

## CAPÍTULO IV

### AJUSTES A LA ADMINISTRACIÓN DE LAS LEYES ANTIDUMPING ENTRE LOS MIEMBROS DEL TLCAN. PROPUESTAS Y SUGERENCIAS

Gary N. HORLICK  
Peggy A. CLARKE

I. Introducción . . . . .	123
II. Antecedentes . . . . .	126
III. Asuntos relativos al inicio de investigaciones . . . . .	127
1. Consultas previas al inicio de investigaciones . . . . .	127
2. Estándares más elevados para la presentación de demandas . . . . .	130
3. Legitimación procesal . . . . .	133
IV. Asuntos relativos al daño . . . . .	134
1. Estándares preliminares de daño más elevados . . . . .	134
2. “Igualar a la competencia” como argumento de defensa . .	137
3. Estándar de causalidad . . . . .	139
4. Participación mínima del mercado/importaciones insignificantes . . . . .	141
5. Acumulación . . . . .	146
6. Mercados pertinentes . . . . .	148
7. Aspectos relativos a la competencia . . . . .	150
8. Amenaza de daño material . . . . .	151
9. Otros aspectos que deben considerarse . . . . .	152
V. Temas relativos al cálculo del dumping . . . . .	153
1. Comparación de precios . . . . .	153
2. Comparación . . . . .	154

3. Ganancia . . . . .	156
4. Costos de producción . . . . .	158
5. Ventas por debajo del costo . . . . .	160
6. Ganancias . . . . .	164
7. Márgenes <i>de minimis</i> . . . . .	166
<b>VI. Asuntos varios . . . . .</b>	<b>168</b>
1. Prueba del interés público . . . . .	168
2. La regla de la cuota mínima . . . . .	172
3. Suspensión temporal de las cuotas . . . . .	173
4. Norma de revisión para la resolución de disputas . . . . .	174
5. Arreglos . . . . .	178
6. Cuotas preliminares como remedios extraordinarios . . . . .	180
7. Causas del dumping . . . . .	181
8. Garantías para la re-exportación . . . . .	181
9. Distorsiones del mercado . . . . .	182
10. Medición de los subsidios cruzados . . . . .	182
11. Resolución de disputas . . . . .	183
<b>VII. Conclusiones . . . . .</b>	<b>184</b>

## CAPÍTULO IV

### AJUSTES A LA ADMINISTRACIÓN DE LAS LEYES ANTIDUMPING ENTRE LOS MIEMBROS DEL TLCAN. PROPUESTAS Y SUGERENCIAS

Gary N. HORLICK  
Peggy A. CLARKE

#### I. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha debatido sobre la conveniencia o forma de evitar que se apliquen las leyes antidumping entre los miembros del TLCAN (o del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos, ALCCEU)<sup>1</sup> y algunos de esos debates han sido ya institucionalizados, como resultado del propio Tratado. A fines de 1993, el recién electo gobierno canadiense se negaba a aceptar que el TLCAN entrara en vigor, por lo que para lograr que Jean Chrétien, primer ministro canadiense, diera su aprobación, Estados Unidos convino en que se creara el grupo de trabajo en materia de leyes contra prácticas comerciales desleales. Como parte del convenio, los tres países acordaron “buscar soluciones para reducir la posibilidad de que se susciten disputas en torno a los subsidios, el dumping y la operación de las leyes contra prácticas comerciales desleales relacionadas con tales prácticas”.<sup>2</sup> Estaba programado que el grupo de trabajo concluyera sus labores el 31 de diciembre de 1995,<sup>3</sup> pero no fue así y, cuando lo haga, es muy posible que lo único que pueda hacer es recomendar ciertos

1 Véase American Bar Association, *The Competition Dimension of NAFTA*, 20 de julio de 1994; Warner, Presley L., “Canada-United States Free Trade: The Case for Replacing Antidumping with Antitrust”, *Law & Policy International Business*, núm. 23, 1992, p. 791.

2 “US Budget Crisis Thwarts Work of TLCAN Trade Law Working Group”, *Inside US Trade*, núm. 2, 5 de enero 1996.

3 “Statement by the Governments of Canada, Mexico and the United States. Future Work on Antidumping Duties, Subsidies and Countervailing”, reimpr. en *Inside US Trade*, núm. 18, 3 de diciembre de 1993.

cambios a los reglamentos y a las prácticas administrativas, pero no así modificaciones legislativas.<sup>4</sup>

Parece probable, entonces, que los intereses establecidos en cuando menos uno de los países del TLCAN impedirán la total eliminación del antidumping, aunque, de acuerdo con ciertos informes, Canadá y México están analizando la posible supresión de las acciones antidumping entre ellos, lo mismo que Canadá y Chile.<sup>5</sup> En este capítulo se examinan ciertas modificaciones a las leyes o prácticas de los miembros del TLCAN cuya implementación sería posible dentro de los marcos legislativos existentes. Algunas de estas sugerencias serían igualmente aplicables para el caso de los subsidios que para el de las cuotas compensatorias o las relativas al daño.

En este caso, lo mismo que en lo que se refiere al texto del TLCAN en su conjunto, la idea fundamental es otorgar un trato preferencial a los productos originarios de un país signatario del Tratado en los mercados de los otros miembros. Por tanto, las prácticas antidumping que se describen en este capítulo podrían aplicarse a las importaciones provenientes de los otros países miembros del TLCAN. En otros acuerdos de libre comercio se han hecho reformas similares a los regímenes que contemplan medidas contra prácticas comerciales desleales, pero sólo para los miembros (es decir, no sobre la base de nación más favorecida), como es el caso, en el ALCCEU, de las salvaguardas (que presentan numerosas diferencias) y las medidas antidumping y de cuotas compensatorias (que es un mecanismo adicional de resolución de disputas).<sup>6</sup> Podría objetarse que algunas de las reformas antidumping son aptas específicamente para un mercado integrado (tales como las que se aplican en el análisis de competencia para determinar un daño), pero si bien esto puede ser cierto, cuando menos en teoría, la lógica económica también resulta apropiada para las importaciones provenientes de muchos países no miembros del TLCAN.

Una de las alternativas que con más frecuencia se menciona para las leyes antidumping son las leyes antimonopólicas o de competencia.<sup>7</sup> Las leyes

4 "US Budget Crisis...", *cit.*, nota 2.

5 Freudmann, Aviva, "Canada Adopts New Approach to End TLCAN Antidumping Laws", *The Journal of Commerce*, 14 de junio de 1996, pp. 1A y 5A.

6 Véase ALCCEU, artículos 1101-1104, 2 de enero de 1988; "Acuerdo entre el Mercosur y Chile", *Inside US Trade*, 28 de junio de 1996, p. 21.

7 Las leyes antidumping pretenden evitar que los productores extranjeros practiquen una discriminación de precios por la cual se dañe a la industria nacional del país importador (aun cuando el dumping es convencionalmente etiquetado como discriminación de precios, en realidad en ningún

de competencia, tal como se les emplea actualmente, pretenden evitar que los productores, sean nacionales o extranjeros, practiquen la discriminación de precios en un mercado determinado. Mientras que ésta consiste en fijar niveles de precios diferentes de un bien o servicio para diferentes mercados, la depredación se define por lo general como el hecho de asignar a un producto o servicio un precio inferior al costo marginal (o variable), con la intención de sacar del mercado a los competidores.

Las leyes antidumping observan el margen de diferencia en las utilidades, sin considerar si el mismo es producto de la depredación y obstaculiza a la competencia o bien, si no es depredatorio y es una manifestación de la competencia. Por tanto, aun cuando los dos tipos de leyes tienen componentes similares, no sirven a los mismos propósitos. Si bien tal vez fuera factible reemplazar las leyes antidumping por antimonopólicas, tal análisis trasciende el propósito de este capítulo.<sup>8</sup> Entre tanto, sin embargo, podrían aplicarse a las leyes antidumping de los países del TLCAN algunos de los análisis económicos que se emplean para las leyes de competencia.

Independientemente de los debates sobre las posibles reformas a las leyes comerciales, los países miembros del TLCAN deberían de seguir avanzando hacia la aplicación coordinada de sus leyes de competencia. Canadá y Estados Unidos así lo han hecho con sus respectivas leyes de competencia/antimonopólicas y, desde 1984, se sujetaron a un acuerdo no obligatorio para armonizar su empleo. La eficacia de esta medida los condujo a suscribir en fecha reciente un acuerdo obligatorio.<sup>9</sup>

sistema antidumping se comparan los precios, sino más bien el neto excedente de algunos o todos los costos, lo que constituye una comparación más o menos exacta de las ganancias). “Organization for Economic Cooperation and Development (OECD)”, *Competition and Trade Policies: Their Interaction*, 1984, p. 114.

8 No todos están de acuerdo en la conveniencia de eliminar las leyes antidumping. Ejemplo de ello es la teoría que afirma que éstas son necesarias para garantizar el apoyo a un orden liberal de comercio. Véase un análisis a este respecto en Jackson, John, *World Trade and the Law of GATT*, 1969, pp. 402 y 403. Asimismo, véase Ragosta, John A. y Magnus, John R., “Antidumping and Antitrust Reform in the NAFTA: Beyond Rhetoric and Mischief”, en Hart, Michael (ed.), *Finding Middle Ground. Reforming the antidumping Laws in North America*, Ottawa, Centre for Trade Policy and Law, 1997, pp. 86-142.

9 Véase *Memorandum of Understanding Between the Government of the United States of America and the Government of Canada as to Notification, Consultation, and Cooperation with Respect to the Application of National Antitrust Laws*, 9 de marzo de 1984; *Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of Canada Regarding the Application of Their Competition and Deceptive Marketing Practices Laws*, reimpresso en 69 *Antitrust & Trade Reg. Rep.* (BNA), vol. 69, núm. 177, 10 de agosto de 1995. En fecha reciente, México promulgó una am-

Otra fuente de la que se podrían extraer ejemplos de posibles mejoras a las leyes antidumping es el acuerdo sobre medidas de salvaguarda que contiene el TLCAN (Capítulo VIII). Se dice que las leyes antidumping son una alternativa a la que se recurre cada vez con más frecuencia, en lugar del análisis tradicional sobre salvaguardas, y que, por lo tanto, se les está utilizando en lugar del segundo. Si éste el caso, los miembros del TLCAN podrían convenir en incorporar los elementos de su acuerdo de salvaguardas para la aplicación de las leyes antidumping entre ellos mismos.

## II. ANTECEDENTES

Durante las negociaciones del ALCCEU, en 1987, Canadá propuso un nuevo sistema para sustituir la aplicación bilateral de las leyes antidumping y de cuotas compensatorias, en el cual la discriminación transfronteriza de precios por parte de las empresas privadas sería manejada de acuerdo con las leyes de competencia. En particular, Canadá proponía que, al concluir el periodo de transición para eliminar los aranceles, se acudiera a las leyes antimonopólicas existentes en ambos países para regular las prácticas transfronterizas de precios que fueran anticompetitivas.

Sin embargo, debido en gran parte a la imposibilidad de llegar a un acuerdo bilateral con respecto a la disciplina en materia de subsidios, esta propuesta fue bloqueada,<sup>10</sup> aun cuando al gobierno de Estados Unidos le atraía la idea de eliminar el uso de medidas antidumping entre ambos países.

Finalmente, Estados Unidos y Canadá acordaron crear un grupo de trabajo cuya meta era formular reglas más efectivas y aumentar la disciplina para el uso de los subsidios oficiales, así como elaborar un sistema sustituto para resolver el problema de “los precios desleales”, en un plazo no mayor a siete años, a partir de la entrada en vigor del Acuerdo.<sup>11</sup>

plia ley en materia de competencia, por la cual se creó la Comisión Federal de Competencia. Véase Newberg, Joshua A., “Mexico’s New Economic Competition Law: Toward the Development of a Mexican Law of Antitrust”, *Journal of Transitional Law*, núm. 33, 1994, p. 587.

10 Para un análisis de las negociaciones sobre subsidios, véase Anderson, M. Jean y Fried, Jonathan T., “Subsidies and Countervailing Duties in the United States-Canada Free Trade Agreement”, *Commercial Law and Practice Handbook*, PLI, 1989; Hippler Bello, Judith y Homer, Alan F., “Dispute Resolution Under the United States-Canada Free Trade Agreement”, *Trade Law and Policy Institute*, 1989, p. 305 (PLI Commercial Law and Practice Course Handbook Series, 510).

11 ALCCEU, artículos 1906 y 1907.

Entre tanto, las partes convinieron en adoptar un mecanismo bilateral de resolución de disputas para resolver las controversias relativas a medidas antidumping y de cuotas compensatorias.<sup>12</sup>

Sin embargo, en los años subsecuentes Estados Unidos y Canadá no llegaron nunca a analizar con seriedad el posible sistema sustituto, con lo que el plazo de siete años concluyó y se iniciaron las negociaciones del TLCAN y de la OMC. Por la presión de México y Canadá, las partes acordaron crear un grupo de trabajo que, a cinco años de la entrada en vigor del TLCAN (es decir el 1o. de enero de 1999), presentó un informe a los tres gobiernos sobre la relación que existe entre el comercio y las leyes y políticas de competencia.<sup>13</sup> Los esfuerzos del grupo de trabajo trilateral se dedicarán básicamente a crear un sistema que sustituya a las leyes nacionales en materia de antidumping y cuotas compensatorias.

El presente capítulo examina diversas reformas que pueden ser implementadas en el marco de las leyes antidumping existentes y que tendrían el efecto profiláctico de eliminar o moderar algunos de los aspectos económicamente más irracionales de los procedimientos y medidas anti-dumping.

### III. ASUNTOS RELATIVOS AL INICIO DE INVESTIGACIONES

#### 1. Consultas previas al inicio de investigaciones

Mientras que Estados Unidos y Canadá, de conformidad con el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (ASMC) de la OMC,<sup>14</sup> permiten que se realicen consultas con el gobierno del otro país antes de iniciar una investigación sobre cuotas compensatorias, México, al no ser miembro del Código de Subvenciones de 1979, no tenía esa obligación y no ha iniciado ninguna investigación sobre cuotas compensatorias desde que la OMC empezó sus funciones, por lo que aún no sa-

12 Véase Doern, G. Bruce y Tomlin, Brian W., *Faith and Fear: The Free Trade Story*, 1991, pp. 195-199.

13 Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), artículo 1504.

14 El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (ASMC) contiene una disposición relativa a las consultas, al igual que el Código sobre Subvenciones de la Ronda Tokio, debido en gran parte a que la Unión Europea (UE), como parte acusada en las demandas compensatorias, estaba en contra de Estados Unidos respecto de este tema. Por el contrario, el Acuerdo de Implementación del artículo VI del GATT de 1994 (Acuerdo Antidumping de la OMC) no incluye tal disposición, lo que en gran medida se debe a que la UE y Estados Unidos presentaron un frente común para que el Acuerdo incorporara estipulaciones que restringieran más el comercio.

bemos cuál sería su posición en tal caso. Sin embargo, en lo que se refiere a las investigaciones antidumping, ninguna de las partes ofrece la posibilidad de realizar consultas similares antes de iniciarlas.

En Canadá, la solicitud de una investigación es de carácter confidencial y, por tanto, las partes interesadas con frecuencia desconocen la existencia de la demanda antes de que se anuncie el inicio de la investigación formal. Sin embargo, si los posibles afectados por la demanda llegan a enterarse, Revenue Canada acepta que éstos presenten comentarios, tanto escritos como orales, antes de que inicie la investigación.<sup>15</sup> De igual forma, en México se considera que la presentación de una demanda es confidencial hasta el momento de dar a conocer el comienzo de la investigación formal.

Por el contrario, para el Departamento de Comercio de Estados Unidos la presentación de una solicitud de investigación es de carácter público, por lo cual informa abiertamente de la misma, si bien, por otra parte, no consulta ni acepta información de los importadores, los exportadores o el gobierno del exportador, antes de la inicio de la investigación. Dicha práctica ha sido modificada conforme al requisito del Acuerdo Antidumping de la OMC, para permitir que todas las partes interesadas hagan comentarios sobre la categoría del solicitante y únicamente antes del inicio de la investigación.<sup>16</sup>

Podría argumentarse que, dado que las investigaciones sobre cuotas compensatorias implican acciones gubernamentales, mientras que en las investigaciones antidumping se trata de demandas presentadas por empresas privadas, estas dos situaciones son diferentes.<sup>17</sup> Sin embargo, en ambos casos existe la probabilidad de que el inicio de una investigación sobre antidumping o cuotas compensatorias “paralice” el comer-

15 Véase Magnus, Peter, “The Canadian Antidumping System”, en Jackson, John H. y Vermaulst, Edwin A. (comps.), *Antidumping Law and Practice: A Comparative Study*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1989, p. 181.

16 Véase 19 U.S.C. 1673a(c)(4)(E), 1994.

17 En el caso del antidumping, existen varias objeciones a que se realicen consultas previas al inicio de la investigación. Una de ellas es que con esto se permitiría que los exportadores modifiquen su conducta para no practicar el dumping durante el periodo de investigación. Estados Unidos eliminó esta posibilidad al proponer que el periodo de investigación comprenda los últimos cuatro trimestres fiscales, a partir del mes precedente a la fecha de presentación de la demanda. Department of Commerce, *Proposed antidumping and Countervailing Duty Rules*, 61 Fed. Reg. 7308, 1996 (condic平ado como 19 C.F.R. 351.204). De esta manera, el periodo de investigación concluiría cuando menos un mes antes de que se realicen las consultas. Otra objeción que se ha expresado es que las consultas suscitarían problemas con respecto a los monopolios. Sin embargo, los asuntos antimonopólicos no son abordados en los comunicados entre gobiernos, como ocurría en las consultas.

cio<sup>18</sup> y hay quien afirma que el propio proceso de investigación, en los términos de las leyes antidumping del TLCAN, puede impedir una sana y dinámica competencia, sin la presencia de precios depredatorios.<sup>19</sup> Ello iría en contra de uno de los principales objetivos del TLCAN, a saber, mejorar la eficiencia y competitividad de las empresas e industrias estadounidenses, en un mercado global cada vez más exigente. Frente a la posibilidad de que las cuotas se eleven hasta un nivel y una duración impredecibles, los importadores o clientes cancelan sus pedidos en los países que son objeto de demandas y deben tomar en consideración los gastos, a menudo cuantiosos, que requerirían para defenderse de una demanda de antidumping o de cuotas compensatorias.

En Estados Unidos, el Departamento de Comercio se abstiene de participar en consultas, si bien a partir de 1979 las permitió para los casos de cuotas compensatorias, cuando así lo requiere el Código de Subvenciones de 1979 (requisito que conservó el ASMC de la OMC) y, a principios de los años ochenta, también realizó ocasionalmente consultas previas en los casos antidumping.<sup>20</sup>

18 El Informe Económico del presidente, de 1994, menciona que las leyes antidumping son demasiado restrictivas y en ocasiones frenan la competencia y elevan los precios, a diferencia de las leyes antimonopólicas, que por lo general elevan la competencia y disminuyen los precios. Asimismo, el Informe señala que “las leyes antidumping no solamente sirven para evitar las prácticas contrarias a la competencia, lo que tendría que ser su razón de ser, sino que a menudo su efecto es proteger a las industrias internas de la competencia extranjera”. Council of Economic Advisers, *Economic Report of the President*, Washington D.C., Government Printing Office, 1994, p. 239.

19 Para un estudio de los efectos restrictivos del comercio que tienen los procesos de investigación antidumping, aun cuando no se impongan cuotas (un caso típico en el que la resolución final determina la ausencia de dumping dañino), véase el trabajo de Staiger y Wolak, quienes identifican un subgrupo de demandas que son presentadas básicamente para conseguir tal efecto. Véase Staiger, Robert. W. y Wolak, Frank A., “Measuring Industry-Specific Protection: Antidumping in the United States”, *Working Paper* 4696, Washington D.C., National Bureau of Economic Research, abril de 1994 (*mimeo*).

20 Por ejemplo, en los casos *Fresh Cut Roses From Colombia*, 46 Fed. Reg. 33,575 (Department of Commerce, 1981) (demanda rechazada); *Latchet Hooks From the United Kingdom*, 45 Fed. Reg. 81,241 (Department of Commerce, 1980) (demanda rechazada). En ninguna de las notificaciones de denegación de la demanda se hace referencia a las consultas, ni tampoco se menciona que la información obtenida durante las mismas fuera la causa de la revocación. En el caso *Roses*, el Departamento de Comercio ya había decidido denegar el caso, por ciertas discrepancias entre la demanda y la documentación de apoyo. Sin embargo, luego de que se rechazara la demanda contra las rosas colombianas, el demandante apeló. Después de revisar el historial legislativo, la CCI determinó que el Departamento de Comercio no debía considerar la exactitud de la información que se había presentado junto con la demanda como fundamento de los alegatos, sino simplemente constatar si la demanda proporcionaba información suficiente (aunque el Departamento de Comercio estaría autorizado a hacer una “notificación judicial” de la información pública que contradecía la documentación de apoyo). *Roses, Inc. v. United States*, 538 F. Supp. 418 (Court of International Trade, 1982), *aff'd. in part*, 706 F.2d 1563 (Fed. Cir 1983) (parcialmente revocada y remitida bajo otros fundamentos). El

Sin embargo, las consultas podrían ser útiles para evitar las demandas que son producto de malos entendidos o de información claramente errónea (es decir, aquella cuya falsedad puede demostrarse acudiendo a fuentes de información que son del dominio público). Así, por ejemplo, en Estados Unidos se presentó recientemente una demanda contra una industria mexicana, con base en un informe de comercialización que mostró tener diversas incorrecciones.<sup>21</sup> En ese caso, los errores fueron demostrados mediante información de dominio público, antes de que se dictara recurrir a la “mejor información disponible” para determinar los porcentajes que habrían correspondido a las inexactitudes de la demanda. En su alegato, el Departamento de Comercio hizo notar que no se había permitido que el demandado demostrara las incorrecciones del informe antes de que se iniciara la investigación.

