuación de las importaciones objeto de dumping sobre la rama de producción nacional (...)

IV. CONCLUSIONES

Lo aquí expuesto demuestra las complicadas exigencias impuestas por el Acuerdo Antidumping de la Organización Mundial del Comercio para la aplicación de derechos antidumping, en los casos en que se alegue la existencia de una amenaza de daño sobre la rama de producción nacional.

Aun cuando resulta mejor prevenir que lamentar, el estándar probatorio que debe emplearse es justificadamente superior al que se requiere para el examen de la existencia de un daño importante actual, en la medida que se necesita, adicionalmente, realizar proyecciones de daño previsible e inminente sobre la base de la situación de vulnerabilidad en que se encuentra la industria nacional.

Finalmente, es una preocupación consciente, para la Organización Mundial del Comercio y las autoridades investigadoras en general, el evitar que, se dé un uso injustificado de la hipotética existencia de una amenaza de daño por lo que, en estos casos, la aplicación de los derechos antidumping ha de examinarse y decidirse con especial cuidado, evitando que se convierta en una herramienta empleada con intenciones proteccionistas.

V. BIBLIOGRAFÍA

CHÁVEZ BARDALES, E. (2012). Regulación Contra las Prácticas Elusivas de los Derechos Antidumping: Necesidad de un Consenso Multilateral. Ita Ius Esto Año IV N° 7. 110-138.

CHO S. (2009) Anticompetitive Trade Remedies: How Antidumping Measures Obstruct Market Competition. North Carolina Law Review, 87 (January), 379.

DASCALESCU. FLORIN D. (2011) Threat of Injury in Antidumping Investigations: Some Comments on the Current Practice at EU and WTO Level. *Journal of World Trade* 45, N° 4 882.

DURLING. J. P. (2008) *Max Planck Commentaries on World Trade Law – WTO Trade Remedies*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers / Brill Academic

HAREESH GUPTA Y ANKIT TODI. (2010) A Critical Analysis of Antidumping Litigations Since 1995. Saarbrücken: VDM Verlag Dr. Müller.

HARTIGAN, JAMES C., SREENIVAS KAMMA, & PHILIP R. PERRY. (1989) “The Injury Determination Category and the Value of Relief from Dumping”, *Review of Economics and Statistics* 71(1): 183-86.

Informe del Grupo Especial, Egipto – Barras de refuerzo de acero. Código WT/DS211/R.

Informe del Grupo Especial, Estados Unidos – Madera blanda VI. Código: WT/DS277/R.

Informe del Grupo Especial, México – Jarabe de maíz. Código: WT/DS132/R.

Informe del Órgano de Apelación, México – Jarabe de maíz. Código: WT/DS132/AB/RW.

LOWENFELD. A. F. (2008) *International Economic Law*. (2° edition). Oxford: Oxford University Press

MULLER W, N KHAN N & NEUMANN H-A. (1998) *EC Antidumping Law, A commentary on regulation 384/96*. New York: John Wiley & Sons.

RAJU K. D. (2008) *World Trade Organization Agreement on Anti-dumping: A GATT WTO and Indian Jurisprudence*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

Resolución N° 1778-2010/SCI-INDECOPI.

VAN DEN BOSSCHE P. (2010) *The Law and Policy of the World Trade Organization*. (2° edición). Cambridge: Cambridge University Press.

VAN BAELES & BELLIS (2011) *EU Anti-Dumping and Other Trade Defense Instruments* (5° Edición). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

VERMULST E. (2005) *The WTO Anti-dumping Agreement*. New York: Oxford University Press.