ABDÍAS SOTOMAYOR VÉRTIZ

Normas Antidumping y Antitrust en los Procesos de Integración

Pontificia Universidad Católica del Perú
Instituto de Estudios Internacionales (IDEI)
FONDO EDITORIAL 2003

INSTITUTO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES (IDEI)

El IDEI es la unidad académica de la Pontificia Universidad Católica del Perú, creada en 1991 con la finalidad de promover y desarrollar estudios e investigación científica en asuntos internacionales; contribuir a la identificación de los intereses específicos del Perú y América Latina frente a los diversos actores y problemas del escenario regional, hemisférico y mundial; brindar servicios de consultoría y asesoría en asuntos internacionales a instituciones públicas y privadas, nacionales y extranjeras; realizar actividades de difusión y promoción académica y apoyar la docencia y las publicaciones en temas internacionales.

En el cumplimiento de sus objetivos, el IDEI ha venido desarrollando en estos años, proyectos de investigación en áreas como: democratización, derechos humanos, gobernabilidad, pacificación, relaciones civiles-militares, integración, relaciones económicas internacionales, género, entre otros. Dichas actividades han sido desarrolladas gracias a la colaboración y financiamiento de diferentes instituciones nacionales y extranjeras, tales como el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la Unidad para la Promoción de la Democracia de la Organización de Estados Americanos (OEA), la Comisión Interamericana de la Mujer de la OEA, el Fondo de Cooperación de Estados Unidos/CIDI del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Embajada Real de los Países Bajos, la Embajada de Canadá, la Embajada de los Estados Unidos de América, el Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, el Ministerio de Relaciones Exteriores, entre otros.

Normas Antidumping y Antitrust en los Procesos de Integración

ABDÍAS SOTOMAYOR VÉRTIZ

Normas Antidumping y Antitrust en los Procesos de Integración

Pontificia Universidad Católica del Perú
Instituto de Estudios Internacionales (IDEI)
FONDO EDITORIAL 2003

Primera edición: enero de 2003

Normas Antidumping y Antitrust en los Procesos de Integración

Copyright © 2003 Fondo Editorial de la Pontificia
Universidad Católica del Perú
Plaza Francia 1164, Lima
Apartado 01761, Lima 1, Perú
Telfs. 330 7411 - 330 7410 - 3307405
feditor@pucp.edu.pe

Diseño de carátula: Iván Larco

Derechos reservados

Prohibida la reproducción total o parcial de este libro por cualquier medio, sin permiso expreso de los editores.

Hecho el depósito legal 1501052003-0325
Registro ISBN: 9972-42-525-8

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN			15
1.	CAPÍTULO PRIMERO: CONCEPTOS GENERALES		19
	1.1.	El dumping	21
	1.1.1.	Definición	21
	1.1.2.	Elementos	28
	1.1.2.1.	Precio de exportación	28
	1.1.2.2.	Valor normal	29
	1.1.2.3.	Margen de dumping	29
	1.1.2.4.	Daño o amenaza de daño a la industria nacional	30
	1.1.2.5.	Relación de causalidad	30
	1.1.2.6.	Decisión del exportador	31
	1.1.2.7.	Factor atributivo de responsabilidad del exportador	32
	1.1.3.	Derechos antidumping	33
	1.1.4.	Aspecto geográfico: venta de productos hacia un mercado del exterior vía exportación	34
	1.1.5.	Sujetos	36
	1.1.5.1.	El exportador desleal	36
	1.1.5.2.	El importador	37
	1.1.5.3.	El competidor-Industria nacional	38
	1.1.5.4.	El ente	39
	1.1.5.5.	Los consumidores	40
	1.2.	Restricciones a la libre competencia o antitrust (en particular el caso del precio predatorio)	41
	1.2.1.	Definición de competencia	41

1.2.2.	El derecho de la competencia	44
1.2.3.	Tipos de restricciones a la libre competencia	45
1.2.3.1.	El precio predatorio	45
1.2.3.1.1.	Definición	45
1.2.3.1.2.	Elementos	46
	A. Posición de dominio	46
	B. El abuso de la posición de dominio	47
	C. Aumento de beneficios y generación de perjuicios	47
1.2.3.1.3.	Particularidades del precio predatorio	48
	A. El precio inferior	48
	B. La intencionalidad	49
	C. Objeto: servicios y bienes	51
	D. Mercado o espacio geográfico	51
	E. Sujetos	51
	F. Otros factores	52
1.2.3.2.	Discriminación de precios	53
1.2.3.2.1.	Definición	53
1.2.3.2.2.	Discriminación de mercados y productos	55
1.2.3.2.3.	Intensión de predación	56
1.2.3.2.4.	Justificantes	58
1.2.3.2.5.	Relación de causalidad	60
1.2.4.	Similitudes y diferencias entre el precio predatorio y la discriminación de precios con la figura del dumping	61
2.	CAPÍTULO SEGUNDO: PROCESOS DE INTEGRACIÓN, MERCADOS Y SU RELACIÓN CON LAS NORMAS ANTIDUMPING Y ANTITRUST	65
2.1.	Tipos de procesos de integración	67
2.1.1.	Convenios bilaterales-libre comercio (desgravación o liberalización de aranceles)	67
2.1.2.	Zonas de libre comercio	70
2.1.3.	Uniones aduaneras	74

2.1.4.	Mercado común	76
2.1.5.	Unión política, económica y social	78
2.2.	Tipos de mercados en la economía mundial	79
2.2.1.	Mercados nacionales	79
2.2.2.	Mercados en los procesos de integración internacional	81
2.3.	Formas de acceso a los mercados	82
2.3.1.	Importación	82
2.3.2.	Venta interna	85
2.4.	Normas antidumping y antitrust: complementarias o suplementarias	86
2.4.1.	Fines de las normas antidumping	86
2.4.1.1.	Proteccionismo	86
2.4.1.1.1.	Dumping social	88
2.4.1.1.2.	Dumping ecológico	90
2.4.1.1.3.	Dumping antielusión	92
2.4.1.1.4.	Balance	94
2.4.1.2.	Control de exportadores predadores	94
2.4.2.	Fines de las normas antitrust	100
2.4.2.1.	Aspectos generales	100
2.4.2.2.	Protección general de las normas antitrust, actos condenados y reformas	102
2.4.3.	Complementariedad o suplementariedad de las normas antitrust y antidumping	105
2.4.3.1.	Complementariedad	105
2.4.3.1.1.	Protección de sujetos pasivos distintos	106
2.4.3.1.2.	Diferencias en cuanto al acceso a mercados distintos y ausencia de normas antitrust	108
2.4.3.1.3.	Diferencias por el procedimiento	110
2.4.3.1.4.	Balance	112
2.4.3.2.	Suplementariedad	113
2.4.4.	El caso de los procesos de integración: Suplementariedad	117

2.4.4.1. Efecto desvío del tráfico y mercado ampliado 117
2.4.4.2. Libre circulación de mercancías 119
2.4.4.3. Trato nacional 120
2.4.4.4. Proceso de sustitución de las normas antidumping en los procesos de integración 122
2.4.4.5. Cambio de las normas antidumping por normas antitrust 124
2.4.5. Ausencia de un código antitrust internacional 128

3. CAPÍTULO TERCERO: REALIDAD ACTUAL DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL 135
3.1. Realidad actual de la integración en el continente americano 137
3.1.1. El modelo de la Comunidad Andina (CAN) 137
3.1.1.1. Definición y evolución de la Comunidad Andina 137
3.1.1.2. Regulación del dumping: Decisión 283 142
3.1.1.2.1. Naturaleza jurídica 142
3.1.1.2.2. Antecedentes y su relación con los acuerdos de la OMC 143
3.1.1.2.3. Ámbito de aplicación y supuestos 145
3.1.1.3. Regulación de las restricciones a la libre competencia: Decisión 285 150
3.1.1.3.1. Naturaleza jurídica y antecedentes 150
3.1.1.3.2. Ámbito de aplicación 150
3.1.1.4. Contradicción comunitaria de la CAN en materia de dumping y restricciones a la libre competencia 156
3.1.1.5. La Decisión 456: dumping entre miembros 158
3.1.1.5.1. Explicaciones generales 158
3.1.1.5.2. Innovaciones de la Decisión 456 159
3.1.1.5.3. Críticas a la Decisión 456 163

3.1.1.6.	Entes comunitarios	166
3.1.2.	El caso peruano	169
3.1.2.1.	Regulación nacional del dumping	169
3.1.2.2.	Regulación nacional de las restricciones a la libre competencia	171
3.1.2.3.	Finalidades de las normas	172
3.1.2.4.	Ente nacional competente	174
3.1.3.	Comparación del modelo andino y el peruano: paralelismo o contradicción	176
3.1.4.	Otros procesos de integración americanos	179
3.1.4.1.	Modelo del NAFTA	179
3.1.4.1.1.	Definición y fines	179
3.1.4.1.2.	Normativa supranacional antidumping	181
3.1.4.1.3.	Procedimiento supranacional antidumping y el sistema de panels	185
3.1.4.1.4.	Normativa antitrust supranacional	190
3.1.4.1.5.	Normativa y procedimiento nacionales antitrust	195
3.1.4.2.	Modelo del MERCOSUR	199
3.1.4.2.1.	Definición y evolución	199
3.1.4.2.2.	Normativa y procedimiento antidumping	203
3.1.4.2.3.	Normativa y procedimiento antitrust	208
3.1.4.2.4.	Entidad supranacional	210
3.1.4.3.	Modelo del Mercado Común Centroamericano	216
3.1.4.3.1.	Definición y evolución	216
3.1.4.3.2.	Normativa y procedimiento antidumping	218
3.1.4.3.3.	Normativa y procedimiento antitrust	223
3.1.4.3.4.	Entidad supranacional	226
3.1.4.4.	Modelo de integración del Grupo de los 3 (G-3)	234
3.1.4.4.1.	Definición y evolución	234
3.1.4.4.2.	Normativa y procedimiento antidumping del G-3	235

3.1.4.4.3.	Normativa y procedimiento antitrust del G-3	240
3.1.4.4.4.	Ente supranacional	242
3.1.4.5.	Modelo de integración del CARICOM	245
3.1.4.5.1.	Definición y evolución	245
3.1.4.5.2.	Normativa y procedimiento antidumping	247
3.1.4.5.3.	Normativa y procedimiento antitrust	249
3.1.4.5.4.	Entidad supranacional	250
3.1.4.6.	Tratado Canadá-Chile	252
3.1.4.6.1.	Definición y evolución	252
3.1.4.6.2.	Normativa y procedimiento antidumping	254
3.1.4.6.3.	Normativa y procedimiento antitrust	258
3.1.4.6.4.	Entidad supranacional	260
3.2.	Realidad de la integración no americana	264
3.2.1.	Modelo de la Unión Europea	264
3.2.1.1.	Definición y evolución de la Unión Europea	264
3.2.1.2.	Regulación antidumping comunitaria	266
3.2.1.3.	Regulación antitrust comunitaria	273
3.2.1.4.	Supranacionalidad y coexistencia de normas y entes	275
3.2.1.4.1.	Supranacionalidad y coexistencia de normas	275
3.2.1.4.2.	Coexistencia de entes nacionales	278
3.2.1.4.3.	Cooperación entre entes nacionales y los comunitarios	281
3.2.1.4.4.	Regulación Nacional de los Miembros	283
3.2.2.	Modelo de integración de Australia y Nueva Zelanda	285
3.2.2.1.	Definición y evolución	285
3.2.2.2.	Regulación antidumping	286
3.2.2.3.	Regulación antitrust	290
3.2.2.3.	Homogenización de las normas y cooperación de agencias	291

4. CAPÍTULO CUARTO: PROPUESTAS DE REGULACIÓN ANTIDUMPING Y ANTITRUST PARA EL FUTURO DE LA REGIÓN AMERICANA. LOS CASOS DE LA COMUNIDAD ANDINA Y EL ÁREA DE LIBRE COMERCIO DE LAS AMÉRICAS (ALCA) 295

4.1. Propuesta para la Comunidad Andina y sus miembros 297

4.1.1. Normas antitrust y antidumping según sus efectos comunitarios y nacionales 297

4.1.1.1. Eliminación de normas antidumping y sustitución por normas antitrust 297

4.1.1.2. Diferencia entre los supuestos de las normas comunitarias y las normas nacionales 306

4.1.1.3. Reglas de origen 310

4.1.1.4. Armonización de las legislaciones nacionales 311

4.1.2. Instituciones supranacionales, agencias nacionales, cooperación e intercambio de información en el Can 314

4.1.2.1. Introducción 314

4.1.2.2. Regla general de investigación y excepción 315

4.1.2.3. Cooperación de los entes nacionales en la investigación 317

4.1.2.4. Cooperación de las aduanas en los casos de dumping 320

4.1.2.5. Intercambio de información 321

4.2. Propuesta para el proyecto Area de Libre Comercio de las Américas-ALCA 326

4.2.1. Definición y desarrollo del ALCA 326

4.2.2. Libre circulación de mercancías, servicios y capital 328

4.2.3. Normas antidumping y antitrust supranacionales propias del ALCA 330

4.2.3.1. Aspectos generales 330

4.2.3.2.	Normativa antidumping: ¿nacional o comunitaria?	331
4.2.3.3.	Normativa antitrust comunitaria	336
4.2.3.4.	Sanciones por infracciones y legitimidad activa	338
4.2.4.	Subsistencia y homogenización de las normas nacionales de los países miembros del ALCA	340
4.2.5.	Unión de sub regiones homogenización de normas regionales	343
4.2.6.	Procedimiento comunitarios: panels o autoridades supranacionales	346
4.2.7.	Procedimientos nacionales	348
4.2.8.	Cooperación entre autoridades nacionales y comunitarias	352
4.2.9.	Reglas de origen	353

CONCLUSIONES 361

BIBLIOGRAFÍA 365

Introducción

Las normas antitrust y antidumping forman parte del derecho interno de varios países, en especial de los Estados Miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Sin embargo, esta normativa está presente también en los distintos procesos de integración, provocando esta regulación diversas inquietudes e interrogantes, que han merecido la atención de los especialistas del Derecho, los estudiosos de la Economía y en general de quienes se ven involucrados en el Comercio Internacional.

Esta dualidad de ordenamientos jurídicos que se ocupan de las normas antitrust y antidumping, y sus connotaciones nacionales, regionales e internacionales son el punto de partida de la investigación desarrollada en la presente obra, destinada a analizar la aplicación, compatibilidad y eficacia de estos dos tipos de ordenamientos jurídicos.

En algunos procesos de integración económica como la Unión Europea y el proceso Trans-Tasman (que agrupa a Nueva Zelanda y Australia) se han aprobado ordenamientos jurídicos que han permitido una sustitución de las normativas antidumping por las antitrust. El primer tipo de normas ha reemplazado al segundo para el comercio intra zona o comercio al interior de un proceso de integración, con la salvedad que el cambio tiene sus particularidades, normas nacionales en el caso de Australia y Nueva Zelanda, y normas comunitarias en el caso de la Unión Europea.

No obstante lo señalado en el párrafo anterior, en la mayoría de los procesos de integración americanos no se ha optado por una sustitución de ambos tipos de normativas, estos son los casos de la Comunidad Andina (CAN), el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (más conocido

como NAFTA por sus siglas en inglés). Lo que llama la atención de estos modelos es que han optado por crear mercados ampliados; sin embargo, al interior de ellos el proceso de unificación de ordenamientos jurídicos continúa afectando los principios de Igualdad de Trato y el de Libre Circulación de Bienes al mantener los dos tipos de ordenamientos jurídicos dentro del marco supranacional creado por los respectivos tratados de integración.

En vista de la realidad actual, con modelos de integración que han optado por la sustitución de ambos tipos de normativas y otros que han decidido mantenerlos por separado, pretendemos sustentar un nuevo marco jurídico para los procesos de integración a fin de que no se limite el comercio internacional ni se creen barreras de protección de los mercados nacionales dentro de un proceso de integración.

Para sentar las bases de nuestros planteamientos es necesario primero absolver las siguientes preguntas, ya que las respuestas serán la base de nuestra propuesta al final de la obra.

a.- ¿Ambos tipos de normas son complementarias o suplementarias?

b.- ¿Qué similitudes y diferencias existen entre ambos tipos de normas?

c.- Si se opta por un reemplazo, ¿qué tipo de normas antitrust comunitarias deben adoptarse?; ¿qué cambios deben darse en las normas antitrust?

d.- En los procesos de integración ¿deben mantenerse las normas antitrust nacionales?

e.- ¿Deben cambiar los procedimientos administrativos y jurisdiccionales en los procesos de integración, sobre todo en lo referente a la creación de entes supranacionales o comunitarios?

Dos razones prácticas justifican el presente trabajo. La primera de ellas, es plantear un marco jurídico comunitario para el proceso de integración de la Comunidad Andina en donde coexisten normativas antitrust comunitarias (Decisión 285), normas antidumping (Decisión 283 y ahora Decisión 456 para el dumping intracomunitario) y normativas nacionales. Nuestro particular interés se debe a que el Perú es parte de la CAN.

La segunda razón práctica es plantear una propuesta jurídica para el futuro proceso de integración denominado Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), proyecto que aún no se ha establecido pero que debe iniciarse en el año 2005.

En el caso del ALCA la regulación comunitaria será compleja ya que la zona de libre comercio agrupará a distintos procesos de integración (NAFTA, CAN, MERCOSUR, CARICOM, G-3 y MCCA); estos sub grupos de integración tienen a su vez sus propias regulaciones comunitarias. La regulación comunitaria que se adopte en el ALCA deberá tomar en cuenta la co-existencia de regulaciones comunitarias de los sub grupos.

Pretendemos demostrar que las normas anti dumping pueden ser sustituidas en cualquier proceso de integración, sea zona de libre comercio, unión aduanera o mercado común; dicha eliminación sólo operaría respecto del comercio entre los Estados Miembros del proceso. Nuestra propuesta también incluye la adopción de las normas antitrust comunitarias como reemplazo de las normas antidumping al interior de cada mercado ampliado, y para el comercio extra zona planteamos que se mantengan las normas antidumping (nacionales o comunitarias según sea la opción de cada modelo).

A fin de lograr estos propósitos hemos dividido el trabajo en cuatro capítulos, los cuales describiremos muy sucintamente:

En el primer capítulo se analizan tres prácticas anticompetitivas, el dumping, el precio predatorio y la discriminación de precios o ventas por debajo del costo; ello en vista que ellas son los supuestos sobre los cuales se aplican las normativas antitrust y antidum-

ping. Al analizar los elementos de cada una de las tres prácticas anticompetitivas buscamos encontrar semejanzas y también diferencias, ello con la finalidad de posteriormente relacionarlos con los supuestos de sustitución o complementariedad de normas.

En el segundo capítulo analizamos en primer lugar los distintos procesos de integración: zonas de libre comercio, uniones aduaneras, mercado común y uniones políticas. También analizamos los tipos de mercados que existen a nuestro criterio: mercados nacionales y mercados ampliados como resultado de un proceso de integración, y las formas como se comercializan los bienes y los servicio en dichos mercados. Asímismo, en este capítulo analizamos los fines de las normas anti dumping y antitrust, las posiciones de complementariedad y suplementariedad de ambos tipos de normas y las reformas que deben hacerse en ellas si es que se opta por un proceso de sustitución. Por último hacemos referencia a la ausencia de un Código Antitrust Internacional y las ventajas que su adopción acarrearía.

En el tercer capítulo se aplican los conceptos desarrollados en los capítulos previos ya que analizamos en detalle distintos procesos de integración, entre los cuales están los que no han optado por la eliminación de las normas antidumping con procesos que sí han optado por dicha eliminación. Entre los del primer grupo tenemos los casos del NAFTA, G-3, CAN, MCCA, CARICOM y MERCOSUR; entre los del segundo tipo tenemos a la Unión Europea, el Acuerdo Trans-Tasman suscrito entre Australia y Nueva Zelanda y el Acuerdo de Libre Comercio suscrito entre Canadá y Chile.

El cuarto capítulo contiene nuestras propuestas para reformar el ordenamiento jurídico supranacional de la Comunidad Andina y además planteamos una propuesta innovadora para el proyecto del ALCA. Esta propuesta se basa fundamentalmente en la sustitución de las normas antidumping por normas antitrust comunitarias.

Capítulo Primero

CONCEPTOS GENERALES

1.1. El dumping

1.1.1. Definición

El dumping internacional, o simplemente dumping, es una práctica llevada a cabo en el comercio internacional de mercancías. Esta práctica es objeto de análisis del Comercio Internacional, disciplina que tiene sus particularidades ya que engloba conceptos desarrollados por el Derecho y la Economía; es por ello que muchas de las definiciones que explicaremos han sido planteadas en esas disciplinas.

Debe diferenciarse esta práctica del dumping interno o precio predatorio; el primero es un caso del comercio internacional y el segundo es uno de restricción a la libre competencia. Estas diferencias las analizaremos con mayor amplitud en el presente capítulo.

Una definición doctrinal del dumping[1] lo conceptualiza en el marco de la regulación de Defensa de la Competencia, como un acto desleal de competencia, como lo considera la normativa argentina

---

[1] «El propósito de evitar, mediante la legislación antidumping, las prácticas desleales de comercio queda de manifiesto en el Mensaje, cuyo párrafo tercero expresa la intensión de evitar que el proceso de apertura de nuestra economía sea utilizado como un elemento que favorezca la competencia desleal externa[...] Debe entenderse estos pasajes en el sentido de que la legislación antidumping es uno de los diversos mecanismos jurídicos que, dentro del Derecho argentino, reprimen la competencia desleal, y no como una remisión a las restantes normas que sancionan este tipo de conductas».
CABANELLAS, Guillermo. *El Dumping. Legislación Argentina y Derecho Comparado.* Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1981, p. 71.

en las leyes N.° 3975 y 17,088. La afirmación señalada no es correcta, como explicaremos en el siguiente párrafo.

La posición que considera al dumping como un acto desleal de competencia, en la actualidad es rechazada ya que sus efectos no son nacionales, como sucede en el caso de los actos de competencia desleal. En realidad se trata de una práctica desleal de comercio internacional, o en todo caso un acto comercial de discriminación internacional; por lo tanto no se encuadra en los supuestos del Derecho de Defensa de la Competencia ni mucho menos en el llamado Derecho del Mercado.

El dumping está previsto en los supuestos particulares del Derecho del Comercio Internacional, ello debido a la realización de las operaciones de importación y exportación, como condición para que ella se materialice.

Dumping es la terminología usada para referirse a una práctica del comercio internacional que consiste en vender productos en un mercado exterior a precios bajos. Los productos provienen de un mercado exportador y amenazan causar daño a la industria nacional del país importador (industria formada por empresas que producen productos iguales o similares). Esta práctica no solo representa un potencial peligro sino que en muchos casos la amenaza se torna en un daño concreto que afecta a los industriales nacionales.

En vista de las consecuencias negativas del dumping, la Organización Mundial del Comercio ha considerado a esta práctica del comercio internacional como desleal, y es por ello que se ha aprobado una regulación internacional. La normativa adoptada por muchos países para hacer frente al dumping tiene como antecedente (y sustento) el Acuerdo General de Aranceles de Comercio de 1947, que luego fue modificado por los Acuerdos de la Ronda de Uruguay (y el GATT de 1994).

La solución para este problema, adoptada por los Códigos antidumping en el marco del GATT, ha sido la imposición de medidas o derechos antidumping; ellos buscan restablecer el valor normal

de las mercancías exportadas y de esta forma, contrarrestar los efectos negativos de los precios dumping (precios de discriminación internacional o precios por debajo del costo). La solución quizás no sea la más lógica, pero es la vigente desde hace varias décadas.