Dado que el Acuerdo de la OMC requiere expresamente que las autoridades corroboren la corrección y exactitud de la información proporcionada, antes de iniciar la investigación, las consultas previas entre los socios comerciales del TLCAN servirían como un método para cumplir con ese requisito y evitar investigaciones no confirmadas.<sup>22</sup> Por otra parte, las consultas ayudarían a garantizar que se respeten las reglas multilaterales relativas al inicio de investigaciones. Los mecanismos *ex post facto* que se aplican al término de la investigación, como la impugnación ante un tribunal, el TLCAN o la OMC, alientan a que se sigan presentando demandas, debido a los efectos comerciales que éstas ejercen, pese a que las probabilidades de tener éxito sean nulas.

## *2. Estándares más elevados para la presentación de demandas*

Otra posibilidad para los miembros del TLCAN es que se negocie un requerimiento más alto de evidencias para iniciar una investigación. Tanto el Acuerdo Antidumping de la OMC como el ASMC exigen que las autoridades examinen la “corrección y exactitud de los datos proporcio-

tribunal de apelación autorizó de manera expresa al Departamento de Comercio a que recabara cierta información antes del inicio de la investigación antidumping (706 F.2d at 1569), pero éste eligió imponerse la prohibición de casi todo contacto previo al inicio.

21 *Steel Wire Rope From Mexico*, 58 Fed. Reg. 7531 (Departament of Commerce, 1993) (resolución final).

22 Más aún, los miembros del TLCAN acordaron realizar consultas previas para los casos de acciones de salvaguardas. TLCAN, artículo 801(2)(a).

nados en la solicitud para determinar si efectivamente existen pruebas suficientes que justifiquen el inicio de una investigación”.<sup>23</sup> Estas normas obligan a las autoridades a que emitan un dictamen afirmativo sobre “elementos de prueba suficientes”, antes de iniciar una investigación. Por lo tanto, la sola notificación de los hechos por parte de los demandantes sería insuficiente, de acuerdo con los estándares de la OMC y, de la misma manera, sería incorrecto aceptar los datos de los demandantes sin cuestionarlos o confirmar su veracidad con base en información de dominio público. De esta manera, los miembros del TLCAN podrían acordar que se exigiera la corroboración de la información suministrada.

Actualmente, México requiere que una solicitud de investigación incluya una declaración de los hechos, acompañada por las evidencias que sean razonablemente accesibles y de las que pueda “inferirse que existen presunciones bien fundamentadas” de que se está practicando un dumping.<sup>24</sup> Además, el reclamante debe proporcionar evidencias de que ha sufrido un daño.<sup>25</sup> En un plazo de treinta días a partir de que se recibe la solicitud, la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (Secofi) debe rechazarla, si no reúne los requisitos estipulados en los reglamentos; pedir a la parte solicitante que proporcione información adicional en un plazo de veinte días, contados a partir de la fecha de la petición; o aceptar la solicitud de demanda e iniciar la investigación. La práctica actual en México es iniciar la investigación con base en la información contenida en la solicitud, aun cuando ésta sea extemporánea (por ejemplo, reclamaciones por dumping que datan de un año o más antes del inicio de la investigación).<sup>26</sup>

23 *Agreement on Implementation of Article IV of the General Agreement on Tariffs and Trade* 1994, artículo 5.3 (“Acuerdo Antidumping de la OMC”), *Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, GATT Doc. MTN/FA, 15 de abril de 1994, p. 15 (“Acta Final”); *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures* (ASCM), artículo 11.3, *Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, GATT Doc. MTN/FA, 15 de abril de 1994, p. 242 (“Acta Final”).

24 Artículo 75(XI), Reglamentos contenidos en la Ley de Comercio Exterior, publicados en el *Diario Oficial de la Federación*, 30 de diciembre de 1993. La traducción al inglés se encuentra en GATT Doc. No. ADP/1/N/1/MEX/1, 18 de mayo de 1995.

25 Ley de Comercio Exterior, Título VII, Cap. I, Art. 52, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, 27 de julio de 1993; GATT Doc. No. ADP/1/N/1/MEX/1, 18 de mayo de 1995; Reglamento de México, artículo 78.

26 Aunque muchas solicitudes no dan por resultado el inicio de una investigación, en múltiples casos ello se debe a que no cumplen con los requisitos básicos (es decir, no se alega específicamente un dumping o no se presentan evidencias de daño). Por lo tanto, esto no es indicativo de un requisito más estricto de evidencias que el que encontramos en Estados Unidos o Canadá. Muchas “solicitudes” son rechazadas luego de una revisión no oficial, porque carecen de las evidencias necesarias. Véase

Según las leyes de Estados Unidos, las autoridades sólo deben examinar la corrección y exactitud de las evidencias que se presentan en la solicitud “con base en fuentes fácilmente accesibles” (lo cual no se encuentra en la OMC) y determinar si la solicitud “aporta los elementos necesarios para imponer una cuota” y “contiene la información razonablemente accesible para quien presenta la solicitud de demanda”.<sup>27</sup> Esto resulta ser un punto potencialmente cuestionable, dado que Estados Unidos no daría por terminada una investigación, aun cuando se demuestre que la información sobre la que se fundamentó el inicio de la misma es incorrecta.<sup>28</sup>

A fin de cumplir con los compromisos que adquirió ante la OMC, Canadá reformó su Ley de Medidas Especiales de Importación (Special Import Measures Act; SIMA), la cual ahora estipula que una investigación será iniciada sólo si el ministro adjunto juzga que se tienen evidencias suficientes de que los productos fueron vendidos con dumping (o subsidiados) y que dicho dumping (o subsidios) causó un daño o un retraso, o bien amenaza con provocar un daño.<sup>29</sup>

De esta forma, en los tres países se aplican requisitos muy bajos con respecto a las evidencias necesarias para iniciar una investigación y es interesante comparar dichos requisitos en los casos antidumping y antimonopólicos. De acuerdo con las leyes y la práctica de Estados Unidos, para que el demandante refute una moción de juicio sumario en un litigio

“Resolución por la que se Acepta la Solicitud de Parte Interesada y se Declara el Inicio de la Investigación Antidumping sobre las Importaciones de Llantas para Bicicleta Originarias de la República de la India”, *Diario Oficial de la Federación*, 16 de noviembre de 1994 (en donde se exponen los requisitos de evidencias para el inicio de una investigación).

27 19 U.S.C. 1673a(c)(1)(a) y 1673a(b)(1). La historia legislativa de estas enmiendas indica que su intención era codificar la práctica actual del Departamento de Comercio, más que incluir la norma más estricta que contienen los acuerdos de la OMC. *The Uruguay Round Agreements Act Statement of Administrative Action (“SAA”)*, p. 191, reimpresso en *Message from the President of the United States Transmitting the Uruguay Round Trade Agreements, Texts of Agreements, Implementing Bill, Statement of Administrative Action and Required Supporting Statements*, H.R. Doc. No. 316, 103d Cong., 2d Sess. 861, 1994 (“House Doc.”).

28 *Luciano Pisoni Fabbrica Accesori Instrumenti Musicali v. United States*, 640 F.Supp. 255, 258 (Court of International Trade, 1986). El inicio de la investigación antidumping que precede a este caso demuestra el grado mínimo de revisión que lleva a cabo el Departamento de Comercio de la información presentada con la solicitud. Ésta fue iniciada con base en unas listas de precios que el Departamento de Comercio consideró “sospechosas” y en una comparación entre las listas de precios que supuestamente correspondían a 1982 (posteriormente se demostró que una de ellas correspondía al periodo de 1976 a principios de 1980) y los costos de producción del demandante para 1983. *Ibidem*, pp. 257 y 258. No fue sino hasta después de una investigación completa y de una apelación ante el tribunal cuando se determinó que el margen de dumping era *de minimis*, por lo que no se impusieron cuotas. *Ibidem*, 645 F. Supp. 956 (Court of International Trade, 1986).

29 Special Import Measures Act, R.S.C. 1985, c.S-15, s. 31(1).

antimonopólico debe aportar “evidencias relevantes que sustenten su queja”.<sup>30</sup> Sin embargo, en un caso de antidumping no siempre es posible cumplir este requisito, dado que el quejoso en una investigación antimonopólica no es obligado a ello sino hasta después de que ha tenido plena oportunidad de recabar evidencias, mientras que en una situación de antidumping no es posible obtener evidencias irrefutables, dado que el demandante tiene el control desde el momento en que se presenta la demanda y, por tanto, sí tiene tiempo de integrar las evidencias que corroboren sus alegatos.

Los países del TLCAN podrían convenir en hacer más estricto este requisito, solicitando una mayor corroboración de la información proporcionada en la queja, que la que requiere el Acuerdo Antidumping de la OMC. Más aún, podrían adoptar el requisito del TLCAN relativo a las medidas de salvaguarda, es decir, que no se inicie ninguna investigación sin “primero evaluar cuidadosamente” que la petición satisfaga todos los requisitos para ser presentada.<sup>31</sup>

### *3. Legitimación procesal*

Son varios los casos en los que la solicitud de demanda ha sido presentada por una empresa que importa una gran parte de sus propias ventas de países que no son aquellos contra los cuales van dirigidas las demandas antidumping, esto con el propósito de obtener una mayor protección para los productos de terceros países y no así para los de Estados Unidos.

Para remediar esta situación, las empresas de los países miembros del TLCAN podrían:

- negar la “legitimación procesal” de productor nacional a aquellas empresas que importen más de 60% de sus ventas en el mercado interno y/o
- rechazar las solicitudes de demanda que vayan en contra de los miembros del TLCAN y que sean presentadas por empresas que importen de países no miembros del Tratado y que no inicien igualmente una demanda contra esos terceros países.

30 First National Bank of Arizona v. Cities Service Co., 391 US 253, 290, 1968.

31 Véase TLCAN, Anexo 803.3(6).

Semejante planteamiento limitaría los efectos de una investigación a aquellas situaciones en las que pueda ayudarse a una industria nacional y no así proteger a las industrias de terceros países.

#### IV. ASUNTOS RELATIVOS AL DAÑO

##### 1. *Estándares preliminares de daño más elevados*

Otra posibilidad para evitar las demandas que carezcan de méritos, antes de que se incurra en fuertes gastos o se causen desviaciones comerciales de consideración, es establecer requisitos más elevados para que pueda emitirse un fallo afirmativo de daño en la etapa preliminar de la investigación. Actualmente, los tres países aplican normas muy bajas en esta etapa, de tal suerte que sólo se rechazan los casos más infundados.

Estados Unidos únicamente requiere que haya un “indicio razonable” de que se está causando un daño material a una industria nacional o que existe una amenaza de daño.<sup>32</sup> De acuerdo con esta norma, el fallo preliminar de ausencia de daño sólo podrá emitirse si: 1) se cuenta con evidencias claras y convincentes de que no existe tal indicio razonable de posible daño material y, 2) los expedientes demuestran que sería extremadamente improbable que al final de la investigación se presentara dicho indicio.<sup>33</sup>

Si bien esta norma es ya sumamente laxa, podría llegar a ser menos exigente todavía. En el caso *Republic Steel Corporation v. United States*,<sup>34</sup> un juez del Tribunal de Comercio Internacional (TCI) determinó que dicha norma no estaba permitida por los estatutos y el TCI resolvió que la única instancia en la que la Comisión de Comercio Internacional (CCI) debía juzgar el peso de las evidencias presentadas en una investigación era:

... si la solicitud de demanda no contiene la evidencia de daño que razonablemente pueda esperarse que sea del conocimiento del demandante; si es falsa; si contradice aspectos esenciales de asuntos de conocimiento público; si no establece el daño como un asunto de derecho, incluso si su conte-

32 *American Lamb Company v. United States*, 785 F.2d 994 (Fed. Cir. 1986).

33 *Ibidem*, p. 999.

34 591 F. Supp. 640 (Court of International Trade 1984), *reh'g denied*, 16 Cust. B. & Dec., No. 14, 1985, p. 55.

nido se toma como cierto, entonces la CCI podrá con razón concluir que no existe un indicio razonable de daño y que no se requiere proseguir con la investigación.<sup>35</sup>

Sin embargo, en el caso *American Lamb*, la Corte de Apelaciones del Circuito Federal rechazó específicamente el dictamen del TCI en *Republic Steel*, declarando que:

... el procedimiento que siguió la CCI al aplicar la norma estatutaria del indicio razonable no contraviene sino concuerda con una evidente intención legislativa y es suficientemente razonable. A menos que *Republic Steel* y su progenie manifiesten lo contrario, dichas resoluciones no pueden sostenerse.<sup>36</sup>

De diciembre de 1991 a diciembre de 1995, sólo 13% de las demandas presentadas en Estados Unidos fueron dadas por terminadas en la etapa preliminar de daño<sup>37</sup> y, de éstas, 38% fueron rechazadas por haberse encontrado que las importaciones eran insignificantes.<sup>38</sup>

Por su parte, Canadá aplica un estándar de daño incluso más bajo para las etapas preliminares. Revenue Canada debe emitir un fallo preliminar de daño en un lapso de entre 60 y 90 días, a partir del inicio de la demanda.<sup>39</sup> La

35 16 Cust. B. & Dec., No. 14, p. 56. No obstante, aun cuando se revele la falsedad de la demanda, el TCI no impedirá la investigación. *Luciano Pisoni*, 640 F. Supp., p. 258.

36 785 F.2d, p. 1004.

37 Con base en los datos de la Comisión de Comercio Internacional (CCI) de Estados Unidos, correspondientes al periodo diciembre de 1991-diciembre de 1995.

38 Fuente: resoluciones de daño emitidas por la CCI. Hasta la enmienda que entró en vigor el 1o. de enero de 1995, las importaciones eran consideradas insignificantes si su volumen era escaso y no producían un impacto negativo evidente sobre la industria nacional. 19 U.S.C. § 1677(7)(C)(v) 1988. A partir de 1995, las importaciones son insignificantes si representan menos de 3% del total de las importaciones de esa mercancía que se realizaron en el último periodo de doce meses del que se tengan datos, a menos que el volumen de importaciones provenientes de todos los países y que sumen de manera individual menos de 3% acumulado representen más de 7% del total de las importaciones. 19 U.S.C. § 1677 (24) 1994. Más aún, la ley no sólo permite que las importaciones insignificantes sean excluidas de la acumulación, sino que las investigaciones contra países con importaciones insignificantes sean rechazadas. 19 U.S.C. §§ 1671b(a), 1671d(b), 1673b(a) y 1673d(b), 1994.

39 El Tribunal de Comercio Internacional de Canadá (TCIC), que emite la resolución final de daño, no dicta un fallo preliminar de daño a menos que se le solicite expresamente. En tal caso, el TCIC revisa el expediente presentado a Revenue Canada y, si concuerda en que las evidencias revelan un "indicio razonable" de daño y de sus causas, Revenue Canada sólo podrá dar por terminado el caso si se determina un fallo final de ausencia de dumping. LMEI, R.S.C. 1985, c.S-15, ss. 34(2), 35(3). Durante los primeros tres años de operación de esta disposición (de 1985 a 1987), se iniciaron 47 casos. En 23 de ellos, se solicitó al TCIC que emitiera un fallo preliminar y solamente en uno encontró que no existía un indicio razonable de daño. Véase Magnus, Peter, "The Canadian Anti-dumping System", *cit.*, nota 15, p. 183.

SIMA, según las enmiendas, exige que Revenue Canada emita una resolución preliminar de dumping, así como una determinación de que “existen evidencias que revelan un indicio razonable de que el dumping o subsidio ha sido causa de daño o de retraso, o bien amenaza con provocar un daño”.<sup>40</sup> Por lo general, se emite un fallo preliminar de daño a menos que Revenue Canada encuentre evidencias de lo contrario en la solicitud de demanda.<sup>41</sup>

En México, al igual que en Canadá, la Secofi (ahora Secretaría de Economía) emite su determinación preliminar de daño al mismo tiempo que el fallo preliminar de dumping. Aunque se permite que ambas partes en la investigación presenten (y así lo hacen) evidencias y argumentos con respecto a esa determinación preliminar, en esta etapa la Secofi suele conceder mayor peso al demandante que reclama un daño.

Sin embargo, muchos casos se dan por terminados al concluir la investigación, con base en un fallo de ausencia de daño, lo cual podría indicar que en los tres países se presenta un considerable número de demandas infundadas. Por tanto, la adopción de estándares más rigurosos para la determinación de daño en la fase preliminar de una investigación podría ayudar a eliminar tales casos. Ejemplo de una norma más rigurosa sería que los demandantes gozaran de un menor beneficio de la duda, tanto en Estados Unidos como en Canadá. Asimismo, podría exigirse que Revenue Canada llevara a cabo cuando menos una revisión mínima de las evidencias de daño que presentan todas las partes, en lugar de tomar como base únicamente la información del demandante. De hecho, Canadá parece estar adoptando ya requisitos más estrictos en cuanto a las evidencias para el fallo preliminar de daño, como resultado de la implementación del Acuerdo Antidumping de la OMC, aunque el lenguaje estatutario no impone una carga mayor. En el caso Azúcar Refinada (iniciado el 17 de marzo de 1995), la primera investigación antidumping que se presentó desde que la OMC empezó sus funciones, Revenue Canada requirió que el demandante presentara una solicitud adicional para actualizar sus evidencias de daño.<sup>42</sup>

40 SIMA, R.S.C. 1985, c. S-15 s. 38(1).

41 Revenue Canada exige a los demandantes que proporcionen evidencias suficientes del daño y de sus causas. Sin embargo, la información que se presenta suele aceptarse como cierta. En teoría, Revenue Canada tendría que considerar la posibilidad de que las presentaciones previas al inicio de la investigación se vean negativamente afectadas por las cuotas antidumping, pero no es evidente hasta qué punto esto ocurre en la práctica.

42 *Statement of Reasons: Preliminary Determination of Dumping of Refined Sugar from the United States of America, Denmark, The Federal Republic of Germany, the Netherlands, the United*

## 2. “Igualar a la competencia” como argumento de defensa

Otra posibilidad que podrían analizar los países miembros del TLCAN es adoptar estándares de daño más similares a los que emplea la ley antimonopólica de Estados Unidos.<sup>43</sup> En particular, podrían revisarse las leyes antidumping y de cuotas compensatorias de tal suerte que en los análisis sobre daño se permitiera apelar al argumento de defensa de “igualar a la competencia”, según el cual, no se determinaría que las importaciones causan daño por sus precios si éstos tienen el mismo nivel que los que aplican los productores nacionales (o los importadores que no practican dumping) en el mercado del país importador. Esto sería coincidente con el requisito de la OMC que estipula la obligación de demostrar que las importaciones con dumping están causando un daño material,<sup>44</sup> pues una importación cuyo precio se fija para igualar a la competencia interna no debería de causar más daño a la empresa nacional que aquel que le provocan sus competidores nacionales.<sup>45</sup>

Por otra parte, el argumento de defensa de “igualar a la competencia” no sería incompatible con las leyes existentes en los tres países. En Estados Unidos, uno de los factores que la CCI toma en cuenta para determinar si las importaciones están causando un daño material es el de impacto sobre el precio. El estatuto dispone que:

Kingdom and The Republic of Corea, Case No. 4218-2, Revenue Canada, 7 de julio de 1995. Véase Thomas, J. Christopher, Tereposky, Greg *et al.*, “Canadian Antidumping and Countervailing Duty Law and Procedure”, en Leycegui, Beatriz *et al.* (comps.), *Trading Punches: Trade Remedy Law and Disputes Under NAFTA*, Washington D.C., National Planning Association, 1995, p. 83.

43 Es decir, “con base en la presentación de evidencias, en cualquier audiencia sobre una queja relativa a esta sección, de que se ha hecho una discriminación en los precios o en los servicios o instalaciones proporcionados, la carga de refutar la causa *prima facie* así establecida, al demostrar la justificación de la misma, recaerá sobre la persona acusada de una violación discriminación de precios de esta sección. Siempre y cuando, no obstante, nada de lo aquí estipulado impida que el vendedor que refute la causa *prima facie* así establecida, al demostrar que *sus precios inferiores o la provisión de instalaciones o servicios a un o varios compradores fueron hechos con buena fe para igualar los precios igualmente bajos de un competidor o los servicios o instalaciones provistos por un competidor*”. 15 U.S.C. § 13(b) 1994 (subrayado del autor).

44 Acuerdo Antidumping de la OMC, artículo 3.5, Acta Final, p. 149.

45 Esta propuesta ha sido planteada por el Colegio de Abogados de Estados Unidos. Véase *Task Force Report*, p. 145. De hecho, hace mucho tiempo que el Departamento de Justicia aboga por el reconocimiento de dicho argumento ante la CCI y la instancia que le precedió, la Comisión sobre Aranceles. Véase Applebaum, Harvey M., “The Interface of Trade/Competition Law and Policy: An Antitrust Perspective”, *Antitrust Law Journal*, núm. 56, 1987, p. 409.

(ii) PRECIO. Al ponderar el efecto que ejercen las importaciones de tal mercancía sobre los precios, la Comisión habrá de considerar:

I) si el precio de la mercancía importada que se ha vendido tiene un precio considerablemente inferior, en comparación con el precio que tienen productos similares en Estados Unidos y

II) si el efecto de las importaciones de tal mercancía deprime de alguna otra manera los precios en forma considerable o impide que éstos aumenten a un nivel significativo, lo cual de otra manera habría ocurrido.<sup>46</sup>

Si el precio que se asigna a las importaciones tiene el propósito de igualar a la competencia interna, no tendría por qué presentarse un volumen significativo de ventas a precios inferiores (aunque puede haber ciertos casos en los que el precio del producto importado sea menor al que ofrecen algunas empresas de la industria nacional), como tampoco una disminución de precios u obstaculización del aumento de los mismos, que de otra forma no hubieran ocurrido. Si los precios de importación igualan a los de la competencia interna, entonces lo que ocurre es que los precios internos ya están constriñendo el nivel de precios. Aunque a la fecha la CCI no toma en consideración el argumento de defensa de “igualar a la competencia”, lo que sí analiza es si el abatimiento de los precios es resultado de una política interna agresiva de precios y no así de los precios de las importaciones, análisis que también apoya el TCI.<sup>47</sup>

De igual forma, según las leyes canadienses, un indicio de causa de daño es que las importaciones estén causando un efecto considerable de: 1) recortes en el precio de bienes similares; 2) depresión en el precio de bienes similares; o 3) supresión del precio de bienes similares, al impedir aumentos de precio para esos bienes similares, que de otra forma habrían ocurrido.<sup>48</sup> Como ya lo mencionamos, los productos cuyos precios se asignan para igualar a la competencia interna no tendrían por qué ocasionar estos efectos. Más aún, a diferencia de Estados Unidos, que sólo requiere que las importaciones con dumping sean causantes de una porción mínima del daño material a la industria, Canadá exige que las importaciones con dumping sean la causa misma del daño.

46 19 U.S.C. § 1677(7)(C)(ii) 1994.

47 Véase por ejemplo, *The Timken Company v. United States*, Ct. No. 93-08-00475 (Court of International Trade), 13 de enero de 1996, slip op., pp. 25 y 26 (en donde se ratifica la resolución de la CCI en cuanto a que lo que estaba ejerciendo importantes efectos sobre los precios era la agresiva política de fijación de precios de los pequeños molinos y no así las importaciones brasileñas).

48 Reglamento de la LMEI, Sección 37.1, según se describe en Thomas, J. Christopher *et al.*, *op. cit.*, nota 42, pp. 44-90.

En México, la Secofi examina si los bienes importados han contribuido a “recortar, abatir o suprimir los precios de la mercancía fabricada y vendida por la industria mexicana en el mercado interno”.<sup>49</sup> Asimismo, se requiere que el daño sea una “consecuencia directa” de la importación de productos con dumping.<sup>50</sup> De hecho, México ha tomado en cuenta aspectos similares al argumento de igualar a la competencia para determinar el efecto sobre los precios de las importaciones con dumping.<sup>51</sup>

### 3. *Estándar de causalidad*

Como lo hemos señalado antes, tanto México como Canadá aplican estándares más rigurosos de causa de daño, que Estados Unidos.<sup>52</sup> Canadá estipula que debe determinarse que las propias importaciones con dumping sean la causa del daño material, mientras que México exige que el daño sea consecuencia directa de la importación de las mercancías con dumping. Por el contrario, Estados Unidos sólo requiere que las importaciones con dumping sean un elemento que contribuye al daño causado a una industria nacional.<sup>53</sup> La determinación del daño es particular-

49 Ley de México, artículo 41, II; Reglamento de México, artículo 64, II, según cita Beatriz Leycegui, “A Legal Analysis of Mexico’s Antidumping and Countervailing Regulatory Framework”, en Leycegui, Beatriz *et al.*, *op. cit.*, nota 42, p. 50.

50 Ley de México, Cap. IV, artículo 39, párrafo 2.

51 Véase por ejemplo, “Resolución Final de la Investigación Antidumping sobre las Importaciones de Papel Bond Originarias de los Estados Unidos de América”, *Diario Oficial de la Federación*, vol. 12, núm. 32, 18 de noviembre de 1994, p. 222 (en donde se señala que la disminución de precios se debió a los precios que se ofrecían en condiciones de competencia leal y que dichos precios obligaron al resto de la competencia en México a igualarlos).

52 Un estudio realizado en fecha reciente por la Comisión de Comercio Internacional (CCI) indica que sólo 39.4% de las demandas antidumping que se presentaron entre 1980 y 1993 concluyeron con un fallo afirmativo de daño y la aplicación de cuotas. U.S. International Trade Commission, *The Economic Effects of antidumping and Countervailing Duty Orders and Suspension Agreements*, USITC Pub. 2900, 1995, pp. 1-3. Sin embargo, esta cifra es engañosa, pues no incluye los casos del acero, que terminaron con la implementación de acuerdos de restricción voluntaria, ni tampoco las demandas que dieron por resultado acuerdos de suspensión. Tanto los acuerdos de restricción voluntaria como los de suspensión restringen el comercio y deberían de considerarse como éxitos para las empresas demandantes.

53 Varios casos ante los tribunales han mencionado la norma que aplica la CCI para hacer la determinación de causalidad. Véase, por ejemplo, *United Eng’g & Forging v. United States*, 779 F. Supp. 1375, 1379 (Court of International Trade 1991) (la CCI debe determinar si las importaciones desleales contribuyen a dañar a la industria interna); *LMI-La Metalli Industriale, S.p.A. v. United States*, 712 F. Supp. 959, 971 (Court of International Trade 1989) (“Basta con que las importaciones contribuyan, así sea en grado mínimo, a causar un daño material”); *Maine Potato Council v. United States*, 613 F. Supp. 1237, 1244 (Court of International Trade 1985) (la CCI debe emitir un fallo afirmativo de daño si encuentra que las importaciones fueron algo más que una causa de *minimis* de daño).

mente importante en Estados Unidos porque el porcentaje de éxito de todos los demandantes en el Departamento de Comercio (es decir, el porcentaje de veces que se determina que existe dumping) es superior a 95% por ciento. Por tanto, los demandantes tienen la seguridad de que conseguirán que se apliquen cuotas a las importaciones siempre que ganen las demandas por daño, lo que da lugar a que se presenten demandas de hostigamiento.<sup>54</sup>

Si los miembros del TLCAN optaran por seguir aplicándose medidas antidumping entre ellos, podrían tomar medidas para asegurarse de que las cuotas tendrán el efecto de ayudar a la industria nacional más importante. Pero esto sólo ocurrirá si aquellas importaciones que ahora son objeto de cuotas compensatorias o antidumping son las mismas que causan el daño sufrido por la industria nacional. Para los propósitos de la investigación entre los países miembros del TLCAN, Estados Unidos podría aplicar estándares de “causa de daño” más estrictos, como los que utilizan México y Canadá.<sup>55</sup>

Este enfoque tiene más probabilidades de ser considerado compatible con las obligaciones de Estados Unidos ante la OMC. En el Acuerdo Antidumping se estipula que las autoridades han demostrar que, “debido a los efectos del dumping”, las importaciones con dumping “están causando un daño, en el sentido de este Acuerdo”.<sup>56</sup> Asimismo, las autoridades

54 Véase, por ejemplo, la carta de la Coalición en Favor de Importaciones Leales de Maderos (sin fecha): “Sabemos que es mucho dinero, pero estamos peleando por cinco mil millones de dólares de importaciones subsidiadas. Y tengan presente el beneficio potencial: si reducimos aunque sea 1% anual la supresión artificial de precios que provocan los maderos subsidiados de Canadá, ganaremos cuatro veces más por un esfuerzo de tres años. Después de todo, el calendario estatutario para el alivio preliminar es de tres meses y medio, contados a partir de que se presente la demanda”.

55 De hecho, la señora Crawford, Comisionada de la CCI, sostiene que la ley existente ya exige dicho estándar. Señala que el estatuto exige que la CCI determine si una industria interna está “sufriendo un daño material por motivo” de esas importaciones y que para ello es preciso que se determine si éstas son la propia causa del daño material. Chung, Michael Y., “US Antidumping Laws: A Look at the New Legislation”, *N.C.J. International Law and Commerce Register*, núm. 55, 1995, pp. 495 y 503.

56 Acuerdo Antidumping de la OMC, artículo 3.5., Acta Final, p. 149. Bajo el Código Antidumping de 1979, menos riguroso, varios países consideraron que el texto del mismo exigía un fallo en el sentido de que el propio dumping era la causa del daño material. Así, por ejemplo, al analizar la práctica de la Unión Europea según los términos del Código de 1979. Hans Beseler señalaba: “... se adoptó un nuevo enfoque, que consistía en aislar los daños causados por cada factor, incluido el dumping, y en tratar a cada uno de ellos como un daño independiente. Después tenía que demostrarse que el efecto de las importaciones con dumping era tal que provocaba un daño, según el sentido del Código. Este concepto de diferenciar los daños provocados por distintos factores también se aplicó al rubro de los subsidios y se introdujo en la legislación de la Comunidad, al término de las negociaciones”. Véase Beseler y Williams, *Antidumping and Subsidy Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1986,

deberán examinar otros factores conocidos que, de manera simultánea, puedan estar dañando a la industria nacional, de suerte que “el daño causado por esos otros factores no se atribuya a las importaciones con dumping”.<sup>57</sup> Estos dos requisitos, en conjunto, indican que no basta con que se encuentre que las importaciones con dumping “contribuyen” al daño material que sufre la industria nacional, sino que ellas deben ser la “causa” misma del daño.

Otra alternativa sería que los países miembros convinieran en exigir los mismos análisis causales que se estipulan para los análisis de daño en las acciones de salvaguarda, es decir, que no pueda emitirse un fallo afirmativo de daño a menos que las autoridades determinen, con base en evidencias objetivas, que existe un “clara relación causal” entre las importaciones y la existencia de un daño.<sup>58</sup> Y otra opción sería exigir que las importaciones sean la causa primaria o principal del daño.<sup>59</sup>

#### *4. Participación mínima del mercado/importaciones insignificantes*

El Acuerdo Antidumping de la OMC dispone que debe darse por terminada toda investigación en contra de importaciones que representen menos de 3% de las importaciones del producto, a menos que todos los países sujetos a la investigación y que en forma individual representen menos de 3% sumen, de manera colectiva, más de 7% de las importaciones del producto similar.<sup>60</sup> Además de este requisito, los miembros del TLCAN podrían acordar que un determinado porcentaje de la participación en el mercado (a diferencia de la participación en las importaciones) fuera considerado *de minimis* o insignificante y que las investigaciones se dieran por terminadas si las importaciones representan menos del porcentaje de participación en el mercado del país importador miembro del TLCAN. De hecho, el borrador del Acuer-

p. 167 (en donde se analizan los Códigos de 1979 y la implementación de éstos por la Unión Europea). Véase, también, *ICI Australia Operating Pty Ltd. v. Fraser*, 106 ALR 257, 1992 (sobre la ley antidumping de Australia): “Cuando la industria australiana ha sufrido un detrimento debido a diversas causas probables, la sección de 5.269TG requiere que se emita un fallo que determine si existió un daño material independiente o acumulado ...que fuera causado por el dumping, además del detrimento provocado por otros factores”.

57 Acuerdo Antidumping de la OMC, artículo 3.5., Acta Final, p. 149.

58 TLCAN, Anexo 803.3(10).

59 El Acuerdo de 1967 para la Implementación del Artículo VI del GATT exigía que se determinara si las importaciones con dumping eran la causa principal del daño. *Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT BISD 15S/24, 1 de julio de 1968.

60 Acuerdo Antidumping de la OMC, artículo 5.8, Acta Final, p. 152.

do de la OMC (el Texto Dunkel) estipulaba esto cuando la participación en el mercado era inferior a 1%, a menos que los países sujetos a investigación y que en forma individual representaran menos de 1% de la participación en el mercado, colectivamente sumaran más de 3% de ella.<sup>61</sup> Esto fue modificado por petición de Estados Unidos (con apoyo de la Unión Europea) a fin de proteger a la industria estadounidense del acero.<sup>62</sup> El concepto del que parte esa disposición es que las importaciones que representan menos de un cierto porcentaje mínimo del mercado del país importador no producen daño a la industria nacional y dicha estipulación permitiría proteger a los pequeños exportadores de demandas injustificadas.

Al reformar las leyes antidumping de los países del TLCAN, los miembros podrían convenir en aplicar una norma para importaciones insignificantes, con un tope más alto. Por ejemplo, los socios del TLCAN podrían establecer que las importaciones provenientes de un país miembro no sean objeto de una investigación antidumping si su volumen no es significativo y no contribuye de manera importante a causar un daño. En el ALCCEU, con respecto a las acciones de salvaguarda, Canadá y Estados Unidos convinieron en que el país miembro no debía ser sometido a acciones globales de salvaguarda a menos que las importaciones fueran “considerables” y “contribuyan en forma significativa” al daño.<sup>63</sup> Asimismo, las partes acordaron que “el volumen de importaciones comprendido entre 5 y 10%, o menos, de las importaciones totales normalmente no será considerado considerable”.<sup>64</sup> Por su parte, los miembros del TLCAN podrían aplicar una prueba basada en el porcentaje de participación en el mercado, parámetro que los tres países empleaban antes de que la OMC entrara en vigor.

Hasta que fue reformada para adecuarse al Acuerdo de la OMC, la legislación de Estados Unidos establecía que las importaciones eran insignificantes si su volumen (en términos absolutos o relativos al consumo total) era mínimo y no ejercía efectos adversos identificables. En este análisis se tomaba en consideración el porcentaje de participación en el mercado interno que representaban las importaciones del otro país. El tribunal que

61 “Agreement on Implementation of Article VI”, artículo 5.8, *Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, GATT Doc. No. MTN.TNC/W/FA, 20 de diciembre de 1991 (“Texto Dunkel”).

62 Véase Horlick, Gary N. y Shea, Eleanor C., “The World Trade Organization Antidumping Agreement”, *International Quarterly*, núm. 7, 1995, pp. 685 y 708.

63 ALCCEU, artículo 1102(1).

64 *Idem*.

llevó a cabo la revisión consideró que, de acuerdo con esa norma, incluso las importaciones que representaban 2% del consumo interno podían ser consideradas insignificantes.<sup>65</sup> La “excepción de insignificancia” se añadió a la ley de Estados Unidos en 1988 para evitar que se gastaran recursos en casos que no tenían efectos significativos sobre la industria nacional. Así, por ejemplo, en 1986 los floricultores estadounidenses presentaron una demanda antidumping y de cuotas compensatorias contra las importaciones de flores de nueve países, incluido Canadá, cuyas exportaciones representaban entre 0.05% y 0.2% del mercado estadounidense. Sin embargo, puesto que para el análisis de daño las importaciones provenientes de Canadá fueron sumadas a las de los otros países sujetos a investigación, se aplicó a las primeras medidas antidumping y de cuotas compensatorias, aun cuando probablemente no habrían causado daño material por sí solas, dada su porcentaje mínimo de participación en el mercado.<sup>66</sup>

En Canadá, aunque no existía una disposición específica sobre insignificancia, se rechazaron algunas demandas porque la participación en el mercado no era suficiente para causar un daño, cuando las importaciones representaban hasta 4.6% del mercado canadiense.<sup>67</sup> Por su parte, las leyes y reglamentos de México tampoco contienen estipulaciones sobre un tope específico para determinar la insignificancia.<sup>68</sup> Sin embargo, en sus tratados regionales con América Central, Colombia y Venezuela, México

<sup>65</sup> *Torrington v. United States*, 790 F. Supp. 1161, 1167 (Court of International Trade 1992) (“En un mercado muy sensible a los precios, los únicos países que no eran candidatos para obtener la excepción de la insignificancia eran aquellos que tenían una participación en el mercado superior a dos por ciento”) citando a *Coated Groundwood Paper from Austria, Belgium, Finland, France, Germany, Italy, the Netherlands, Sweden, and the United Kingdom*, USITC Pub. No. 2359, pp. 33-36, Inv. Nos. 731-TA-486-494 (Preliminar), febrero de 1991. Más aún, la Comisión y varios comisionados sostienen que las participaciones del mercado superiores a 0.5% eran insignificantes. Véase, por ejemplo, *Certain Circular, Welded, Non-Alloy Steel Pipes and Tubes from Brazil, the Republic of Korea, Mexico, Romania, Taiwan, and Venezuela*, USITC Pub. No. 2564, pp. 29-31, Inv. Nos. 731-TA-532-537 (Final), octubre de 1992 (se determinó que Rumania era insignificante, aunque representaba 0.7% del mercado); *Steel Wire Rope from Argentina, Chile, India, Israel, Mexico, the People's Republic of China, Taiwan, and Thailand*, USITC Pub. No. 2343, pp. 31-39, Inv. Nos. 701-TA-305-306 y 731-TA-476-482 (Preliminar), diciembre de 1990 (la presidenta Anne E. Brundale determinó que los países que tuvieron una participación en el mercado de 1.5% eran candidatos para obtener la excepción de insignificancia).

<sup>66</sup> Véase *Certain Fresh Cut Flowers from Canada, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Israel, Kenya, and the Netherlands*, USITC Pub. 1956, pp. A-112 y A-113 n.2, Inv. Nos. 701-TA-275-278 (Final), marzo de 1987.

<sup>67</sup> Horlick, Gary N. y Shea, Eleanor C., *op. cit.*, nota 62, p. 27.

<sup>68</sup> Reglamento de México, artículo 67.

aceptó que se calificara de insignificante a todo volumen de importaciones que fuera inferior a 1% del total del consumo interno.

Así, desde antes de que el Acuerdo de la OMC entrara en vigor, los tres miembros del TLCAN reconocieron la conveniencia de considerar el porcentaje de participación de las importaciones en el mercado interno para determinar si su volumen es *de minimis*. Pero tomar como base únicamente una norma para el volumen de importaciones puede arrojar resultados extraños. Por ejemplo, si como resultado de la reducción de los niveles arancelarios, Estados Unidos pudiera empezar a exportar a México un producto que esté sujeto a una tasa elevada de aranceles para los países no miembros del TLCAN, el primer embarque probablemente sería superior al 1% de las importaciones, incluso si dicho embarque sólo representara un pequeño porcentaje de participación en el mercado. Por tanto, limitar el criterio de insignificancia para las importaciones a una medida sobre la participación en el mercado podría impedir que se aprovecharan los beneficios derivados de la reducción negociada de los aranceles.

De hecho, la Unión Europea (UE) aún reconoce las ventajas de contar con una disposición sobre importaciones insignificantes que se base en la participación en el mercado y no en la participación en las importaciones. La UE añadió una cláusula a sus reglamentos, por la cual se prohíbe el inicio de una investigación antidumping o de cuotas compensatorias contra las importaciones provenientes de países cuyos volúmenes sean inferiores a 1% de la participación en el mercado de la UE, a menos que dichos países representen, en forma colectiva, 3% o más del consumo de la Unión Europea.<sup>69</sup>

Irónicamente, algunos Estados miembros de la UE —Alemania, Dinamarca, Holanda y el Reino Unido— fueron los primeros en resentir la modificación al texto del Acuerdo Antidumping de la OMC, que pasó de la participación en el mercado a la participación en las importaciones (cambio que los negociadores de la UE habían apoyado). Sus exportaciones de azúcar a Canadá fueron objeto de un derecho antidumping en 1995, pues aunque en forma individual cada uno representaba menos de 1% del mercado y, colectivamente, sólo 1.2%, sumaban 9% del total de las importaciones.<sup>70</sup>

69 Council Regulation 3283/94, artículo 5(7), 1994 O.J. (L349), pp. 1 y 10; Council Regulation 3284/94, artículo 7(11), 1994 O.J. (L349), pp. 22 y 31.

70 *Preliminary Determination of Dumping of Refined Sugar: Statement of Reasons*, Case No.s 4237-80, 4218-2, Revenue Canada, 7 de julio de 1995.

Los países miembros podrían convenir en aplicarse mutuamente pruebas de participación en el mercado, es decir, que no pudiera iniciarse una acción contra las importaciones provenientes de un país miembro a menos que éstas representaran más de un equis por ciento del mercado interno del país importador. Un punto de partida podría ser cinco por ciento.

Sin embargo, en la medida en que los miembros del TLCAN vayan obteniendo beneficios de un comercio cada vez mayor entre ellos, es probable que todo análisis basado en la participación en el mercado o en las importaciones resulte cada vez más irrelevante. Quizás, a medida que pase el tiempo, las importaciones de los países del TLCAN excedan en forma constante estos niveles de *de minimis* o insignificantes.

Por tal motivo, los miembros del Tratado podrían convenir en aplicar una prueba similar a la que adoptaron para las medidas de salvaguarda, según la cual las importaciones provenientes de los países miembros no pueden ser objeto de acciones globales de salvaguarda a menos que sean sustanciales y contribuyan de manera importante a causar un daño.<sup>71</sup> Asimismo, las partes de TLCAN acordaron que las importaciones provenientes de una de las partes, considerada en forma individual, no serían consideradas “sustanciales” a menos que esa parte fuera uno de los cinco principales proveedores de la mercancía en cuestión, en términos de su participación en el mercado durante el último trienio.<sup>72</sup> Más aún, los miembros del Tratado acordaron que entre los factores que deben ser considerados para determinar si las importaciones contribuyen de manera significativa al daño se encuentran las modificaciones en la participación de cada una de las partes en el total de las importaciones, así como el volumen de sus respectivas importaciones y los cambios que éste haya sufrido. Normalmente, no se considera que las importaciones contribuyan de manera importante al daño si su tasa de crecimiento durante el periodo en que se produjo el incremento dañino de las mismas es apreciablemente menor que la tasa de crecimiento de las importaciones totales, procedentes de todas las fuentes, durante el mismo periodo.<sup>73</sup>

71 TLCAN, artículo 802(1).

72 *Ibidem*, artículo 802(2)(a).

73 *Ibidem*, artículo 802(2)(b).

## 5. Acumulación

Para el análisis de daño, los países miembros del TLCAN podrían negociar reglas que prohibieran la acumulación de las importaciones de cada uno de ellos con la suma de las importaciones originarias de países no miembros. Esto permitiría determinar si las importaciones provenientes de cada país miembro son, por ellas mismas, las que están causando el daño.<sup>74</sup> La lógica de esto es que, dado que el TLCAN pretende reducir las barreras comerciales entre los países miembros, no deben erigirse barreras no arancelarias a menos que pueda demostrarse que son necesarias para evitar que esas importaciones en particular causen un daño. La acumulación hace posible que llegue a determinarse un daño, aun cuando las importaciones provenientes de un país miembro no sean la causa misma del daño, lo cual sería contrario a la meta de integración del mercado estadounidense.<sup>75</sup>

Actualmente, los tres miembros del Tratado acumulan las importaciones. En Estados Unidos, las importaciones deben acumularse si: 1) las peticiones de demanda o las investigaciones autoiniciadas se presentan el mismo día; 2) las importaciones compiten entre sí y con el producto similar nacional; 3) los márgenes son superiores al mínimo y, 4) las importaciones no son insignificantes.<sup>76</sup> Estados Unidos enmendó su cláusula sobre acumulación conforme al Acuerdo Antidumping de la OMC y al ASMC, de tal suerte que las investigaciones acumuladas se basaran en las demandas presentadas o las investigaciones autoiniciadas que ocurrieran en el mismo día y que se prohibiera la inclusión de aquellas importaciones para las que se hubiera emitido una resolución preliminar negativa de

74 Las leyes de Estados Unidos ya contienen cláusulas especiales para los países que han celebrado acuerdos de libre comercio con este país y que entraron en vigor antes del 1o. de enero de 1987 (por ejemplo, Israel). Las importaciones de origen israelí no pueden ser acumuladas con importaciones provenientes de otros países para propósito del análisis de daño, a menos que la CCI determine, primero, que las importaciones de Israel, por ellas mismas, están causando o amenazando con causar un daño a la industria nacional. 19 U.S.C. § 1677(7)(G)(ii)(IV) 1994. Véase, también, Acuerdo sobre Subsidios y Antidumping (ASA), House Doc., p. 850. Más aún, las leyes estadounidenses prohíben la acumulación de importaciones provenientes de los países beneficiarios de la Ley de Recuperación Económica de la Cuenca del Caribe (19 U.S.C. § 1677(7)(G)(ii)(III), 1994.