Una de las definiciones de la doctrina nacional[2] señala que esta práctica es una acción desleal de los proveedores extranjeros, nosotros estamos plenamente de acuerdo con dicha definición. La acción desleal de los exportadores se lleva a cabo en el comercio internacional de mercancías (a diferencia del precio predatorio o dumping interno). La práctica es desleal ya que es el exportador quien decide la discriminación de precios entre los mercados de exportación y doméstico, sin tener una legítima justificación.[3]

Las definiciones doctrinales coinciden con la empleada por los entes u organismos encargados de determinar la existencia del dumping. En el caso del Perú el organismo encargado de las investigaciones antidumping, es el Instituto Peruano de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (en adelante INDECOPI)[4] que

---

[2] «[...]El dumping corresponde a una acción desleal que proveedores extranjeros realizan, generándose un margen diferencial entre el Valor Normal y el Precio de Exportación.
Por tanto se entiende que un producto se encuentra a precio dumping cuando su precio de exportación (PE) es inferior al valor normal (VN), entendiéndose por este último el precio de dicho producto en su mercado de origen. El país al que es exportado dicho producto será el que determine si existe dumping o no». GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. «El Dumping en el Comercio Internacional». *Thémis*, N.º36, segunda época, Lima, 1997, p. 139.

[3] Si bien el exportador puede determinar libremente sus precios de exportación, no puede dejar de incluir en el precio FOB o CIF los costos fijos promedio ya que ello es una discriminación sin justificación.
El exportador no cobra el precio que debería ya que ha decidido realizar el dumping, a diferencia de sus competidores que sí cobran un precio que cubra al menos sus costos totales.

[4] «Tanto el dumping como las subvenciones son prácticas de comercio internacional que se consideran desleales por la legislación nacional e internacional cuando causan o amenazan causar daño a la producción nacional y, por tanto, son susceptibles de ser sancionadas por el Estado [...].
El dumping es una práctica de discriminación de precios, que se verifica cuando una empresa extranjera exporta sus productos a otro país a precios menores que

define al dumping como una práctica desleal del comercio internacional en la que se discriminan los precios.

La discriminación internacional de precios es lo más notorio de la práctica dumping, ello se debe a que la discriminación de precios (entre mercados) permite la introducción de los productos o mercancías al mercado del importador a un precio inferior al valor normal. De no existir discriminación, el exportador no obtendría los beneficios que el precio dumping le posibilita, ya que de vender con precios equivalentes al valor normal su participación en el mercado del país importador sería menor.

El precio de exportación o precio dumping no llega a cubrir los costos totales promedio ni mucho menos se genera una utilidad; sin embargo el precio doméstico por el mismo producto sí cubre dichos costos totales promedio e incluso el costo fijo total. El exportador decide que los costos fijos no sean considerados en los precios de exportación fijados para el mercado de importación, pero sí en los precios domésticos (precios para el mercado del exportador).[5]

Las razones que llevan a vender el producto a precios inferiores al costo total promedio pueden ser diversas, entre ellas tenemos: la recesión en el mercado del exportador, una práctica eventual, la predación internacional, o simplemente la colocación de productos excedentes.

---

en su mercado interno. La figura del dumping se da cuando en el curso de sus operaciones comerciales normales el precio de exportación de un producto es menor que el precio interno de un producto similar destinado a consumo en el país del exportador». INDECOPI. *Preguntas sobre Dumping y Subsidios. La defensa del mercado nacional de las prácticas desleales en el comercio internacional.* Lima: INDECOPI, Primera Edición, 1997, p. 11.

[5] «[...]el dumping vendría a ser una práctica de discriminación de precios entre dos mercados nacionales, producida por iniciativa de una empresa exportadora con el objeto de inundar un mercado entrando con precios exclusivamente bajos, para una vez instalada en el mismo, eliminando la competencia local o externa, elevar los precios a su antojo». DE LA PUENTE LEÓN, José Antonio. *El Dumping en el marco de la Libre Competencia.* Tesis para obtener el título de Abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho. Lima, 1998, p. 32.

El exportador que realiza el dumping, aprovecha las condiciones de su propio mercado (mercado cerrado que favorece la realización del dumping o discriminación), o en todo caso aprovecha un tercer mercado (también de importación); todo ello lo hace con la finalidad de ingresar con bajos precios en un nuevo mercado exterior.

La definición más completa del dumping la hemos encontrado en una tesis antes citada,[6] en ella se señala la preexistencia de dos mercados distintos, uno exportador y otro importador, como condición para que pueda llevarse a cabo el dumping. La misma definición toma en cuenta la acción o decisión del exportador de inundar el mercado exterior a fin de lograr instalarse en dicho mercado. El exportador que lleva a cabo el dumping no utiliza p.e. la calidad del producto como argumento para lograr una mayor participación en dicho mercado, solo utiliza el argumento de los menores precios en comparación con los de los competidores (en detrimento de los industriales nacionales o competencia local, y también de la competencia extranjera), ello lo hace a pesar de que sus precios inferiores no cubren sus costos totales.[7]

A la anterior definición solo le ha faltado considerar que el exportador tiene conocimiento de las potenciales (e incluso reales) consecuencias que originarán sus ventas a precios inferiores al valor normal en el país del importador. Ello tiene su explicación en la planeación previa que todo empresario realiza antes de ingresar a un mercado.

El exportador ha considerado que su participación en el mercado importador se incrementará y desplazará a los productores nacionales al vender a precios dumping. Si el exportador vendiese sus mercancías sin realizar la discriminación no podría ganar o consolidar su posición en nuevos mercados del exterior; es por ello que opta por la estrategia del dumping para ingresar en mejores condiciones.

---

[6] Véase cita número 5.

[7] Al respecto puede analizarse el caso Nicollini *vs* Luchetti resuelto por el INDECOPI y que figura en los anexos.

El elemento subjetivo (intensión, dolo o consciencia y voluntad por parte del exportador) no es tomado en cuenta por el Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del GATT de 1994. Para el Acuerdo de 1994 (al igual que otros códigos antidumping), el dumping se determina en términos objetivos; es por ello que no interesa saber si el exportador conoce o no las consecuencias de su accionar, al discriminar los precios[8] internacionalmente.

Luego de haber resumido y comentado algunas definiciones que sobre el dumping tienen autores o instituciones, procedemos a esbozar la nuestra. En este sentido, el dumping es una acción o práctica desleal del comercio internacional de mercancías. Ella tiene su origen en un mercado exterior (país del exportador) desde donde se embarcan las mercancías hacia un mercado exterior (país del importador). Los precios de exportación no cubren los costos totales y ello afecta a los competidores locales (u otros extranjeros), lo que es denominado como daño a la industria nacional.

La diferencia de precios de exportación y precio doméstico es el resultado de la discriminación de mercados. La decisión discriminatoria de vender el producto o mercancía a precios dumping responde a una decisión del propio exportador.

El dumping no solo produce efectos negativos respecto de los industriales nacionales del país importador, esta práctica también afecta a los consumidores ubicados en el mercado del propio exportador ya que son ellos quienes pagan precios muy elevados, debido a que el exportador no quiere asumir las primeras pérdidas de las exportaciones a precios dumping.

---

[8] La determinación del Valor Normal para la O.M.C. se basa en un cálculo que toma como base las ventas del mismo producto en el país del propio exportador, su mercado doméstico, de no poder aplicar este criterio se tendrá que recurrir a las ventas a un tercer país o al método del valor reconstruido (costo de producción en el país exportador más los gastos administrativos y beneficios). Incluso el Acuerdo de 1994 permite la existencia de un margen de dumping minimis, si es que menor al 2% (lo cual supone hablar en términos objetivos) y que en la actualidad posibilita la existencia de un dumping tolerable. Al respecto puede consultarse el artículo de QUINDIMIL, Manuel Ángel. «La regulación internacional del dumping». *Revista Ius et Veritas*, N.° 14, 1997, Lima-Perú, pp. 201 a 211.

La notable diferencia de precios entre el bien vendido a precio dumping y los precios de los competidores (nacionales o extranjeros que también exportan a dicho mercado) es la principal razón que motiva a los consumidores del país importador a elegir el bien importado en detrimento de los bienes nacionales.

El dumping solo se presenta en la venta de mercancías o productos vía exportaciones. Para la mayoría de tratadistas, y sobretodo para la OMC, no existe tal figura en el comercio internacional de servicios[9] como lo señala el propio Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (conocido como GATS).

No obstante lo indicado, creemos, al igual que otros autores,[10] que los servicios prestados desde el exterior podrían ser objeto de discriminaciones de precios. Nos atrevemos a afirmar que cabe la posibilidad de que una práctica semejante al dumping se puede llevar a cabo en las prestaciones de servicios desde el exterior.

La posibilidad de regular un «dumping de servicios» debería de ser considerada, si se tiene en cuenta que cabrían las subvenciones

[9] Así como existe una exportación e importación de mercancías o productos, también puede haber exportación e importación de servicios ya que en el nuevo marco del comercio internacional no solo se exportan mercancías sino también servicios. Es dentro de este nuevo marco que para la OMC no existe la figura del dumping en el comercio internacional de servicios (prestados desde el exterior o exportados); como lo señala el artículo XV del Anexo 1B-Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, solo cabe la posibilidad de existencia de Subvenciones como práctica desleal del comercio a iniciativa y con recursos o ayudas otorgadas por un Estado.

[10] El doctor Craus en una visita al Perú con motivo del quinto aniversario del INDECOPI, ante una pregunta sobre si cabe o no el dumping en materia de servicios señaló que si se puede presentar y citó el ejemplo de cierto tipo de servicios de telecomunicaciones que permite hacer llamadas internacionales a precios casi iguales a una llamada local. Charla realizada en el auditorio de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en junio de 1998. El doctor Guillermo Cabanellas ya en el año 1981 en su libro sobre dumping ya citado, señalaba la posibilidad de un *dumping* en los casos del *flete* (ver las páginas 67 y 68). Si se toma en cuenta que las exportaciones de productos pueden ser a precios FOB o a precios C&F o CIF, en estos dos últimos casos al incluirse el flete en el precio de venta al importador, el exportador podría dar o conseguir una rebaja en el rubro flete o en el seguro y con ello bajar su precio de exportación.

en materia de servicios como lo dispone el Acuerdo de la OMC (p.e. los servicios de construcción o de flete). En la actualidad solo existe (de acuerdo a la normativa internacional y nacional) el dumping de bienes o mercancías y no en los servicios, aunque también en estos puede realizarse una discriminación de precios (precio del servicio nacional y precio del servicio exportado).

En el comercio internacional actual, las exportaciones de servicios han alcanzado gran importancia, por lo que sería necesario controlar discriminaciones de precios en el comercio internacional de servicios ya que el exportador de servicios puede optar por las mismas estrategias empleadas por el exportador de mercancías.

1.1.2. Elementos

Entre los elementos del dumping podemos mencionar los siguientes:

1.1.2.1. Precio de exportación

Es el valor consignado en la factura comercial y que es cobrado por el exportador al importador. Este es el precio fijado en la compraventa internacional celebrada y que da el valor de los productos que son exportados.[11]

El precio de exportación, si bien generalmente es FOB, podría ser otro precio en vista de las posibilidades que dan los incoterms como p.e. el CIF o el C&F.

---

[11] «[...]el precio efectivamente pagado, o por pagarse, para la exportación del producto. Generalmente, se considera el precio FOB como el precio de exportación, salvo cuando exista una vinculación o arreglo compensatorio entre el exportador y el importador. En este último caso, el precio de exportación se reconstruye tomando como referencia el precio pagado por el primer comprador independiente». CARRILLO, Carlos. «Lineamientos generales para el análisis del dumping y su efecto en la producción nacional», *Thémis*, N.° 33, segunda época, Lima, 1996, p. 126.

1.1.2.2. Valor normal

Es el precio que se busca determinar en el procedimiento antidumping y que es considerado como el precio de competencia leal (a diferencia del precio dumping o de exportación que no es leal).

Es el precio al cual deberían de venderse los productos exportados al importador y que no suponen una distorsión entre los dos mercados ya que con dicho precio se cubren los costos totales promedio. Para determinar el valor normal, el artículo 2 del Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del GATT de 1994 señala diversos criterios objetivos, entre ellos tenemos: producto similar en el país del exportador, producto similar en un tercer país, y los métodos de la adición o de la sustracción (reconstrucción del precio final o el precio *ex work).*

El valor normal o precio leal es determinado en los procedimientos antidumping, en vista que no se acepta (como válido) el valor consignado en la factura comercial; por lo que se deberán realizar cálculos para obtener el precio leal, una vez logrado debe ser comparado con el precio de exportación a fin de determinar el margen de dumping.

1.1.2.3. Margen de dumping

Representa la diferencia entre el valor normal y el precio de exportación, si el primero es mayor al segundo, ello supone una diferencia de precios sin que se cubran los costos. El margen dumping guarda relación con los derechos antidumping que se vayan a imponer en forma definitiva ya que ellos no pueden ser mayores a los primeros.

Debemos resaltar que para la OMC, según el Acuerdo vigente sobre dumping, existe un margen mínimis o dumping tolerable como lo dispone el artículo 5.8 del Acuerdo: si es que el margen es inferior al 2% de los precios de exportación, o si el volumen de las importaciones en condiciones dumping es inferior al 3% del total de importaciones del producto similar. Solo en estas condiciones es lícito y no sancionable la práctica del dumping.

En consecuencia, la existencia de un margen de dumping no siempre significa su existencia como práctica a ser sancionada con los derechos antidumping, es decir que no hay una práctica de dumping *per se*.

1.1.2.4. Daño o amenaza de daño a la industria nacional

El ingreso de productos a precios dumping genera un daño (o amenaza de daño) a los competidores nacionales; ello provocará una reducción real (o potencial en el caso de la amenaza) del porcentaje de participación de los competidores locales (en especial de los productores nacionales), reducción de sus niveles de venta, despido de trabajadores, etc.

El daño a la industria local, cuando es consecuencia del dumping, no busca ser reparado vía una indemnización otorgada al industrial nacional como resultado de un procedimiento antidumping; lo que se busca es una protección vía la imposición de los respectivos derechos. La protección se logra al hacer ingresar los bienes importados a un precio de exportación reconstruido, el mismo que equivale al valor normal (precio original de exportación mas los derechos antidumping), de esa forma al exportador le resulta más onerosa la práctica desleal.

1.1.2.5. Relación de causalidad

Entre el daño (o la amenaza) a la industria nacional y la práctica del dumping, debe existir una relación o conexión; es decir que el daño debe ser una consecuencia de la exportación de productos a precios por debajo de su real costo. Es el exportador desleal quien con su accionar genera la amenaza o el daño real.

El tipo de relación o nexo de causalidad para el dumping es la causa adecuada, es decir la causa que razonablemente provoca el daño como efecto. No se trata por lo tanto de una causa directa.

Según las normas vigentes del GATT sobre la materia, no se impondrán derechos antidumping si no existe relación entre el margen de dumping y el daño a los productores nacionales. Si el daño

se debe a otras causas o a varias causas no habrá sanción, es decir que no existe dumping por el solo hecho de haberse acreditado un margen de dumping.

1.1.2.6. Decisión del exportador

La decisión del exportador de realizar el dumping es un elemento que no es tomado en cuenta por las normas internacionales o nacionales en materia de dumping, pero que sí es observado en un análisis económico. La acción de llevar a cabo el dumping es luego que el exportador ha evaluado su futuro accionar, sus consecuencias y la reacción de sus competidores.

Para cualquier empresa, en general, es importante decidir el precio de los productos, ya que dicho precio le permitirá gozar o no de la aceptación de los consumidores. La empresa fijará su precio de venta en una cantidad que le genere un margen de ganancia y el costo total promedio de producción más los gastos. En el caso del dumping, el accionar de la empresa exportadora es muy particular (p.e. al tratarse de dos mercados nacionales distintos).

El exportador que realiza el dumping es quien decide, unilateralmente, fijar un precio de venta que no cubre los gastos ni los costos de producción ni mucho menos le otorga una ganancia; por el contrario (inicialmente) el precio dumping le ocasionará pérdidas. El precio de exportación, como ya señalamos, es fijado por debajo del costo, a fin de que la mercancía exportada ingrese al mercado del país importador en mejores condiciones (aunque no leales).

La fijación de precios por el exportador se da luego de hacerse una comparación entre su futuro precio final, los precios de los productores nacionales y los de los otros exportadores competidores. El análisis de sus futuros precios (y los precios de los competidores) es uno de los elementos tomados en cuenta por un empresario, entre otros elementos considerados (p.e. calidad del producto, el servicio post venta, etc.).

1.1.2.7. Factor atributivo de responsabilidad del exportador

Un elemento que tampoco es analizado por las normativas internacionales ni por las nacionales es el factor atributivo de responsabilidad de las acciones o decisiones del exportador en materia de dumping. Nos preguntamos qué factor se debe utilizar, el objetivo de la actividad riesgosa o el factor subjetivo basado en el dolo (consciencia y voluntad) del exportador.

Para las normas antidumping, esta práctica representa la ejecución de una actividad desleal en el comercio internacional, actividad que en principio tiene todas las condiciones o potencialidades para provocar un daño en los competidores. La actividad es riesgosa, ya que el GATT y las normas nacionales han considerado al dumping como una práctica mercantil condenable, en la medida que genere un daño o incluso una amenaza de daño. La realización de esta práctica no es permitida, por lo que es ilegal salvo disposición en contrario (p.e. en el caso de la regla mínimis).

El análisis del dumping se facilita con el empleo de un factor atributivo objetivo. Este es el criterio que (implícitamente) ha sido tomado en cuenta por la normativa internacional del GATT de 1994 (al igual que el GATT de 1947 y los anteriores Códigos GATT antidumping) ya que toma en cuenta el precio de exportación, valor normal y margen de dumping, sin considerar la intensión del exportador.

No obstante que el criterio adoptado es el objetivo, ello no impide considerar que en la mentalidad del exportador puede existir el deseo de causar un daño a la producción nacional (intensión predatoria). En la mente del exportador está presente el deseo de ingresar al mercado del país del importador en condiciones artificiales al vender a un precio por debajo de sus costos totales promedio.[12] El no considerar un elemento subjetivo es lo que ha

[12] Por ejemplo, en la responsabilidad extracontractual, si bien me valgo de un bien riesgoso como un arma de fuego o un automóvil (factor objetivo), uno puede además tener la intensión de lesionar o matar a una persona (factor subjetivo de dolo); en éste caso la responsabilidad será mayor ya que concurren dos factores:

facilitado la aplicación de las normas antidumping, ya que el análisis básicamente se centra en una comparación de precios.

Nosotros compartimos el criterio objetivo adoptado por la regulación internacional y las nacionales; ello se debe a la facilidad del análisis y dado que la investigación de dumping se basa en un tipo de responsabilidad extracontractual muy especial (en la mayoría de los casos el ente encargado de las investigaciones es un ente especializado). Sin embargo, las investigaciones antidumping no tienen la lógica de los procesos de responsabilidad civil extracontractual, a pesar de estar basadas en los elementos de acción, relación de causalidad y daño.

1.1.3. Derechos antidumping

Los derechos antidumping son las medidas impuestas para contrarrestar los efectos nocivos del dumping, efectos que se dan en el mercado del importador y que afectan a la industria nacional. Los derechos antidumping buscan corregir la distorsión creada por el exportador, pero sin embargo no lo sancionan directamente por realizar el dumping.[13]

Se puede afirmar que los derechos antidumping mas que una sanción (la cual debería de ir dirigida en principio contra el exportador) son medidas correctivas ya que su función es restablecer el valor normal al cual deben de ingresar los bienes importados y de esa forma no se amenace o cause daño a la industria nacional.

---

el objetivo y el subjetivo, lo que ocurre es que es muy difícil probar el factor subjetivo.
La dificultad de la probanza del factor subjetivo en el exportador de productos a precios dumping o inferiores ha sido uno de los argumentos para descartarlo y usar sólo criterios objetivos en el análisis (factor objetivo).

[13] Si bien la decisión de exportar mercancías a precios inferiores a los costos totales promedio ha sido tomada por el exportador, quien debe pagar los derechos antidumping es el importador (parte compradora en la compraventa internacional). El importador no necesariamente ha estado de acuerdo con el exportador en hacer ingresar las mercancías a precios dumping. En los casos de vinculación entre empresas, se puede responsabilizar directamente tanto al exportador como al importador.

Los derechos antidumping buscarían corregir el margen diferencial en el precio de exportación, en comparación con el valor normal. La corrección genera un aumento del precio de exportación a fin de que represente la suma de los costos fijos, costos variables y un margen de utilidad.

No obstante lo indicado, los derechos antidumping no serán percibidos por el industrial nacional afectado a título de indemnización del daño que le han causado los bienes importados a precio dumping (como sería en el modelo clásico de la responsabilidad extracontractual: acción, factor atributivo, relación de causalidad, daño e indemnización).

Por el contrario los derechos antidumping generan un beneficio para el Estado vía su percepción (como ingresos fiscales no tributarios) y un aumento en la base imponible de la liquidación por importación definitiva (mayor ingreso por derecho ad valorem, Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo de ser el caso).

1.1.4. Aspecto geográfico: venta de productos hacia un mercado del exterior vía exportación

Para la realización del dumping es necesario que existan dos mercados nacionales distintos, el mercado de origen y el mercado de destino. El primero de los mercados se ubica en el país del exportador,[14] el segundo mercado se localiza en el país del importador.[15]

La preexistencia de dos mercados nacionales distintos y separados es lo que permite realizar la discriminación de precios ya que p.e. una misma mercancía es exportada al país X a un precio distinto del país Y (siendo X e Y países similares y con iguales costos de exportación). Por efectos de la discriminación de precios, un mis-

[14] También se le puede llamar «mercado de origen del producto», ello es con la finalidad de evitar confusiones y entender la práctica del dumping.

[15] Al cual también podremos llamar (para efectos de entender el dumping) «mercado de destino».

mo bien ofertado por una misma empresa, tiene dos precios reconstruidos distintos, un precio es el precio de exportación y el otro es el precio doméstico.

En uno de los mercados se cubren los costos totales promedio y se genera una ganancia (ello ocurre en el mercado doméstico), en cambio en el mercado de exportación el precio dumping no cubre la totalidad de los mismos. No existe la posibilidad de que los productos ofertados en el mercado de exportación regresen al mercado doméstico, ya que ello sería negativo para la estrategia del dumping.

Por lo antes señalado se puede afirmar lo siguiente:

El dumping (generalmente) se da en las compraventas internacionales de bienes o mercancías (podría pensarse teóricamente en un caso de comercio compensado con dumping). Esta práctica supone que el proveedor o exportador se encuentre en el exterior y participe en dos mercados distintos.

En esta práctica internacional desleal, el bien debe en primer lugar salir de un mercado vía el régimen aduanero de la exportación definitiva y luego ingresar al mercado del importador vía la operación de importación definitiva. En dicha operación se cobrará un arancel (cuya finalidad en el comercio internacional no es tributaria sino de equiparar las condiciones de dos mercados distintos que tienen realidades macro económicas distintas) y el bien importado podrá comercializarse al interior del país importador.

Se debe resaltar la existencia de dos mercados nacionales distintos, como requisito para que se produzca el dumping. De no existir mercados nacionales distintos[16] no podría hablarse de una

[16] Por ejemplo en los procesos de integración como se verá mas adelante (llámese procesos de desgravación o Acuerdos bilaterales, zonas de libre comercio, uniones aduaneras o mercados comunes) propiamente no existen importaciones ni exportaciones entre los Estados Miembros ya que las transacciones se consideran ventas internas en materia del comercio de productos y prestación de servicios; a diferencia de las exportaciones de servicios; con lo cual al no haber operaciones de exportación, importación ni pago de aranceles no se dan las condiciones para

transacción del comercio internacional ni mucho menos de una exportación e importación con cobro de un arancel por nacionalización de la mercancía (en este caso mercancías en condiciones dumping).

El supuesto del dumping es muy distinto al supuesto de las restricciones a la libre competencia. Los actos de abuso de posición de dominio, en especial el caso de los precios predatorios, son supuestos que se presentan con sujetos y operaciones llevadas a cabo en un mismo mercado (nacional o comunitario) vía comercio de mercancías o de servicios; en cambio el dumping supone dos mercados distintos.

1.1.5. Sujetos

En torno al problema del dumping intervienen directa o indirectamente las siguientes personas o entidades.

1.1.5.1. El exportador desleal

Quien ejecuta el dumping normalmente es una empresa o persona jurídica (aunque podría ser una persona natural comerciante pero solo a nivel teórico) privada, mixta o estatal. El agente activo puede realizar solo exportaciones o también ventas internas en su propio mercado nacional o doméstico; de realizar solo exportaciones la discriminación será entre dos o más mercados del exterior.

El exportador es quien discrimina los precios entre los distintos mercados en los que participa, decide a que precio se deben vender las mercancías al exportarlas, aunque dicho precio no cubra los costos totales promedio.