75 Esta preocupación se refleja en el acuerdo de salvaguardas incluido en el Tratado, el cual sólo permite que se incluyan las importaciones provenientes de un país miembro en una acción global si se determina que dichas importaciones contribuyen, por ellas mismas, a causar un daño serio. TLCAN, artículo 802(1)(b).

76 19 U.S.C. § 1677(7)(G), 1994.

medidas antidumping o de cuotas compensatorias o para las que se hubiese dado por terminada la investigación.

Hasta que Canadá reformó sus leyes para apegarse a la OMC, no contaba con disposiciones específicas sobre la acumulación de importaciones para el análisis de daño. Sin embargo, por lo general acumulaba las importaciones de todos los países que fueran citados en una demanda. Una excepción a esto era el argumento de *de minimis*, es decir, en las que la suma del margen de dumping y el volumen de las importaciones resultara demasiado pequeña para tener un impacto visible sobre el mercado.<sup>77</sup> También se hacía otra excepción para aquellos bienes que no eran producidos en Canadá, siempre que no hubiera un sustituto de producción nacional y no existieran planes concretos para empezar a fabricarlo en el país.<sup>78</sup>

Las enmiendas de la OMC establecen que el TCI de Canadá puede ponderar el efecto acumulativo de productos subsidiados o con dumping si: 1) el margen de subsidio o de dumping no es insignificante y 2) resulta apropiado acumular, dadas las condiciones de la competencia entre los bienes importados o entre éstos y el producto similar nacional.<sup>79</sup> A diferencia de Estados Unidos, en Canadá la acumulación es discrecional; por lo tanto el TCI puede seguir aplicando las excepciones antes mencionadas.<sup>80</sup>

Por su parte, las leyes mexicanas también autorizan, aunque no con carácter obligatorio, la acumulación de las importaciones de diferentes países para el análisis de daño.<sup>81</sup> Los reglamentos mexicanos exigen que se acumule si las importaciones están sujetas a investigación y compiten tanto entre ellas mismas como con el producto similar nacional.<sup>82</sup> Asimismo, se permite la exclusión de las importaciones que sean significativas, pero que no tengan claros efectos adversos sobre la producción nacional. Este criterio para determinar si se cumplen las condiciones necesarias para otorgar la exclusión es muy similar al que tenía Estados Unidos antes de que se implementara el Acuerdo de la OMC.<sup>83</sup>

Sin embargo, el efecto de esta disposición difiere de la estadounidense. Al parecer, México puede optar por no acumular las importaciones en

77 Magnus, Peter, “The Canadian Antidumping”, *cit.*, nota 15, p. 219.

78 Thomas, J. Christopher *et al.*, *op. cit.*, nota 42, p. 92.

79 SIMA, R.S.C., c. S-15 s. 42(3), 1985.

80 Thomas, J. Christopher *et al.*, *op. cit.*, nota 42, p. 92.

81 Ley de México, artículo 43.

82 Reglamento de México, artículo 67.

83 *Ibidem*. Compárese con 19 U.S.C. § 1677(7)(C)(v), 1988.

la etapa preliminar de daño, si éstas son insignificantes, pero aun así proseguir con la investigación relativa a ellas, si decide no basarse en los datos disponibles al momento del fallo preliminar. En Estados Unidos existe una posibilidad semejante,<sup>84</sup> lo cual podría suscitar un problema conforme a la OMC. Estados Unidos y la Unión Europea defendieron las virtudes de la exclusión en el caso del “3% de participación en las importaciones”, con el argumento de que era mucho más probable que se contara con los datos relativos a la participación en las importaciones al momento del inicio de la investigación, que los concernientes a la participación en el mercado.<sup>85</sup>

## 6. *Mercados pertinentes*

A medida que se eliminan las barreras arancelarias y no arancelarias, los mercados de los países del TLCAN se irán integrando cada vez más, aunque el ritmo de la integración sea distinto para ciertos productos, como es el caso del mercado automotriz de Canadá y Estados Unidos, que ya se encuentra altamente integrado,<sup>86</sup> y en donde la mayor parte de los productores automotrices de Norteamérica han racionalizado su producción para todo el mercado, en particular con respecto a estos dos países.

Las acciones antidumping no constituyen el instrumento adecuado para resolver los problemas dentro de un mercado único, porque en un mercado integrado las empresas no pueden seguir practicando la discriminación de precios,<sup>87</sup> que es la justificación usual para las acciones anti-

84 ASA, p. 18, House Doc., p. 857.

85 Por ejemplo, “Resolución Preliminar de la Investigación Antidumping y Antisubvenciones sobre las Importaciones de Lámina Rolada en Caliente de la República Federativa de Brasil, República de Venezuela, República Federal de Alemania, Canadá, República de Corea y el Reino de los Países Bajos, Independientemente del País de Procedencia”, *Diario Oficial de la Federación*, núm. 3, 17 de abril de 1995 (en la que se determinó no acumular las importaciones provenientes de Alemania, dado que su volumen era insignificante y no tenían un efecto discernible sobre la producción nacional, pero sí proseguir con la investigación). En Estados Unidos, la determinación de no acumular debido a la insignificancia del volumen de importaciones ha conducido invariablemente a un fallo de ausencia de daño material y a la conclusión de la investigación (incluso en la etapa preliminar de daño), a menos que se haya encontrado una amenaza de daño material. Véase, por ejemplo, *Certain Flat-Rolled Carton Steel Products from Argentina et al.*, USITC Pub. 2549, Inv. Nos. 701-TA-319-354 (Preliminar), agosto de 1992.

86 Desde hace tiempo, el comercio automotriz entre Canadá y Estados Unidos está sujeto al “Pacto Automotriz”, que ha contribuido a integrar el mercado. *Agreement Concerning Automotive Products Between the Government of the United States of America and the Government of Canada*, 9 de marzo de 1965, 17 U.S.T. 1372.

87 Véase, por ejemplo, el análisis de Fisher, Bart S., “The Antidumping Law of the United States: A Legal and Economic Analysis”, *Law and Policy International Business*, núm. 5, 1973, p. 85.

dumping, si bien ninguno de los tres países requiere que se demuestre la existencia de barreras al mercado antes de imponer medidas o derechos antidumping. Las barreras a la reimportación hacia el mercado interno del exportador permiten que éste mantenga precios muy altos en casa, mientras que en el mercado de exportación vende a precios que de otra forma le resultarían insostenibles, pues las ventas de exportación son subsidiadas gracias a las utilidades que se obtienen por las ventas en el mercado interno. Sin embargo, si no existen barreras a la reimportación, se introducen productos con dumping y con ello se obliga a que se reduzcan los precios en el mercado interno. Y, como lo demuestra el caso de Hyundai,<sup>88</sup> los productores nacionales de un país pueden encontrar muchas dificultades para demostrar el daño, en un mercado integrado.

Una forma de resolver esto sería que los países del TLCAN convinieran en que sólo se autorice el inicio de una acción antidumping si se demuestra<sup>89</sup> que el mercado relevante para el análisis de daño es un mercado nacional (o regional). Si puede demostrarse que los mercados nacionales no están integrados, esto podría implicar, en ciertas circunstancias, que aún existen algunas barreras al libre comercio de ese producto.<sup>90</sup> Una situación un tanto análoga es la que contemplan las disposiciones para el análisis del antidumping en mercados regionales. El concepto de mercado regional reconoce que puede haber razones por las cuales un área geográfica, contenida en una región económica más grande, exista como un mercado aislado (por ejemplo, cuando los costos de transporte son elevados en relación con el valor del producto). En tal situación, el comercio no fluye libremente a lo largo del territorio de la región econó-

Sin embargo, en virtud de las reglas que se utilizan para calcular la “discriminación de precios” a fin de determinar el antidumping, puede encontrarse un dumping aun cuando no exista discriminación de precios, en el sentido antimonopólico de la palabra, que es el análisis empleado para un mercado único. Véase, Applebaum, Harvey M. y Grace, David R., “Antitrust Law and Antidumping Actions Under Title VII of the Trade Agreements Act of 1979”, *Antitrust Law Journal*, núm. 56, 1987, p. 497.

88 En 1987, Ford Canada y General Motors (GM) de Canadá presentaron una demanda contra la empresa Hyundai de Corea. “Cars Produced by or on Behalf of Hyundai Motor Co., Seoul, Rep. of Korea and Originating in or Exported From the Rep. of Korea” 1988, CIT No. 15, Inquiry No. CIT-13-87, 23 de marzo de 1988. Canadá determinó la ausencia de daño material debido, en gran parte, a que la producción del demandante del producto similar nacional (carros compactos) estaba concentrada en Estados Unidos, no en Canadá (alrededor de 80% de sus ventas en Canadá constaba de autos fabricados en Estados Unidos).

89 Según dónde se conviniera en que recaiga la carga, el demandante o la autoridad investigadora tendrían que demostrar esto.

90 Acuerdo Antidumping de la OMC, artículo 4.1(ii).

mica mayor y una determinada industria que se encuentre en el mercado aislado puede resultar dañada, sin que ese daño se aplique a la misma rama industrial de toda la economía. En ese caso, puede presentarse una discriminación de precios y, por tanto, resulta apropiada una acción antidumping.<sup>91</sup>

Pero, si los países del TLCAN convinieran en aplicar una prueba de mercado nacional, surgirían dudas sobre cómo demostrar que el mercado de tal industria está o no está integrado. Por ejemplo, ¿qué sucedería si una determinada industria canadiense vendiera toda o casi toda su producción en Canadá y no en todo el mercado estadounidense? ¿Acaso eso indicaría necesariamente que existen barreras y que el mercado no está integrado? También podría significar que el mercado canadiense es tan grande que esa industria no ha tenido que esforzarse por expandir su mercado o que los altos costos del transporte limitan el alcance geográfico del mercado del productor. Así, si se decidiera aplicar tal prueba, los países del TLCAN tendrían que llegar a una definición de lo que es la integración (o ausencia de ella) y determinar si ésta no se ha alcanzado.

## 7. Aspectos relativos a la competencia

Otra posibilidad para incluir en las leyes antidumping algunos elementos del análisis sobre la definición de las leyes antimonopólicas/de competencia y del daño/mercado<sup>92</sup> sería exigir que los encargados de determinar el daño realizaran consultas con las autoridades del país afectado

91 Un ejemplo de esto puede encontrarse en la demanda antidumping de Canadá contra la cerveza de origen estadounidense que se importaba a la Columbia Británica. Dado que cada provincia restringía el comercio de cerveza entre ellas, fue posible demostrar que la Columbia Británica había sido dañada por las importaciones con dumping, aun cuando el resto del país no lo había sido. *Certain Beer Originating in or Exported from the United States of America by or on Behalf of Pabst Brewing Company, G. Heilman Brewing Company, Inc., and Stroh Brewing Company ("Beer")*, CITT No. 56, Inquiry No. NQ-91-002, 2 de octubre de 1991. Sin embargo, una vez que las provincias acordaron eliminar las restricciones al comercio de cerveza, la acción antidumping no pudo ya sostenerse. Dado que la Columbia Británica había dejado de ser un mercado aislado, el asunto del daño adquirió carácter nacional y se determinó que la industria cervecera nacional no era dañada por las importaciones estadounidenses. Por lo tanto, el fallo anterior de daño fue rescindido. *Malt Beverages Commonly Known as Beer, from the United States of America*, Review No. RR-94-001 (CITT, 2 de diciembre de 1994).

92 Para un análisis de la definición del mercado, véase Hoekman, Bernard M. y Mavroidis, Petros C., "Dumping, Antidumping and Antitrust", *Journal of World Trade*, núm. 30, p. 1996, pp. 27 y 49; Wood, Diane, "'Unfair' Trade Injury: A Competition-Based Approach", *Stanford Law Journal*, núm. 41, 1989, p. 1153.

responsables de aplicar las leyes en materia de competencia.<sup>93</sup> Los miembros del TLCAN podrían estudiar la posibilidad de que se requiriera la realización de consultas con las autoridades en materia de antimonopolios y competencia.<sup>94</sup>

En efecto, tanto en Estados Unidos como en Canadá los responsables de la materia han participado ocasionalmente en asuntos de daño,<sup>95</sup> aunque en Estados Unidos los comisionados de la CCI han recibido sus opiniones con mucho escepticismo.<sup>96</sup> Por su parte, en México, la Comisión Federal de Competencia es un órgano reciente cuya influencia sobre las decisiones emitidas por la Secofi no es muy clara.<sup>97</sup>

## 8. Amenaza de daño material

Otra posibilidad que los países del TLCAN deben analizar es que se eliminen aquellos impuestos que se aplican a las importaciones provenientes de un país miembro del TLCAN cuando se percibe una amenaza de daño, o bien hacer más rigurosos los requisitos de demostración para determinar que existe una amenaza de daño material, cuando no se cuenta con pruebas de que en efecto se ha provocado ya un daño material.<sup>98</sup>

Según los acuerdos de la OMC, es posible aplicar medidas antidumping (o de cuotas compensatorias) si las autoridades del país importador

93 Este concepto fue recientemente planteado por un abogado canadiense, en relación con las propuestas para la ampliación del TLCAN. Gastle, Charles M., "Policy Alternatives for Reform of the Free Trade Agreement of the Americas: Dispute Settlement Mechanism", *Law and Policy International Business*, núm. 26, 1995, pp. 735 y 736.

94 Por supuesto, en lugar de ello, los miembros del TLCAN podrían optar por revisar sus leyes antimonopólicas y de competencia, a fin de hacer que los intereses de los consumidores que a la fecha forman parte de sus análisis de daño fueran legalmente irrelevantes, con lo que se equipararían a las leyes de Estados Unidos. Algunos eminentes abogados comerciales han planteado que las leyes antimonopólicas estadounidenses aplican la norma y el daño del costo totalmente asignado al enfoque de los competidores, que se encuentra en la práctica antidumping y en la ley antimonopólica.

95 Véase Applebaum, Harvey M. y Grace, David R., *op. cit.*, nota 87, p. 516, para un análisis de los intentos del Departamento de Justicia y de la Comisión Federal de Comercio por influir en el análisis de daño realizado por la CCI. Más aún, en su análisis de interés público relativo a la aplicación de medidas antidumping a las importaciones de cierta cerveza estadounidense que llegaban a la Columbia Británica, el Tribunal de Comercio Internacional de Canadá destacó con insistencia los subcargos del Director de la Oficina de Competencia. *Malt Beverages Commonly Known as Beer from the United States of America*, Opinión No. PI-91-001 (CITT, 25 de noviembre de 1991) (public interest opinion).

96 Applebaum, Harvey M. y Grace, David M., *op. cit.*, nota 87, p. 516.

97 Desde siempre, como órgano perteneciente a la CCI, la Comisión Federal de Competencia ha revisado los fallos de antidumping que emite la Secofi, pero sólo con el carácter de instancia asesora.

98 Esto fue sugerido en fecha reciente por Gastle, Charles M., *op. cit.*, nota 93, p. 792.

determinan que existe una amenaza de daño material contra la industria nacional, aun cuando no haya sufrido todavía daño alguno.<sup>99</sup> Dichos Acuerdos disponen que el fallo debe fundamentarse en hechos y no sólo en “alegatos, conjeturas o posibilidades remotas” y que debe haberse presentado un cambio tal que dé lugar a considerar que el daño “es claramente previsible e inminente”.<sup>100</sup> Por último, los Acuerdos de la OMC enlistan una serie de elementos que deben tomarse en consideración para emitir un fallo de amenaza de daño.<sup>101</sup>

Sin embargo, pese a los requisitos establecidos por la OMC, la determinación de que existe una amenaza de daño material siempre es especulativa y subjetiva. Por tanto, en lugar de erigir barreras al comercio al aplicar medidas antidumping o de cuotas compensatorias sin que existan sólidas evidencias de daño, los miembros del Tratado podrían convenir en imponer tales medidas solamente cuando las importaciones estén causando ya un daño material a la industria nacional. O bien, cuando menos, los miembros podrían acordar que cuando una determinación afirmativa de daño esté fundamentada en un fallo de amenaza de daño material, las autoridades correspondientes analicen las evidencias específicas y describan la forma en que éstas revelan un cambio tal en las circunstancias del que se deriva la amenaza inminente de daño material.<sup>102</sup>

### *9. Otros aspectos que deben considerarse*

Existen situaciones en las que el porcentaje de participación que tienen las importaciones de dos países en sus respectivos mercados es contraria a la que podría esperarse al estar presentes las condiciones para el dumping (por ejemplo, un mercado interno protegido). Por ejemplo, supongamos que las importaciones de pato canadiense representan 2% del consumo en México de este producto, mientras que las importaciones de patos mexicanos representan 20% del consumo en Canadá. De acuerdo con la práctica actual y pese a la disparidad en los respectivos porcentajes

99 Acuerdo Antidumping de la OMC, artículo 3.7, Acta Final, p. 149; Acuerdo ASA, artículo 15.7, Acta Final, p. 248.

100 *Idem.*

101 *Idem.*

102 Estas medidas aliviarían muchas de las preocupaciones que expresó el miembro de un panel para la resolución de disputas, que se integró de acuerdo con los términos del Capítulo XIX del ALC-CEU. Véase Gastle, Charles M., *op. cit.*, nota 93, p. 792, en donde se analiza el fallo del panel en el caso *New Steel Rails from Canada*, paneles núm. 89-1904-09 y USA 89-1904-10, del 13 de agosto de 1990.

de participación en el mercado, México (o cualquier otro país en una situación similar) podría iniciar una demanda antidumping contra Canadá y conseguir que se determinara un daño.

En efecto, la diferencia en los porcentajes de participación podría indicar que no existen las condiciones del mercado que permitan que una empresa pratique el dumping, o bien puede dar indicio de que el país investigado está poniendo barreras al comercio, pero no así el país exportador. Por otra parte, también podría señalar solamente que se trata de mercados de diferente tamaño, de tal suerte que, en nuestro ejemplo, el volumen mucho más pequeño de importaciones de patos mexicanos podría representar una mucho mayor participación en el mercado de Canadá y viceversa.

Una opción que los países miembros del TLCAN podrían analizar es que los respectivos porcentajes de participación en el mercado (y los motivos de tales diferencias) fueran un factor que se tomara en consideración para determinar la aplicación de una medida antidumping. Esto quizás podría incluir la cuestionable suposición de que no existen condiciones para practicar el dumping si el porcentaje de participación de la industria del país importador en el mercado del país exportador es mayor que viceversa.

## V. TEMAS RELATIVOS AL CÁLCULO DEL DUMPING

### 1. Comparación de precios

Si bien el Acuerdo Antidumping de la OMC, en su artículo 2.4, exige que se haga una comparación justa entre el precio de exportación y el valor normal, dos elementos de este requisito podrían refinarse para las investigaciones realizadas entre los miembros del TLCAN.<sup>103</sup> En primer lugar, el artículo 2.4.2 dispone que la existencia de márgenes de dumping debe normalmente determinarse con base en la comparación entre el valor normal promedio ponderado y los precios promedio de exportación ponderados, o bien con base en la comparación entre transacciones. Aquí,

103 Es obvio que tales afinamientos resultarían inútiles si las autoridades administrativas ignoran la información de los exportadores, en favor de los “hechos disponibles”, que suelen ser los alegatos contenidos en la demanda. En los casos sobre el acero en placa de Estados Unidos, ocurridos en 1993, 31 de 37 empresas fueron juzgadas con base en la información disponible, total o parcialmente (o en los “hechos disponibles”), por lo que no queda del todo claro si efectivamente estaban practicando un dumping. Los tribunales estadounidenses rechazaron varios de esos fallos. Véase, por ejemplo, *Usinor Sacilor v. United States*, 872 F. Supp. 1000 (Ct. Int'l Trade 1995); *National Steel Corp v. United States*, 870 F. Supp. 1130, pp. 1136-1137 (Ct. Int'l Trade 1994).

los miembros del Tratado podrían convenir en que esta comparación se aplicara tanto a las investigaciones como a cualquier revisión subsecuente. En segundo lugar, cuando se utiliza el precio construido de exportación, el artículo 2.4 señala que deben concederse márgenes para aquellos costos que se generan entre la importación y la reventa, incluidos los impuestos, así como para las utilidades. En este caso, los miembros del TLCAN podrían aceptar que se hagan ajustes tanto para las pérdidas como para las ganancias y también para las utilidades de ambas partes (*i.e.*, el valor normal y el precio de exportación) a fin de garantizar que la comparación sea justa.

## *2. Comparación*

Aun antes de adherirse al Acuerdo Antidumping de la OMC, México ya comparaba los precios promedio de cada mercado para determinar el margen de dumping,<sup>104</sup> lo que elimina hasta cierto punto la probabilidad de que se determine un dumping en donde no existe.<sup>105</sup> Anteriormente, tanto Estados Unidos<sup>106</sup> como Canadá<sup>107</sup> solían comparar el valor normal ponderado contra cada precio de exportación, pero ambos países reformaron sus leyes a fin de adecuarse a la OMC.<sup>108</sup>

Conforme a la Ley de Medidas Especiales de Importación (SIMA), Canadá ahora dispone que utilizará el valor promedio normal ponderado o un valor normal individual cuando el precio sea representativo de los precios a los que se vendió el producto durante el periodo en cuestión<sup>109</sup> y

104 Reglamento de México, artículo 40.

105 Véase Boltuck, Richard, Francois, Joseph F. *et al.*, "The Economic Implications of the Administration of the US Unfair Trade Laws", en Boltuck y Litan (eds.), *Down in the Dumps*, 1991, en donde se presenta un análisis estadístico del sesgo que puede haber en una comparación entre un conjunto de precios individuales y una técnica promedio. Por el contrario, una comparación pura entre promedios podría en teoría "ocultar" ciertos márgenes individuales de dumping, cuando el exportador vende al mismo precio promedio en ambos mercados, dependiendo de la dispersión relativa de los precios en el mercado de exportación y en el mercado interno. Por supuesto, la diferencia en las dispersiones pueden explicarse de muchas formas, que no sean el dumping, como por ejemplo, que es más probable que haya una mayor dispersión en el mercado más grande. El Acuerdo Antidumping de la OMC permite que se compare cada precio de exportación con el precio promedio nacional, siempre que la comparación sea justa. Acuerdo Antidumping de la OMC, artículo 2o., Acta Final, p. 145.

106 U. S. Department of Commerce, Import Administration, International Trade Administration, *Antidumping Manual*, capítulo 6, párrafo IV, 1993.

107 SIMA, R.S.C., 1985, c. S-15, ss. 17, 55 y 56.

108 Durante las negociaciones de la Ronda Uruguay, tanto Estados Unidos como la Unión Europea se opusieron a esta y otras reformas a la metodología de cálculo.

109 SIMA, R.S.C., 1985, c. S-15, ss. 17, 30.

también estipula que, para determinar el margen de dumping, comparará el valor promedio normal ponderado contra un precio promedio de exportación ponderado, a menos que el precio de los productos de un exportador particular presente diferencias significativas *a) entre los compradores; b) en diversas regiones de Canadá o c) en distintos periodos.*<sup>110</sup> En tal caso, podría comparar el valor promedio normal ponderado contra los distintos precios de exportación,<sup>111</sup> lo cual se aplica tanto a las investigaciones iniciales como a las revisiones subsecuentes.

Por su parte, Estados Unidos reformó sus leyes para especificar que en una investigación habrá normalmente de calcular el margen de dumping comparando los valores promedio normales ponderados contra los precios promedio de exportación ponderados o bien mediante una comparación entre transacciones.<sup>112</sup>

Estados Unidos ha comunicado su intención de aplicar este nuevo requisito de comparación de precios solamente a las investigaciones,<sup>113</sup> mientras que para las revisiones seguirá comparando el valor promedio normal ponderado contra los precios individuales de exportación. La justificación para el trato distinto que se da a una investigación y a una revisión no resulta clara, dado que la probabilidad de que haya un “dumping oculto” en una revisión no es mayor que en una investigación. Más aún, las prácticas de investigación permiten ya realizar una comparación entre transacciones promedio e individuales, cuando el precio de los productos de un exportador particular presentan diferencias significativas: *a) entre compradores, b) entre regiones o c) en distintos periodos,* y las comparaciones entre transacciones promedio o entre transacciones individuales no son capaces de reflejar apropiadamente la variación. Así, de acuerdo con la metodología de Estados Unidos, si se llevara a cabo una revisión del caso de un exportador canadiense que vendiera productos idénticos en Estados Unidos y en Canadá, a precios idénticos pero con incrementos periódicos, el fallo siempre sería que dicho exportador está practicando un dumping en Estados Unidos. Por ejemplo, supóngase que el exportador canadiense vendiera tres productos idénticos en los mercados de Estados Unidos y Canadá, a 1, 2 y 3 dólares. El Departamento de Comercio estadounidense compararía los precios de cada venta en su mercado con-

110 SIMA, R.S.C., 1985, c. S-15, 30.

111 *Idem.*

112 19 U.S.C. § 1677 f-1(d)(1)(A), 1994.

113 ASA, p. 173, House Doc., p. 843.

tra el precio promedio de las mismas ventas en los mercados canadienses (es decir, 2 dólares), por lo cual se consideraría que la venta de 1 dólar en el mercado estadounidense tiene un dumping, dado que es inferior al precio promedio en Canadá, aun cuando los precios en ambos mercados sean idénticos. Los funcionarios de Estados Unidos han admitido que este tipo de cálculos pueden hacer aparecer márgenes, aunque ellos no existan.<sup>114</sup>

Por tanto, los miembros del TLCAN podrían convenir en utilizar la comparación entre el valor promedio normal ponderado y el precio promedio de exportación ponderado, o bien la comparación entre transacciones, tanto para las investigaciones como para las revisiones que se llevaran a cabo entre ellos.

### 3. Ganancia

El Acuerdo Antidumping de la OMC, en su artículo 2.4, dispone que cuando se utilice un precio de exportación reconstruido, debe preverse un margen para las utilidades.<sup>115</sup> Para ajustarse a los Acuerdos de la OMC, Estados Unidos hizo reformas a su estatuto, por las cuales se establece que en los casos en que deban utilizarse precios reconstruidos, deducirá “una cantidad que contemple las utilidades provenientes de la venta, distribución y otras actividades de manufactura en Estados Unidos”.<sup>116</sup> En lugar de calcular las ganancias correspondientes a cada transacción específica, deducirá “el porcentaje del total de las utilidades que equivalga al porcentaje que representen los gastos de fabricación y venta en Estados

114 Véase US General Accounting Office, Report to the Congress by the Comptroller General of the United States, *US Administration of the Antidumping Act of 1921*, 15 de marzo de 1979. Los reglamentos aduanales autorizan el cálculo de los márgenes sobre la base del promedio ponderado, que implica determinar el valor ponderado promedio en el mercado interno y compararlo contra las ventas individuales en el mercado exportador. Este método para determinar los márgenes entre las ventas en el mercado interno y en el de exportación tiende a incrementar los márgenes existentes o a crear márgenes donde no existían.

115 Este lenguaje es el mismo que aparecía en el artículo 2.6 del Código Antidumping de 1979, mismo que Estados Unidos consideraba exhortatorio, pero no obligatorio. Véase, por ejemplo, *Anti-friction Bearings (Other Than Tapered Roller Bearings) and Parts Thereof From France, Germany, Italy, Japan, Romania, Singapore, Sweden, Thailand, and the United Kingdom*, 58 Fed. Reg. 39729, 39778 (Department of Commerce 1993) (revisión administrativa) (“Aun cuando el Código Antidumping del GATT de 1979 contiene una disposición relativa a la deducción de las utilidades de reventa en tales situaciones, esa disposición es meramente prescriptiva.”) Véase, asimismo, *Federal-Mogul Corp. v. United States*, 813 F. Supp. 856, 866 (Ct. Int’l Trade 1993); *Timken Co. v. United States*, 630 F. Supp. 1327, pp. 1346 y 1347 (Ct. Int’l Trade 1986).

116 ASA, p. 154, House Doc., p. 824.

Unidos sobre el total de los gastos de manufactura y venta".<sup>117</sup> Sin embargo, no se hará ajuste alguno por pérdidas atribuibles a las ventas, distribución y otras actividades de fabricación en Estados Unidos,<sup>118</sup> ni se harán deducciones por las utilidades generadas a partir del valor normal.

En cuanto a Canadá, éste continúa haciendo deducciones por las utilidades en los casos en que se emplean precios reconstruidos de exportación.<sup>119</sup> Para determinar el monto de las utilidades que van a atribuirse al importador, Revenue Canada suele rastrear las ganancias que han generado productos similares (o de la misma categoría general) sobre las ventas a distancia que realizan aquellos vendedores en Canadá que se encuentran en el mismo nivel de comercio que los importadores.<sup>120</sup> Si no es posible establecer el monto de las utilidades por este método, entonces Revenue Canada estimará que las utilidades representan 7.4% del precio de venta del importador.<sup>121</sup> Si bien Canadá no deduce las utilidades del valor normal equivalente, cuando se le presentan ventas que corresponden a distintos niveles de comercio en dos mercados, aplica algunas deducciones limitadas del valor normal para aquellos costos relacionados con las operaciones de ventas "directas", aunque no hace ajustes para toda utilidad atribuible a esas operaciones de ventas.

Por su parte, México también deduce las utilidades en los casos en que se emplean precios construidos de exportación,<sup>122</sup> pero no del valor normal comparable.

Antes de que la OMC iniciara sus funciones, Estados Unidos objetaba la práctica de deducir las utilidades en estas situaciones y se rehusaba hacerlo, argumentando que ello daba lugar a una comparación injusta.

El Departamento no deduce utilidades ya sea del precio en Estados Unidos o del valor en el mercado extranjero, porque las investigaciones antidum-

<sup>117</sup> *Idem.*

<sup>118</sup> En efecto, dada la metodología de Estados Unidos, este país deducirá la "*ganancia*" en los casos en que se utilice el precio reconstruido de exportación, aun cuando las ventas hayan registrado pérdidas.

<sup>119</sup> SIMA, R.S.C., 1985, c. S-15, s. 25(1)(c)-(d). Esta cláusula de la SIMA se refiere en realidad a una prueba que se emplea para determinar si el precio de exportación aplicado a un importador es afectado por esta relación, es decir, si es un precio a distancia. En tal virtud, el artículo 25(1)(c)-(d) ofrece una guía para construir un "precio de exportación estimado" y sólo si éste es inferior al precio de exportación real será, entonces, utilizado en lugar del segundo. Esta cláusula no se refiere específicamente a los ajustes al precio de exportación para propósitos de comparación.

<sup>120</sup> Magnus, Peter, "The Canadian Antidumping", *cit.*, nota 15, p. 198.

<sup>121</sup> *Idem.*

<sup>122</sup> Reglamento de México, artículo 50, párrafo 2.

ping son esencialmente un ejercicio sobre la comparación de los ingresos en ambos mercados. Si se dedujera la utilidad del precio en Estados Unidos o del valor en el mercado extranjero, ello distorsionaría nuestra comparación de dichos ingresos.

A la vez, el Departamento considera que es inapropiado descontar los ingresos obtenidos sobre las mercancías estadounidenses por el solo hecho de que ésta sea obtenida en una transacción de precio de venta de un exportador (PVE), antes que en una transacción de precio de compra. En nuestra opinión, deducir las utilidades del precio en Estados Unidos sea un precio de compra o un precio de ventas de exportación, sin que se deduzca a la vez del valor en el mercado extranjero, da lugar a una comparación de precios no comparables.<sup>123</sup>

Dado que esta práctica reduce las utilidades sólo de un lado de la ecuación, se elevan las probabilidades de que se determine un margen. Si el importador en cuestión realiza funciones administrativas o de ventas con respecto a las importaciones que el exportador/productor lleva a cabo en el mercado interno, los precios en ambos mercados reflejarán las utilidades atribuibles a esas operaciones, hasta que esa utilidad haya sido eliminada. Al eliminar esas utilidades sólo del lado de la importación, el precio de importación es disminuido por factores que aún están incluidos en el valor normal. Por tanto, no se habrá hecho una comparación entre manzanas y manzanas.

Los miembros del TLCAN podrían acordar ya sea el adoptar la antigua práctica de Estados Unidos de no hacer ajustes para las pérdidas o las ganancias, o bien deducir las utilidades equivalentes<sup>124</sup> del valor normal a fin de obtener una “comparación justa”.

#### *4. Costos de producción*

El cálculo de los costos de producción o del valor normal reconstruido también ofrece una oportunidad para que los miembros del TLCAN

123 Véase, por ejemplo, US Department of Commerce, *Study of antidumping Adjustments Methodology and Recommendations for Statutory Change*, vol. 59, noviembre de 1985. Un panel del GATT aceptó que en aquellas situaciones en las que las actividades de ventas realizadas por el vendedor difieren en los dos mercados, es preciso hacer un ajuste al valor normal para utilidades a fin de que la comparación sea justa. *EC-Anti-Dumping Duties on Audio Tapes in Cassettes Originating in Japan*, ADP/136 (no adoptada, emitida el 28 de abril de 1995), párrafo 376.

124 La utilidad atribuible a las diversas operaciones de ventas que ofrece el productor/exportador en el mercado interno, en contraste con el mercado de exportación, podría ser considerada la base para las utilidades equivalentes.

acuerden reglas especiales entre ellos, que sean conformes tanto con las prácticas antidumping como con las prácticas empresariales que se siguen en cada uno de los países miembros.

El cálculo del valor normal reconstruido se hace cuando las ventas en el mercado interno o en terceros países no brindan una base apropiada para llevar a cabo la comparación (ya sea porque son insuficientes en número o porque se venden por debajo del costo, en cantidades considerables y durante un periodo prolongado, a precios que no prevén la recuperación de los costos en un plazo razonable). Los precios de exportación se comparan, entonces, con un valor construido, que consiste en un costo de producción completamente asignado más un monto razonable de utilidad.

En ocasiones se dice que el dumping ocurre cuando una empresa vende en el mercado de exportación a un precio inferior a aquel al que vende en el mercado interno (es decir, discriminación de precios) o por debajo del costo. Sin embargo, como se mencionó antes, lo que se analiza no es si el producto se vende a un precio por debajo del costo, sino si se vende a un precio por debajo del costo más un monto razonable de utilidad.

Son los precios del mercado interno los que se comparan contra los costos de producción completamente asignados. Esto es importante porque una de las así llamadas bases para practicar el dumping es que exista un mercado interno protegido que permita que el productor otorgue subsidios cruzados a sus ventas de exportación, que tienen un precio menos que justo, con las ganancias que obtiene en el mercado interno. Sin embargo, en las prácticas antidumping con frecuencia se encuentran casos de empresas que año tras año venden por debajo del costo, mientras que practican el dumping en el mercado de exportación, aun cuando en sus informes la empresa muestra utilidades globales. Esto revela que el análisis de costo efectuado en las investigaciones antidumping puede tener ciertas deficiencias.

Para resolver esto, una opción sería conceder mayor deferencia a los principios de contabilidad generalmente aceptados (“PCGA”) del país exportador, en el cálculo del valor reconstruido.<sup>125</sup> El Acuerdo Antidum-

125 Acuerdo Antidumping de la OMC, artículo 2.2.1.1., Acta Final, p. 146. Supuestamente, las autoridades de los países miembros del TLCAN ya aplican tal práctica. Véase, por ejemplo, Mex. Regs., artículo 46; *Micron Technology, Inc. v. United States*, 893 F. Supp. 21, 28 (Ct. Int'l Trade 1995); *Camargo Correa Metais, S.A. v. United States*, 15 I.T.R.D. 2104, 2106 (Ct. Int'l Trade 1993) (resolución no publicada). Sin embargo, ocurre con demasiada frecuencia que, si los PCGA del país exportador difieren de los del país importador, las autoridades investigadoras concluyen que los expedientes “no dan muestra razonable de los costos relacionados con la fabricación y venta del producto

ping de la OMC requiere que, para determinar los costos, las autoridades los calculen con base en los expedientes de la empresa, siempre que los mismos se apeguen a los PCGA del país y que “den muestra razonable de los costos relacionados con la fabricación y venta del producto en cuestión”. Si se evalúan todas las ventas que tengan lugar dentro del territorio del TLCAN mediante normas que reflejen las prácticas de negocios habituales, se contribuirá a la integración de los mercados y se reducirá la probabilidad de que los tratos de arancel cero puedan ser menoscabados, reducidos o eliminados.

### *5. Ventas por debajo del costo*

*Recuperación de los costos.* El Acuerdo Antidumping de la OMC estipula que las ventas a precios por debajo del costo de producción para el cálculo de los márgenes de dumping sean ignoradas únicamente si dichas ventas por debajo del costo ocurren “durante un periodo prolongado, en cantidades considerables y con precios que no prevén la recuperación de todos los costos en un plazo razonable”.<sup>126</sup> El Acuerdo define un “periodo prolongado” como un plazo de un año y nunca menos de seis meses,<sup>127</sup> pero no determina la duración que comprende un “plazo razonable”.<sup>128</sup>

Los miembros del TLCAN podrían adoptar una metodología para el cálculo de los costos de producción basada en las prácticas empresariales normales y que tomara en cuenta los ciclos de las empresas y los ciclos de vida de los productos, según convenga a las distintas industrias, así como un periodo verdaderamente razonable para recuperar los costos. El hecho de que se incluyera tal disposición en las leyes antidumping nacionales permitiría que los países del TLCAN tomaran medidas contra las importaciones desleales, pero sin interferir con las operaciones normales del libre mercado.

Desde 1974, las leyes de Estados Unidos establecen que las ventas por debajo del costo de producción pueden ser ignoradas si éstas se reali-

en cuestión”. Véase, por ejemplo, *Micron Technology*, p. 29, en donde el Departamento de Comercio rechazó inapropiadamente los PCGA de Corea.

126 Acuerdo Antidumping de la OMC, artículo 2.2.1, Acta Final, p. 145.

127 *Ibidem*, n. 4, Acta Final, p. 146.

128 Véase Koulen, Mark, “The Uruguay Round Agreement on Anti-Dumping”, trabajo presentado en la conferencia The Uruguay Round Results: A European Lawyer’s Perspective, organizada por el College of Europe, Bruselas, Bélgica, 18 y 19 de noviembre de 1994, pp. 44 y 45.

zan durante un periodo prolongado, en cantidades considerables y a precios que no permitan la recuperación de los costos en un plazo razonable.<sup>129</sup> En el pasado, la práctica del Departamento de Comercio consistió en demostrar que, si las ventas por debajo del costo realizadas durante un periodo de un año representaban más de 10% del total de las ventas, sus costos no podrían recuperarse en un plazo razonable.<sup>130</sup> Esta práctica fue rechazada en varias ocasiones por los tribunales estadounidenses, con base en los precedentes legislativos del estatuto de 1974,<sup>131</sup> pese a lo cual el Departamento de Comercio siguió aplicándola hasta la promulgación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay.<sup>132</sup>

Canadá también ha excluido las ventas por debajo del costo si éstas “forman parte de una serie de ventas de productos a precios que no permiten la recuperación en el curso de operaciones comerciales normales y en un plazo razonable”.<sup>133</sup> Canadá considera que esta situación se presenta cuando tales ventas: 1) fueron realizadas durante un periodo no menor a seis meses; 2) representan cuando menos 20% del volumen de productos vendidos durante ese periodo o bien el precio promedio de venta de las mercancías similares que vendió el exportador en ese periodo es inferior al costo promedio de estas últimos y, 3) el precio unitario de venta no es mayor que el costo promedio de todos los productos similares que se vendieron durante ese periodo.<sup>134</sup>

La ley mexicana también estipula que deben ignorarse aquellas ventas por debajo del costo que reflejen pérdidas constantes, pero permite que se examinen periodos mayores a un año,<sup>135</sup> en lo que se incluyen las

129 19 U.S.C. § 1677b(b)(2), 1988. Éste fue revisado en 1994 para incorporar la disposición de la OMC de que las ventas deben llevarse a cabo durante un periodo prolongado. 19 U.S.C. § 1677b(b) (2), 1994.

130 *Timken Co. v. United States*, 673 F. Supp. 495, 516 (Ct. Int'l Trade 1987).

131 Véase, por ejemplo, *Daewoo Electronics Co. Ltd. v. United States*, 712 F. Supp. 931, 942 (Ct. Int'l Trade 1989) (el periodo de investigación no es un plazo razonable para exigir la recuperación de los costos; el estatuto requiere un análisis prospectivo); *Timken*, 673 F. Supp., p. 516 (en donde se rechaza el supuesto de que los costos son irrecuperables si las ventas por debajo del costo son superiores a 10%); *Toho Titanium Co. v. United States*, 657 F. Supp. 1280, 1286 (Ct. Int'l Trade 1987) (el Departamento de Comercio debe analizar los precios cargados durante el periodo de investigación, en relación con los costos de producción proyectados y las ventas futuras anticipadas, para determinar si los precios permiten la recuperación de los costos).

132 U. S. Department of Commerce, antidumping *Manual*, *op. cit.*, cap. 8, p. 60.

133 SIMA, R.S.C., 1985, c. S-15, s. 16(2)(b).

134 Thomas, J. Christopher *et al.*, *op. cit.*, nota 42, p. 84.

135 Cuando menos en un caso, México utilizó un procedimiento de costeo de múltiples años. Véase “Resolución Final de la Investigación Antidumping sobre las Importaciones de Harina de Pescado Originaria y Procedente de la República de Chile”, *Diario Oficial*, vol. 3, núm. 6, 20 de octubre de 1994 (en donde se calculan los costos sobre un periodo de dos y medio años).

ventas “cuyos precios sean insuficientes para cubrir los costos de producción y los costos generales en los que se incurre en el curso ordinario del comercio, durante un periodo razonable que puede ser más prolongado que el periodo de investigación”.<sup>136</sup>

Existen muchas situaciones en las que la práctica empresarial normal es que los costos no se recuperen durante un periodo considerable. El Congreso de Estados Unidos, al añadir la prueba “de costo”, en 1974, explicó que “un periodo razonable” puede ser prolongado en ciertas situaciones y puede variar de una a otra industria:

Estas normas no requieren que se ignoren las ventas por debajo del costo en todos los casos, puesto que, de acuerdo con las prácticas comerciales normales de Estados Unidos y los países extranjeros, a menudo es necesario vender mercancía obsoleta o mercancía descontinuada a precios menores al costo. De igual forma, ciertos productos, como los aviones comerciales, por lo general implican fuertes costos de investigación y desarrollo, que no podrían razonablemente recuperarse en el primer o segundo año de ventas. Por tanto, no deberían de ignorarse las ventas esporádicas a un precio por debajo del costo o las ventas a precios que permitan la recuperación de todos los costos, en un plazo razonable, mediante los volúmenes de venta anticipados.<sup>137</sup>

Los miembros del TLCAN podrían convenir en que se permitiera la recuperación de los costos en un plazo razonable, con base en la experiencia de la industria, sin tomar en cuenta la duración del periodo de investigación. Ello sería congruente con el Acuerdo Antidumping de la OMC, que no restringe el “plazo razonable” al periodo que dura la investigación.<sup>138</sup> La delimitación del “plazo razonable” variaría de una a otra

136 Ley Mexicana, artículo 32.

137 Véase S. Rep. No. 1298, 93rd Cong., 2d Sess. 173, 1974. El Informe del Senado analizaba la cláusula de la ley estadounidense que permite ignorar las ventas a costos por debajo del costo *únicamente* cuando éstas representan volúmenes considerables durante un periodo prolongado, a precios que no permiten la recuperación de los costos en un plazo razonable.