---

un dumping sino que podrían darse las condiciones para una práctica restrictiva de la libre competencia como se verá mas adelante y será materia de un profundo análisis en el presente trabajo. Cuando señalamos mercados nacionales distintos, también incluimos al mercado comunitario como un solo mercado a pesar de incluir varios mercados nacionales.

1.1.5.2. El importador

La contraparte del exportador que interviene en la transacción internacional como sujeto pasivo o deudor es el importador. El importador puede ser una persona natural o jurídica, aunque normalmente se presentan casos de importadores con personería jurídica. Esta parte debe estar ubicada en un mercado nacional distinto al de su contraparte.

Es el importador quien posibilita la realización del dumping, es él quien nacionalizará en el mercado de destino los bienes que dañarán a la industria nacional y/o competidores extranjeros que también concurran en dicho mercado (otros exportadores que no venden a precios dumping, como en el caso del dumping a favor de un tercer país).

El importador puede o no, conocer que el precio ofertado por el exportador (y sobre el cual se da el acuerdo comercial) es un precio inferior a lo que vendría a ser el valor normal (o precio leal). El importador no puede presumir la existencia del dumping, ya que se presume la buena fe (aunque en algunos casos el importador pueda notar grandes diferencias entre distintos precios de varios exportadores).[17]

La normativa internacional y la nacional no consideran (expresamente) si el importador conoce o no que se está llevando a cabo una práctica desleal de comercio internacional como el dumping. Las normas sobre la materia no toman en cuenta si existe o no complicidad entre exportador e importador, solo toman en cuenta la diferencia entre el precio de exportación y el valor normal en el curso de operaciones normales.[18]

---

[17] Un importador que esté vinculado económica, jurídica o comercialmente al exportador (p.e. que la empresa importadora sea una sucursal o empresa subsidiaria de la empresa exportadora).

[18] La legislación internacional (exactamente el artículo 2 del Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del GATT de 1994) se pone en el supuesto de operaciones comerciales normales para analizar el dumping; por lo que podrían existir justificantes para un menor precio que el precio normal al que no se vende, como por ejemplo sería el caso de un cliente que siempre ha comprado o descuentos

El importador será, al finalizar el procedimiento antidumping, quien tendrá que cumplir con el pago de los correspondientes derechos, haya conocido o no, la existencia del dumping. El importador además deberá pagar mayores tributos por la nacionalización de las mercancías importadas y deberá recalcular sus precios de venta internos.

Aparte de lo señalado, debe considerarse que generalmente es el importador quien también se encarga de la comercialización de los bienes que ha importado; es decir que venderá internamente el bien «a precio dumping» luego de la nacionalización. Al comercializar internamente los bienes importados contará con una ventaja atribuible al precio dumping; venderá las mercancías a un precio muy competitivo ya que sus costos (que esencialmente se basan en el precio de importación) han sido bajos debido a la práctica dumping realizada por su proveedor (el exportador).

1.1.5.3. El competidor-industria nacional

Al ingresar los bienes importados a precios inferiores o dumping a un mercado de destino (país del importador) se daña en primer lugar a los industriales nacionales y en segundo lugar a los otros exportadores e importadores que participan en dicho mercado.

La normativa internacional y la nacional solo le conceden a un número significativo o representativo de los productores nacionales, la legitimación activa para iniciar una investigación por dumping.[19] En el caso del Perú la legislación nacional ha considerado como rama significativa de la producción nacional una representación de por lo menos 20% para que se pueda interponer una denuncia de dumping.

---

comerciales por liquidación de temporada o por pronto pago; en dichos casos lo que se justificaría sería un precio menor pero que cubriese el costo, u otro motivo razonable para la discriminación (y no una motivación unilateral como en el caso del dumping).

[19] El artículo 4 del Acuerdo Multilateral sobre Dumping de 1994 precisa el concepto de rama de la producción nacional.

Las regulaciones de la OMC y la nacional no han reconocido legitimación activa a los importadores competidores ni a los exportadores (lo que no debe confundirse con el supuesto de dumping a favor de un tercer país)[20] que también podrían ser afectados o amenazados con un daño en su participación en el mercado de destino por la existencia de dumping.

No obstante lo señalado, encontramos una contradicción en los artículos 2 y 10 de la Decisión N.º 283 (normativa supranacional de la Comunidad Andina) ya que dichas normas permiten denuncias formuladas por una empresa o empresas que tenga legítimo interés, ello significa otorgar legitimidad activa a un exportador ubicado en un País Miembro que se ve afectado por el dumping. Los supuestos de la Decisión 283 están en el artículo 2 incisos B y C que son de aplicación cuando el mercado de destino está ubicado en uno de los Países Miembros de la CAN.

A lo señalado debe agregarse que la nueva Decisión 456 otorga legitimación activa a varios sujetos, en especial a las asociaciones de consumidores, a pesar de que ello no ha sido dispuesto por el GATT. Además, el Acuerdo antidumping de 1994 prevé la figura de los derechos antidumping en favor de un tercer país, y se otorga legitimidad activa a la autoridad del país exportador.

1.1.5.4. El ente

Quien realiza la investigación del dumping no solo la conduce sino que también puede iniciarla de oficio. El órgano u organismo (dependiendo el caso de cada legislación) especializado será el que declarare la existencia o no del dumping luego del respectivo estudio de los precios de exportación y valor normal.

En el caso del Perú el ente encargado es el INDECOPI por intermedio de la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios.

---

[20] En el caso del Dumping a favor de terceros países previsto por el Acuerdo de 1994, la legitimidad para solicitar los derechos antidumping la tiene la autoridad del país exportador afectado y no los particulares exportadores (ver el artículo 14 del Acuerdo antidumping multilateral de 1994, en especial los dos primeros puntos).

En el caso de la Comunidad Andina la investigación y sanción de ser el caso es llevada a cabo por la Secretaría General (antes Junta del Acuerdo de Cartagena). En la Unión Europea la investigación se da por intermedio de la Comisión Europea, entidad que aplica las normas comunitarias a los casos particulares.[21]

1.1.5.5. Los consumidores

Los consumidores finales, en especial los que adquieran bienes comercializados a precios dumping, pueden estar ubicados en distintos mercados.[22] Para el dumping, como ya hemos indicado, existe un mercado de origen (país del exportador) y un mercado de destino (país del importador), en ambos mercados existen dos grandes grupos de consumidores.

Cuando se realiza la práctica desleal del dumping, en primer lugar se afecta a los consumidores del mercado doméstico ya que son ellos quienes pagan mayores precios por un mismo bien, respecto al precio en el mercado de exportación.[23] En segundo lugar y de manera indirecta se afecta a los consumidores del mercado de destino o país del importador ya que ellos son atraídos por una distorsión de precios, la cual generalmente es temporal.

---

[21] Como se verá mas adelante en el presente trabajo, en los procesos de integración de Estados es necesario contar con entes especializados que resuelvan procesos de dumping o de libre competencia, los cuales emitirán un pronunciamiento en la vía administrativa; pudiendo incluso ser cuestionadas dichas decisiones en la vía judicial nacional, comunitaria o especial dependiendo de la opción legislativa que se tome.

[22] Por consumidor en principio se entiende a una persona natural de cualquier condición social, edad, sexo o nivel cultural; pero nada impide que un consumidor sea una persona jurídica (aunque quien en la realidad emplee o tenga contacto físico con el producto sea siempre una persona), por ejemplo una persona natural no consume latas pero el producto latas como insumo es consumido por la empresa dedicada a la producción de conservas por lo que las personas jurídicas o entes son también consumidores.

[23] Para llevar a cabo el dumping en un mercado de destino, el exportador cuenta previamente con consumidores ubicados en su propio mercado de origen; ellos son los que deben de pagar precios muy altos por el mismo bien que es exportado. El exportador compensa las pérdidas del mercado de destino con las cuantiosas ganancias del mercado doméstico.

La distorsión creada cesará cuando el exportador haya logrado una participación en dicho mercado y eleve sus precios no solo a los valores normales, sino que incluso puede decidir considerables alzas a fin de recuperar las iniciales pérdidas que esta práctica le originó. El exportador incluso puede llevar a cabo actos de abuso de la posición de dominio detentada tanto en el mercado de exportación como en el de destino (la misma que obtuvo luego de eliminar a la competencia).

El análisis antes realizado nos demuestra que el dumping no solo afecta a un grupo de consumidores ubicados en el mercado de destino y a los industriales nacionales, también afecta a los consumidores del mercado de origen o mercado doméstico.[24]

1.2. Restricciones a la libre competencia o antitrust (en particular el caso del precio predatorio)

1.2.1. Definición de competencia

La libre competencia es un principio que debe regir el mercado. Ella tiene sus orígenes en la revolución francesa que buscaba la libertad de acceso al ejercicio de actividades, es decir sin restricciones. Este principio llega a plasmarse en distintas Constituciones, debido principalmente a la promulgación de la Constitución

[24] Para algunos el problema del dumping se podría solucionar con la aplicación de medidas de libre competencia en el mercado de origen, ya que no se puede permitir que los consumidores de dicho mercado paguen precios muy altos por un producto solo con la finalidad de permitirle al exportador vender el mismo producto en el exterior a un precio muy inferior o precio dumping (ello supondría impedir que discrimine precios en dos mercados).
En lo personal creemos (y será parte del análisis del presente trabajo) que el problema del dumping no puede ser solucionado con medidas en el mercado de origen sino que se debe recurrir a los derechos antidumping o en todo caso a medidas que se den en el mercado de origen del producto. Por ejemplo, si el exportador opta por vender a precio inferior durante un tiempo y luego de haber eliminado a los competidores o adquirido una posición de dominio decide elevar los precios a fin de recuperar las pérdidas iniciales ocasionadas por el vender a precios dumping, quien se ve afectado es el consumidor del mercado de destino y no el del mercado de origen que puede estar pagando precios normales en su mercado).

de Weimar dada en Alemania, llamada también la primera constitución económica.

Como lo señala un distinguido jurista europeo,[25] la libre competencia supone la presencia de tres requisitos:

a.- La libertad de iniciativa o acceso a la economía o mercado propiamente.

b.- La libertad de determinar el modo, condiciones, formas o circunstancias de la actividad que se va a desarrollar.

c.- La igualdad de los competidores (como agentes económicos y como sujetos) ante la Ley.

La primera libertad es condición para poder ejercitar las otras dos, ya que para ejercerlas primero se debe acceder al mercado. La segunda significa poder elegir las condiciones del acceso o ingreso al mercado. La última es la igualdad de todos los agentes que concurren en un mercado en particular.

Solo cuando concurren los tres requisitos recién se puede hablar de la existencia de libre competencia. La violación al primer requisito implicaría una limitación del acceso al mercado y la ausencia del último requisito representaría una discriminación entre competidores sin sustento objetivo sino por el contrario arbitrario.

La libre competencia supone libertades para dos actores, el consumidor y el productor (demandantes y ofertantes). Con relación al primero se busca permitir que tenga la libertad de elección de bienes o servicios en un mercado (lo cual asegura su demanda). En el caso del productor también se busca asegurar su libertad de elegir, para poder desarrollar su actividad de ofertante en el mercado, decidiendo que bienes ofrece y las condiciones de la oferta.

---

[25] Al respecto puede consultarse la página 125 del libro *Manual de Derecho Mercantil* de BROSETA PONT, Manuel, publicado por Editorial Tecnos, Madrid, décima edición, 1994.

Luego de conocer las implicancias y conceptos de las tres libertades, es preciso determinar qué se entiende (o debe entender) por competencia.

Existen dos tipos de competencia la competencia perfecta y la imperfecta. La primera (competencia pura) parte de los supuestos económicos teóricos y considera que los precios, en un mercado, sólo se determinan por el cruce de una oferta y demanda;[26] el segundo tipo de competencia no considera tal cruce en abstracto.

En los mercados de todo el mundo, del pasado y en especial en la actualidad, no se han dado las condiciones para la existencia de una competencia perfecta; ello debido a los actos de los propios comerciantes. Son los competidores quienes fijan sus precios en función de sus costos (y también de sus estrategias comerciales) y no lo realiza el mercado en abstracto. Los precios deberían de bajar si los productores fuesen más eficientes, ya que tendrían menores costos; pero ello no ocurrirá si el productor ofertante goza de una posición privilegiada en el mercado y abusa de ella.

En vista de la ausencia de la competencia perfecta, lo que ha existido siempre es la llamada competencia imperfecta o practicable.

El segundo tipo de competencia parte de la existencia de un grado de competitividad entre las empresas (proveedores u ofertantes) que concurren en un mercado. Esta última origina ciertas distorsiones naturales en el mercado, a diferencia de las distorsiones artificiales creadas por el propio empresario con fines restrictivos, los cuales no son aceptados por la libre competencia.

Un mercado con competencia imperfecta debe ser supervisado por el Estado para que las distorsiones creadas por los ofertantes no dañen a los otros agentes que participan en él, consumidores y

[26] «[...] hablan los economistas clásicos de competencia perfecta o pura, para describir una teórica situación del mercado, en el que por su propia estructura ninguna empresa o grupo de empresas se encontraba en situación de influir sobre los precios, los cuales habían de ser, además, el resultado perfecto del libre juego de la oferta y de la demanda. El mercado, y dentro de él los consumidores, es soberano, pues es en definitiva el que fija los precios». *Ibídem*, p. 124.

productores competidores. El Derecho de la Competencia o Derecho Antitrust es la rama del Derecho que estudia las prácticas restrictivas de la libre competencia y da las alternativas de regulación.

1.2.2. El derecho de la competencia

Existe una rama del Derecho denominada Derecho de la Libre Competencia, aunque en realidad es una disciplina del llamado Derecho del Mercado como acertadamente lo señala un destacado jurista nacional.[27] Esta disciplina busca regular el comportamiento de los actores en el mercado, en especial el comportamiento de los productores u ofertantes de bienes o servicios. La libre competencia tiene como finalidad asegurar que las transacciones que se llevan a cabo en un mercado no sean objeto de restricciones ni discriminaciones unilaterales, la razón para ello es que las restricciones son contrarias a un libre mercado.

Una de las distorsiones a la libre competencia en un mercado es el *trust*. La palabra *trust* es de origen inglés y significa un acuerdo basado en la confianza. Para el Derecho dicha palabra tiene dos acepciones, su primera acepción se refiere a una figura del derecho bancario (que para algunos es equivalente al fideicomiso); su segunda acepción es la que se relaciona con el Derecho de la Competencia.

Para la segunda acepción, *trust* significa un monopolio o restricción a la libre competencia que se da en base de un acuerdo entre agentes económicos, en virtud del cual los competidores pueden p.e. repartirse el mercado por espacios geográficos o temporadas.

---

[27] «[...]Tal como fuera señalado anteriormente las disciplinas que conforman el Derecho del Mercado son: el Derecho de la Libre Competencia; el Derecho de la Represión de la Competencia Desleal y el Derecho de la Protección al Consumidor. Lo complementan el Derecho de la Propiedad Intelectual (en sus dos vertientes: Derecho de Autor y Derecho de la Propiedad Intelectual) y el Derecho de la Publicidad». DIEZ CANSECO NUÑEZ, Luis. «Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica», *Thémis*, N.° 36 segunda época, Lima, 1997, p. 41.

Las normas antitrust o antimonopolio son las que combaten las restricciones a la libre competencia.

Los acuerdos o prácticas restrictivas son distorsiones u obstáculos artificiales que son creados por el empresario y afectan el mercado en general, comprendiendo tanto a los consumidores como a las empresas que participan en él. Uno de esos obstáculos es la práctica predatoria (o precios predatorios), otro caso es la discriminación de precios (éste último caso incluye la especie del subsidio cruzado).

1.2.3. Tipos de restricciones a la libre competencia

Existen diversos tipos de prácticas restrictivas de la libre competencia, pero para efectos de una clasificación ellas pueden ser agrupadas en tres tipos:

a.- Actos de Abuso de Posición de Dominio

b.- Fusiones o Concertaciones

c.- Acuerdos Restrictivos de la libre competencia

Para los fines de la presente obra y a fin de establecer una relación entre las normas antidumping y las normas antitrust nos es de particular interés las prácticas del primer tipo, por lo que es necesario analizar los otros dos sub tipos: el precio predatorio y la discriminación de precios.

1.2.3.1. El precio predatorio

1.2.3.1.1. Definición

Dentro de las prácticas restrictivas de la libre competencia se dan los casos de abuso de posición de dominio (o dominante) en el mercado. A su vez, dentro de los casos de abuso tenemos la especie de la práctica predatoria, práctica asociada a los casos de precios predatorios.

El precio predatorio es un tipo de práctica anticompetitiva que consiste en un abuso de la posición de dominio detentada por un ofertante. La práctica consiste en la eliminación de los competidores por medio de una estrategia de precios inferiores al costo variable promedio o ventas a pérdida.

El agente predador se basa en su posición de dominio para eliminar a los competidores. Luego de haber eliminado o reducido a los competidores, el predador buscará mayores ganancias aprovechándose de los consumidores cautivos del mercado relevante, quienes no tienen otras opciones de oferta.

1.2.3.1.2. Elementos

A.- Posición de dominio

La posición de dominio en un mercado existe cuando una empresa puede actuar en el mercado de manera independiente, prescindiendo de sus competidores, clientes o proveedores. Para lograr la posición de dominio la empresa se valdrá del grado de participación que ella tenga en el mercado (esta debe ser significativa). La empresa también podrá valerse de su tecnología, medios de distribución, patentes y las características propias de la oferta o la demanda (inelástica o elástica) del bien.

Para determinar una posición de dominio deben analizarse dos elementos: el mercado relevante y el nivel de concentración en el mercado. El primero es determinado geográficamente (o en función del territorio donde se comercializan los bienes) y en función de los bienes sustitutos (no solo los bienes similares al producto ofertado sino otros posibles sustitutos). El segundo representa el porcentaje de participación en el mercado relevante que la empresa detenta.[28]

[28] Para entender los conceptos de mercado relevante y nivel de concentración se debe ver lo señalado al respecto por BULLARD, Alfredo «¿Dejar competir o no dejar competir? He ahí el dilema», *Thémis*, N.° 36, Lima, 1997.

B.- El abuso de la posición de dominio

Cualquier empresa al desarrollar su actividad mercantil, planifica su accionar. Si la empresa cuenta con una posición de dominio debe examinar si sus decisiones son o no naturales y ellas violan las disposiciones legales generales y en especial las regulaciones antitrust. La actividad mercantil de una empresa puede estar o no acuerdo con las disposiciones legales.

El abuso de la posición de dominio supone el quebrantamiento de las condiciones que garantizan la libre competencia y por ende una violación de la ley. El ordenamiento jurídico no permite que una empresa, como resultado de su actividad mercantil, obtenga beneficios mientras que paralelamente causa perjuicios a terceros al hacer uso de su posición.

Los actos de abuso son prohibidos y sancionados por las legislaciones nacionales de defensa de la competencia (salvo las excepciones legalmente previstas). Una situación de abuso se materializa cuando una o más empresas, con posición de dominante en el mercado, actúan en el de manera indebida y contraria con el principio de la libre competencia.

El abuso genera mayores beneficios a las empresas dominantes, pero origina (o amenaza causar) perjuicios a otros, los medianos ó pequeños competidores y los consumidores. Existe una relación entre abuso de posición de dominio y los daños al orden económico.

C.- Aumento de beneficios y generación de perjuicios

La empresa que cuenta con una posición dominante (al igual que cualquier otra empresa) busca incrementar sus ingresos (en el corto o largo plazo), los beneficios de ella a su vez representarán los perjuicios de otros. Al ser perjudicado el orden económico, competidores y consumidores, el Estado vía el Derecho de la Competencia debe intervenir a fin de garantizar una competencia entre los agentes del mercado y que se respeten condiciones, dere-

chos y/o libertades mínimos. Al darse los actos de abuso, la libertad de elección de los consumidores es afectada.[29]

La fijación abusiva,[30] no cuenta con un sustento objetivo, ella se lleva a cabo cuando el competidor disminuye artificialmente el precio de venta de sus productos o bienes a fin de ganar o consolidar una posición en el mercado rápidamente.

El precio predatorio es un precio muy inferior a los costos totales promedio, no se sustenta en la eficiencia de la empresa, en el prorrateo de sus costos entre el total de bienes producidos ni en alguna razón objetiva (p.e. el caso de los descuentos por promoción o precios introductorios o descuentos por temporada o pronto pago). La única explicación del precio predatorio es la consolidación del predador y la eliminación o daño a los competidores.

1.2.3.1.3. Particularidades del precio predatorio

Aparte de la existencia de una posición de dominio, el abuso de la misma, el mercado relevante, la participación significativa de la empresa y la búsqueda de beneficios propios y perjuicios a otros; el precio predatorio cuenta con los siguientes elementos particulares.

A.- El precio inferior

El precio inferior es un elemento aparentemente objetivo pero difícil de determinar, sobre todo si se tiene en cuenta los distintos métodos contablemente aceptados para determinar los costos (p.e. costeo ABC, por absorción, promedio). El precio final debería re-

---

[29] «[...] un daño a los competidores que no afecte o perjudique a los consumidores es un daño que no nos deberá de preocupar, pues podría ser considerado como un simple daño concurrencial [...]. Si los consumidores se benefician de los esfuerzos de una empresa por desplazar a otra del mercado, entonces podríamos calificar el daño ocasionado a los competidores como uno concurrencial, y no como un caso de abuso» *Ibídem*, p. 73.

[30] «Una de las formas mas corrientes de conducta abusiva es lo que suele denominarse como fijación abusiva de precios. Las empresas observan tal conducta para eliminar a las empresas competidoras, a fin de mantener o consolidar una posición de dominio». DIEZ CANSECO NUÑEZ, Luis. *Ob. cit.*, pp. 50 y 51.

presentar la suma del total de costos más un margen de ganancia. Las excepciones legales son las justificaciones objetivas, otros argumentos no son legalmente aceptados y representan una distorsión anticompetitiva.

Para que el precio inferior sea considerado como predatorio, se toma como base del análisis el concepto de costo variable marginal, pero como este no puede ser determinado se emplea el costo variable promedio.

El costo variable promedio es el resultado de la suma del total de costos variables asumidos durante la producción del bien materia de análisis; dicha suma es dividida entre el total de unidades producidas. Si el precio de venta no cubre el costo variable promedio, se afirma que existe un precio inferior.

Los costos variables aumentan en forma proporcional al número de unidades que se producen; si el precio de venta no llega a cubrir el costo promedio variable se estaría ante un precio inferior que no cuenta con una justificación objetiva (como p.e. precios de introducción o remate de mercadería), y ello necesariamente origina pérdidas para el productor.

El elemento precio inferior (precio que no cubre el costo medio variable) debe ir acompañado del abuso de una posición de dominio, ya que si el predador no cuenta con dicha posición, se consideraría un riesgo aceptable (riesgo concurrencial). Las normas antitrust solo buscan sancionar prácticas abusivas que restringen la competencia (no se sancionan las prácticas que promueven la competencia). Estrategias empresariales, como las luchas de precios por reducciones de costos, son perfectamente válidas y son permitidas por la libre competencia, en la medida que no representen actos de abuso.

B.- La intencionalidad

Es el elemento subjetivo el que explica el móvil del competidor, eliminar a la competencia o en todo caso causarle un grave daño y

a su vez lograr obtener beneficios para él, como consecuencia del daño o eliminación del competidor.

Como ya se había indicado, hay decisiones que son aceptadas como naturales en un mercado (p.e. la eficiencia de producción, la novedad del producto, el ser único o irremplazable); pero existen acciones artificiales realizadas por los propios agentes que no son aceptados ya que son anticompetitivas.

Si la intensión del productor es dañar a la competencia, ello representa la negación de las libertades que deben darse en el mercado y de las que gozan todos los agentes. El daño a la competencia vía la restricción también significa una limitación o negación de los derechos de los propios competidores que sí respeten las reglas de la libre competencia.

La intencionalidad supone dolo, elemento subjetivo que es muy difícil de probar, es por ello que se opta por el elemento objetivo como p.e. la existencia de un precio inferior artificial; ya que es difícil saber qué estaba en la mente del productor. En el caso del dumping no se ha dispuesto el requisito de la intensión (por parte del exportador) de causar un daño. Las normas «antidumping» no han considerado tal requisito; por lo que probar la práctica del dumping es mucho más fácil ya que no se tiene que determinar la existencia de intensión de dañar a la industria nacional.

La intencionalidad en la práctica del precio predatorio es una característica esencial ya que la empresa predadora busca eliminar a los competidores y luego aprovecharse de los consumidores, configurándose un acto de abuso de posición de dominio.

Las empresas antes de decidir el precio de venta de sus productos, volúmenes, costos y otros puntos, realizan estudios previos (planeación), tanto del mercado en el cual participan, como de sus competidores. Las empresas también toman en cuenta sus propias metas en el largo, mediano o corto plazo. El agente predador compara los precios de sus competidores con sus futuros precios, estima sus pérdidas y sus futuras ganancias una vez que elimine

a los competidores, también estima el tiempo que le demandará la estrategia.

C.- Objeto: servicios y bienes

La práctica del precio predatorio puede llevarse a cabo tanto en el comercio de servicios como en el de bienes o mercancías. Existe una diferencia con el dumping, figura que solo se presenta en la comercialización internacional de mercancías.

Un prestador de servicios (p.e. en el servicio de las telecomunicaciones, o el servicio de construcción) puede igualmente bajar el precio o costo del servicio en forma artificial con la finalidad de eliminar a sus competidores en el mercado del servicio de telecomunicaciones. De la misma forma un productor de bienes tangibles (p.e. pollo) puede vender el bien por debajo de sus costos variables promedio.

D.- Mercado o espacio geográfico

A diferencia del dumping, en los precios predatorios la práctica restrictiva se realiza al interior de un mercado; por lo que no se dan exportaciones, importaciones ni la discriminación de mercados que sí se presentan en el dumping. El precio predatorio se lleva a cabo por medio de la venta interna de mercancías o servicios; es por ello que estas prácticas suponen un comercio interno.

No obstante lo indicado en el párrafo anterior, debemos señalar que las prácticas predatorias pueden darse también en un mercado ampliado resultante de un proceso de integración vía el comercio internacional entre Países Miembros. En el caso de precios predatorios en mercados ampliados, son mas de uno los países involucrados por lo que debe decidirse qué tipo de norma se adopta para su control.

E.- Sujetos

Al igual que en el caso del dumping, la práctica restrictiva de la libre competencia cuenta con sus actores:

1.- Los competidores. Esta vez se trata de competidores locales, competidores del mercado y producto-bien o servicio-(idéntico o sustituto).

2.- Los consumidores. Son los que son mal informados o engañados por la práctica y no podrán hacer una libre elección en el mercado. En un inicio se benefician con la lucha de precios, pero luego son presionados por el agente con posición de dominio quien obtiene mayores beneficios.

3.- Los organismos u órganos encargados de proteger el mercado y sanciona. En el caso de Perú es el INDECOPI por intermedio de la Comisión de Libre Competencia quien decide aplicando básicamente el Decreto Legislativo 701. En el caso de la Comunidad Andina es la Secretaría General, entidad que aplica la Decisión N.° 285, en especial los artículos 3, 4 y 5-A.

F.- Otros factores[31]

En la estrategia de precios predatorios, la empresa predadora también toma en cuenta otros factores.

1.- Costos altos de reingreso al mercado predado

Los costos altos de reingreso al mercado predado tienen su razón de ser en analizar si a los futuros competidores del predador triunfador les será costoso o difícil el ingreso al mercado que ha sido predado. Si la empresa predadora puede mantener por mucho tiempo la posición ganada, obtendrá mayores beneficios que le permitan recuperar las pérdidas que sufrió al realizar la estrategia del precio predatorio.

2.- Duración de la predación

Si la empresa puede predar a sus competidores en poco tiempo, menores serán sus pérdidas; si por el contrario el tiempo es largo, sus pérdidas aumentarán pudiendo llegar incluso a fracasar la

[31] Al respecto puede consultarse BULLARD, Alfredo. *Ob. cit.*, pp. 76 y 77.

estrategia predatoria ya que se superaron las pérdidas estimadas. El tiempo es computado desde el inicio de la estrategia predatoria hasta cuando la empresa deja de realizar dicha práctica.

3.- Potencialidades de la empresa para solventar sus pérdidas

La empresa para poder llevar a cabo la predación, puede obtener mayores ganancias en la venta de otros productos distintos, de esa forma logra sostener la predación. También puede obtener ingresos en otros mercados nacionales exteriores o vía empresas vinculadas económicamente, todo depende de su capacidad económica.

1.2.3.2. Discriminación de precios

1.2.3.2.1. Definición

La discriminación de precios es otro tipo de práctica anticompetitiva o restrictiva de la libre competencia, basada en un abuso de posición de dominio. Por medio de esta, una empresa oferta el mismo producto a precios o condiciones distintas a distintos consumidores o demandantes.

Lo condenable en este tipo de práctica no es la diferencia de precios para un mismo producto ofertado, lo que se sanciona es la diferenciación unilateral y arbitraria que hace el ofertante entre todos sus consumidores o clientes, siempre que no exista una justificación para los precios distintos. La condena es solo contra las empresas que tienen una posición de dominio.

Las normas antimonopolio buscan asegurar el bienestar de los consumidores, lo que supone que ellos sean tratados con igualdad por los ofertantes, salvo que existan justificaciones o circunstancias que ameriten un trato desigual. Permitir un trato discriminatorio y arbitrario supondría permitir a las empresas ofertantes

realizar actos abusivos; es por ello que existen las normas antitrust.[32]

La práctica de la discriminación, en un caso, puede basarse en una venta por debajo de los costos. En otro caso se efectúan ventas por encina de los costos, con la diferencia que los consumidores no son tratados de la misma forma, a unos se les cobra más que a otros sin una justificación.[33] [34]

Un caso particular de actos de discriminación es el de los subsidios cruzados (de productos o mercados). Los subsidios cruzados son también un acto de abuso de posición de dominio en los que se obtienen simultáneamente (cruce) ganancias brutas y pérdidas brutas, el resultado final son ganancias netas a favor de la empresa. El cruce de ganancias y pérdidas se da mediante dos o más productos o mercados distintos.[35]

Luego de las consideraciones antes expuestas, nuestra definición sobre discriminación de precios es la siguiente:

---

[32] «Otro caso de abuso de posición de dominio, que podría estar vinculado con una política de precios predatorios, es la discriminación de precios y condiciones en el mercado. Como la mayoría de casos de abuso en la legislación antimonopólica general, la discriminación es una práctica sujeta a la regla de la razón, es decir una práctica que solo será licita si se demuestra que tiene efectos no deseados en el mercado, y en particular en el bienestar de los consumidores». *Ibídem*, p. 79.

[33] En este caso no se busca eliminar a los competidores, solo se busca aprovecharse de los consumidores obteniendo ganancias distintas; p.e. ganancias del 10% para un grupo y ganancias del 20% para otro grupo.

[34] «Fijación de precios por debajo del costo para eliminar los competidores. Una de las formas mas corrientes de conducta abusiva es lo que suele denominarse como fijación abusiva de precios. Las empresas observan tal conducta para eliminar a las empresas competidoras, a fin de mantener o consolidar una posición de dominio. Cuanto mayor sea la diversificación de las actividades de la empresa en cuanto a productos y mercados y sus recursos financieros, mayor será su capacidad para observar una conducta abusiva». DIEZ CANSECO NUÑEZ, Luis José. *Ob. cit.*, pp. 50-51.

[35] Son especies o casos de discriminación los siguientes:
a.- Discriminación nacional.
b.- Discriminación internacional.
c.- Los subsidios cruzados.

Es una práctica anticompetitiva, en la cual los precios de venta finales no reflejan la totalidad de costos del bien o servicio ni un margen de ganancia. Ella daña a los competidores, quienes pierden su participación en el mercado.

Para que pueda darse la discriminación, el agente activo que realiza la restricción a la libre competencia debe contar previamente con una posición de dominio en uno o más mercados relevantes (mercado territorial y productos), ello le permite hacer frente a las pérdidas originadas en las ventas por debajo del costo. Las normas solo sancionarán los actos de abuso de dicha posición.

La discriminación de precios es incluso condenada cuando la empresa que detenta la posición de dominio solo obtiene ganancias ya que lo condenable de la práctica es que dos grupos de consumidores son tratados de manera desigual sin existir justificación para tal accionar del ofertante.

Dos ejemplos nos demuestran lo que hemos afirmado:

Si el costo total promedio es de S/. 10.00, la empresa no puede vender al consumidor A en S/. 12.00 y al consumidor B en S/. 20.00. También se incurre en discriminación cuando la empresa decide vender el producto al consumidor A en S/. 22.00 y al consumidor B en S/. 7.00.

La discriminación de precios debe ser condenada ya que no es el resultado de la eficiencia de la propia empresa; por el contrario ella es artificial y restrictiva del libre comercio ya que se elimina la competencia al darse un precio irreal (o en todo caso se abusa del consumidor o demandante), o en todo caso dos o más grupos de consumidores son tratados con desigualdad.

1.2.3.2.2. Discriminación de mercados y productos

La discriminación de precios (o de condiciones de comercialización) puede realizarse vía mercados o vía productos. En el primer caso se trata de una práctica desarrollada por una misma empresa (o incluso vía empresas subsidiarias o vinculadas económica-

mente) en dos o más mercados separados (mercados de dos países distintos). Uno de los mercados es «cerrado» por lo que existen dos grupos separados de consumidores. Los consumidores de los distintos mercados no son tratados de igual forma, los de uno de los mercados pagan menos por el mismo bien.

En el segundo caso existe una diferenciación no por medio de los mercados sino vía productos. La empresa discriminante oferta una variedad de bienes y/o servicios a distintos consumidores, algunos de ellos serán comercializados a precios inferiores al costo total promedio y generarán pérdidas, paralelamente otros productos ofertados por la empresa generarán ganancias. El resultado final de la práctica es una utilidad neta a favor de la empresa ya que ella ha abusado de los consumidores de un tipo de producto (el producto que generaba cuantiosas ganancias).

La particularidad de la discriminación de precios es que esta práctica puede tener un efecto nacional o internacional. La discriminación no necesariamente está circunscrita al comercio nacional; es por ello que con relación al dumping se señala que es una discriminación internacional de precios. Otro ejemplo es el de los subsidios cruzados de mercados (cruce de ganancias y pérdidas entre dos mercados distintos).

1.2.3.2.3. Intensión de predación

En la práctica de discriminación de precios, la empresa puede tener distintos objetivos, entre los cuales podemos mencionar los siguientes:

a.- Predación de los competidores.

b.- Desarrollo de nuevos mercados.

c.- Desarrollo de nuevos productos.

En el primero de los objetivos, la práctica anticompetitiva afecta en primer lugar a los competidores (nacionales o extranjeros). Luego de reducir la participación de los competidores (o haberlos

eliminado), el agente activo de la discriminación dirigirá su accionar contra los consumidores. Cuando la empresa decide subir sus precios incurre en un acto de abuso de posición de dominio, este acto deberá ser sancionado.

En el segundo de los objetivos la empresa, sobre la base de su posición de dominio en un mercado determinado, busca incursionar en otros mercados para lograr una mayor demanda (suma de las demandas de cada uno de los mercados en los que participa). En este caso la empresa desde un inicio comete actos de abuso de posición en el primer mercado, es por ello que no necesita aprovecharse de los nuevos consumidores del nuevo mercado. En esta estrategia, la empresa puede tener pérdidas en el segundo mercado, pero ellas serán compensadas con las ganancias provenientes del primer mercado.

Para la segunda finalidad no es necesaria la predación ya que la empresa no busca como fin último eliminar a los competidores ubicados en el nuevo mercado; ella solo busca ampliar sus mercados para aprovechar los beneficios de las economías de escala. Los consumidores del primer mercado sufren los perjuicios mientras que los consumidores del segundo mercado disfrutan los beneficios irreales de la práctica anticompetitiva.

En el tercer caso, la empresa busca expandir su negocio vía una diversificación de productos; no busca ampliar su mercado territorialmente sino ampliar la variedad de su oferta. Para lograr tal meta la empresa puede optar por una estrategia de subsidio cruzado de productos. En este caso el actor parte de una posición de dominio respecto de un producto y tiene una participación pequeña (o no tiene una participación) en el mercado del producto que va a introducir con precios distorsionados.

Un ejemplo del último caso es el siguiente:

Por las ventas de un producto «A» la empresa obtiene ganancias y al mismo tiempo obtiene pérdidas por la venta de un producto «B»; sin embargo el resultado es positivo ya que la empresa diversifica

sus operaciones al contar con varios productos que puede ofertar, se captan distintos tipos de consumidores.

Lo negativo y condenable de la práctica, es que los consumidores en general no son tratados de igual forma por la empresa monopólica (no hay una justificación válida). Por efectos de la práctica varias empresas competidoras y eficientes ofertantes del producto «B» serán dañadas e incluso saldrán del mercado a pesar de ser eficientes.

1.2.3.2.4. Justificantes

Las normas antitrust no buscan sancionar prácticas comerciales eficientes o justificadas, ya que ellas van en beneficio directo de los consumidores. Algunas estrategias empresariales están permitidas en la medida que respondan a la eficiencia y a una justificación objetiva. En estos casos los beneficios disminuyen el margen de ganancia mas no dejan de cubrir los costos.

Uno de los justificantes es el caso de las compras por volúmenes, en ellas es tradicional otorgar descuentos en el precio a clientes habituales que compran grandes cantidades de productos a una empresa proveedora. Otro caso es el de compras al contado, en el cual el descuento es otorgado solo a quienes paguen al contado y no al crédito.

Una empresa puede alegar distintas causas para justificar la diferencia de precios respecto de sus clientes, pero lo que no es un justificante en las prácticas de discriminación de precios es que se venda el producto por debajo del costo (venta por debajo del costo). Las normas antitrust consideran como ventas por debajo del costo las ventas por debajo del costo variable promedio.

La existencia de ventas por debajo del costo sería la punta del *iceberg* de una posible práctica restrictiva de la libre competencia, salvo que la empresa demostrase una justificación para ventas en esas condiciones.

Por lo indicado, puede afirmarse que un criterio a tenerse presente al analizar una práctica de discriminación es evaluar si los diferentes precios cubren o no los costos; aunque la discusión sería qué tipo de costo promedio debe tomarse en cuenta, el costo variable promedio o el total promedio. Creemos que para los casos de ventas por debajo del costo debe cambiarse el criterio de análisis y no permitir ventas por debajo del costo total promedio.[36]

Somos de la opinión de no aceptar discriminaciones de precios basadas en discriminación de los costos fijos; ello no nos parece aceptable ya que puede provocar alguno de los siguientes resultados:

a.- Se fomentan las prácticas anticompetitivas sobre todo en actividades que por su propia naturaleza tienen altos costos fijos.

b.- Se fomentan los precios irreales.

c.- En el corto plazo los consumidores son beneficiados, pero en el largo plazo las empresas que discriminan sus costos fijos, se tornarán en ineficientes, pudiendo incluso llegar a situaciones de pérdida e insolvencia.

Un justificante aceptado es el referido al precio de mercado, este es un caso particular ya que el precio de venta es igual al precio fijado en abstracto por el mercado. El caso del precio fijado por el mercado ocurre p.e. con los *commodities*, los cuales tienen un precio internacional, el cual al subir y bajar podría no cubrir los costos.

Otro justificante de las prácticas de discriminación de precios, desde el punto de vista de las normas antimonopolio, es cuando el sujeto activo de la práctica carece de una posición de dominio en un mercado. En este caso, no es ilegal permitir discriminaciones de precios hechas por pequeñas o medianas empresas que

[36] Reconocemos que el debate entre optar por el costo variable promedio o el costo total promedio es un tema discutible, ya que para algunos el costo debe ser el variable promedio a fin de incentivar la competitividad.

no tuviesen una posición de dominio en un mercado relevante (posición en un mercado de origen, de destino, ambos o una posición de dominio en un tercer mercado distinto al de origen y al de destino).

Por lo expuesto podemos afirmar que si la práctica de ventas por debajo del costo o discriminación de precios no tiene justificantes, entonces ella debe ser sancionada ya que afecta a los competidores, consumidores (sistema económico en general) y es ineficiente.

1.2.3.2.5. Relación de causalidad

La práctica de la discriminación de precios al igual que otras prácticas restrictivas parte de una relación causa-efecto, es por ello que se afirma que debe existir una relación de causalidad que las vincule. La conducta de la empresa al decidir vender por debajo del costo (acción) debe tener una relación con el daño a los competidores (la acción afecta negativamente a los competidores).

Al analizar la presunta práctica monopólica debe distinguirse entre las distintas acciones o hechos que podrían estar dañando a las empresas competidoras como p.e. su propia ineficiencia, una práctica de subsidio estatal, mejor calidad de los competidores, etc.

Para que se apliquen las normas antitrust sobre discriminación de precios la autoridad competente debe determinar que la práctica restrictiva atribuible a la empresa infractora es la que causa daño (o la amenaza). En los casos en los que el daño se deba a diversas causas, no habría una sanción[37] ya que el daño no solo se ha debido a la discriminación.

Algunos casos de discriminaciones de precios no son fáciles de analizar, por lo que la relación de causalidad debe determinarse en función de todos los actos de la empresa. Como ejemplo de lo indicado ponemos el caso de una empresa que obtiene simultá-

[37] Aunque algunos podrían señalar que el daño total sufrido por la empresa sea distribuido entre las distintas causas.

neamente ganancias y pérdidas por ventas de distintos productos o por las ventas del mismo bien en mercados diferentes.

1.2.4. Similitudes y diferencias entre el precio predatorio y la discriminación de precios con la figura del dumping

El dumping es considerado como una discriminación internacional de precios por medio de la cual existen dos precios distintos para un mismo bien. Uno de los precios es para el mercado doméstico y el otro (el precio de exportación) es para el mercado de destino. La práctica se lleva a cabo en por lo menos dos mercados distintos y separados, uno de ellos es cerrado y el otro abierto.

Para nosotros el dumping es una práctica restrictiva de discriminación de precios, con la particularidad de que ella se desarrolla en el comercio internacional y en mercados nacionales distintos y separados. Nuestra afirmación la hacemos a pesar que el dumping ha sido calificado como una práctica desleal del comercio internacional. Las razones para afirmarlo son diversas:

a.- Existen diferencias injustificadas entre dos precios, los cuales en el caso del dumping se llaman precio doméstico y precio de exportación. El precio doméstico cubre los costos totales promedio en lugar de que dichos costos se distribuyan entre el total de la producción.

b.- Para que se presente un caso de dumping deben existir dos mercados distintos, lo cual lo asemeja al subsidio cruzado de mercados.

c.- Tanto el dumping como la discriminación de precios responden a una decisión de una empresa ofertante.

d.- Ambos tipos de prácticas generan un daño a los competidores, entre ellos a los productores nacionales.

e.- En ambos casos un grupo de consumidores sufre las consecuencias negativas de la práctica ya que pagan más por un mismo bien.

No obstante las similitudes entre el dumping y la discriminación de precios, entre ellas existen diferencias:

a.- Un tipo de prácticas está regulado por normas antitrust y el otro por normas antidumping.

b.- En el caso de la discriminación de precios, es lícito que los precios de venta sean superiores al costo variable promedio aunque no se cubran los costos fijos promedio. Para el dumping los precios deben reflejar los costos totales promedio más un margen de ganancia.

c.- Para las normas antidumping existe un análisis distinto al empleado por las normas antitrust, ya que tiene sus propios criterios dispuestos por el artículo 2 del Acuerdo de 1994. En los casos de discriminación legalmente no se han establecido criterios similares.

d.- Las normas antitrust del tipo discriminación de precios toman en cuenta una protección amplia o general (que protege tanto a los consumidores como a los productores - industriales y al sistema económico en abstracto). En cambio, bajo el supuesto de dumping solo se busca proteger a los industriales ofertantes.

e.- Las normas antitrust contra discriminaciones buscan la eficiencia, en cambio las normas antidumping han encubierto proteccionismos ineficientes.

f.- El dumping no solo responde a una estrategia de discriminación de precios sino que también puede deberse a una práctica de precios predatorios o incluso al llamado «dumping eventual» (este último tipo no es anticompetitivo ya que al ser esporádico genera competencia con los industriales nacionales y beneficia a los consumidores).

g.- El dumping se controla con normas especiales, nacionales o supranacionales, las cuales están supeditadas a lo dispuesto por el GATT (y ahora por la OMC). Estas normas existen en vista que las normas antitrust no pueden aplicarse en el extranjero (aunque

para la teoría de los efectos de las prácticas restrictivas, es posible una aplicación por actos originados en el exterior).

h.- La discriminación de precios puede llevarse a cabo respecto del comercio bienes o servicios (comercio nacional o internacional); en cambio el dumping solo puede darse en el comercio internacional de bienes (mercancías).

A pesar de las diferencias, también existen semejanzas entre el dumping y la práctica restrictiva de la discriminación de precios, ambas son prácticas anticompetitivas. La práctica de la discriminación puede ser nacional o internacional, a diferencia del dumping que solo es internacional.

No obstante las diferencias en los criterios de análisis de las normas antidumping y antitrust (p.e. la existencia de una posición de dominio es tomada en cuenta por el segundo tipo de normas, mientras que no es considerada por el primer tipo), algunos destacados especialistas (que iremos señalando) plantean que las normas antimonopolio pueden suplir a las normas antidumping. En el segundo capítulo analizaremos la suplementariedad o complementariedad entre ambos tipos de normas, tomando como base sus diferencias y semejanzas.[38]

[38] Incluso, como veremos en el capítulo 2, algunos autores han planteado la adopción de Código antitrust internacionales como solución a la suplementariedad o complementariedad.

Capítulo Segundo

PROCESOS DE INTEGRACIÓN, MERCADOS Y SU RELACIÓN CON LAS NORMAS ANTIDUMPING Y ANTITRUST

2.1. Tipos de procesos de integración[39]

2.1.1. Convenios bilaterales-libre comercio (desgravación o liberalización de aranceles)

Un antecedente de los procesos de integración entre Estados que se han venido y vienen aún presentándose son los llamados desmantelamientos o desgravación de aranceles, los cuales se logran mediante la suscripción de Convenios bilaterales o incluso multi-laterales. Mediante estos Tratados, los Estados acuerdan reducir los aranceles que gravan las importaciones de mercancías entre ellos, la finalidad es ampliar y mejorar significativamente el intercambio comercial.

En los Acuerdos Internacionales pueden ocurrir dos supuestos: el de la liberalización comercial y el de las preferencias arancelarias. En el primer caso estamos frente a una desgravación o eliminación del arancel (arancel 0) para el comercio entre los Estados Parte (condicionado p.e. por partidas arancelarias, geográfica o temporalmente). En el segundo caso existe un arancel mayor a 0 pero

---

[39] Al analizarse cada uno de los procesos de integración internacional, se debe tener presente un concepto que será indicado en la mayoría de ellos: el territorio aduanero, este concepto representa al espacio geográfico total o parcial de un país y que comprende dos zonas, la primaria y la secundaria. La primera de las zonas comprende los recintos aduaneros, espacios acuáticos (marítimo o fluvial) o terrestres destinados o autorizados para las operaciones de desembarque, embarque, depósito o movilización y donde se desarrollan operaciones aduaneras. La segunda zona es el resto del territorio nacional que no está incluido en la primera zona. Para obtener mayor información sobre el tema del derecho aduanero y los procesos de integración puede consultarse GALERA RODRIGO, Susana. *Derecho Aduanero Español y Comunitario*. Madrid: Editorial Civitas, 1995. Muchos de los conceptos referidos a los procesos de integración y mercados están desarrollados en distintos libros sobre comercio internacional y Derecho Aduanero.

ralmente). En el segundo caso existe un arancel mayor a 0 pero inferior al cobrado a las importaciones provenientes de terceros países que no son parte del Convenio.

La suscripción de Tratados de desgravación entre Estados genera como efecto directo un aumento de las balanzas comerciales de las Partes, tanto en su parte activa como en la pasiva, ya que aumentan las importaciones y exportaciones.