138 Véase Koulen, Mark, *op. cit.*, nota 128, p. 39. El artículo 2.2.1 no define específicamente la duración del “plazo razonable” para la recuperación de los costos, pero estipula que: “si los precios que fueron inferiores a los costos unitarios en el momento de la venta son superiores a los costos unitarios promedio ponderados para el periodo de investigación, se considerará que aquéllos permiten la recuperación de los costos en un plazo razonable”. Esto significa que la disminución de costos que ocurre durante el periodo de investigación debe ser tomada en consideración. Asimismo, el artículo 2.2.1.1, que estipula los ajustes que deben hacerse a los costos que se ven afectados por el arranque de las operaciones, toma en cuenta las variaciones que experimentan costos después del periodo de investigación.

industria e iría de acuerdo con las prácticas empresariales normales que se siguen en los países miembros del TLCAN. Éstos podrían acordar una serie de factores que habrían de tomarse en consideración para determinar la duración del “plazo razonable”, tales como las normas contables, los ciclos de negocios de las industrias, los ciclos de vida de los productos, los estudios industriales sobre los plazos razonables para la recuperación de los costos, etcétera.

*Ventas por debajo de los costos variables promedio.* Como lo mencionamos, el Acuerdo Antidumping de la OMC permite que, en ciertos casos, se excluyan las ventas a precios por debajo de los costos de producción.<sup>139</sup> Uno de esos casos es cuando las ventas son inferiores a los costos completamente asignados, es decir, están por debajo de los costos fijos y de los costos variables. Los tres miembros del TLCAN omiten las ventas por debajo de los costos completamente asignados en las situaciones en que así se requiere.

Sin embargo, cuando se presentan casos internos de discriminación de precios y de fijación de precios depredatorios (*i.e.*, leyes antimonopólicas o de competencia), Estados Unidos y Canadá suelen analizar si las ventas están por debajo de los costos variables, más que observar si se encuentran por debajo de los costos completamente asignados.<sup>140</sup> Por tanto, el vender a precios por debajo del costo variable dentro de un país resulta una práctica empresarial legalmente aceptable,<sup>141</sup> pero esta misma práctica se considera “ajena al curso normal del comercio” si ocurre a nivel internacional.

Los miembros del TLCAN podrían definir a las ventas por debajo del costo como ajenas al curso normal del comercio, en congruencia con las prácticas empresariales normales de los países, si estipularan la omisión

139 Acuerdo Antidumping de la OMC, artículo 2.2.1, Acta Final, p. 145.

140 Véase el informe del Colegio de Abogados de Estados Unidos, ABA Task Force, *The Competition Dimension of NAFTA*; en las páginas 33, 54 y 149, 150 se analiza, respectivamente, el empleo del costo en las leyes antimonopólicas y de competencia de Canadá y Estados Unidos. El informe también menciona que las leyes mexicanas en materia de competencia son aún demasiado recientes para mostrar una práctica clara en cuanto a las ventas por debajo del costo, pero al parecer siguen una filosofía similar a la que se encuentra en las prácticas de Canadá y Estados Unidos. *Ibidem*, p. 155. Resulta sorprendente que el artículo de Areeda y Turner, en donde se proponía el uso del costo variable para los productos nacionales, apareciera en 1975, en el mismo momento en que Estados Unidos adoptaba la norma del costo completamente asignado para las importaciones. Areeda, Phillip y Turner, Donald F., “Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act”, *Harvard Law Review*, vol. 88, núm. 697, 1975.

141 Como asunto general, una empresa venderá en tanto pueda hacerlo a un precio que cubra sus costos variables.

de tales ventas únicamente cuando éstas se encuentren por debajo de los costos variables de la empresa.<sup>142</sup>

## 6. Ganancias

El Acuerdo Antidumping de la OMC, en su artículo 2.2.2, dispone que cuando se utilice el valor normal reconstruido (ya sea porque las ventas están por debajo del costo o porque no hay ventas similares en el mercado interno), las utilidades habrán de calcularse con base en los datos reales sobre la producción y las ventas, en el curso normal del comercio.<sup>143</sup> Si esta cantidad no puede determinarse, la utilidad podrá estimarse con base en:

- los montos reales que registre y obtenga el exportador o el productor en cuestión, con respecto a la producción y ventas de la misma categoría general de mercancías, que tengan lugar en el mercado interno;
- el promedio ponderado de los importes reales de otros exportadores o productores sujetos a investigación, con respecto a su producción y ventas de un producto similar en el mercado interno;
- cualquier otro método razonable.

A la luz del Acuerdo, Estados Unidos sometió a revisión sus prácticas anteriores y ahora utiliza las utilidades derivadas de las ventas que se realizan en el curso ordinario del comercio (*i.e.*, las ventas que no se omiten por estar por debajo del costo o por otros motivos).<sup>144</sup> La Declaración sobre Acciones Administrativas, al analizar las modificaciones, hace notar que “a diferencia de las prácticas que actualmente se siguen, de conformidad con la sección 773(e)(2)(A), en la mayoría de los casos el Departamento de Comercio emplearía las ventas redituables como base para calcular el margen de utilidades para propósitos de establecer el valor

142 Tal medida ha sido sugerida por otros autores. Véase Gastle, Charles, *op. cit.*, nota 102, p. 792.

143 Esta disposición permite que se ignoren las ventas por debajo del costo para el cálculo de las ganancias, lo que normalmente daría por resultado un nivel estimado de utilidades superior a las reales. Para un análisis más detallado al respecto, véase Horlick, Gary N. y Shea, Eleanor C., *op. cit.*, nota 62, pp. 699 y 700.

144 Anteriormente, Estados Unidos utilizaba el importe mayor de las utilidades reales en el mercado interno o el 8% del costo de fabricación más gastos generales. 19 U.S.C. § 1677b(e)(1)(B)(ii), 1988.

construido".<sup>145</sup> Por el contrario, el estatuto ha sido revisado para incorporar las alternativas que establece el Acuerdo Antidumping de la OMC.<sup>146</sup>

Por su parte, Canadá modificó su ley a fin de que se utilice un importe "razonable" de utilidades para determinar el un valor normal construido.<sup>147</sup>

En cuanto a México, si bien este país aún no ha reformado formalmente sus leyes o reglamentos para incorporar los requisitos de la OMC, de acuerdo con la legislación mexicana los acuerdos son de carácter auto ejecutorio. A la fecha, los reglamentos de México disponen que, en términos generales, los márgenes de utilidades no deben ser mayores que los que se obtienen normalmente por la venta de productos de la misma categoría general, en el país exportador<sup>148</sup> y se estipula que "el margen de utilidades será calculado de acuerdo con el margen promedio ponderado de utilidades para las ventas internas, que se utiliza para determinar los valores normales basados en los precios.<sup>149</sup> De esta forma, la legislación mexicana, al igual que la de Estados Unidos, dispone que el cálculo de las utilidades se haga exclusivamente con base en las ventas por arriba del costo (dando por sentado que se han omitido las ventas por debajo del costo). Sin embargo, en la práctica, México ha utilizado varios métodos para estimar las utilidades cuando se emplea el valor construido, dependiendo de la información disponible. Por ejemplo, en un caso reciente, México no usó las utilidades que una empresa (Hoogovens Groep B.V.) había obtenido en el periodo de investigación, a nivel corporativo, porque ésta sufrió pérdidas durante dicho periodo y no contaba con información que permitiera recurrir a otras alternativas. Por tanto, México calculó las utilidades a partir del promedio de ellas sobre las ventas de los últimos cinco años (incluido el periodo de investigación). En el caso

145 ASA, p. 170, House Doc., p. 840.

146 19 U.S.C. § 1677b(e)(2)(B), 1994.

147 SIMA, R.S.C. 1985, c. S-15, s. 19(b)(iii).

148 Reglamento de México, artículo 46(XI).

149 *Idem*. Los reglamentos presentan una lista jerarquizada de métodos alternativos para determinar las utilidades, si este método no se puede aplicar. Por tanto, la siguiente opción es emplear la primera categoría de productos, que contenga el producto investigado sobre el cual el sistema contable de la empresa mantiene información sobre las utilidades. De ser preciso, la Secofi podrá utilizar la utilidad promedio corporativa para todos los productos, antes de impuestos y dividendos. Otra precisión que contienen los reglamentos es que, cualquiera que sea el método que se utilice, éste deberá reflejar la situación de la empresa a largo plazo. (En la práctica, esta precisión solamente ha sido empleada para descartar las tasas negativas de utilidades corporativas durante el periodo de investigación). Si los métodos anteriores no muestran la situación de la empresa en el largo plazo, se insta a la Secofi a que calcule las ganancias con base en los hechos que pueda llegar a conocer por medio de cualquier otro método contable o económico que juzgue conveniente. *Ibidem*.

de otra empresa (Pohang Iron & Steel Co., Ltd.), México usó las utilidades promedio ponderadas atribuibles a la venta de aquellos grupos de productos entre los cuales se hicieron comparaciones de precios reales. En el caso de una tercera empresa (Compañía Siderúrgica Nacional), México tomó los importes de utilidades que aparecían en los estados financieros de la empresa.<sup>150</sup>

Los miembros del TLCAN podrían convenir en que para el cálculo de las utilidades se tomara como base el promedio de utilidades de todas las ventas del producto similar o de la categoría genérica del producto, y no sólo las ventas redituables. Este método sería más congruente con las prácticas empresariales normales y reglas contables que siguen las empresas de los tres países de Norteamérica. Las prácticas contables actuales no permiten que, para el cálculo de su utilidad promedio (utilidad neta), las compañías se basen solamente en las ventas redituables e ignoren las ventas con pérdidas.<sup>151</sup> Más aún, si las empresas estadounidenses calcularan sus ingresos netos con base únicamente en las ventas por arriba del costo promedio (y los gastos inherentes a ello), podrían violar los reglamentos sobre valores.<sup>152</sup>

## 7. Márgenes de minimis

El Acuerdo Antidumping de la OMC establece que, para propósitos de una investigación, los márgenes de dumping inferiores a 2% son *de minimis*,<sup>153</sup> en cuyo caso la investigación debe darse por terminada.<sup>154</sup> Los miem-

150 “Lámina rolada en caliente de la República Federativa de Brasil, República de Venezuela, República Federal de Alemania, Canadá, República de Corea y el Reino de los Países Bajos”, *Diario Oficial*, Secofi, 27 de diciembre de 1995 (resolución final).

151 Los análisis contables se centran en el concepto de ingreso neto, más que en el de “utilidades”. Un libro de texto sobre prácticas de contabilidad señala que: “El cálculo del ingreso neto suele presentarse en un estado de ingresos, que comienza con los ingresos derivados de las ventas y otras fuentes, a los que se les restan los diversos conceptos de gastos, el costo general de los productos vendidos, después los gastos administrativos y por ventas y, finalmente, todos aquellos gastos que deben ser cubiertos con los ingresos obtenidos durante el periodo”. Véase Davison, Sidney y Weil, Roman, L. (eds.), *Handbook of Modern Accounting*, 2a. ed., 1977, pp. 1-11. Al calcular el ingreso neto a un nivel agregado, éste necesariamente incluye los ingresos derivados de las ventas redituables y de las que presentan pérdidas (*i.e.*, por debajo del costo).

152 Los reglamentos de la Comisión de Valores e Intercambio de Estados Unidos exigen que los estados financieros de las empresas sean presentados con apego a los principios de contabilidad generalmente aceptados (PCGA). 17 C.F.R. 210.4-01(a)(1).

153 Acuerdo Antidumping de la OMC, artículo 5.8, Acta Final, p. 152.

154 *Idem*.

bros del TLCAN podrían negociar una tasa *de minimis* más elevada y convenir en aplicarla a toda revisión subsecuente que se haga de una orden.<sup>155</sup>

El margen *de minimis* de 2% expresa el consenso internacional de que un dumping de esta magnitud no tiene impacto alguno. En efecto, este margen es menor que muchas de las fluctuaciones cambiarias que ocurren diaria o semanalmente, incluso entre las monedas más estables, y es, como tal, un mínimo cuando menos razonable. Por tanto, como mínimo más bajo entre los tres países del TLCAN, podría aplicarse la tasa de 2% de la OMC tanto a las investigaciones primeras como a toda revisión subsecuente, y aplicarse también a nivel de las empresas.

Anteriormente, Estados Unidos acostumbraba aplicar un porcentaje mínimo de 0.5% para todas las investigaciones y revisiones (hasta que entró en funciones la OMC). Pero, al promulgar una reglamentación a este respecto, el Departamento de Comercio declaró que había “llegado a la conclusión de que los posibles beneficios que podrían ofrecer a los demandantes nacionales los reclamos sobre márgenes de dumping o de subsidios netos inferiores a 0.5% son sobrepasados por las ganancias de productividad y eficiencia que ofrece una regla de *de minimis*. Ningún comentario que haya sido presentado por una parte contiene información que nos lleve a una conclusión diferente”.<sup>156</sup>

Esta regla fue promulgada luego de muchas resoluciones de los tribunales que rechazaron el uso de una tasa *de minimis* de 0.5% por parte del Departamento de Comercio, a menos que éste explicara los hechos sobre los cuales había basado sus dictámenes y que los fundamentara con evidencias sustanciales en los expedientes.<sup>157</sup>

155 Estados Unidos sostiene que el requisito del Acuerdo Antidumping de la OMC sólo se aplica a la investigación primera, pero no a las revisiones anuales subsecuentes. Sin embargo, si se ampliara a estas últimas, el resultado sería que no podría cobrarse ningún depósito de cuotas si el margen fuera de *de minimis* (aunque la orden no haya sido dada por terminada). Es así como funciona con la norma actual del margen *de minimis* de 0.5%, que se aplica a las revisiones administrativas.

156 “Antidumping and Countervailing Duties: *De Minimis* Dumping Margins and *De Minimis* Subsidies”, 52 Fed. Reg. 30660, 30661 (Dep’t. Comm. 1987) (resolución final). Durante el análisis de la regla propuesta, el Departamento de Comercio declaró que utilizaría el porcentaje de 0.5 porque era el que había estado empleando desde 1980. *Ibidem*, 51 Fed. Reg. 35529, 35530 (Dep’t. Comm. 1986) (regla propuesta).

157 Por ejemplo, *Washington Red Raspberry Commission v. United States*, 859 F.2d 898 (Fed. Cir. 1988), en donde se rechaza el empleo pro forma de una “regla” *de minimis*, pero se determina que el Departamento de Comercio había fundamentado correctamente la aplicación de la misma en este caso; *Carlisle Tire & Rubber Co. v. United States*, 634 F. Supp. 419 (Ct. Int’l Trade 1986), en donde se rechaza el empleo de una norma *de minimis* de 0.5%, a menos que el Departamento de Comercio explicara por qué resultaba apropiada en este caso.

Las leyes canadienses fueron reformadas para incorporar los compromisos que el país adquirió ante la OMC, incluida una definición de los márgenes “insignificantes” en la que se tome en consideración el 2% de *de minimis* del Acuerdo Antidumping de la OMC. Previamente, Canadá calculaba el margen con base en el volumen o porcentaje de las importaciones con dumping para determinar si dicho margen resultaba insignificante para su análisis de daño.<sup>158</sup> Así, un predecesor del Tribunal de Comercio Internacional (TCI) de Canadá declaró en cierta ocasión que, cuando “el margen de dumping fuera demasiado pequeño para tener un efecto visible sobre el mercado”, no sometería a las importaciones en cuestión a un análisis de daño acumulado (con lo cual, no determinaría un daño).<sup>159</sup> Más aún, a diferencia de Estados Unidos, en donde una empresa que presenta un margen de *de minimis* de dumping en la investigación queda excluida de la demanda,<sup>160</sup> en Canadá la aplicación de la norma de *de minimis* abarca todo el territorio del país, es decir, que aun cuando el margen de dumping de una empresa resulte ser *de minimis*, ésta sigue estando sujeta a cualquier demanda de antidumping que sea emitida.<sup>161</sup>

Asimismo, México prevé la posible determinación de que los márgenes sean *de minimis* o insignificantes, pero sin imponer un límite específico. Sin embargo, hasta la fecha no se ha llegado a dictaminar públicamente que un margen fuera insignificante (quizá porque los casos fueron rechazados por no encontrarse daño o causales).

## VI. ASUNTOS VARIOS

### 1. Prueba del interés público

Otra área en la que los miembros del TLCAN podrían acordar reglas comerciales menos restrictivas es la aplicación de la prueba del interés público para establecer si el hecho de que se impongan cuotas compensa-

158 Con base en dicho análisis, Canadá determinó en ciertos casos que márgenes de dumping de 2.6% e incluso de 8.5 y 19.2% eran insignificantes. Véase *Wide Flange Steel Shapes from Belgium, the Federal Republic of Germany, the Republic of Korea and Spain* (ADT-9-83), en donde los márgenes de 2.6% que presentaba España no fueron considerados como causantes de daño; *Alpine Ski Poles from Norway, France, the Federal Republic of Germany and Italy* (ADT-5-84), en donde Noruega con 8.5% y Alemania con 19.2% no fueron hallados como causantes de daño.

159 Magnus, Peter, *op. cit.*, nota 15, p. 219, en el que hace referencia al caso *Wide Flange Steel Shapes from Belgium, the Federal Republic of Germany, the Republic of Korea and Spain* (ADT-9-83) (resolución final sobre daño).

160 ASA, p. 174, House Doc. p. 844.

161 SIMA, R.S.C. 1985, c. S-15, s. 30(1).

torias o antidumping es en el interés económico general del país importador. Esta prueba no debe fundamentarse únicamente en lo que cuesta económicamente otorgar una protección, en comparación con no hacerlo. Como se ha señalado en varios estudios, por lo general suele ser mayor el costo que implica la protección proporcionada en la forma de medidas antidumping, que el nivel de protección que éstas ofrecen.<sup>162</sup>

Sin embargo, puede haber motivos para imponer dichas medidas en ciertos casos, independientemente de su costo total para la economía y, por tanto, la evaluación del interés público no ha de conducir necesariamente a lo contrario.<sup>163</sup>

Actualmente, el Departamento de Comercio y la CCI interpretan que la legislación de Estados Unidos prohíbe que se tomen en consideración los efectos que puede tener la imposición de medidas antidumping o de cuotas compensatorias sobre el interés público. Uno de los principales temas de preocupación ha sido el impacto que ejercen tales cuotas sobre los productores que consumen mercancías importadas y el no tomar en consideración dicho efecto ha traído como consecuencia la pérdida de competitividad o de empleos en Estados Unidos, cuando dichos productores trasladan sus fábricas a otro país para conseguir los insumos que requieren a precios competitivos.

Un ejemplo extremo de este problema se presentó cuando se impusieron derechos antidumping a la importación de pantallas de cristal líquido de matriz activa de Japón.<sup>164</sup> Estas medidas se aplicaron luego de que se determinó que estaban haciendo ventas a precios desleales y que se causaba un daño a la industria nacional, si bien el único productor estadounidense se declaró incapaz de producir volúmenes suficientes

162 Véase, por ejemplo, U.S. International Trade Commission, *The Economic Effects of antidumping*, *op. cit.*, pp. 4-13: "en 1991, el efecto estimado de haber eliminado varias demandas antidumping y de cuotas compensatorias muy notorias fue una ganancia económica neta para Estados Unidos de 1 590 millones de dólares. Esta cifra representa la magnitud por la cual, en 1991, el costo de estas demandas (debido a la elevación de los precios y a las ineficiencias resultantes, tales como la mala asignación de los trabajadores y del capital físico) sobrepasaba los beneficios derivados de proseguir con dichas demandas".

163 Por ejemplo, en Estados Unidos y según los términos de la sección 201 de la Ley de Comercio de 1974, en los casos de salvaguarda se exige que el presidente evalúe si la aplicación de medidas contra prácticas desleales (por ejemplo, cuotas compensatorias o derechos antidumping) es en el interés público. Desde que dicho estatuto fue promulgado, se han impuesto medidas en 19 casos de salvaguardas, de un total de 34 casos en los que la CCI recomendaba que se ofreciera alguna medida (lo que equivale a un fallo positivo de daño, en el contexto del antidumping).

164 *Active Matrix Liquid Crystal High Information Content Flat Panel Displays and Display Glass From Japan*, 56 Fed. Reg. 43741 (Department of Commerce 1991) (demanda antidumping).

para cubrir la demanda.<sup>165</sup> Como resultado de la decisión, se impusieron cuotas de 63% a las importaciones de pantallas de cristal líquido de matriz activa provenientes de Japón y los fabricantes de computadoras portátiles, entre ellos Apple, Compaq e IBM Corporation, se vieron obligados a trasladar sus plantas al extranjero para mantener un nivel internacional de competitividad.<sup>166</sup>

Las leyes de Canadá contienen diversas disposiciones relativas al interés público, aunque rara vez se aplican.<sup>167</sup> Si, después de emitirse un fallo afirmativo de daño, el TCI considera que la aplicación de la totalidad de la cuota (o de cualquier impuesto) pudiera ser contraria al interés público, debe hacer una recomendación al ministro de Finanzas y, además, las partes interesadas pueden recurrir al argumento del interés público, en cuyo caso es posible que se inicie una serie de audiencias.

La SIMA no ofrece ninguna guía sobre qué es lo que constituye el interés público. El Tribunal Canadiense de Importaciones (predecesor del Tribunal de Comercio Internacional de Canadá o TCIC) declaraba que dicha disposición debía ser aplicada sólo en casos excepcionales, como sería, por ejemplo, cuando una medida de alivio otorgada a los productores genera una carga considerable y tal vez innecesaria a los usuarios y consumidores del producto.<sup>168</sup>

Como lo mencionamos, esta disposición ha sido rara vez utilizada. Hasta el año de 1993, sólo había sido invocada cuatro veces<sup>169</sup> y únicamente en dos ocasiones dio por resultado la recomendación de que se redujeran las cuotas. En 1991, el TCIC emitió una resolución de interés público, con respecto a la cerveza de Estados Unidos, recomendando que se aplicara un nivel de cuotas inferior al del dumping que fuera encontrado.<sup>170</sup>

165 "Did Washington Lose Sight of the Big Picture?", *Business Week*, núm. 39, 2 de diciembre de 1991.

166 Novak, Janet, "It's Like a Big Ballon", *Forbes*, núm. 48, 20 de julio de 1991.

167 SIMA, R.S.C. 1985, c. S-15, s.45. No existe ninguna evidencia de que los fallos canadienses (para los cuales se puede recurrir a la prueba del interés público) estén más politizados que los casos más recientes en Estados Unidos, relativos al acero, los maderos y los semiconductores.

168 Canadian Import Tribunal, *Public Interest: Grain Corn*, informe del Tribunal Canadiense de Importaciones, según los términos de la Sección 45 de la Ley sobre Medidas Especiales para la Importación, 20 de octubre de 1987.