La eliminación del arancel (o en todo caso otorgar un arancel preferencial a los bienes originarios de los Países Miembros) generará en primer lugar un aumento del número de consumidores, ya que un mismo bien tendrá demandantes tanto en el mercado interno de uno de los Estados como en el de la contraparte. En segundo lugar, se generará un mayor nivel de competencia que redunda en beneficio de los consumidores, si es que se trata de un mismo producto o productos similares sustitutos.[40]

Todo Acuerdo o Convenio (bilateral o multilateral) de desgravación deberá desarrollar los siguientes puntos:

a.- Una lista de las mercancías o productos objeto de la desgravación o liberación comercial. Se deberán indicar expresamente los números de la o las partidas arancelarias.

b.- El periodo de vigencia (en caso que la medida sea temporal) de la liberalización o desgravación.

c.- El tipo de arancel otorgado. En los Acuerdos bilaterales se podrá disponer un arancel equivalente a 0. El Tratado puede incluso solo disponer el otorgamiento de un arancel preferencial mayor a 0 pero inferior al que se cobra a las importaciones provenientes de terceros países.

d.- En el caso de las preferencias arancelarias, usualmente se exigen condiciones para el ingreso de las mercancías (o productos) p.e.

---

[40] Si la desgravación es respecto de bienes complementarios los beneficiarios serán los productores y los consumidores.

la disposición de lugares por donde deben ingresar los bienes o los periodos en los cuales deben ingresar para gozar de la preferencia.

e.- Normalmente se requiere que se acompañe un certificado de origen que indique y pruebe que la mercancía es de procedencia de uno de los Estados parte del Tratado. En el Convenio bilateral o multilateral se indicarán los requisitos del producto para ser considerado como de origen nacional de un Estado contratante.[41]

En el caso del Perú, algunos Convenios de desgravación arancelaria han sido acordados al amparo de lo dispuesto por las Decisiones 321 y 414 del Acuerdo de Cartagena (hoy Comunidad Andina) y de la Resolución N.° 506 (que regula los requisitos específicos de origen para el intercambio comercial entre el Perú y los demás Países Miembros de la Comunidad Andina). También existen otros Convenios suscritos en el marco del ALADI (desgravaciones parciales).

El marco jurídico peruano sobre desgravación está dispuesto en el Decreto Legislativo N.° 560 - Ley del Poder Ejecutivo, y en el Decreto Ley 25831-Ley Orgánica del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales. Para el caso particular del intercambio comercial entre Perú y Bolivia se han aprobado las siguientes normas: D.S. 015-92-ITINCI, D.S. 022-92-ITINCI y el D.S. 030-92-ITINCI, por medio de estas normas el

[41] El certificado de origen es un requisito exigido no solo en los Acuerdos bilaterales sino que también es exigido en procesos de integración como zonas de libre comercio, unión aduanera o mercado común.
En el certificado de origen se señalan los componentes o materias integrantes del producto y sus respectivos porcentajes y procedencia a fin de ser verificado si el producto es considerado de origen de un Estado contratante. En el ejemplo hipotético de un acuerdo bilateral entre Canadá y China se puede señalar que para que un producto sea considerado como de origen chino o canadiense se puede indicar como condición que el porcentaje de componentes nacionales (incluida la mano de obra) sea de por lo menos 60% (o incluso señalarse la condición de un grado de transformación que implique un cambio de partida arancelaria como condición); de esta forma se impide que al amparo del beneficio otorgado ingresen p.e. al mercado chino productos de origen alemán al tener solo un porcentaje de origen canadiense del 40 ó 59%.

Poder Ejecutivo aprobó el Acuerdo Comercial suscrito entre los gobiernos de Bolivia y Perú.[42]

El proceso de desgravación o liberalización arancelaria es paulatino y en el caso del Perú está ligado y basado en un proceso de integración (sea la Comunidad Andina o los Acuerdos de alcance parcial del ALADI). Los Acuerdos (bilaterales o multilaterales) de desgravación son el primer acercamiento entre los Estados, y normalmente son seguidos por la suscripción de un Tratado de integración.[43]

2.1.2. Zonas de libre comercio

Una zona de libre comercio o llamada también área de libre comercio es un proceso de integración que busca perdurar en el tiempo y supone una mayor negociación entre los Estados. Es el proceso más elemental, ya que es anterior a la unión aduanera, el mercado común y otros modelos más complejos.[44]

Los elementos fundamentales de la zona de libre comercio son los siguientes:

a.- La abolición o eliminación del cobro de los aranceles en la zona, para el comercio entre los Estados Partes del Acuerdo de zona de libre comercio.

b.- La permanencia o mantenimiento del cobro de los aranceles por parte de los Estados en sus relaciones comerciales con No Miem-

---

[42] Al revisarse estos Decretos Supremos se puede observar como parte integrante de los mismos, los anexos que contienen las listas de productos con sus respectivas partidas arancelarias y el requisito de los certificados de origen.

[43] El Perú tiene otros Acuerdos Bilaterales denominados Acuerdos de Alcance Parcial y que se han dado al amparo del ALADI con otros países de la región (p.e. con Uruguay puede destacarse el caso de los productos de origen vacuno); por lo que no solo se tiene como base a la normativa supranacional de la Comunidad Andina.

[44] «En una zona de libre comercio, las tarifas arancelarias son abolidas, manteniendo eso sí, cada País Miembro sus propias tarifas arancelarias para ser aplicadas al comercio con terceros países». ESCALANTE ROMERO, José. *Tratados y Convenios Aduaneros Internacionales*. Lima: Ediciones Joanha, 1992, p. 33.

bros (en los montos o alícuotas de arancel que fije cada Estado según su propia legislación interna).[45]

Esta aparente discriminación que se hace entre Estados Miembros y No Miembros no atenta contra el libre comercio de bienes, el principio de la nación más favorecida (en adelante NMF) ni contra la igualdad de trato entre naciones (estos dos principios son tutelados por la OMC y se encuentran regulados por el GATT desde 1947). La legalidad de la discriminación entre Estados es excepcional, siempre que ella esté basada en la existencia de una unión aduanera, zonas de libre comercio o un mercado común[46].

Un distinguido jurista europeo, luego de analizar la definición de zona de libre comercio dada por el artículo XXIV párrafo 8.b) del GATT: «grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales se eliminan los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas [...]con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originados de los territorios constitutivos de dicha zona de libre comercio»;[47] señala lo siguiente:

> «[...] la zona de libre comercio tiene asignados objetivos más limitados que la unión aduanera ya que, por su parte, en el plano interno, pretende exclusivamente la supresión de los derechos de aduana y demás restricciones físicas y aduaneras a los intercambios, como las exacciones de efecto equivalente, las restricciones cuantitativas y las medidas de efecto equivalente, en lo que se refiere únicamente a los productos originarios de la zona

[45] Esto supone que cada Estado, en sus relaciones comerciales de importación con los Estados No Miembros de la zona es libre de fijar un arancel, el cual no tendrá necesariamente que ser igual al fijado por otro Estado Miembro; mientras que cada Miembro en sus relaciones comerciales con terceros Estados aplicará su legislación interna, en las relaciones comerciales con otros Estados Miembros aplicará la legislación internacional (el tratado de zona de libre comercio) no cobrando en estos casos arancel.

[46] Para entender mejor lo antes indicado se deben revisar tanto el Acuerdo General sobre aranceles y Comercio de 1947 como el de 1994.

[47] MATERA, Alfonso. *El Mercado Único europeo. Sus reglas, su funcionamiento.* Madrid: Editorial Civitas, 1991, pp. 54-55.

y, por otra parte, en el plano externo, la protección no tiene carácter uniforme».[48]

Lo antes indicado es cierto ya que la zona de libre comercio concede beneficios comerciales y aduaneros a los Estados Miembros, y dentro del territorio de dicha zona. Los beneficios no se extienden a otros Estados, por lo que cada Miembro tiene la libertad de aplicar sus normas nacionales y sus propias políticas aduaneras y comerciales a las importaciones de No Miembros.

En los modelos de zona de libre comercio, no se obliga a los Países Miembros a aplicar un arancel externo común frente a terceros países, lo que sí se exige en el caso de las uniones aduaneras, proceso en el cual los Miembros protegen el sector externo de la zona respecto del comercio exterior con terceros países.

Nuestra definición de zona de libre comercio es la siguiente:

Es un proceso de integración económica que afecta a los Países Miembros, y tiene su origen o sustento en la suscripción de un Tratado. El elemento material o geográfico son los territorios aduaneros dentro del cual (interior de la zona) se suprimen los derechos aduaneros o aranceles y otras medidas restrictivas al comercio exterior.

Para regular el comercio con terceros países, los Miembros de la zona de libre comercio mantienen sus propios aranceles para cada partida arancelaria. El comercio con la extra zona está regido no por el Tratado de integración sino por la legislación interna de cada Miembro.

De la definición dada se deben destacar los siguientes elementos:

a.- El grupo de territorios aduaneros (elemento material), los cuales no necesariamente coinciden con el territorio de cada País Miembro. Puede establecerse en el Acuerdo solo determinadas regiones de cada país.

---

[48] *Ibídem*, p. 55.

b.- La supresión de aranceles y medidas de restricción al comercio internacional de bienes (mercancías) al interior de la zona; dicho comercio será regulado por el propio Tratado o Acuerdo que crea la zona y sus modificatorias o anexos.

c.- Una zona interior y un área exterior. Solo al interior de la primera se materializan los beneficios.

d.- La existencia de derechos arancelarios nacionales de los Miembros que son aplicados al comercio exterior con Países No Miembros; ellos tienen como sustento jurídico la legislación interna de cada Miembro.

e.- Los Acuerdos de zona de libre comercio, por lo general, tienen vocación de permanencia en el tiempo y buscan incluir a todo tipo de productos o mercancías.[49]

Al igual que en los procesos de liberalización o desgravación, para gozar de los beneficios del comercio al interior de la zona, se exige acompañar un certificado de origen del bien para identificarlo como un producto especial o con beneficios. En el Acuerdo también se han pactado normas de origen para señalar las condiciones de expedición de los certificados.

Las zonas de libre comercio generan una mejora en el intercambio comercial entre los Miembros. Al tener una vocación de permanencia, las zonas de libre comercio buscan asegurar la libertad de circulación de las mercancías entre los Estados Parte, libertad que supone la ausencia de restricciones a las importaciones.

En el Tratado de zona de libre comercio, aparte de la eliminación de los aranceles, también pueden prohibirse los derechos antidumping, medidas para arancelarias o subsidios, en la medida que afecten el comercio internacional en la zona. La razón para la elimi-

[49] La existencia de una zona de libre comercio supone un proceso evolutivo en el tiempo y en el que se vayan introduciendo o aumentando el número de productos por partidas arancelarias, con el fin de llegar a incluir al universo de ellas al finalizar la implementación de la integración.

nación de los derechos antidumping es evitar «restricciones»[50] al comercio intra zona o comercio entre Miembros y aprovechar los beneficios de la integración (ellos son un tipo particular de restricción, si es que incurren en una sobre protección de la industria nacional).

A manera de ejemplo, señalamos el caso de la Comunidad Andina, que en la actualidad es en parte zona de libre comercio para algunas partidas arancelarias en las que no se cobran derechos de importación. En la CAN no es total la eliminación de los aranceles ya que no comprende al universo de partidas arancelarias. La integración andina no es plena ni óptima a pesar del tiempo transcurrido y la meta de constituir un mercado común como el de Europa.

El tema de las zonas de libre comercio nos será de importancia al analizar procesos como el ALCA, el G-3, el NAFTA, entre otros modelos que optan por ese tipo de integración; por lo que es importante tener presente su definición y fines.

2.1.3. Uniones aduaneras

Las uniones aduaneras toman los mismos elementos que el proceso de integración del tipo zona de libre comercio y le añaden el elemento del arancel externo común. Los Países Miembros deberán cobrar el arancel externo común en sus relaciones comerciales de importación definitiva de bienes o mercancías prove-nientes de Países No Miembros.[51]

La hoy Unión Europea (y antes llamada Comunidad Económica Europea) tomó como uno de sus fundamentos la existencia de una unión aduanera en la cual no solo se aprobase la eliminación de los

---

[50] Los derechos antidumping si bien son medidas legales correctivas (como lo señalan las normas y la doctrina), ello puede significar una restricción en la práctica si son mal empleadas o se hace un abuso de ellos (en pro de la sobre protección de las industrias nacionales).

[51] «[...]una de las formas básicas de integración económica, a través de la cual se realiza la sustitución de dos o más territorios aduaneros por un solo territorio aduanero y se aplica un solo instrumento arancelario común para el comercio con terceros países». ESCALANTE ROMERO, José. *Ob. cit.*, p. 98.

aranceles entre los Estados Miembros, sino también la adopción de un arancel externo común. El modelo europeo también ha considerado necesaria la eliminación de las medidas de efecto equivalente para no distorsionar el comercio entre los Estados Miembros, ello se extrae de una lectura del artículo 9 párrafo 1 del Tratado de la Comunidad Económica.[52] [53]

Nuestra definición de unión aduanera es la siguiente:

Es la unión o fusión de dos o más territorios aduaneros en uno solo, dentro del cual se suprimen los derechos arancelarios o medidas equivalentes entre los Miembros. Los integrantes de la unión se comprometen a aplicar un arancel externo común en sus transacciones de comercio exterior con terceros Países No Miembros. La unión aduanera obliga a que sus integrantes se repartan los aranceles cobrados a terceros y que se dé una política comercial externa común.[54]

---

[52] «La Comunidad se basará en una unión aduanera, que abarcará la totalidad de los intercambios de mercancías y que implicará la prohibición, entre los Estados miembros, de los derechos de aduana de importación y exportación y de cualesquiera exacciones de efecto equivalente, así como la adopción de un arancel aduanero común en sus relaciones con terceros países». Parte del artículo 9 del Tratado de la Comunidad Económica Europea citado por MATTERA, José. *Ob. cit.*, p. 53.

[53] «[...]la unión aduanera, que se recoge entre los fundamentos de la Comunidad, supone, por una parte, la eliminación de los derechos de aduana entre los Estados miembros y de toda exacción de efecto equivalente. La supresión (de dichos mecanismos) pretende lograr la libre circulación de los productos en el interior de la Comunidad. Debe, por ello, ser tan completa que cualquier traba pecuniaria, administrativa u otra desaparezca con el fin de lograr la unidad de mercado entre los Estados miembros. En virtud de lo dispuesto por los artículos 18 a 29 del Tratado, la unión aduanera implica, por otra parte, el establecimiento de un arancel aduanero único para el conjunto de la Comunidad. Esta unificación arancelaria pretende conseguir la igualación de las cargas arancelarias que soportarán en las fronteras de la Comunidad los productos importados de terceros países y toda distorsión en la libre circulación interna o en las condiciones de competencia». *Ibídem*, pp. 53-54.

[54] MARCEAU, Gabrielle. *Anti dumping and Anti trust issues in Free Trade Areas*, p. 168, señala que en la unión aduanera se debe dar una eliminación de los aranceles entre los Miembros y la adopción de una política comercial externa común: «Una unión aduanera es un Acuerdo de Estados donde las medidas comerciales entre los Estados Miembros son eliminadas, los Miembros adoptan una política comercial externa común, y donde la renta por aranceles es repartida».

Como elementos de la unión aduanera tenemos:

a.- La fusión de varios territorios aduaneros en un único territorio.

b.- La abolición del arancel al interior del territorio de la unión y por ende entre los Miembros (abolición para el comercio intra zona).

c.- La existencia de un arancel externo común y política arancelaria frente a los Países No Miembros (arancel para el comercio extra zona).

d.- El establecimiento de una legislación aduanera y política comercial común entre los Miembros.

e.- La libre circulación de mercancías al interior del territorio de la unión.

2.1.4. Mercado común

Al definir el mercado común se deben tener en cuenta que para este proceso es imprescindible la existencia de cuatro libertades:

a.- Libertad de circulación de mercancías.

b.- Libertad de prestación de servicios.

c.- Libertad de circulación de capitales y

d.- Libertad de circulación de personas.

La primera de las libertades está referida al tráfico o comercio de productos o mercancías al interior del territorio del mercado común; ello supone tener un mercado interno en el cual no se impongan restricciones al comercio. Las únicas restricciones válidas serán las impuestas por razones de salubridad, interés comunitario y del medio ambiente, sin llegar a representar restricciones de efecto equivalente.

En el mercado común debe adoptarse una armonización de derechos e impuestos aduaneros y normas comunes en materia de sanidad, consumo y medio ambiente. Para lograr una plena libertad

de circulación de bienes, deben también eliminarse las medidas para arancelarias, lo cual se ha logrado o está logrando en Europa.

La segunda libertad, referida a los servicios, también parte de la existencia de un mercado interno, a fin que los agentes económicos (personas naturales o empresas) puedan ofertar y prestar sus servicios sin restricciones arbitrarias o contrarias a los fines propios de la integración. Las restricciones válidas son también por razones de medio ambiente, interés comunitario y cuestiones de salubridad, y siempre que ello no implique medidas de efecto equivalente a las restricciones arbitrarias.

Algunos tipos de servicios están relacionados con el tema de circulación de personas, ya que p.e. en el caso de los servicios de consultoría en ingeniería, se deben movilizar profesionales de un país a otro para llevar a cabo los estudios. Otros tipos de servicios están relacionados con la circulación de bienes, p.e. el caso del software por el cual un servicio (el programa) se encuentra en un bien (diskette u otro medio magnético).

La tercera de las libertades se materializa mediante el movimiento de los capitales entre países con distintas divisas, sin restricciones semejantes a las señaladas para los casos de las mercancías y servicios. Podrían darse ciertos controles para la circulación de capitales, p.e. control de lavado de dinero.

La última libertad permite a las personas naturales (en especial los trabajadores) el poder no solo circular físicamente al interior del territorio del mercado común, sino también vivir y disfrutar de las prestaciones sociales en cualquier país en igualdad de condiciones que los nacionales del Estado donde se encuentran.[55]

---

[55] «El mercado común aparece así como un espacio económico común a los Estados que componen la Comunidad, en el marco del cual los ciudadanos y los agentes económicos (ya se trate de personas físicas o jurídicas) deben poder actuar libremente, gozando de los derechos que les reconocen las reglas prevista por el propio Tratado, o establecidas al amparo de las disposiciones de éste, relativas a las cuatro libertades fundamentales de la Comunidad [...].
Las referidas reglas persiguen la supresión de las barreras de carácter estatal que impiden el libre ejercicio de dichas libertades (barreras aduaneras y físicas, barre-

Nuestra definición del mercado común es la siguiente:

Es un acuerdo de integración económica, en donde se garantiza el ejercicio de cuatro libertades de circulación (de las personas, mercancías, servicios y capitales) para los agentes económicos que participan en dicho mercado; a ser ejercidas sin restricciones.

2.1.5. Unión política, económica y social

Este es el modelo más desarrollado de integración y como ejemplo podemos citar la realidad actual de la Unión Europea, en este caso particular no solo se concretizan las cuatro libertades del mercado común, a dicho modelo se han agregado otras particularidades.

La unión política, económica y social es un mercado común al cual se le han sumado la unión o coordinación de las políticas económicas, sociales, comerciales, de defensa, salud, educación, llevadas a cabo por los Estados Miembros de la Unión.

La Unión Europea en la actualidad ha acordado el empleo de una moneda común: el euro, lo que supone la creación de un Banco Central de Reserva Europeo, sumado al requisito de condiciones macroeconómicas similares de sus Miembros. En este modelo existen dos conceptos fundamentales: el de nacionalidad (vínculo entre una persona y uno de los Estados Miembro) y el de ciudadanía europea (que es el vínculo con la Unión Europea). Este último concepto pone de manifiesto la integración social.

El modelo de unión política económica es un nuevo modelo que recién se está implementando, es por ello que no existe un caso ya desarrollado, se debe esperar el resultado del proceso europeo.

---

ras técnicas y comerciales, barreras fiscales, restricciones monetarias [...]». MATTERA, Alfonso. *Ob. cit.*, p. 42.

2.2. Tipos de mercados en la economía mundial

En la actualidad, los bienes y servicios se comercializan en distintos mercados,[56] vía transacciones internas o internacionales. En el caso del comercio internacional este se lleva a cabo p.e. vía la compraventa internacional, ello supone tanto una exportación como una importación y la existencia de dos mercados distintos. La compraventa interna (aplicable al comercio interno) se lleva a cabo en un mismo territorio nacional o un mercado común.

Las actuales prácticas comerciales, sobre todo las que se llevan a cabo en modelos de integración económica, conllevan una vinculación entre los mercados nacionales de los Estados, creándose mercados ampliados en cada proceso como veremos a continuación.

2.2.1. Mercados nacionales

No existe propiamente una definición de mercado nacional; pero analizando donde se localizan y sus elementos, la formularemos.

En un mundo donde cada Estado desea tener plena soberanía y sobretodo autonomía con relación a otros Estados, existirán tantos mercados nacionales como Estados existan. El territorio donde se desarrolla un mercado nacional será el espacio geográfico o territorio de un Estado limitado por las fronteras.

Para la existencia de un mercado nacional, no tiene importancia el modelo político adoptado por el Estado, ya que a pesar de la existencia de subdivisiones políticas (como p.e. los Estados regionales o federales, los cantones u otra forma de división) al interior del país se llevará a cabo un comercio de bienes o de servicios. Un mercado nacional puede estar a su vez sub dividido en regiones geográficas

---

[56] Un mercado en general, el cual debe entenderse como el lugar donde concurren o se desenvuelven tanto las ofertas como las demandas de un producto o servicio; independientemente del lugar o espacio geográfico en que ellas se den.
En un mercado concurrirán distintos agentes económicos: los consumidores (demandantes) y los proveedores de bienes o servicios, entre ellos los productores nacionales (ofertantes).

integrantes del país donde se ubica el mercado nacional (p.e. los mercados del norte, sur, este, oeste y centro de los Estados Unidos).

El mercado nacional supone un tipo de comercio: el comercio interno que se desarrolla dentro del propio mercado interno de dicho Estado; pero también se relaciona con un comercio externo o internacional, ya que en cada país hay exportadores e importadores. En términos económicos estos dos tipos de comercio representan el sector interno y el sector externo de cada país.

En un mercado nacional concurren los siguientes agentes económicos: consumidores, importadores y productores u ofertantes nacionales; a su vez podemos distinguir entre productores para la demanda nacional y productores para la externa (exportadores).

Nuestra definición de un mercado nacional es la siguiente:

Es todo mercado en general que se desarrolla en el territorio de un solo Estado. En el mercado nacional concurrirán tanto los proveedores nacionales como los extranjeros, estos últimos lo hacen vía la importación (relación entre importadores nacionales y exportadores del exterior). Puede a su vez abarcar mercados sub regionales o provinciales; por lo que el comercio interno se desarrolla en todo o parte del mercado nacional.

La oferta nacional y la oferta de bienes importados van dirigidas hacia los consumidores nacionales ubicados en el territorio del mercado nacional. En el mercado nacional pueden existir exportadores nacionales, pero su oferta no tiene una demanda interna sino una externa, por lo que no genera efectos al interior del mercado nacional, a menos que al mismo tiempo sean exportadores y productores nacionales.

De no existir un proceso de integración económica, cada mercado nacional está identificado con cada país; por lo que los límites de los mercados nacionales están dados por las fronteras.[57]

[57] No se debe confundir el concepto de mercado nacional que se plantea en este punto con el de mercado interior. Puede observarse que en cada uno de los merca-

2.2.2. Mercados en los procesos de integración internacional

Los procesos de integración crean un mercado ampliado entre los distintos Miembros, mercado que abarca los territorios de los países integrantes del proceso de integración.

La existencia de un mercado ampliado es compleja, ello se debe principalmente al aspecto territorial, ya que abarca distintos mercados:

a.- Los mercados nacionales por separado.

b.- El mercado ampliado en su totalidad como suma de mercados nacionales.

c.- Una parte del mercado ampliado o suma de dos o varios mercados nacionales.

d.- Las sub divisiones de mercados nacionales al interior de cada Estado.

Por lo indicado, es difícil determinar la posición de dominio de una empresa (o empresas) en los mercados ampliados, ello debido a la amplitud territorial, a la variedad de bienes que se ofertan (la posición se establece también en función de los bienes) y a los distintos agentes económicos que participan. En un mercado ampliado se ofertan distintos tipos de bienes y/o servicios, en todo o parte de su extensión geográfica. Los consumidores se ubican en los distintos

---

dos que analizaremos se podrá encontrar una clasificación de mercado interior y otro exterior. Como lo señala SCHEREIBER, Kristin. *Europa de la A a la Z. Guía de la integración europea*, p. 104, al referirse al mercado interior: «A pesar de que ha pasado ya algún tiempo desde el 31 de diciembre de 1992, fecha límite oficial para la plena realización de mercado interior, en éste capítulo de la historia de la integración europea, que dista mucho de estar cerrado, puesto que el proceso que culminará con la consecución de las cuatro libertades (libre circulación de personas, mercancías, servicios y capital en el mercado único) aún está abierto». Por lo antes indicado podemos afirmar que la existencia de un mercado común, unión aduanero, zona de Libre comercio o mercado nacional no excluye la existencia de dos mercados; el interno y el externo.

Países Miembros y los ofertantes pueden ser comunitarios o extranjeros.

La existencia del mercado ampliado supone distintos tipos de comercio:

a.- Comercio intra zona o comercio entre Miembros.

b.- Comercio extra zona o comercio con No Miembros (el cual comprende el comercio de un solo Miembro o de varios Miembros con la extra zona).

c.- Comercio intra país o comercio con efectos nacionales.

d.- El comercio intra país a su vez puede sub dividirse en comercio provincial, sub regional, departamental, o federal (este último es entre Estados federales).

2.3. Formas de acceso a los mercados

En este punto analizaremos como los productos o mercancías ingresan o acceden a cada uno de los diferentes tipos de mercados planteados en el punto 2.2 (mercados nacionales, zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común, etc.). El ingreso podrá suponer, bien una importación (medio que relacionamos a los casos de dumping) o bien un caso de venta interna (medio que relacionamos a los casos de restricciones a la libre competencia).

2.3.1. Importación

La operación de importación definitiva es un régimen aduanero y presupone la preexistencia de una exportación como contrapartida. En la mayoría de operaciones de importación, el ingreso del bien implica el pago de un arancel, a efectos de la nacionalización de la mercancía. Las operaciones de importación se llevan a cabo entre dos mercados distintos, uno de los cuales se encuentra ubicado en el exterior.

Para el Derecho Aduanero la operación de importación (importación definitiva, a diferencia de la temporal) supone la existencia de:

a.- Dos territorios aduaneros distintos.

b.- El pago de un arancel (salvo que exista un Convenio de desgravación o algún beneficio).

Los temas de la importación, dumping y transacciones internacionales están muy relacionados. Para que se pueda materializar el dumping, debe llevarse a cabo una transacción internacional (usualmente de compraventa internacional), ella a su vez supone una exportación desde el mercado de origen y una importación en el mercado de destino.

En las prácticas dumping el producto o mercancía proviene de un mercado distinto al cual ingresa (territorios aduaneros distintos). En la Unión Europea el dumping y la importación solo se dan respecto de bienes originarios de terceros Estados, los mismos que son territorios aduaneros distintos al de la Unión.[58]

La operación de importación puede a su vez ser sub clasificada en los siguientes tipos:

a.- Importaciones con pago de aranceles (y con restricciones para arancelarias).

b.- Importación sin pago de aranceles pero con restricciones no arancelarias.

c.- Importación sin pago de aranceles y sin restricciones no arancelarias.

En el primer caso, el ingreso de los bienes provenientes de otro país está condicionado al pago de un arancel. El arancel representa una forma de protección de la industria nacional ya que mientras sea muy alto, se encarecerá el precio de los bienes importados; por lo que los productores nacionales cuentan con la ventaja de poder ofrecer bienes a un precio menor. El arancel también equipara las

[58] Para las reglas comunitarias de la Unión Europea, solo habrá dumping cuando el producto provenga de terceros países, No Miembros de la Unión; p.e. televisores provenientes de Corea del Sur a precios inferiores a su valor normal.

distintas realidades macro económicas de los países (exportador e importador).

En el segundo tipo de importación el cobro de arancel entre Miembros ya no existe (luego de un proceso de reducción paulatina y eliminación por partidas arancelarias). Este es el caso del comercio entre Países Miembros de una zona de libre comercio, en donde se ha optado por la eliminación del arancel. Los beneficiados con la eliminación de los aranceles serán los consumidores ya que podrían elegir el bien de mejor calidad, precio o que cuente con otras bondades.

Para poder eliminar el arancel, debe adoptarse una coordinación entre los distintos Miembros. Si la política cambiaria de un Estado Parte (el exportador) fuese distinta a la política del país importador, ello repercutiría negativamente en el comercio entre los Integrantes, ya que una política devaluadora en el país exportador ocasionaría que los bienes exportados dañasen la industria nacional del país importador (al ser mas alto el tipo de cambio en el país exportador).[59]

No obstante la eliminación del arancel entre los Miembros, generalmente siguen vigentes otros mecanismos de protección como los derechos antidumping, salvaguardias y las medidas para arancelarias (licencias, restricciones cuantitativas o cualitativas, autorizaciones, etc.). En el segundo tipo de importaciones aún subsisten estos límites al libre comercio internacional y circulación de mercancías; p.e. los derechos antidumping y las salvaguardias son jurídicamente válidos.

El tercer y último tipo de importación, considera la eliminación de las medidas para arancelarias, o en todo caso limitarlas (como es el caso de las salvaguardias). Se busca no crear distorsiones al comercio internacional (ni al interior de un mercado ampliado) ni limitar la libre circulación de bienes. Un aumento en el número de

[59] Como ejemplos de los riesgos de políticas cambiarias distintas entre Países Miembros tenemos el caso del comercio de Brasil y Argentina luego de la crisis o efecto caipirigna; en menor medida tenemos el caso de Ecuador - Colombia luego de las medidas económicas adoptadas en Ecuador que han elevado el tipo de cambio.

procesos antidumping podría representar una exagerada y negativa protección de las industrias nacionales; por lo que deben controlarse los excesos de las restricciones no arancelarias.

La decisión de eliminar o no el arancel y las medidas para arancelarias le corresponde a cada gobierno, así como la decisión de decidir ser parte o no de un proceso de integración. Cada Estado será el que decida los tipos de importación que desea mantener con terceros países y sus condiciones, esta decisión será parte de su política macro económica.

2.3.2. Venta interna

La venta interna está relacionada con el comercio interno de un país o al interior de un mercado común (según la clasificación planteada en el presente trabajo).

Como ejemplo de venta interna señalamos el caso de las transacciones comerciales en el mercado ampliado de la Unión Europea, los agentes económicos (ofertante y demandante) participan en el mercado interno (comunitario) de la Unión. El comprador y el vendedor independientemente del lugar de pago o de la nacionalidad, condición de persona natural o condición jurídica de los agentes, son actores del mercado interno europeo.

Al realizarse la transacción comercial (venta interna) al interior del mercado común (en el caso de la Unión Europa), le son aplicables las regulaciones comunitarias de carácter interno (p.e. la regulación de libre competencia objeto de nuestro estudio cuando se da una práctica monopólica o de precios predatorios).

La legislación nacional de cada Estado Miembro de la Unión solo será aplicable en los casos en que no se vulnere el interés comunitario; es decir cuando la práctica monopólica o restrictiva no daña (o amenaza dañar) a los consumidores de la Unión, sino solo a una parte de ellos, los consumidores y competidores localizados en el País Miembro donde se produjo la restricción a la libre competencia.

La venta interna es el medio por el cual las mercancías o productos ingresan a un mercado (nacional o ampliado). Esta comercialización puede darse en condiciones restrictivas de la libre competencia o no (como el caso de los precios predatorios); siendo distinta esta operación a la importación, ya que la primera (si concurre con otros elementos) se relaciona con las normas antitrust y la segunda con las normas antidumping.

2.4. Normas antidumping y antitrust: complementarias o suplementarias

2.4.1. Fines de las normas antidumping

Dos son los fines fundamentales de las normas antidumping, la protección de la industria nacional y la defensa de los consumidores nacionales frente a una práctica predatoria efectuada por un exportador. Estos dos fines serán analizados y criticados a continuación.

2.4.1.1. Proteccionismo

Las normas antidumping representan una limitación legal al comercio internacional de mercancías, ellas se sustentan en la protección de la industria nacional del país importador frente a una práctica desleal en el comercio internacional atribuible a un exportador. La limitación es aceptada por la OMC, está presente en su Acuerdo de 1994 y en las legislaciones nacionales de los Miembros; y también estuvo dispuesta en el Acuerdo GATT de 1947 y en las primeras normas nacionales.

La limitación en pro de la protección de la industria, es tanto para el presente como para el futuro. El Acuerdo internacional hace referencia a la industria existente o que pueda existir en el país del importador.

El GATT reconoce el interés de todo Estado por proteger su industria nacional, ya que es creadora de empleo (una variable macro

económica de interés gubernamental). El interés nacional ha sido reconocido en el plano multilateral mediante un Tratado.[60]

Los principios de trato nacional y libre circulación de bienes, reconocidos por el GATT y la OMC, tienen como excepción la imposición de derechos antidumping. La imposición está legitimada por el artículo VI del mismo GATT siempre que concurran tres condiciones: existencia del dumping, daño o amenaza de daño a la industria nacional y una conexión o relación entre ambas.

Las normas antidumping son excepciones a los principios antes mencionados; por lo que su aplicación debe ser restringida y no convertirse en obstáculos al comercio; por el contrario, se debe tutelar la libre competencia entre los productores nacionales o domésticos y los productores extranjeros o exportadores.

A pesar de lo indicado, en la actualidad se busca desnaturalizar la excepción de los derechos antidumping, llegando a convertirlo en algunos casos en un proteccionismo de industrias domésticas ineficientes y un castigo para exportadores eficientes.[61]

Como prueba de lo antes afirmado (y ejemplo que pone en evidencia la desnaturalización de una medida excepcional), en la actualidad se plantea modificar las legislaciones nacionales antidumping, ampliando su campo de acción. Las modificaciones se hacen a fin de «combatir» o hacer frente a los bienes importados con precios inferiores que dañan a la industria doméstica del país importador. Las nuevas figuras son el llamado dumping social, el dumping de tipo

---

[60] La protección a la industria dada por las normas antidumping, incluso llega a comprender a las industrias de terceros países (el caso del dumping a favor de un tercer país).

[61] «El principal problema que la política "antidumping" puede plantear para la política de defensa de la competencia consiste en que las empresas domésticas pueden demandar en ocasiones la introducción de medidas de este tipo, no para defenderse legítimamente de las prácticas ilegales de sus competidoras extranjeras, sino para proteger mercados internos donde los precios están distorsionados por sus propias prácticas anticompetitivas[...]». DEACON, David y Francisco CABALLERO SAENZ. «Integración Económica y Política de Defensa de la Competencia: Aspectos teóricos y prácticos», página web del Centro de Formación para la Integración Regional, 20 enero 1999, <http:// www.cefir.org.uy>.

ecológico y las normas *anti circumvention*, supuestos que explicaremos a continuación.

2.4.1.1.1. Dumping social

El llamado dumping social está relacionado con las remuneraciones, y otras condiciones o derechos laborales de los que gozan los trabajadores que producen los bienes a ser exportados. Los trabajadores de América Latina y de Asia perciben remuneraciones muy bajas y menores derechos, en comparación con los de un trabajador en Europa o Estados Unidos. El ejemplo típico es el caso de la empresa que se instala en un país donde la mano de obra sea mucho más barata ya que las remuneraciones totales forman parte del costo fijo de la producción.

Al analizar el costo total de los bienes importados y los producidos por la industria doméstica se detecta una diferencia en el componente de costo fijo mano de obra entre un bien producido en un país asiático y otro de origen europeo. Por medio del dumping social se acusa a los países sub desarrollados o en vías de desarrollo de no garantizar niveles remunerativos óptimos para sus trabajadores ni condiciones mínimas de trabajo (derechos colectivos laborales, menores beneficios, etc.).

El dumping social no toma en cuenta que el costo fijo por concepto de remuneraciones es el mismo para el producto de consumo doméstico y el que es exportado; por lo que no hay tal discriminación de precios entre dos mercados distintos (presupuesto para que se pueda hablar de dumping).[62]

---

[62] La crítica de los defensores del dumping social sería válida si es que la empresa ubicada en América Latina o en Asia tuviese dos tipos de remuneraciones o dos tipos de costos fijos por remuneraciones efectuando una discriminación; un costo fijo sería para los productos que destina al mercado doméstico y otro costo fijo inferior sería para los productos que se destinan a la exportación, en ese caso si se trataría de una discriminación de precios que provoca una diferencia entre el valor normal y el valor de exportación, lo que daría lugar a un supuesto de dumping según las pautas dadas por el acuerdo de la OMC. Pero en el llamado dumping social no se da tal discriminación de precios, lo que ocurre es que los trabajadores del país del importador y los trabajadores del país del exportador no ganan compa-

En los Estados Unidos, por citar un caso, existe el temor de los industriales nacionales respecto a la competencia generada por la importación de bienes producidos en el exterior y que son exportados a precios atractivos. El temor por los salarios bajos se ha trasladado al Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte, incluso algunos críticos han manifestado su opinión respecto de los salarios de México en comparación con los norteamericanos.[63] Quizás ese temor nos ayude a entender porque en el NAFTA se mantienen las normas nacionales antidumping (como veremos en el capítulo 3).

Si se desea elevar el nivel de vida de los trabajadores a nivel mundial, nivel regional o sub regional (como en el NAFTA), entonces los Estados deben suscribir obligaciones internacionales que originen en cada país condiciones o derechos laborales mínimos para cada trabajador. En el caso de las remuneraciones ellas podrían ser comparativamente iguales luego de un ajuste por tipo de cambio.

Los Estados Miembros de la Organización Mundial del Trabajo (en adelante OIT) podrían debatir la adopción de obligaciones internacionales respecto a las remuneraciones y otros derechos laborales (individuales o colectivos) mínimos. Es en el marco de la OIT que debe buscarse una solución, y no vía la imposición de derechos antidumping.

La existencia de regulaciones laborales diferentes a las de los países desarrollados no es un justificante para que se den normas anti-

---

rativamente la misma remuneración; tal diferencia de precios no está dispuesta como un caso de dumping por la OMC ni el GATT, por lo que el llamado dumping social es una suerte de proteccionismo ilegítimo que pretende implantarse.

63 [...] En los Estados Unidos, los productos de compañías estadounidenses producidos parcial o aun totalmente en México pueden tornarse más competitivos con las importaciones de otras partes del mundo, en lo que se refiere a precios. Asimismo, las mismas compañías podrían utilizar la plataforma de producción de México para exportaciones hacia otras regiones del mundo.

[...] Agregan que en México no sólo los salarios son más bajos, sino que la protección al trabajador no alcanza los mismos niveles que en Estados Unidos[...]». BRUCE, David. «La integración económica. Nueva visión de las Américas: El caso NAFTA». *La nueva visión de América en el siglo XXI, Unidad o Diversidad.* Buenos Aires: Ediciones Universidad del Salvador, 1993, pp. 39-40.

dumping que controlen el llamado dumping social y afecten las exportaciones de países sub desarrollados.

El dumping social no puede ser aceptado como válido, por el contrario infringe las normas del GATT. Este tipo de dumping es una desnaturalización y representa un exceso de proteccionismo.

2.4.1.1.2. Dumping ecológico

Otro ejemplo de proteccionismo es el llamado dumping ecológico. Mediante dicha figura se acusa a algunas empresas de exportar bienes a otros mercados a precios inferiores a los de un competidor ubicado en el país del importador. La diferencia de precios se debe a que algunas empresas no han invertido en nueva tecnología o emplean insumos que dañan el medio ambiente. Los precios de los competidores son más elevados ya que están ubicadas en países donde se exigen estándares mínimos de protección del medio ambiente y del consumidor (por lo que sus costos totales son mayores).

A nivel internacional, no todos los países han asumido como parte de sus políticas la de protección del medio ambiente. Estados Unidos y los países de la Unión Europea sí han asumido tal compromiso y han implementado normas de carácter interno que disponen obligaciones a cargo de los industriales ubicados en sus territorios. La mayoría de países sub desarrollados son «acusados» de no proteger el medio ambiente y permitir que sea dañado por empresas ubicadas en sus territorios.

Si las empresas no están obligadas a emplear insumos y tecnología que no dañe el medio ambiente, ellas tienen la libertad de decidir que tipo de costos asumen. Si las empresas no cumplen con estándares de minimos de protección, tendrán un menor costo fijo total del bien (p.e. al no invertir en mecanismos de protección del medio ambiente); y un menor precio de venta en comparación con los precios de venta de competidores que sí han invertido en maquinaria e insumos para no dañar el eco sistema.

Algunas legislaciones, como la japonesa o las de los países integrantes de la Unión Europea, obligan el uso de embalaje o envases

biodegradables para los bienes nacionales o importados, como forma de protección de sus consumidores. El interés de los consumidores no puede ser alegado como sustento de una discriminación de precios, como tampoco es aceptable invocar del llamado dumping ecológico.[64]

En nuestra opinión, para que se presente un supuesto de dumping, debe realizarse una discriminación de precios entre dos mercados (nacional y exterior), la misma que no se lleva a cabo en el llamado dumping ecológico (e incluso en el social). En la empresa exportadora el costo fijo –maquinarias contaminantes–, y/o el costo variable –insumos no biodegradables– estarán distribuidos proporcionalmente tanto entre las unidades producidas destinadas al mercado nacional como en las destinadas al exterior; es por ello que no existe una discriminación de precios.

Un ejemplo de discriminación (que sí debería ser sancionado) sería que el costo fijo por maquinarias se distribuyese totalmente en los productos destinados al mercado doméstico del exportador, a fin de crear una diferencia entre el valor normal del producto y el precio de exportación.

---

64 «Recientemente se solicitó a un tribunal estadounidense determinar si una prohibición total de la EPA (Enviromental Protection Agency - Agencia para la Protección del Medio Ambiente) aplicada a las importaciones de asbestos constituía un obstáculo al libre comercio. El gobierno de Canadá - uno de los exportadores de asbestos más grandes del mundo- argumentó que la prohibición total impediría innecesariamente el comercio internacional[...] la prohibición total significaba obstáculos innecesarios al comercio y violaba las obligaciones estadounidenses conforme al GATT.
La agencia de protección ambiental (EPA) –en respuesta a presiones de la Comunidad Europea– canceló una prohibición total sobre vinos que provenían de estos países, tratados con procimidona, un fungicida que se utilizaba ampliamente fuera de los EEUU; se aceptó un nivel de tolerancia provisorio respecto al funguicida[...].
[...] En 1988, la Comunidad Europea prohibió las importaciones de carne de los EEUU que contenían hormonas para el crecimiento, expresando que éstas constituían un riesgo para la salud de los consumidores de la Comunidad[...]. RUSHING, Francis W. «Impacto ambiental e Integración regional. El caso de NAFTA (Tratado de libre comercio norteamericano)». *La nueva visión de América en el siglo XXI, Unidad o Diversidad*. Buenos Aires: Ediciones Universidad del Salvador, 1993, pp. 76-77.

Si se busca proteger el medio ambiente, deben existir normas internacionales ambientales de obligatorio cumplimiento por parte de los Estados. Por medio de normas internacionales que tuviesen su contrapartida en normas nacionales se obligarían a las empresas a cumplir con ciertos estándares mínimos de protección del ecosistema.

La protección del medio ambiente es un problema distinto al dumping y los derechos antidumping, los cuales son una excepción al libre comercio internacional de mercancías y que por lo tanto deben ser restringidos al ser una excepción.

2.4.1.1.3. Dumping antielusión

Una tercera forma de protección desmedida de la industria nacional y que constituye una desnaturalización de la figura del dumping son las normas *anticircumvention* o antielusión de los derechos antidumping.

Los derechos antidumping son impuestos luego de un proceso debidamente reglamentado y buscan restablecer las condiciones de competencia entre el producto importado y los productos domésticos. Al ser cobrados los derechos al importador, generan que el producto ingrese al mercado doméstico a un precio mayor, eliminado el margen de dumping, a fin que no dañe a los industriales nacionales.

A fin de no pagar los derechos antidumping, los exportadores (a veces en complicidad con los importadores) buscan eludir su cobro y de esa forma evitar que ellos se hagan efectivo. La figura de la elusión de los derechos antidumping ha sido planteada por los Estados Unidos y la Unión Europea[65] y en la actualidad incluso la

[65] «Un problema planteado recientemente tanto en la Comunidad Europea como en los Estados Unidos ha sido la elusión de los derechos antidumping. El exportador de un producto sometido a un derecho antidumping puede tratar de eludirlo exportando ya no el producto completo, que lógicamente quedaría sometido al derecho, sino sus partes o componentes. Tales componentes son posteriormente ensamblados o montados bien en territorio comunitario o en un tercer país[...] configurando el producto completo». LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, Carmen. *El control*

Comunidad Andina ha hecho suyas este tipo de normas, como veremos más adelante.

Las normas *anticircumvention* deben ser consideradas como una desnaturalización de la excepción al comercio internacional que representan los derechos antidumping, ya que ellas no fueron pactadas en forma expresa en el GATT ni en el marco de la OMC. Estas normas no tienen un sustento legal en el plano multilateral e incluso se podrían considerar un incumplimiento a la obligación internacional.

En el marco del GATT existe el pronunciamiento de un panel[66] de 1990 sobre los derechos *anticircumvention* (caso Japón contra la Comunidad Europea sobre piezas y componentes exportados). El panel comentado resolvió que los derechos anti circumvention eran cargas interiores y por lo tanto era de aplicación el artículo III.2 del GATT (no se alegó como defensa el artículo VI del GATT sobre producto similar, sino que se utilizó como argumento el artículo II como derechos aduaneros establecidos en conexión con la importación).[67]

Los Estados suscriptores del GATT y ahora de la OMC (y de sus Acuerdos especiales) no pueden por intermedio de su regulación nacional establecer supuestos de elusión de los derechos antidumping, ya que ellos no han sido taxativamente acordados en el GATT

---

jurisdiccional de la actividad comunitaria en materia de dumping y de subvención, Granada: Universidad de Granada, 1993, p. 302.

[66] La palabra panel será entendida en el presente trabajo como grupo especial para la solución de controversias, tal y como lo señala el artículo 17.5 del Acuerdo antidumping de 1994, el Acuerdo GATT y las disposiciones de la OMC. Hacemos tal indicación ya que en el presente trabajo mencionaremos la palabra panel en varias oportunidades y no hemos hecho la traducción ya que es la palabra mas difundida a nivel internacional.

[67] «No existe, sin embargo, ni en el artículo VI del Acuerdo General (GATT) ni en su Código de desarrollo una base jurídica clara para regular este tipo de actuaciones. Fue simplemente una situación jurídica no prevista cuando se redactan sus disposiciones. El vacío jurídico fue llenado mediante una regulación unilateral por parte de algunos países contratantes del GATT, una regulación que creó en 1987 la Comunidad Europea y que sirvió de clara inspiración para la incorporación a la normativa antidumping norteamericana en 1988 [...]». LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, Carmen. *Ob. cit.*, p. 303.

de 1947 o los Códigos antidumping. Lo contrario a lo antes afirmado significaría una ampliación de la excepción, convirtiéndola en regla general, contraviniendo la normativa internacional.[68] [69]

2.4.1.1.4. Balance

Luego de haber comentado los casos de dumping social, ecológico y normas antielusión del dumping, y teniendo en cuenta que las normas antidumping se basan en un daño a la industria nacional existente o la futura industria; podemos llegar a la conclusión que estas normas son proteccionistas y centran su análisis en un solo agente del mercado, los productores nacionales.

El problema de estos nuevos planteamientos antidumping es que la protección legalmente permitida en el plano internacional puede llegar a encubrir y tutelar ineficiencias de los propios productores domésticos. La excepción de los derechos antidumping puede tornarse en una generalización.

2.4.1.2. Control de exportadores predadores

El otro justificante de las normas antidumping es la protección que ellas dan a los consumidores nacionales frente a una práctica de precios predatorios atribuible a exportadores que venden sus mercancías a precios dumping.

Esta justificación parte de considerar que el exportador tiene la intención de predar a los competidores del mercado del país importa-

---

[68] De hecho los derechos anticircunvention han sido incluidos en la Decisión 456 de la CAN.