169 Tres casos de *dumping*: *Malt Beverages Commonly Known as Beer, from the United States of America* (RR-94-001); *Surgical Adhesive Tapes and Plasters from Japan* (CIT-8-85) y *Fresh, Whole Yellow Onions from the United States* (PI-2-87); y un caso de cuotas compensatorias: *Subsidized Grain Corn from the United States* (PI-1-87).

170 "Beer", véase *supra*, nota 171. En este caso, el TCIC hizo notar que las cuotas antidumping que llegaban a niveles superiores a los necesarios para eliminar el daño material resultan excesivas y

Asimismo, en 1987, Canadá aplicó esta disposición a una investigación sobre cuotas compensatorias al maíz de origen estadounidense. El informe final del Tribunal Canadiense de Importaciones sobre el tema del interés público señalaba que el hecho de aplicar una cuota compensatoria superior a la prima de precio que el mercado estuviera dispuesto a sostener, no aumentaría el precio promedio a largo plazo que los productores canadienses de maíz esperaban recibir por su producto. Por tanto, el Tribunal recomendó que la cuota compensatoria fuera inferior al nivel de subsidio encontrado. Así, con base en la disposición sobre el interés público, Canadá redujo la cuota impuesta a los exportadores estadounidenses de maíz, de 1.10 a 0.46 dólares canadienses por *bushel*.<sup>171</sup>

La legislación mexicana no tiene disposiciones explícitas en cuanto a determinaciones de interés público. Sin embargo, en un reciente dictamen preliminar, México sí tomó en consideración el interés de los consumidores y decidió no aplicar cuotas preliminares, debido en parte al impacto que esto tendría sobre los consumidores y a pesar de los hallazgos afirmativos preliminares sobre daño y dumping.<sup>172</sup> No obstante, en la resolución final de esta investigación, México impuso las cuotas sin considerar el impacto sobre los consumidores y señaló que el propósito de la ley antidumping era brindar protección a la industria nacional que fuera dañada por las importaciones con dumping, independientemente del efecto que esto tuviera en el resto de la economía.<sup>173</sup>

pueden dar lugar a que ciertos productos sean sacados definitivamente del mercado. Más aún, el TCIC argumentaba que el proteger a los cerveceros de la Columbia Británica de la competencia positiva no era en el interés a largo plazo de los mismos. *Ibidem*. Debemos señalar que el Director de Indagaciones e Investigación de la Ley de Competencia sostén que el bienestar económico de la Columbia Británica resultaría dañado si se aplicaban cuotas antidumping. *Idem*.

171 Véase *Grain Corn Countervailing Duty Remission Order*, C. Gaz. 1987.II.2801; *Canadian Import Tribunal Information: Countervailing Duty on Grain Corn from the United States*, C. Gaz. 1987.I.4190; *Grain Corn Countervailing Duty Remission Order (Number 2)*, C. Gaz. 1988.II.1183; *Grain Corn Countervailing Duty Remission Order (Number 3)*, C. Gaz. 1988.II.4848.

172 “Lámina rolada”, véase *supra*, nota 150.

173 “Resolución final de las investigaciones antidumping y antisubvención sobre las importaciones de lámina rolada en caliente de la República Federativa de Brasil, República de Venezuela, República Federal de Alemania, Canadá, República de Corea y el Reino de los Países Bajos, independientemente del país de procedencia”, *Diario Oficial*, párrafo 569-570, 30 de diciembre de 1995. Sin embargo, aunque no apareza en forma explícita, México puede considerar el interés público en ciertos casos. Una resolución que ofrece un trato más laxo que lo necesario a los exportadores estadounidenses de acero sugiere que tal vez las autoridades mexicanas tomen en consideración el interés público de maneras menos directas. Véase “Resolución definitiva de la investigación antisubvención sobre las importaciones de productos de acero plano recubiertos originarios y procedentes de los Estados Unidos de América”, *Diario Oficial*, 32, 11 de noviembre de 1994.

## 2. La regla de la cuota mínima

Al igual que en el caso de la prueba del interés público, los miembros del TLCAN podrían convenir en imponer una cuota que fuera inferior al margen total de dumping, cuando esta cuota mínima sea suficiente para revertir el daño causado a la industria nacional del país importador.

Estados Unidos no tiene una disposición estatutaria para disminuir las cuotas; sin embargo, puesto que el argumento con el que suele explicarse la existencia de las leyes antidumping tiene fundamentos similares a los que justifican las leyes antimonopólicas, sería sensato modificar el estatuto antidumping para que éste se asemejara más a la norma antimonopólica del daño imputable.<sup>174</sup> De acuerdo con esto, el monto de las cuotas aplicadas sería determinado únicamente en función del daño causado a la industria nacional por las importaciones con dumping.<sup>175</sup>

Aunque las leyes canadienses no contienen una disposición específica sobre la regla del menor impuesto, las dos veces que recomendaron que se tomara en consideración la disposición del interés público, ése fue el enfoque que adoptaron.<sup>176</sup> Por su parte, las leyes mexicanas estipulan la imposición de cuotas menores,<sup>177</sup> al señalarse que éstas pueden ser más bajas que el margen de dumping encontrado siempre y cuando sean suficientes para desalentar la importación de productos en circunstancias que impliquen prácticas desleales de comercio.<sup>178</sup> En varios casos, México ha aplicado cuotas menores.<sup>179</sup>

174 Esto fue propuesto por la Sección sobre Leyes Antimonopólicas del Colegio de Abogados de Estados Unidos. Véase American Bar Association, *The Competition Dimensions of NAFTA*, *op. cit.*, p. 145.

175 Ello sería congruente con la opinión expresada por Estados Unidos, en el sentido de que los derechos antidumping son una medida contra prácticas comerciales desleales y no una penalización, represalia o compensación. Véase, por ejemplo, *Chaparral Steel Company v. United States*, 901 F.2d 1097, 1103 (Fed. Cir. 1990). En efecto, la aplicación automática de medidas antidumping por un monto igual a la cantidad del valor normal que excede el precio de exportación para la mercancía con dumping resulta punitiva, si la aplicación de un derecho antidumping menor hubiera sido suficiente para resarcir el daño.

176 Véanse, los casos “Beer”, *supra*, nota 170, y “Grain Corn”, *supra*, nota 171.

177 Ley de México, artículo 61; Reglamento de México, artículo 90.

178 Ley de México, sección 4, artículo 62, párrafo 2.

179 Véase, por ejemplo, “Resolución definitiva sobre las importaciones de peróxido de hidrógeno originarias y provenientes de los Estados Unidos de América”, *Diario Oficial*, vol. 26, núm. 33, 23 de diciembre de 1993, donde se establece que el aplicar cuotas por un monto igual al margen total de dumping elevaría los precios en México más de lo que sería necesario para remediar el daño y aplicar una cuota equivalente a la diferencia porcentual entre el precio de las importaciones con dumping y el precio del demandante.

La Unión Europea ofrece otro ejemplo de regla de cuota mínima, la cual normalmente se sigue en los procedimientos que conduce la Comisión Europea y está codificada en los reglamentos de la misma.<sup>180</sup> La práctica regular de la Comisión consiste en comparar los precios a los que se venden los productos sujetos a investigación en Estados Unidos, contra los precios reales de los productos nacionales o bien, si éstos se encuentran deprimidos, contra los “precios ideales”, calculados con base en el costo total de producción más una ganancia “razonable”.<sup>181</sup> Si este margen de recorte el “margen de daño” es más bajo que el de dumping, la cuota antidumping se fija al nivel del margen de daño.<sup>182</sup>

### 3. Suspensión temporal de las cuotas

Otra de las opciones que los miembros del TLCAN podrían emplear internamente sería suspender la aplicación de los derechos antidumping a las importaciones provenientes de otro país miembro cuando haya escasez del producto nacional. Si la industria nacional es incapaz de satisfacer la demanda de un producto sujeto a tales cuotas, dentro de un plazo razonable y a un precio accesible, no hay motivo para castigar a los consumidores, manteniendo la cuota. La imposibilidad de importar ciertos productos que no se consiguen dentro del país puede tener un grave efecto adverso sobre los productores internos que dependen de dichas mercancías para competir en los mercados mundiales. Por tanto, la suspensión temporal de las cuotas no dañaría a la industria nacional, pues, en primer lugar, los productores internos no habrían podido abastecer a los compradores de dichas importaciones.

La necesidad de esta medida ha sido reconocida por muchos especialistas, incluida la Cámara de Comercio de Estados Unidos. Así, Timothy Regan, presidente del Comité de Leyes Comerciales de la Cámara de Comercio de Estados Unidos, declaró que:

...la Cámara propuso una disposición llamada de “no abastecimiento”, la cual en esencia estipulaba que, cuando una empresa estadounidense no esté

180 Council Regulation 3283/94, Arg. 9(4).

181 Al hacer estos cálculos, la Unión Europea busca fijar un precio que resultara redituable para todos los productores nacionales.

182 Bellis, Jean-Francois, “The EEC Antidumping System”, en Jackson, John A. y Vermulst, Edwin A., *op. cit.*, nota 15, pp. 56 y 57. Es claro que las consecuencias de esto sobre la competencia dependen de si se emplean los costos del productor nacional más eficiente o los del menos eficiente, tema que es motivo de polémica entre los consejeros comeciales de la UE.

dispuesta a fabricar un producto protegido por una decisión de dumping, debe entrar en vigor temporalmente algún tipo de procedimiento de exención a fin de que se permita la importación de dicho producto, sin que se le apliquen medidas antidumping.<sup>183</sup>

En Canadá, el TCI y sus predecesores en ocasiones han evitado emitir un fallo de daño sobre las importaciones de mercancías que no se producen en el país, si no existe un sustituto de las mismas que se fabrique a nivel interno y ninguna empresa canadiense tiene planes de empezar a producirlas.<sup>184</sup> En Estados Unidos, esta decisión la toma el Departamento de Comercio, el cual por lo general únicamente revoca las demandas o evita incluir ciertos productos si los demandantes están de acuerdo<sup>185</sup> y sólo después de prolongadas demoras.<sup>186</sup>

La Unión Europea implementó en fecha reciente una reglamentación que permitiría suspender las cuotas hasta por nueve meses, con la posibilidad de un año de extensión.<sup>187</sup> Esta disposición señala que sería muy improbable que volviera a presentarse un daño como resultado de haber suspendido las cuotas.<sup>188</sup> Más recientemente, la Unión Europea aplicó este precepto a las importaciones de semiconductores provenientes de Japón.<sup>189</sup>

#### *4. Norma de revisión para la resolución de disputas*

De acuerdo con el Capítulo XIX del TLCAN, los fallos que emiten las autoridades respectivas en materia de resoluciones sobre cuotas com-

<sup>183</sup> Jerome, R. W. (ed.), *World Trade at the Crossroads: The Uruguay Round, GATT and Beyond*, 1992, p. 162.

<sup>184</sup> Thomas, J. Christopher *et al.*, *op. cit.*, nota 42, p. 92.

<sup>185</sup> Con frecuencia, se incluyen determinadas mercancías que no produce la industria nacional ni tampoco existen planes de producirlas dentro del alcance de demandas antidumping que cubren una amplia gama de productos. Véase, por ejemplo, *Antifriction Bearings and Parts Thereof from France et al.*, 54 Fed. Reg. 18992 (Department of Commerce 1989) (resolución final).

<sup>186</sup> Véase, por ejemplo, *Certain Cut-to Length Carbon Steel Plate from Canada*, 61 Red. Reg. 7471 (Department of Commerce 1966) (Resultados Finales de un Cambio de Circunstancias en la Demanda de Cuotas Antidumping). La primera demanda se presentó en 1993, tres años antes de esta exclusión. *Certain Cut-to-Length Carbon Steel Plate from Canada*, 58 Fed. Reg. 44162 (Department of Commerce 1993) (demanda de derechos antidumping). Véase, también, *Active Matrix Liquid Crystal High Information Content Flat Panel Displays and Display Glass From Japan*, 59 Fed. Reg. 43809 (Department of Commerce 1994) (Revocación de la Demanda de Derechos Antidumping). La revocación tuvo lugar tres años después de que se presentara la demanda.

<sup>187</sup> Council Regulation 3283/94, artículo 14(4), 1994 O.J. (L349) 1, p. 17.

<sup>188</sup> *Idem.*

<sup>189</sup> Council Regulation 399/96, 1996 O.J. (L55).

pensatorias y medidas antidumping pueden ser apelados ante un panel binacional, más que ante los tribunales del país importador. Sin embargo, para la revisión de una resolución administrativa los paneles tienen la obligación de aplicar la norma de revisión que emplean los tribunales del país importador.<sup>190</sup> En ausencia de una norma común de revisión, una empresa estadounidense que exportara a México y a Canadá podría ganar en un panel para la resolución de disputas, impugnando la imposición de medidas antidumping en México, a la vez que perder en otro panel que impugnara la aplicación de las mismas en Canadá, con base en hechos idénticos. La carencia de una norma común de revisión conduce a un trato dispar para los exportadores de los países miembros y podría ser un aspecto contencioso.

En Estados Unidos, la norma de revisión consiste en determinar si la resolución: 1) no está fundamentada con evidencias substanciales en los expedientes, o bien si 2) no es conforme a la ley por algún otro motivo.<sup>191</sup> Para dictaminar si una resolución está o no fundamentada con evidencias sustanciales, el tribunal no sólo examina las pruebas que dan sustento a la resolución emitida por la agencia en cuestión, sino también cualquier otro tipo de evidencia presente en los expedientes y de la cual pueda inferirse que existe un conflicto de intereses o que se ha desvirtuado de alguna manera el peso de la evidencia en cuanto a determinar “si ésta pudiera razonablemente considerarse adecuada para sustentar una conclusión”.<sup>192</sup> Por

190 El Capítulo XIX fue negociado en 1987. Ante la insistencia de Estados Unidos, los paneles del Capítulo XIX fueron restringidos a aplicar únicamente las leyes nacionales y las normas nacionales de revisión. Más tarde, Estados Unidos señaló que la norma de revisión canadiense era más respetuosa de las autoridades locales, es decir, menos útil para los exportadores estadounidenses a Canadá que la de Estados Unidos. En el TLCAN, Canadá se comprometió a hacer ciertas modificaciones legislativas en relación con su norma de revisión. Ahora, poco después del fallo de Canadá sobre el caso “Pezim”, mismo que analiza Peter Clark (“Reforming Antidumping”, en Hart, Michael (ed.), *Finding Middle Ground...*, *op. cit.*, nota 8, pp. 215-250), queda por ver qué tan efectivos serán estos cambios.

191 19 U.S.C. 1516a(b)(1)(B), 1994.

192 *Suramérica de Aleaciones Laminadas, C.A. v. United States*, No. 93-1579 y 94-1021 (Fed. Cir., 30 de diciembre de 1994) *slip op.* p. 12, en donde se refiere el caso *Consolidated Edison Co. v. NCRB*, 305 US 197, 229, 1938, según se cita en *Matsushita Elec. Indus. Co. vs. United States*, 750 F.2d 927, 933 (Fed. Cir. 1984), *Universal Camera Corp. v. NCRB*, 340 US 474, 487, 1951 y *Atlantic Sugar, Ltd. vs. United States*, 744 F.2d 1556, 1562 (Fed. Cir. 1984). La CCI está autorizada para examinar detenidamente los hechos. En el caso *Suramérica*, la Corte de Apelaciones para el Circuito Federal apoyó un fallo emitido por la CCI en cuanto a que la determinación de amenaza de daño material no estaba fundamentada por evidencias sustanciales contenidas en el expediente. *Suramérica, slip op.*, p. 19 (“La ausencia de un sustento relevante para la demanda y la evidencia equívoca respecto de los factores mencionados en el estatuto no constituyen una evidencia sustancial de que la industria de varillas de la UE enfrente una amenaza real de daño material inminente”).

otra parte, para decidir si una resolución no es conforme a la ley por algún otro motivo, el tribunal debe resolver si la forma en que la agencia interpretó la ley se basa en una construcción permisible del estatuto, es decir, si es razonable y no contraria al propósito legislativo.<sup>193</sup>

En Canadá, la norma de revisión consiste en determinar si la agencia:

- 1) Actuó sin tener jurisdicción, trascendiendo su jurisdicción o se rehusó a ejercer su jurisdicción.
- 2) Omitió observar un principio de justicia natural, de justicia procesal u otro procedimiento cuya observancia le era requerida por ley.
- 3) Cometió un error legal al emitir una resolución o demanda, ya sea que el error aparezca o no en los registros.
- 4) Basó su resolución o demanda en un hallazgo o hecho erróneo, que fue presentado de manera caprichosa o perversa, o sin que se tomara en consideración la documentación que tenía ante ella.
- 5) Actuó o dejó de actuar por motivo de fraude o de perjurio.
- 6) Actuó de alguna otra forma contraria a la ley.<sup>194</sup>

Aunque las normas canadienses y de Estados Unidos parecen similares, es mucho más difícil revocar una resolución administrativa según las normas canadienses. En el caso *American Farm Federation v. Canadian Import Tribunal* (1990) 2 S.C.R. 1324, 3 T.C.T. 5303, la Suprema Corte de Justicia de Canadá apoyó una resolución emitida por el Tribunal Canadiense de Importaciones, al declarar que no interferiría si había “cualquier evidencia” sobre la que pudiera sustentarse el fallo del Tribunal. Sin embargo, un panel del Capítulo XIX del ALCCEU se negó a aplicar

<sup>193</sup> *Melez USA, Inc. v. United States*, No. 95-152, *slip op.*, p. 5 (Ct. Int'l Trade, 25 de agosto de 1995); *American Lamb Co. v. United States*, 785 F.2d 994, 1001 (Fed. Cir. 1986). La aplicación de esta norma también ha dado por resultado la denegación de las resoluciones emitidas por ciertas agencias. Véanse, por ejemplo, los casos *The Ad Hoc Committee of AZ-NM-TX-FL Producers of Gray Portland Cement v. United States*, 13 F.3d 398 (Fed. Cir. 1994) (el hecho de que el Departamento haya deducido los gastos de transporte de preventa en el mercado interno no es conforme a la ley); *Melex*, *slip op.* (la aplicación retroactiva del estatuto por parte del Departamento no es conforme a la ley); *Hosiden Corp. v. United States*, 810 F. Supp. 322 (Ct. Int'l Trade 1992) (la resolución única de daño emitida por la CCI para dos clases o tipos de mercancías no es conforme a la ley); a diferencia de *Hosiden Corp. v. Advanced Display Manufacturers of America*, No. 94-1380, 1996 US App. LEXIS 13262 (Fed. Cir., 31 de mayo de 1996).

<sup>194</sup> Federal Court Act, R.S.C., Ch. F-7 28(1)(1985) (Can.), enmendado por Ch. 8 18.1(4), 1990 S.C. 113 (Can.).

una norma tan limitada, distinguiendo el caso del American Farm Bureau y adoptando una prueba de razonabilidad.<sup>195</sup>

En México, una resolución administrativa es declarada ilegal si se demuestra una de las siguientes causas:

- 1) Incompetencia del administrador que emitió la resolución o condujo el procedimiento.
- 2) Omisión de requisitos formales legales, incluida la ausencia de fundamentación o causalidad.
- 3) Errores de procedimiento.
- 4) Hechos incorrectos o mal entendidos, o bien una inadecuada emisión o puesta en vigor de las resoluciones.
- 5) Ejercicio discrecional de la autoridad, contrario a los objetivos de la ley que otorga dicha autoridad.<sup>196</sup>

Algunas partes que han perdido casos critican el proceso del Capítulo XIX en su totalidad, argumentando que un panel integrado por personas de diferentes países o culturas legales no pueden comprender cabalmente el sistema legal del país importador. Algunos académicos independientes también han hecho notar en repetidas ocasiones que las resoluciones emitidas por los paneles del Capítulo XIX coinciden en gran medida con aquéllas emitidas por el TCI de Estados Unidos.<sup>197</sup> Los paneles internacionales de arbitraje, que fueron el modelo para el Capítulo XIX, interpretan las leyes de aquellos países que no sean los de origen de los miembros del panel. No obstante, sería probable que esta percepción, estimulada por los grupos de presión de la industria maderera estadounidense, pudiera llegar adquirir un gran peso político en ese país, puesto que nadie se opondrá a ellos con la misma intensidad.<sup>198</sup>

<sup>195</sup> *In the Matter of: Certain Beer Originating in or Exported From the United States of America by G. Heileman Brewing Company, Inc., Pabst Brewing Company, and the Stroh Brewery Company for Use of Consumption in the Province of British Columbia*, CDA-91-1901-01, *slip op.*, p. 19, agosto de 1992 (aun empleando la “prueba de razonabilidad”, el panel confirmó la resolución del TCI).

<sup>196</sup> Código Fiscal de la Federación, artículo 238, 31 de diciembre de 1981.

<sup>197</sup> Mercury, John, “Chapter 19 of the United States-Canada Free Trade Agreement 1985-95: A Check on Administered Protections?”, *New Jersey International Law and Business*, núm. 15, 1995, pp. 525 y 527.

<sup>198</sup> Para ilustrar el equilibrio político que existe entre la competencia importadora y los intereses exportadores, durante los ceses gubernamentales en Estados Unidos, en el invierno de 1995, el Departamento de Comercio de ese país puso en licencia a los empleados responsables de los permisos de exportación, con lo que bloqueó de manera efectiva a muchos exportadores estadounidenses de alta tecnología, a la vez que declaró que resultaban “esenciales” los empleados que negociaban las restricciones de “área gris” para la importaciones de los madereros canadienses.

La respuesta a tales críticas podría consistir en modificar el mandato de los paneles del Capítulo XIX, de tal forma que en lugar de aplicar la ley de cada país se emplearan las reglas de la OMC, que fueron acordadas por las tres partes. Con ello se estimularía en dos formas y con eficacia el objetivo de otorgar a los miembros del TLCAN un trato preferencial, frente a otros países:

- A diferencia de las resoluciones de los paneles de la OMC, se volvería automática la obligación de cumplir las resoluciones emitidas por un panel del Capítulo XIX (es decir, según los términos del TLCAN, no existe la opción como la hay en la OMC de compensación en lugar de cumplimiento, o de impugnación y represalia);
- No habría lugar para argumentar que a las cuotas cobradas en forma ilegal no deban ser reembolsadas (sería útil para todos los países del TLCAN, incluidos los nuevos, que junto con tales reembolsos se entregara un monto apropiado de intereses, siguiendo el modelo estadounidense).