[69] Como ya he indicado, las normas antidumping son excepcionales y por lo tanto sus alcances no pueden ser ampliados ya que con ello una excepción se convertiría en regla general. Las excepciones no se pueden volver regla general ni ser cambiadas por normas nacionales o comunitarias que regulen un vacío. El vacío de la regulación internacional excepcional del dumping no debe ser llenado por una nueva nacional a menos que surja una norma internacional posterior que cree una nueva situación jurídica. Si se busca combatir la elusión de los derechos antidumping, los Miembros de la OMC deben suscribir una nuevo Acuerdo en el marco del GATT y la OMC que incluya los supuestos de elusión; ello sí sería aceptable en lugar de dar normas nacionales que distorsionan la figura particular del dumping.

dor (industriales nacionales e incluso otros exportadores), reducir su participación o incluso llegar a eliminarlos.

La estrategia del precio predatorio se basa en las siguientes acciones:

a.- El agente decide vender su producto a precios bajos (artificialmente creados) que no representan el costo total promedio ni mucho menos generan ganancias.

b.- Por efectos de la estrategia de venta a precios predatorios, el agente activo empieza a acumular pérdidas. Paralelamente, sus competidores ven disminuida su participación en el mercado nacional o en todo caso optan por reducir sus precios, llegando incluso a pérdidas a fin de contrarrestar la práctica predatoria.

c.- Al finalizar la estrategia predatoria, el sujeto activo ha eliminado a los competidores o los ha disminuido significativamente, el agente ha llegado a consolidar su posición de dominio.

d.- A fin de recuperar las pérdidas iniciales, el agente activo (la empresa exportadora) incrementa sus precios a fin de generar mayores utilidades y obtener resultados positivos. La subida de precios representa un acto de abuso de posición de dominio ya que el exportador logra eliminar o reducir la participación de los competidores, llegando a «controlar» el mercado.

Teniendo en cuenta la definición del dumping como precio de exportación inferior al valor normal, y los actos que se realizan en la estrategia del precio predatorio, observamos que existe una aparente semejanza entre ambas prácticas. En ambas prácticas no se llegan a cubrir los costos totales promedio de las mercancías importadas; pero ello no significa que el dumping tenga como único fundamento o causa a las estrategias predatorias.

Las empresas que realizan dumping, pueden hacerlo por distintas razones:

a.- Una práctica (internacional) de precios predatorios.

b.- Una discriminación de precios por mercados.

c.- Una práctica de subsidio cruzado de mercados o mixto (incluyendo subsidio cruzado de productos y de mercados).

d.- Una devaluación monetaria en el país del exportador.

e.- Una política empresarial de «minimización de pérdidas».

f.- El llamado dumping ocasional.

La primera de las razones ya ha sido analizada, por lo que analizaremos las otras causas.

El dumping también es definido, en términos económicos, como una discriminación internacional de precios, ya que el mismo bien es vendido a diferentes precios (luego de hacer un ajuste al precio de exportación y al precio en el mercado doméstico) en dos mercados distintos.

Para lograr con éxito la discriminación el exportador tendría que realizar un acto de abuso de posición de dominio en el mercado de origen o doméstico, y ello se debería a distintos factores, p.e. un mercado doméstico cerrado, por medio de barreras privadas o estatales.

Por el subsidio cruzado de mercados, una empresa decide vender el mismo bien en dos mercados distintos pero a precios comparativamente distintos. La práctica es anticompetitiva ya que en un mercado (el de destino o del importador) se generan pérdidas pero en otro (el mercado doméstico del exportador o un tercer mercado importador) se generan ganancias. El trato de los dos grupos de consumidores no es igual.

Las empresas que realizan dumping (p.e. los exportadores coreanos) cuentan con un mercado nacional cautivo (p.e. Corea del Sur) en donde las normas antitrust no son aplicadas de manera eficiente (o incluso hay defectos en la legislación nacional en comparación con otras legislaciones antimonopolio), lo que impide sancionar a empresas que gozan de una posición de dominio.

Todo lo señalado posibilita que los costos fijos totales sean distribuidos en los precios de ventas internas, y de esa forma ellos no son prorrateados en los precios de exportación, es por ello que luego de hacer los ajustes respectivos, el precio de venta doméstico es mayor que el precio de exportación.

En el caso del subsidio mixto, la empresa anticompetitiva no solo oferta sus productos en dos o más mercados de países distintos sino que también cuenta con una variedad de productos. Con las propias condiciones de la empresa, ella puede, unilateral e injustificadamente, redistribuir sus costos fijos (e incluso los variables) de un producto (producto A) originando que su precio de exportación no cubra los costos fijos promedio, siempre que en la venta interna o exportación de otro producto distinto (producto B) se obtengan mayores ganancias brutas.

La estrategia del subsidio cruzado en general se basa en una «compensación» de pérdidas con ganancias brutas, como resultado de ello la empresa anticompetitiva tendrá siempre resultados positivos o ganancias netas. La «compensación» es anotada en los balances generales de la empresa en cada ejercicio económico.

Otra de las posibles causas para el dumping es la devaluación monetaria ocurrida en el país del exportador. El valor del tipo de cambio se incrementa y ello origina que la empresa exportadora, percibiendo la misma cantidad de divisas (p.e. dólar norteamericano), llega a obtener mayores ingresos en moneda nacional sin necesidad de exportar una mayor cantidad de bienes. Si en el país del exportador ocurre una fuerte devaluación de su moneda y los costos (fijos y variables) no aumentan, la empresa podrá exportar a un precio menor en valores de divisas; al respecto veamos un ejemplo.

La empresa A tiene como costos totales de producción FOB y ganancia la suma total de S/. 300 000 00, el tipo de cambio antes de la devaluación es de S/. 3.00, por lo que el precio de exportación FOB es de US$ 100 000 00. Como resultado de la devaluación el tipo de cambio sube a S/. 4.00, la misma cantidad de productos (con el mismo margen de ganancia) podrá ser exportada a US$ 75 000 00 (y si el tipo de

cambio aumenta a S/. 5.00 el precio FOB sería de US$ 60 000 00) y se cubrirán todos los costos e incluso se generarían ganancias.

Las devaluaciones monetarias no son un caso de dumping, por lo que no deben ser «combatidas» vía normas antidumping sino mediante medidas de salvaguardia, que también están permitidas por el GATT y hoy por la OMC.

El caso de la minimización de pérdidas es un caso muy particular ya que siempre existirán pérdidas, pero su realización se debe a que el empresario no tiene otra alternativa que vender a pérdida o quebrar.

El agente que realiza la estrategia de minimización desea hacer frente a una recesión de su mercado, y a fin de obtener ingresos brutos está dispuesto a sufrir pérdidas ya que ellas en todo caso serían menores a las pérdidas que sufriría si no vende (ya que tendría que pagar a sus trabajadores y otros costos fijos a pesar de no vender) o si tuviese que cerrar la fábrica (ya no tiene ingresos y tiene que hacer frente a todas las deudas).

Este último caso podría ser objeto de aplicación de las normas antidumping, pero como hemos indicado, solo ocurren cuando hay recesiones. Este es un caso muy particular y difrente a otros casos de dumping.[70]

Otro tipo es el llamado «dumping eventual u ocasional». Un exportador destina al exterior mercancías que no ha podido colocar en su mercado nacional o en otros mercados; en este caso el exportador no busca eliminar a los competidores (predación), ni mucho menos busca lograr una posición de dominio (o cuenta ya con ella), solo desea colocar los excedentes de su producción. Como resultado de este accionar, los consumidores serán ocasionales, por lo que las industrias nacionales no se encuentran en peligro al ser una práctica eventual.

---

[70] La estrategia de minimización de pérdidas puede comprender no solo a los productos que se exportan sino también a los de consumo interno; en dichos casos la aplicación de normas antidumping se ve limitada ya que los precios domésticos y de exportación luego de los ajustes son iguales.

En el dumping eventual si bien hay un precio de exportación inferior al valor normal o precio doméstico, no se cuenta con el elemento de intencionalidad propio de la predación. A pesar de la ausencia de predación, las normas antidumping también se aplican ya que el Código antidumping de 1994 (al igual que anteriores Códigos) no toma en cuenta la ausencia de intensión predatoria.

Como hemos podido ver, las razones que posibilitan la realización del dumping no solo se justifican en una estrategia de precios predatorios o predación, existen otras causas. Es por ello que se adoptaron normas antidumping, ya que permiten combatir distintos tipos de prácticas, no solo las prácticas predatorias. Para otros la existencia de este tipo de normas se debe a las deficiencias de las normas antitrust para hacer frente a prácticas originadas en el exterior.

Lo señalado en el párrafo anterior pone en evidencia que la justificación de las normas antidumping no es solo la predación internacional. El requisito de la intención predatoria no es exigido por el actual Código de 1994; ya que la causa del dumping puede deberse a muchos factores; los derechos antidumping incluso se imponen a empresas que no cuentan con una posición de dominio.

Para culminar, señalamos que paradójicamente la primera norma nacional antidumping estableció como uno de sus requisitos, probar la intensión de predación atribuible al exportador; luego dicha normativa sufrió modificaciones sustanciales, dejándose de lado este requisito en las posteriores leyes antidumping.[71]

---

[71] «La primera ley antidumping norteamericana fue dictada en 1916 como una extensión de su ley antimonopolios (antitrust). Esta ley presentaba características especiales: debido a su naturaleza criminal, el Poder Judicial estaba a cargo de su administración; se requería la prueba del intento predatorio por la parte afectada[...]. Esta carga de la prueba resultó en un fracaso como un dispositivo para restringir importaciones y llevó a la adopción de una nueva ley en 1921 la cual establecía un procedimiento administrativo para la imposición de derechos antidumping. La ley de 1921 cambió el criterio de un antitrust a una importación-daño estándar a través de la eliminación de la prueba del daño. Esta variación significó que la política antidumping fue dirigida a la protección de los productores

2.4.2. Fines de las normas antitrust

2.4.2.1. Aspectos generales

Tradicionalmente se afirma que las normas antitrust (contra prácticas restrictivas de la competencia), a diferencia de las normas antidumping, no buscan proteger a los industriales nacionales sino que buscan proteger solo a los consumidores. Nosotros somos de la opinión que las normas antimonopolio buscan proteger el sistema económico (o la competencia en el mercado), lo que equivale a una protección amplia que incluye a los agentes ofertantes y demandantes.

También se ha señalado que los consumidores del mercado importador no son protegidos por las normas antidumping, ya que se considera que con los efectos del dumping ellos se beneficiarían, al poder comprar los productos importados a un precio mucho menor que los productos nacionales.[72] Se afirma que estas normas solo protegen a los industriales, dañados o amenazados de ser dañados.

Las normas antimonopolio buscan generar una situación de competencia en el mercado, la misma que debe beneficiar tanto a los consumidores como a los productores medianos o pequeños y los importadores. A nuestro parecer, ellas (con algunas modificaciones), incluso llegarían a beneficiar indirectamente a otros exportadores que participan en un mercado nacional y que no realizan dumping.

---

domésticos en lugar de resguardar el proceso competitivo». QUINDIMIL, Manuel Angel. *Ob. cit.*, p. 201.

[72] Los consumidores ubicados en el mercado del exportador no se benefician del dumping ni de los derechos antidumping, sino que por el contrario son los que pagan un mayor precio por dichos productos al comparar con los precios de exportación (la discriminación internacional de precios es decisión del exportador y se da en vista de una falta de normas de competencia nacionales que le impidan hacer dicha discriminación entre su mercado y mercados del exterior). Incluso resulta aparentemente ilógico que los derechos antidumping no sean pagados por el exportador sino por el importador, quien es el que se encuentra en el espacio geográfico de la autoridad administrativa encargada de la imposición y cobro. El importador (y no el exportador) es el directamente afectado por dichos derechos; por lo que la solución dada por las normas antidumping si bien logra sus fines pero solo afecta de manera indirecta al exportador.

Si en el mercado todos los ofertantes tienen la posibilidad de participar libremente y sin restricciones, dependerá de ellos aumentar, mantener, disminuir su participación o salir del mercado. Un producto importado podría tener gran acogida e incluso ellos podrían ser los únicos que se comercialicen en un mercado,[73] ya que el interés de estas normas no es solo el bienestar del consumidor, sino también el sistema económico y la eficiencia (incluso se puede afirmar que buscan el bienestar de la sociedad).

Un destacado catedrático norteamericano[74] señala que la misión de las normas antitrust es preservar y reforzar el mecanismo de poder económico, a fin que se compela a los negocios (o comercio mercantil) a actuar en función de (o responder a) las necesidades de los consumidores (su bienestar).

Según la opinión del autor comentado en el párrafo anterior, estas normas deben asegurar que la producción y distribución de los bie-

---

[73] Por ejemplo en el mercado peruano no hay productores de automóviles y solo hay empresas importadoras de vehículos y repuestos; por lo que los exportadores de vehículos se benefician de la libre competencia que se da en el mercado peruano (aunque podría presentarse una exportación dumping y un tercer Estado podría solicitar la imposición de derechos antidumping por el supuesto de derechos a favor de un Tercer país del Acuerdo Multilateral de 1994).

[74] «El antimonopolio trata sobre los efectos del comportamiento empresarial sobre el consumidor [...].
El bienestar del consumidor es el mejor cuando los recursos económicos de la sociedad se asignan, de tal manera que los consumidores pueden satisfacer sus necesidades tanto como lo permitan los límites que imponga la tecnología [...].
El antimonopolio, por lo tanto, tiene inclinación por la prosperidad material, pero no interviene en las formas como esta prosperidad es distribuida o utilizada [...].
El legítimo antimonopolio no es un proceso mediante el que se decide quien debe ser rico o quien debe ser pobre [...] Sólo puede incrementar la riqueza colectiva exigiendo que cualquier producto que se encuentra dentro de los estándares legales, ya sea esquís o trineos, sean producidos y vendidos bajo las condiciones más favorables para los consumidores [...].
El papel de las normas antimonopolio, entonces, se ubica en la etapa del proceso económico en que la producción y distribución de los bienes y servicios se organizan de acuerdo con la escala de valores que escogen los consumidores y que se manifiestan en su deseo promedio de compra. El objetivo de la ley es preservar, mejorar y reforzar los poderosos mecanismos económicos que impulsan a las empresas a responder a los consumidores». BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*. Nueva York: The Free Press, 1993, p. 90-91.

nes o servicios beneficie a los consumidores (lo cual reafirma la premisa del interés del consumidor). Consideramos que las normas antitrust buscan proteger el sistema económico y al estar este protegido se benefician los competidores y los consumidores.

Como ya habíamos expresado en el primer capítulo, la competencia en el mercado no es perfecta sino imperfecta. Los agentes no son sujetos pasivos que sean dirigidos por las reglas abstractas del mercado, sino que buscan lograr sus propios intereses, aún incluso a costa de los competidores. Los empresarios u ofertantes de productos o servicios por naturaleza propia buscan conseguir, aumentar, consolidar o defender su participación o posición en un mercado y para ello realizarán actos encuadrados en una estrategia comercial.

Los actos realizados por los comerciantes podrán ser lícitos o ilícitos, en la medida que fomenten o restrinjan la competencia, además podrán ser desleales respecto del competidor (aunque la competencia desleal es un tema distinto de las restricciones a la competencia); es por estas razones que estas estrategias deben ser controladas. Debe protegerse tanto a los consumidores como a los competidores que cumplen con el ordenamiento, de esa forma se protege el sistema económico.

2.4.2.2. Protección general de las normas antitrust, actos condenados y reformas

Líneas arriba habíamos indicado que las normas antitrust no solo protegen a los consumidores sino que también buscan proteger al mercado y a sus actores, entre ellos a los productores; para demostrarlo analicemos un ejemplo.

En un mercado concurren diversas empresas que ofertan productos similares (o también productos sustitutos), razón por la cual ellas siempre buscarán aumentar su participación en el mercado relevante de ese producto, a costa de disminuir la participación del competidor.

Dentro del escenario antes descrito, una empresa decide (como parte de su estrategia comercial) llevar a cabo una práctica restrictiva de la libre competencia vía el precio predatorio. Si bien la guerra de precios (generada como respuesta de los competidores contra la predación) beneficiará a los consumidores en el corto o mediano plazo, en el largo plazo el predador al obtener una posición dominante hará abuso de ella en perjuicio de los consumidores, a fin de recuperar las pérdidas originadas por su estrategia. Al aplicarse oportunamente las normas antitrust contra la práctica ilícita del predador, se protege tanto a los consumidores como a los competidores eficientes.

Los primeros beneficiados con la supresión de la predación son las empresas competidoras ya que podrán seguir participando en el mercado y continuar en su «lucha comercial» en pos de un mayor porcentaje del mercado. Los segundos beneficiados serán los consumidores ya que siempre estarán en la posibilidad de elegir entre los distintos ofertantes. Si no se aplicasen las normas antimonopolio, todos o algunos de los competidores serían eliminados, no por su ineficiencia sino debido a una práctica restrictiva de la libre competencia.[75]

Por lo señalado, es correcto afirmar que las normas antitrust no solo protegen a los consumidores como lo señalan algunos autores; por el contrario, la protección es mucho más amplia ya que puede

[75] «Los diversos objetivos de la política de competencia que han sido identificados a lo largo de los años son relativamente extensos e incluyen:
- Conservar el sistema de libre mercado empresarial;
- Promover el bienestar del consumidor;
- Promover la elección de mejores productos y la innovación;
- Proteger a la pequeña y mediana empresa;
- Evitar el abuso de poder económico;
- Promover la transparencia y honestidad en el mercado;
- Lograr la eficiencia económica;
- Promover la competencia internacional;
- Promover el pluralismo económico;
- Y otros objetivos». GOLDMAN Q. C., Calvin S. *Competition policy, economic development and trade liberalization: A business perspective.* Simposio Organizado por la Organización Mundial de Comercio (WTO): Competition policy, economic development and international trade. Ginebra, 29 de noviembre de 1997, p. 2-3.

comprender a los productores medianos y pequeños; es decir que protegen al sistema económico y sus agentes.

Además de lo indicado, consideramos que las normas antimonopolio pueden (luego de algunas reformas) otorgar una protección en pro de la eficiencia, beneficiando también a los importadores y los exportadores que participan en un mercado determinado. El sustento para lo afirmado es la búsqueda de eficiencia en el mercado, sin distinguir entre los agentes que en él participan.

No obstante lo indicado en el párrafo anterior, para que la protección de las normas antitrust sea amplia, ellas deben condenar distintos tipos de actos anticompetitivos. Deben controlarse no solo los abusos de las posiciones de dominio que impliquen predación sino también las discriminaciones de precios que no tengan una justificación en los costos de la empresa (ventas por debajo del costo total). También deben controlarse y sancionarse las fusiones, acuerdos horizontales o verticales y las concertaciones, en la medida en que no sean competitivas.

Los actos condenados por las normas antitrust se agrupan en los siguientes tipos generales:

a.- Actos de abuso de posición de dominio.

b.- Fusiones y concentraciones (horizontales o verticales).

c.- Acuerdos o concertaciones (horizontales o verticales) que limiten la competencia.

Las legislaciones antitrust han optado por disponer una cláusula general, ella permite condenar otras prácticas anticompetitivas que también restringen la competencia y que no se encuadran en los casos antes señalados. La razón para la adopción de esta cláusula es impedir que las empresas eludan la aplicación de las normas antimonopolio vía nuevas prácticas, ellas, luego de las investigaciones, serán consideradas como restrictivas de la competencia y sancionables.

Como veremos en otra parte del presente trabajo, las normas antidumping podrían ser reemplazadas por normas antitrust, adoptándose las siguientes opciones legislativas:

a.- Normas antitrust en un código internacional que reemplacen a las normas antidumping.

b.- Normas antitrust comunitarias en los procesos de integración con la adopción de normas supranacionales, o

c.- Permitir la aplicación de las leyes antitrust nacionales por los efectos, independientemente del lugar de origen de la práctica restrictiva de la libre competencia, incluyéndose las prácticas originadas en el exterior (p.e. discriminaciones internacionales de precios).

Las opciones de cambio propuestas en el párrafo anterior son ejemplos de como las normas antimonopolio pueden reemplazar a las normas antidumping; las primeras llegarían a proteger no solo a los consumidores sino también a los productores nacionales, importadores y exportadores.

2.4.3. Complementariedad o suplementariedad de las normas antitrust y antidumping

Se han dado muchas discusiones sobre si las normas antitrust pueden reemplazar a las normas antidumping, o si ambas normas son complementarias y deben mantenerse; la respuesta no es tan clara como veremos ya que existen distintas posiciones doctrinarias.

2.4.3.1. Complementariedad

La mayoría de los Miembros de la OMC han dispuesto en su derecho interno legislaciones antidumping y antitrust, otros sin embargo solo cuentan con el primer tipo de normas al haber suscrito el GATT y sus Acuerdos complementarios (como Bolivia, Ecuador, Paraguay y Uruguay). ¿Cómo se puede explicar la coexistencia de ambos tipos de normas en algunos países y la ausencia de normas

de competencia en otros países? Las respuestas a esta y otras dudas las daremos a continuación.

2.4.3.1.1. Protección de sujetos pasivos distintos

Optar por la posición de la complementariedad significa afirmar que las normas antitrust y antidumping tienen distintos fines y por lo tanto una no puede reemplazar a la otra; las razones para ello son:

a.- Las normas antidumping se centran solo en los intereses de los productores nacionales y de los trabajadores; no consideran los intereses de los consumidores.

b.- Las normas antitrust solo se centran en los intereses de los consumidores.[76]

La afirmación de que las normas antitrust solo protegen a los consumidores no es del todo cierta, ya que como lo señala Calvin S. Goldman Q. C. (en un extracto antes citado) las normas antimonopolio incluso llegan a proteger a los productores pequeños y medianos. Nosotros también hemos afirmado que la protección dada por estas normas es muy amplia y comprende a todos los agentes que participan en el mercado, ofertantes (nacionales o extranjeros) y demandantes. Estas normas protegen el sistema económico.

---

[76] «La legislación antimonopolio no puede ser nunca un sustituto de la legislación antidumping, ya que las dos disciplinas se establecieron para alcanzar diferentes objetivos y buscan remediar diferentes prácticas.
Las normas antimonopolio se centran en el bienestar del consumidor e intentan remediar la discriminación en el precio, los precios predatorios y otras prácticas anticompetitivas de los agentes privados. Las normas antidumping se centran en los intereses de los productores y sus trabajadores. Mientras que la legislación antimonopolio sigue un análisis económico estático a corto plazo que excluye cualquier otro tipo de consideraciones, la legislación antidumping sigue una agenda mucho más larga que implica trabajar para remediar las prácticas desleales de las compañías extranjeras y sus gobiernos en su intento por mantener y expandir el sistema de comercio global multilateral a largo plazo». ROSENTHAL, Paul. «The value of antidumping laws: the case for maintenance of the WTO antidumping regime», *World Trade Organization working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy*. 25 de julio de 1998, p. 2.

Por otro lado, no podemos negar que es criticable que las normas antidumping solo se centren en los ofertantes nacionales (industria nacional representativa) y los exportadores (industriales) de terceros países (el caso del artículo 14 del Acuerdo Antidumping de 1994), sin tomar en cuenta de manera expresa el interés de los consumidores.

El interés de los consumidores solo ha sido recogido de manera indirecta en el caso de la regla minimis del artículo 5.8 del Acuerdo de 1994 por la cual se permitiría el dumping, siempre que el margen de dumping sea inferior a 2% o el volumen de importaciones dumping sea menor al 3% del total de importaciones.

Reconocemos que la falta de una protección a los consumidores por parte de las normas antidumping es lo más criticable de este tipo de normas y ello es innegable. Estas normas no han tomado en cuenta el bienestar de los consumidores de los dos mercados, ellos son afectados por la discriminación internacional de precios (mercado doméstico y mercado de destino o de importación).

La aplicación (o cobro) de los derechos antidumping no resuelve el problema de los consumidores del mercado doméstico, ellos siguen sufriendo los efectos de la discriminación. Paralelamente, los consumidores del mercado importador comprarán los bienes a un mayor precio por efectos de dichos derechos (claro que algunos podrían afirmar que son protegidos de la predación internacional, pero como ya indicamos el dumping no tiene como único sustento la predación).