## 5. Arreglos

Una opción que actualmente se encuentra abierta para los países miembro del TLCAN es la posibilidad de establecer acuerdos de suspensión u otros arreglos legales. Aunque a la fecha ésta es una práctica poco usual, los miembros podrían convenir en llegar a tales arreglos siempre que fuera posible.

En el caso del antidumping, el principal tipo de arreglo es el compromiso respecto del precio, en el cual el exportador acepta elevar sus precios de exportación o reducir sus precios en el mercado interno a fin de eliminar el margen de dumping. Si bien, en teoría, aquel exportador que eleva sus precios para eliminar el dumping no debe pagar cuotas, al hacer esto bajo el amparo de un arreglo ofrece la ventaja de la certidumbre. (Esto es particularmente importante porque los caprichos que presenta el cálculo del dumping y las tasas cambiarias pueden dar por resultado la aparición de márgenes de dumping donde no había intención alguna de provocarlos).

De acuerdo con las leyes de Estados Unidos, los acuerdos de arreglo (suspensión) pueden adoptar dos formas: la total eliminación del dum-

ping o del daño. Pero, en la práctica, Estados Unidos rara vez establece acuerdos de suspensión debido, por una parte, a la carga administrativa que, según se dice, implica la vigilancia de dichos acuerdos y, por la otra, debido a la idea de que los acuerdos de suspensión de alguna manera favorecen a los productores y exportadores extranjeros.

De acuerdo con el sistema canadiense, los arreglos no son tan necesarios como en el de Estados Unidos. Para evitar el pago de derechos antidumping los exportadores que venden mercancía con dumping o subsidiada en el mercado canadiense tienen la opción de aumentar sus precios a un nivel igual o superior al “valor normal” establecido por Revenue Canada. Por el contrario, en Estados Unidos, dado que los impuestos se cobran en forma retroactiva (es decir, después de una revisión administrativa para determinar el nivel real de dumping), los exportadores quedan atrapados en un prolongado y costoso ciclo de revisiones administrativas anuales de los márgenes de dumping, aun cuando dejen de practicar el dumping en el mercado estadounidense.<sup>199</sup>

Por su parte, México permite que los exportadores revisen sus precios o dejen de exportar, en cuyo caso las autoridades suspenden o dan por terminada la investigación, sin imponer medidas. Pero, para aceptar tales compromisos, la Secofi debe determinar que éstos habrán de eliminar los efectos dañinos provocados por las prácticas desleales.<sup>200</sup>

En caso de que llegara a hacerse un mayor uso de los compromisos, sería conveniente que participaran las autoridades en materia de competencia (tal como lo requieren las leyes sobre antidumping en Argentina),<sup>201</sup> dada la posibilidad de que empezara a recurrirse a las leyes antidumping para “vigilar” los acuerdos transnacionales sobre precios.

199 Los exportadores deben pagar un depósito en efectivo del margen estimado de dumping, a reserva del resultado que se desprenda de la revisión anual. 19 U.S.C. 1673e(a)(3).

200 Ley de México artículo 72. Los reglamentos estipulan que los exportadores pueden someter a consideración un compromiso que tenga como efecto eliminar la discriminación de precios (o los subsidios) y, por tanto, el daño o la amenaza de daño. Se establecen seis tipos de compromisos: “1) la modificación del precio de exportación del producto en cuestión; 2) la eliminación total de las causas que convirtieron el precio de exportación en un precio subsidiado; 3) la restricción de las exportaciones, con la intervención del gobierno del país del exportador extranjero, hasta una cantidad convenida con la Secretaría; 4) la suspensión completa de las exportaciones al país, durante un periodo convenido con la Secretaría; 5) la restricción de los subsidios a las exportaciones para las mercancías exportadas a México; 6) otras medidas que, en opinión de la Secretaría, tengan efectos equivalentes. Reglamento de México artículo 112.

201 Artículo 58, ley de Argentina *reprinted in Notification of Laws and Regulations under Articles 18.5 and 32.6 of the Agreements: Argentina*, WTO Doc. G/ADP/N/1/ARG, 12 de junio de 1995.

## 6. Cuotas preliminares como remedios extraordinarios

Se ha sugerido que la imposición de cuotas preliminares debería de considerarse una medida extraordinaria y no la norma. Los tres países del TLCAN estipulan la aplicación de medidas interinas, tras un fallo preliminar afirmativo de dumping y daño, lo cual es congruente con el Acuerdo Antidumping de la OMC.<sup>202</sup>

Sin embargo, tal enfoque no es compatible con las prácticas generales de derecho civil de Canadá y Estados Unidos, ya que en esta materia, los tribunales de ambos países consideran las medidas de alivio provisionales (*e.g.*, los interdictos preliminares) como medidas extraordinarias. Por ejemplo, en Estados Unidos, la decisión de conceder un interdicto preliminar depende por lo general de cuatro factores: 1) la probabilidad razonable de que quien promueve la acción tenga éxito; 2) el daño irreparable que sufrirá quien promueve la acción si no se le concede una medida de alivio preliminar; 3) el hecho de que la balanza de dificultades se incline o no en favor de quien promueve la acción y, 4) el efecto adverso que esto pueda tener sobre el interés público.<sup>203</sup> Más aún, antes de obtener una medida de alivio, el reclamante por lo general debe depositar una fianza para cubrir los daños causados al acusado por un interdicto preliminar.

Estados Unidos ha empleado el remedio extraordinario en otras situaciones de comercio desleal. Por ejemplo, en los casos de la sección 337, relativos a importaciones que presuntamente violan patentes o marcas registradas o que emplean otras prácticas desleales, el quejoso puede solicitar una medida de alivio temporal, a reserva de la resolución final del caso.<sup>204</sup> Tal petición será concedida si cumple con todos los requisitos antes descritos para un interdicto preliminar<sup>205</sup> y, más aún, en ciertos casos el querellante debe depositar una fianza a fin de obtener la medida de alivio temporal que solicita.<sup>206</sup>

Asimismo, en las disposiciones relativas a la salvaguarda, Estados Unidos otorga una medida de alivio temporal sólo en casos muy específicos, es decir, aquellos que involucran productos agrícolas o cítricos pere-

202 Acuerdo Antidumping de la OMC, artículo 7.1., Acta Final, p. 156.

203 *Reebok International vs. Baker*, 32 F.3d 1552, 1555 (Fed. Cir. 1994).

204 19 U.S.C. 1337(e), 1994.

205 19 C.F.R. 210.53(a), 1995.

206 *Ibidem*. En efecto, si bien en el pasado las fianzas que se perdían iban a manos del gobierno, los reglamentos más recientes estipulan que éstas se entreguen al acusado que es objeto de una medida de alivio temporal. 19 C.F.R. 210.70, 1995.

cederos.<sup>207</sup> En un caso más reciente, relativo a tomates frescos, la CCI se rehusó a otorgar una medida de alivio provisional.<sup>208</sup>

Por tanto, los miembros del TLCAN podrían convenir en hacer de la imposición de cuotas preliminares una medida extraordinaria. Se ha sugerido que se exija que los productores nacionales depositen una fianza o adquieran un compromiso por los daños que pudieran causar.<sup>209</sup> Sin embargo, debe señalarse que, a diferencia de los litigios civiles, en los que el quejoso recibe los daños si finalmente gana el caso, en un caso antidumping toda cuota final estimada va a manos del Departamento del Tesoro y no así a la industria nacional. Por consiguiente, una disposición semejante podría paralizar a las industrias nacionales que necesitan ser protegidas de las importaciones deslealmente comerciadas.

## 7. *Causas del dumping*

Aunque existen muchos debates en torno a la teoría y las causas del dumping y de las leyes antidumping, también muchos analistas han señalado que las leyes existentes no limitan la aplicación de las medidas a aquellos casos en los que existen las condiciones económicas y de mercado que dan lugar a la práctica del dumping.<sup>210</sup> Por lo tanto, los países miembros del TLCAN podrían convenir en revisar las leyes antidumping para restringir su aplicación solamente a dichas situaciones. Las siguientes son algunas posibles revisiones a considerar.

## 8. Garantías para la re-exportación

Una posibilidad que los miembros del TLCAN podrían estudiar es exigir que cada uno de los signatarios garantice la capacidad para re-exportar los productos de regreso a su país de origen. Si esto se hiciera, entonces la acción antidumping sólo sería aplicable si las partes demandantes demostraran que los productos en cuestión no son libremente exportables a su mercado de origen.<sup>211</sup>

207 19 U.S.C. 2252(d), 1994.

208 *Fresh Winter Tomatoes*, USITC Pub. 2881, Inv. No. TA-201-64 (Fase de Alivio Provisional), abril de 1995.

209 Gastle, Charles M., *op. cit.*, nota 102, p. 789.

210 Véase, por ejemplo, Viner, Jacob, *Dumping: A Problem in International Trade*, University of Chicago Press, 1923; Warner, Presley L., "Canada-United States Free Trade: The Case for Replacing Antidumping with Antitrust", *Law and Policy International Business*, núm. 23, 1992, p. 791.

211 Esto fue propuesto por Gastle, Charles M., *op. cit.*, nota 102, pp. 766 y 767.

Por ejemplo, México podría garantizar que los productos nacionales que se exporten a Estados Unidos y Canadá podrán regresar con toda libertad al país, sin que se les apliquen cuotas adicionales u a otras restricciones, con lo cual se eliminaría una de las justificaciones más comunes para las medidas antidumping.<sup>212</sup>

### *9. Distorsiones del mercado*

En teoría, el dumping sólo puede ocurrir cuando existen desviaciones en el mercado interno. Dicho en otras palabras, el dumping no debería de presentarse en el mercado libre.<sup>213</sup> Sin embargo, los métodos para determinar si existe un dumping son imperfectos y en ocasiones dan lugar a que se encuentre dumping y daño material, aun cuando no exista una desviación del mercado. Por tanto, como medio para verificar que no se impongan cuotas en situaciones inapropiadas, los miembros del TLCAN podrían estudiar que se exija la comprobación específica de han ocurrido desviaciones en el mercado interno, antes de que se aplique una cuota.

### *10. Medición de los subsidios cruzados*

En teoría, existen probabilidades de que ocurra un dumping cuando hay la presencia de subsidios cruzados (es decir, cuando un productor vende a un precio más alto, en el mercado presuntamente protegido de un país importador). Sin embargo, el antidumping nunca se propone determinar el monto de tales subsidios cruzados, por lo cual es posible que éstos resulten sobrecompensados. Por ejemplo, si las ventas en el mercado interno representan tan solo 10% de las ventas en el mercado del país importador, pero para fijar el derecho antidumping únicamente se comparan los precios promedio, el monto de los subsidios cruzados del mercado in-

212 En particular, se afirma que el dumping es posible dado que los mercados internos protegidos permiten que el exportador mantenga precios elevados en su mercado nacional, lo cual le genera enormes ganancias con las que puede subsidiar los bajos precios de sus exportaciones. Si el mercado nacional deja de estar protegido, supuestamente éste no podría ya mantener los precios elevados y no se presentaría el dumping. Por supuesto, tal razonamiento no puede explicar el motivo por el cual las importaciones provenientes de países abiertos, tales como Singapur y Hong Kong, han sido objeto de cuotas antidumping.

213 Véase el capítulo de Ragosta y Magnus, *op. cit.*, nota 8: "En los casos de antidumping, la mala asigación por parte del gobierno no consiste en precios LFTV *per se*, sino en las barreras comerciales del mercado nacional o la tolerancia de prácticas contrarias a la competencia, que generalmente van de la mano de las exportaciones LFTV."

terno serán superados por un factor de diez. Si diez unidades se venden a un precio de 10 en el mercado interno y se importan 100 unidades al precio de 9, el derecho antidumping total que se aplique sería de 100, si bien el posible subsidio cruzado (basado en el “exceso de utilidades” en el mercado interno) sea sólo de 10.

Por consiguiente, los países miembros del TLCAN podrían convenir en que, como parte de las investigaciones que se lleven a cabo entre ellos, las autoridades investigadoras midan el grado de subsidio cruzado y que los derechos antidumping fijados no excedan del monto del subsidio.

## 11. *Resolución de disputas*

Por último, los socios del TLCAN podrían considerar el reformar el proceso de resolución de disputas del artículo 19, antes que las propias leyes antidumping. Para ello se han planteado varias propuestas, una de las cuales es crear un panel permanente de revisión, en lugar de los paneles ad hoc del artículo 19.<sup>214</sup> Tal reforma quizá diera por resultado resoluciones más consistentes e incrementaría la probabilidad de que los fallos emitidos por paneles anteriores fueran considerados como precedentes.<sup>215</sup> Más aún, este procedimiento podría eliminar los cuestionamientos respecto del conflicto de intereses, como ha ocurrido con el actual sistema de panelistas,<sup>216</sup> así como en torno a una parcialidad nacionalista.<sup>217</sup>

Otra propuesta es eliminar los paneles de revisión, como tales, en cuyo lugar serían las autoridades nacionales las responsables de emitir las resoluciones preliminares, mientras que un panel bi o trinacional haría las determi-

214 Gastle, Charles M. y Castel, Jean-G., “Should the North American Free Trade Agreement Dispute Settlement Mechanism in Antidumping and Countervailing Duty Cases be Reformed in the Light of Softwood Lumber III?”, *Law and Policy International Business*, núm. 26, 1995, pp. 823 y 890.

215 En la estructura actual del TLCAN está estipulado que los paneles anteriores no sientan precedente. TLCAN, artículo 1904(10).

216 *Certain Softwood Lumber Products from Canada*, ECC-94-1904-01 USA (Procedimiento del Comité de Impugnaciones Extraordinarias del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos, 3 de agosto de 1994). Nota: la resolución sobre el caso *Softwood Lumber* fue el primero que causó una división de opiniones a nivel nacional, así como el primero que suscitó energicas quejas de parcialidad.

217 Véase nota anterior. Aun cuando los fallos del caso *Softwood Lumber* estuvieron divididos a nivel nacional, tanto en el nivel del panel como en el de la impugnación extraordinaria, la mayor parte de las resoluciones emitidas por los paneles no fueron tomadas sobre una base nacional. Véase Horlick, Gary N. y DeBusk, Amanda, “Dispute Resolution under NAFTA”, *Journal of World Trade*, núm. 27 (1993), p. 31.

naciones finales sobre dumping y daño. Los organismos nacionales abogarían por sus resoluciones preliminares y tanto la industria nacional como la demandada estarían autorizadas para participar en esta etapa. Más adelante, los tribunales del país importador revisarían la resolución final.<sup>218</sup>

Una tercera propuesta que se ha planteado es someter las resoluciones finales a un arbitraje obligatorio y que su cumplimiento sea exigible por los tribunales nacionales.<sup>219</sup>

Una cuarta posibilidad es crear una institución que abarque todo el territorio de América del Norte y que sea responsable de conducir las investigaciones sobre antidumping y cuotas compensatorias relativas al comercio entre los miembros del TLCAN. Dado que una parte considerable de los casos presentados por Canadá, México y Estados Unidos se relaciona con el comercio al interior del TLCAN, dicha institución podría reducir los gastos que implica a cada país el llevar a cabo las investigaciones. Asimismo, esto podría dar lugar a la creación de un conjunto congruente de reglas aplicables al comercio entre los miembros. Además, el carácter multinacional de la institución tendría que dar por resultado reglas neutrales que eliminarían los reclamos de parcialidad por parte de las autoridades investigadoras.

## VII. CONCLUSIONES

Con el paso del tiempo, la aplicación de las leyes antidumping se ha vuelto cada vez más compleja, tanto a nivel nacional como internacional. Las disposiciones antidumping del GATT de 1947, incluidas en algunas secciones del artículo VI, ocupan menos de dos páginas del texto del Acuerdo General, la mayor parte del cual se tomó del borrador original de Estados Unidos,<sup>220</sup> siendo una de las varias disposiciones que reflejaban la ley estadounidense. En esa época, no había muchos debates, dentro o fuera de Estados Unidos, salvo por las iniciativas exitosas de Cuba y Líbano para que se añadieran al artículo 6(a) los términos que garantizaran que el dumping sería procesable sólo en el caso de que provocara un daño.<sup>221</sup>

218 Gastle, Charles M. y Castel, Jean G., *op. cit.*, nota 214, pp. 889 y 890.

219 *Ibidem*, p. 890.

220 US Proposal, Department of State, Pub. No. 2411, Ch. III(A)(3), 1945, p. 11; US Suggested Charter, Department of State, Pub. No. 2598, artículo 11, 1946, p. 5.

221 Seavey, *Dumping Since the War: The GATT and National Law*, Thesis No. 205, The University of Geneva, 1970. En 1955, Estados Unidos rechazó con éxito una propuesta de Nueva Zelanda, en la que se planteaba añadir a la disciplina del artículo VI del GATT sobre medidas antidumping,

Cuando las partes signatarias del GATT decidieron iniciar en la Ronda Kennedy el análisis de las barreras no arancelarias y de los aranceles, el gobierno británico presionó con éxito para que el antidumping fuera la primera barrera no arancelaria que se estudiara. (Gran Bretaña aún no formaba parte de la UE y le irritaba que Estados Unidos y Canadá emplearan las leyes antidumping para hostigar a los exportadores británicos, con casos que finalmente eran denegados). De igual forma, Estados Unidos parecía estar reconsiderando la conveniencia de las leyes antidumping y sugirió que se les reexaminara a la luz de las políticas en materia de competencia,<sup>222</sup> pero la UE insistió en que dichas leyes constituyan una parte esencial del GATT y se rehusó a aceptar discusión alguna al respecto.<sup>223</sup>

El resultado fue el Código Antidumping del GATT, de 1967, que fue un intento por limitar la discrecionalidad de las autoridades nacionales, al especificar con cierto detalle la forma como debían llevarse a cabo las investigaciones. Este Código detallado se llevó a la Ronda Tokio, con muy pocos cambios, excepto por la terminología que redactaron la Unión Europea y Estados Unidos. Las modificaciones que se hicieron al texto debilitaron los requisitos de daño, transformando la estipulación del Código de la Ronda Kennedy respecto a que las importaciones con dumping debían ser la causa “primaria”, en el requisito del Código de la Ronda Tokio de que éstas sólo debían ser una causa de daño material, en tanto el daño provocado por otros factores no fuera atribuido a las mismas. La Ronda Uruguay continuó con esta tradición de reglamentar en detalle el antidumping, a la vez que Estados Unidos y la Unión Europea tuvieron éxito en bloquear la propuesta de Noruega, Suecia y Finlandia, Singapur y Hong-Kong en cuanto a que se examinaran las razones de fondo de las leyes antidumping.

Las negociaciones de la Ronda Uruguay se tornaron en una álgida lucha entre Estados Unidos y la Unión Europea (con la ayuda ocasional de Australia), en un bando, y Canadá, Noruega, Finlandia, Singapur, Hong-Kong y México, en el otro, sobre una gran diversidad de propuestas. El Acuerdo Antidumping resultante consta ahora de 28 páginas, del mismo

una disciplina adicional sobre la propia práctica del dumping. Jackson, John, *World Trade and the Law of GATT*, 1969, p. 406; Protocol Amending the Preamble and Parts II and III of the GATT, 1955 (Acuerdo No. 33, en Apéndice C).

222 GATT Doc. No. TN.64/NTB/W/6, 3 de marzo de 1966.

223 GATT Doc. No. TN.64/NTB/W/10/Add.1, 21 de abril de 1966.

formato que las dos páginas de las reglas del artículo VI sobre antidumping. El estatuto de implementación de Estados Unidos tiene 653 páginas y el reglamento sobre antidumping y cuotas compensatorias de Estados Unidos, recientemente propuesto, consta de 419 páginas.<sup>224</sup>

La creciente complejidad ha aumentado la carga que recae sobre todas las partes que participan en el comercio internacional. En este capítulo se han presentado diversas opciones que los miembros del TLCAN podrían analizar, al tiempo que revisan la forma en que se aplican mutuamente sus respectivas leyes sobre prácticas desleales de comercio. El acento se ha puesto en aquellas propuestas que pretenden armonizar los sistemas y reducir los efectos de parálisis comercial que produce la forma en que actualmente se maneja el antidumping.

Los países miembros del TLCAN se han mostrado muy renuentes a crear distintas reglas contra prácticas desleales que regulen el comercio en el territorio estadounidense. Se ha planteado que tal vez Canadá se ponga a la cabeza de las reformas, al anunciar que aplicará en forma unilateral las reformas sugeridas por el grupo de trabajo.<sup>225</sup> Esto permitiría que los miembros más renuentes evaluaran el efecto de las reformas sugeridas.

Si bien es cierto que alguno de los miembros del TLCAN podría optar libremente por imponer una o varias de las reformas sugeridas en este capítulo, algunas de ellas se prestan más fácilmente para una acción unilateral. Entre aquellas que caen dentro de esta categoría se encuentran: 1) establecer una norma más elevada de daño preliminar; 2) admitir el argumento de defensa de igualar a la competencia; 3) imponer un porcentaje de *minimis* de participación en el mercado para las importaciones; 4) adoptar un periodo prolongado para la recuperación de los costos, cuando se hace el cálculo de dumping; 5) ignorar únicamente las ventas por debajo del costo variable promedio, en lugar de los costos completamente asignados; 6) establecer una simetría para el análisis de las utilidades; 7) aplicar con más frecuencia la prueba del interés público; 8) imponer la regla de la cuota menor y, 9) suspender temporalmente las cuotas para los insumos escasos.

224 Más aún, la presión ejercida por Estados Unidos y la Unión Europea logró que el Acuerdo Antidumping de la Ronda Uruguay restringiera más el comercio que los acuerdos anteriores. Véase Horlick, Gary N. y Shea, Eleanor C., *op. cit.*, nota 62. Asimismo, esa presión dio por resultado un cambio en la postura de muchos países, los cuales, primero pugnaban por la reforma de las prácticas antidumping, después pedían que fueran menos restrictivas del comercio y, más adelante, se convirtieron en usuarios activos de las leyes antidumping.

225 Gastle, Charles M., *op. cit.*, nota 102, p. 819.