Las normas antidumping, en sus inicios, buscaban suplir las deficiencias de las normas antitrust nacionales que no podían ser aplicadas contra prácticas originadas en mercados del exterior. Al aprobarse la legislación nacional solo se tomaron en cuenta los daños que se causaban a los productores nacionales, teniendo en cuenta la existencia de una estrategia de predación internacional y considerando que los beneficios de los consumidores del país importador solo eran momentáneos ya que luego se darían actos de abuso de posición de dominio.

Las primeras normas nacionales antidumping tomaron como punto de partida normas antitrust como la Ley Sherman, pero con el correr del tiempo han adoptado sus propios criterios (p.e. solo proteger a los industriales), distintos a los de las segundas; ello ha servido de base (como lo ha resaltado un autor)[77] para la elaboración de las normas del GATT y los Códigos internacionales sobre dumping, en ellos no se exige probar la existencia de la posición de dominio del exportador acusado de realizar dumping.[78]

2.4.3.1.2. Diferencias en cuanto al acceso a mercados distintos y ausencia de normas antitrust

Otra de las justificaciones para el mantenimiento y coexistencia de las normas antidumping y las normas antimonopolio es la siguiente.

El primer tipo de normas permite hacer frente a barreras de acceso en los mercados exteriores donde se origina el dumping ya que la

---

[77] Al respecto puede consultarse el artículo antes citado, «La regulación internacional del dumping», en donde el autor nos hace un resumen histórico de las normas antidumping; llegando a la conclusión de que estas normas se tornaron en proteccionistas y anticompetitivas, luego de haber sido originalmente pro competitivas al estar basadas en normas antitrust.

[78] «La primera legislación en tratar el dumping se derivó de la Ley Antimonopolio Sherman de 1890, la principal legislación de los Estados Unidos contra los precios predatorios en los Estados Unidos puestos por los vendedores ubicados en los Estados Unidos. La Ley Sherman allanó el camino para otras leyes, diseñadas para combatir los precios predatorios en los Estados Unidos de vendedores no ubicados en los Estados Unidos. La Sección 73 de la Ley de Tarifas de 1894, por ejemplo, desarrolló lo establecido en la sección 2 de la Ley Sherman, y autorizó multas para las firmas que realizaran dumping y el encarcelamiento para sus gerentes, pero no autorizó impuestos para compensar el dumping [...].

Otro grupo de leyes antidumping, sin embargo, tomó la legislación canadiense de 1904 como modelo. Ella no hace referencia a la ley de competencia, y señalan que el dumping ocurre cuando los exportadores cargan un precio más alto en sus mercados locales que en los mercados de exportación. También definen el precio del mercado local como el valor transparente del mercado del mismo artículo cuando es vendido para el consumo local bajo su curso usual y ordinario. Medio siglo después, estas definiciones fueron adoptadas en el GATT. El potencial proteccionista de este segundo grupo de leyes antidumping es mucho mayor que el del primer grupo basado en la ley de competencia». MESSERLIN, Patrick y HINDLEY Brian. *Antidumping Industrial Policy. Legalized protectionism in the WTO and what to do about it. The AEI Press-American Enterprise Institute.* Washington, 1996, p. 23-24.

empresa que lo realiza ha considerado la preexistencia de un mercado protegido; incluso se acusa a las normas antitrust de no poder hacer frente a las distorsiones o ineficiencias internacionales.[79]

Es evidente que las normas antidumping tampoco resuelven el problema de las barreras de acceso en el mercado del exportador, solo buscan controlar sus efectos en el mercado de destino al momento de la importación, mas hacen frente a las causas. Los efectos en el mercado doméstico subsistirán y no serán resueltos con una sustitución de ellas por normas antitrust aplicadas en el país de destino de las exportaciones.

La distorsiones en el mercado doméstico cerrado del exportador solo podrían ser solucionadas con la aplicación de normas antitrust en dicho mercado, a fin de generar no solo una libre competencia, sino que también lograr una apertura del mercado (p.e. llegar a eliminar las barreras estatales de acceso a dicho mercado).

Somos de la opinión que para solucionar el problema del dumping, este debe ser controlado desde sus orígenes, por las razones que pasamos a exponer.

---

[79] «Las leyes antidumping promueven la eficiencia económica y la asignación racional de los recursos en aquellas situaciones -como en el caso de los precios por debajo del costo- en que los mercados internacionales están distorsionados. Por el contrario, ciertos aspectos de la legislación de competencia, pueden parecer más efectivos en teoría que en la forma como operan en el ámbito empresarial. Las actuales limitaciones de la política de competencia no le permiten muchas veces encontrar la forma de enderezar la ineficiencia económica que daña a los consumidores, las industrias y las economías en su conjunto. De modos distintos pero complementarios, las políticas de competencia y de comercio intentan promocionar una asignación más racional de los recursos en una economía o internacionalmente. Bajo la teoría de la ventaja comparativa, cualquier reestructuración de la asignación de recursos se produce sobre la base de la eficiencia económica relativa, y no en las ventajas artificiales o señales falsas del mercado». STEWART, Terence P. «Why antidumping laws need not be cloned after competition laws or replaced by such laws». Ponencia presentada por el autor en la Conferencia *Anti dumping and Competition Policy* organizada por CASIN-Centre for Applied Studies in International Negotiations-llevada a cabo en Ginebra, Suiza los días 11 y 12 de julio de 1996, pp. 10-11.

En la mayoría de países acusados de dumping, hay una ausencia de normas antitrust, estas son ineficientes (ya que solo controlan y prohiben algunos tipos de prácticas anticompetitivas), o no cuentan con entes nacionales (especializados y autónomos). Incluso, en algunos casos, es el propio Estado quien permite las prácticas de discriminación internacional de precios, manteniendo barreras de acceso al mercado doméstico de los exportadores, ya que no se prohiben los actos de abusos de posición de dominio de las empresas exportadoras que realizan el dumping.

En Corea del Sur y Japón existen normas antitrust, pero ellas tienen defectos legislativos o son aplicadas de manera incorrecta (por no decir que las autoridades estatales permiten o alientan dichas prácticas); por lo que en la realidad subsiste un mercado cerrado. Otros países como Bangladesh, Malasia e Indonesia carecen de normas antimonopolio, lo que significa que existen las condiciones para que los empresarios exportadores realicen el dumping.

2.4.3.1.3. Diferencias por el procedimiento

Quienes defienden el mantenimiento de las normas antidumping señalan que ellas tienen un procedimiento mucho más simple que el procedimiento antitrust; ello es cierto y no puede ser negado. El Código antidumping de 1994 dispone que para que exista dumping debe presentarse una diferencia entre el valor normal y el precio de exportación, el daño a la industria nacional y la relación de causalidad entre la práctica y el daño. La misma normativa señala los criterios o métodos de análisis para la determinación del margen de dumping, sin tomar en cuenta si la empresa exportadora busca o no predar, o si tiene o no una posición de dominio.

Los procedimientos antidumping son menos complejos que los procesos antimonopolio ya que no toman en cuenta si el exportador cuenta o no con una posición de dominio, por lo que no analizan el mercado relevante, niveles de concentración, ni mucho menos la intensión de predación. Anteriores Códigos antidumping del GATT incluso establecían un procedimiento mucho más simple que el actual, ya que no se consideraba la regla del mínimis. Tampoco

existía la regla de que el derecho antidumping debía ser igual al margen de dumping ni que el un procedimiento administrativo tuviese plazos mínimos como garantía para el exportador.

Los procesos antidumping han ido eliminando requisitos propios del proceso antimonopolio (en el cual originalmente se inspiró) y ello ha sido la razón para su fácil aplicación y predilección por los países desarrollados. En la actualidad algunos afirman que las normas antidumping deben sufrir modificaciones y adoptar algunos elementos de las normas antitrust a fin de ser competitivas. Otros sin embargo consideran que son las normas antitrust las que deben adoptar criterios de las normas antidumping; es decir que existen ambas posiciones doctrinarias.[80] [81]

[80] «La reforma del antidumping independientemente de la inclusión de la legislación sobre competencia en la OMC, parece serla solución más inofensiva, por lo menos para la década entrante. Tal reforma tiene una primera meta obvia: incluir la competencia - aunque sólo se trate de los elementos más beneficiosos que ayuden a la aplicación del antidumping, y así evaluar que tan serios son los miembros de la OMC cuando discuten sobre las propuestas de las políticas de competencia dentro de la OMC. Esta reforma puede tener una segunda meta: asegurar un cambio progresivo del antidumping a la salvaguardia. Esta segunda meta puede ser más debatible, y pueden existir o haber más dificultades para implementarla en las legislaciones nacionales. Pero, el punto es que la aplicación del antidumping opera en la práctica como un procedimiento de salvaguardia, y por lo tanto será necesario una cláusula de salvaguardia por un largo periodo a futuro: la OMC no es cuerpo supranacional, sino una institución en la que los miembros son estados, soberano pero rápido a inclinarse hacia intereses nacionales». MESSERLIN, Patrick A. *Ob. cit.*, p. 13.

[81] «Existen reglas y disciplinas antidumping que pueden y deben reemplazar o complementar aspectos de la política de competencia. La discusión sobre las ventas por debajo del costo es un ejemplo de esto. El subsidio, tema tratado anteriormente, es otra práctica anticompetitiva donde la legislación sobre competencia puede beneficiarse al adoptar la aproximación de una legislación comercial existente. Los métodos para definir el mercado utilizados bajo la legislación de competencia no parecen proporcionar ningún alivio a las industrias (en los países en desarrollo y en cualquier otra parte) cuyos competidores subsidian precios por debajo del costo de una línea de producto con las ganancias de otro mercado relacionado o no relacionado». STEWART, Terence P. *Ob cit.*, p. 21-22.

2.4.3.1.4. Balance

La complementariedad de los dos tipos de normas significa aceptar que las normas antidumping otorgan una mayor (o excesiva) protección que las normas antitrust.

La protección de las normas antidumping originalmente estaba sustentada en la predación internacional, pero ahora los supuestos normativos han evolucionado y el análisis se ha tornado muy objetivo (e incluso sin muchos requisitos) ya que se ha obviado considerar una posición de dominio por parte del exportador. Mediante los derechos antidumping ahora se pretenden combatir los menores costos de producción de empresas por estándares laborales o ecológicos distintos, como comentamos en los nuevos tipos de dumping.

Para los Estados desarrollados, las normas antidumping han constituido una forma legal y alternativa de protección de sus mercados nacionales, fortaleciendo sus industrias en vista de la eliminación o reducción de los aranceles. Algunos defensores de estas normas llegan a afirmar que mediante ellas se hace frente a las diferencias macro económicas que existen entre el país importador y el exportador (lo cual originalmente era función de los aranceles).

La aplicación desnaturalizada de las normas antidumping puede ser imitada por los nuevos Miembros de la OMC, lo que originaría graves restricciones en el comercio internacional ya que todos los Estados podrían optar por «cerrar y proteger sus mercados» ya no por medio de los aranceles sino vía los derechos antidumping.[82] El temor es que la excepción de la limitación al libre comercio se convierta en una regla general.

---

[82] Los tradicionales usuarios de las normas contra el dumping han sido Estados Unidos, Canadá, Australia y la Unión Europea; sin embargo ahora han surgido nuevos actores como México, India, Brasil y Venezuela ya que se han dado cuenta de las ventajas de protección de sus industrias si emplean este tipo de normas; por lo que ello sería una señal de un inicio en el uso masivo de tales normas, lo que afectaría el libre comercio si es que su uso sirve para encubrir proteccionismos anticompetitivos.

La no exigencia de requisitos similares a los de las normas antitrust y el llamado daño a la industria nacional presente o futura, han desnaturalizado a las normas antidumping, y han tornado en anticompetitivos pero legales los derechos antidumping.

Creemos que en las actuales condiciones deben mantenerse las normas antidumping y las normas antitrust, siempre que no estemos ante un proceso de integración en donde los cambios sí podrían darse.

Lo antes señalado no impide que las normas antidumping puedan sufrir ciertas reformas (estemos o no en un proceso de integración), o que en el futuro se adopte un Código multilateral antitrust que regule el comercio internacional de bienes y servicios.

2.4.3.2. Suplementariedad

En las actuales circunstancias, cabe preguntarse si es posible la sustitución de las normas antidumping por normas antitrust. De ser afirmativa la respuesta, cabe preguntarse si serían necesarias algunas reformas en el segundo tipo de normas.

Creemos que no puede llevarse a cabo una sustitución inmediata, salvo en el caso de los procesos de integración. Primero deben verificarse cambios en las legislaciones antitrust nacionales. Destacados especialistas como Paul C. Rosenthal, Craig L. Siliman, Clarisse Morgan, Patrick Messerlin y Terrence P. Stewart creen que deben implementarse cambios tanto en las legislaciones antitrust y como en las antidumping;[83] algunos proponen una sustitución paulatina mientras que otros optan por una sustitución inmediata.

En el comercio internacional y en el nacional deben combatirse varios tipos de prácticas restrictivas, entre ellas están las discriminaciones de precios (price discrimination), las ventas por debajo del costo (sales below cost), los subsidios cruzados y precios predato-

[83] En el presente trabajo, como se puede ver, hemos tomado y analizado parte de las ponencias de dichos autores dadas en la conferencia del 11 y 12 de julio de 1996 organizada por CASIN: «Antidumping and Competition Policy: Complementary or Suplementary».

rios.[84] Las normas antitrust y las antidumping buscan (cada cual a su manera) combatir este tipo de prácticas en dos ámbitos distintos, el nacional y el internacional, respectivamente.

Si bien ambas normas buscan combatir las prácticas restrictivas de la libre competencia, existen diferencias; entre ellas cabe destacar: mercados distintos, intensión de predación, tipos de costo, posición de dominio, regla mínimis y métodos de análisis.

a.- Mercados distintos: Las normas antitrust buscan controlar actos realizados en un mercado nacional; en cambio las normas antidumping controlan prácticas originadas en un mercado exterior y que afectan el mercado de importación. En el primer caso el agente anticompetitivo está ubicado en el mismo mercado en donde se manifiestan los efectos restrictivos. En el segundo caso el exportador se ubica en un mercado distinto al del importador y al de los industriales nacionales.

b.- Intensión de predación: Las normas antitrust toman en cuenta la intensión de predación del agente anticompetitivo; las normas antidumping en cambio no toman en cuenta dicha intensión ya que su análisis se basa en la comparación de precios (el de exportación con el del mercado doméstico o valor normal).

c.- Tipos de costos: Al analizar las ventas por debajo del costo, las normas antimonopolio toman en cuenta las ventas por debajo del costo variable promedio; en cambio las normas antidumping toman en cuenta las ventas por debajo del costo total promedio (las últimas permiten incluso un control de los costos fijos).

d.- Posición de dominio: Todas las normas sobre competencia toman como punto de partida la existencia de una posición de dominio y a partir de ella, analizar si existe o no abuso. Las normas antidumping en cambio no toman en cuenta si el exportador goza o no de una posición de dominio (normalmente si cuenta con un mercado doméstico cerrado). Las normas sobre dumping no consi-

[84] Estos tipos de prácticas han sido desarrollados en lel primer capítulo al analizarse los tipos de prácticas restrictivas de la libre competencia.

deran el mercado relevante ni los niveles de concentración del exportador.

e.- Regla mínimis: Las normas antidumping tienen como excepción la regla del minimis dispuesta por el artículo 5.8 del Acuerdo de 1994. Mediante dicha regla no se sanciona dicha práctica cuando el margen de dumping es inferior al 2% o el volumen de importaciones es inferior al total de las importaciones. A pesar de la existencia de una discriminación de precios internacional, no se impondrán derechos antidumping. Las normas antitrust en general (p.e. Decisión 285, Decreto Legislativo 701 o la Ley Sherman) no tienen una regla mínimis.[85]

f.- Métodos de análisis: Las normas antidumping cuentan con un sin número de criterios o métodos de análisis objetivos sobre precios para determinar el margen diferencial, ellos están señalados en el artículo 2 del Acuerdo de 1994 (p.e. el método de adición o el de sustracción). Las normas antitrust en cambio no han dispuesto de manera expresa ni taxativa los métodos de análisis de precios que emplea.

En vista de las diferencias se afirma, en favor de la subsistencia de las normas antidumping, que ellas han logrado mayores resultados que si se hubiesen aplicado normas antimonopolio. Estos mayores resultados, lamentablemente, también encubren protecciones de ineficiencias de los productores nacionales, sin tomar en cuenta si el exportador cuenta o no con una posición de dominio.

Por lo señalado cabe preguntarse si las normas antitrust deben o no suplir a las normas antidumping; también debe considerarse si es necesaria una modificación de las primeras para optarse por una sustitución.[86]

---

[85] Existe una excepción en las normas antimonopolio de no sancionar los acuerdos restrictivos cuando sus efectos sean de menor importancia. El artículo 85 del Tratado CEE dispone que no se sancionarán los acuerdos restrictivos cuando mejoren la producción, distribución, o supongan un progreso técnico o económico; ello se relaciona con lo dispuesto por el artículo 6 del Reglamento N.° 17/62/CEE.

[86] «[...]En los Estados Unidos, las leyes antimonopolio que se comparan más frecuentemente con la legislación antidumping son la Ley Robinson —Patman, que

Las normas antimonopolio podrían aprovechar ciertas reglas[87] propias de las normas antidumping (p.e. los métodos de determinación del margen de dumping del artículo 2 del Acuerdo antidumping de 1994) para facilitar el análisis de los precios.

Entre los cambios que deben adoptarse para materializar la suplementariedad, mencionamos los siguientes:

a.- Controlarse los actos de abuso de posición de dominio por parte de las empresas que ofertan sus productos en un mercado, entre ellos los actos de los exportadores e importadores ya que son otros ofertantes al igual que lo son los productores nacionales.

b.- Las normas antitrust deben controlar los actos anticompetitivos originados en el exterior de un mercado pero que tengan efectos en ese mercado. Ello se explica por la teoría de los efectos.

c.- Se deben controlar de manera expresa los subsidios cruzados, en especial los de mercados. Para darse un mejor control debería darse una modificación en las normas antitrust y establecerse un análisis basado en precios de venta (en especial los precios de exportación) que no cubran los costos totales promedio.

d.- Las normas antimonopolio deben adoptar los criterios objetivos de análisis de las normas antidumping, en virtud de los cuales se

---

condena la discriminación de precios perjudicial, y la Ley Sherman, que trata sobre preciso predatorios. Las metas que persigue la Ley Robinson—Patman se comparan mayormente a las de la legislación antidumping, pero en realidad se diferencian en muchos aspectos importantes. Primero, las restricciones antimonopólicas sobre la discriminación de precios no se aplican cuando el productor concerta el precio de mercado, una excepción que no existe en la legislación antidumping. Aún más, en vista que la legislación antimonopolio está diseñada para reforzar la competencia en el mercado nacional, se dirige hacia los precios predatorios en su base. La legislación antidumping se dirige a las prácticas anticompetitivas internacionales y se centra en los remedios al momento de la importación». ROSENTHAL, Paul C. y Craig L. SILLIMAN. «The limits of competition law in the current WTO context». Ponencia presentada por el autor en la Conferencia *Anti dumping and Competition Policy* organizada por CASIN - Centre for Applied Studies in International Negotiations - llevada a cabo en Ginebra, Suiza los días 11 y 12 de julio de 1996, p. 17.

[87] Ver cita N.º 81 del mismo autor.

comparan los precios con los costos totales, sobre todo cuando no existen justificaciones y se tratan de ventas por debajo del costo. Este análisis sería aplicable a los casos de discriminaciones de precios, sean en el ámbito nacional o internacional.

No es necesario efectuar una reforma para las situaciones de amenaza de daño ya que las normas antitrust también pueden aplicarse en dichos casos, dictándose p.e. medidas provisionales. Los supuestos de amenaza en este caso se sustentan en la teoría de los efectos negativos de las prácticas restrictivas, ello permite que se puedan actuar ex-ante la producción del daño y que este no se torne en irreparable.

Los cambios que proponemos para las normas antitrust deben ser considerados tanto por las normativas nacionales como las comunitarias que se dicten en los procesos de integración (p.e. normas antitrust comunitarias de la Comunidad Andina, Mercosur o ALCA).

2.4.4. El caso de los procesos de integración: suplementariedad

2.4.4.1. Efecto desvío del tráfico y mercado ampliado

Antes de desarrollar la conveniencia de adoptar normas antitrust y antidumping supranacionales en un proceso de integración, revisemos los efectos de un proceso de integración.

Los Estados deciden ser parte de un proceso de integración no solo por razones políticas sino también por razones económicas; por lo que el análisis que hacen es político, económico y jurídico, antes de decidir con que Estado (o Estados) se integrarán y en que términos. Dos factores que siempre se tomarán en cuenta son el efecto desvío o diversión del tráfico y el mercado ampliado.

Considerando el efecto del desvío del comercio los Estados Partes optan por un proceso de integración ya que se logra un mayor intercambio comercial con los otros Miembros en lugar de comerciar

con terceros países.[88] La razón fundamental para tal predilección es la eliminación de los aranceles y/o de las medidas para-arancelarias o de efecto equivalente entre los Miembros.[89]

Los procesos de integración buscan crear, primordialmente, un mercado ampliado; en el cual como primera condición debe existir la libertad de circulación de las mercancías.

La razón fundamental para la creación del mercado ampliado es aprovechar los beneficios de las economías de gran escala, como consecuencia del mayor número de demandantes (ubicados tanto en el país del productor como en los Países Miembros). Los costos fijos promedio de las empresas tenderán a disminuir e incluso los costos variables promedio podrían diminuir (p.e. el productor podría adquirir insumos a menores precios en vista que sus volúmenes de compra serían mayores, obteniendo descuentos o comprando insumos libres de arancel).

El mercado ampliado permitirá que las industrias existentes en cada País Miembro, maximizen sus potenciales, aprovechen sus ventajas comparativas y competitivas. Este tipo de mercado permite el desarrollo de nuevas industrias, lo que no se lograría debido a la ausencia de un número suficiente de demandantes para hacer la

---

[88] «El efecto desvío o diversión (trade diverting effect) del tráfico es explicado por Viner por el hecho de que "luego de la formación de una unión aduanera entre el país A y el país B, uno de los socios, por ejemplo A, encontrará más ventajoso comprar un producto a B en razón de la supresión de las barreras aduaneras entre ellos y cesará así de comprar a un tercer país C que antes, de la unión aduanera era, sin embargo, la fuente de aprovisionamiento menos onerosa, para el país A, aún a pesar del pago de un derecho aduanero".
De allí surge el desplazamiento del mercado de aquellos exportadores o abastecedores que no formen parte de la unión aduanera y eventualmente, un aumento en los niveles de precios al consumidor». DI GIOVAN BAUTISTA, Ileana. *Derecho internacional económico y relaciones económicas internacionales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p. 146.

[89] Si los Estados Miembros optan por eliminar los derechos antidumping respecto de las importaciones provenientes de los países contra-partes, ello influiría en cuanto al efecto desvío ya que las normas antidumping se mantendrían respecto de terceros Estados.

actividad (al aumentar la expectativa de demanda en virtud del beneficio otorgado por la integración).

Los procesos de integración tienen una importancia económica trascendental, en especial para los demandantes o consumidores, y sobre todo por su vinculación con las industrias u ofertantes. Si al interior de cada proceso de integración subsisten los derechos antidumping, se limitan los beneficios de la integración. Los Tratados que establezcan un proceso de integración económica, deben disponer normas que controlen el comercio al interior del mercado ampliado y sus relaciones con el exterior, vía normas antitrust y/o normas antidumping supranacionales.

2.4.4.2. Libre circulación de mercancías

En cualquiera de los tipos de proceso de integración (zona de libre comercio o unión aduanera) la libre circulación de los bienes (en el espacio geográfico fruto de la integración) se puede ver afectada si cada Estado Miembro impone derechos antidumping a los bienes producidos en otro Estado Miembro.

Los derechos antidumping generarán que no se aprovechen los beneficios de la integración. Si bien en el caso de la zona de libre comercio se han suprimido los derechos de importación o arancel, el mantenimiento de los derechos antidumping (como forma de protección de la industria nacional del Estado importador) produce un «cierre de los mercados» o en todo caso se dificulta la libre circulación (más aún si existe una política pro investigaciones antidumping).[90] [91]

---

[90] «La teoría estática del comercio internacional sugiere que las ganancias netas de los esquemas de integración serán mayores en la medida en que:
1) Se creen nuevos flujos de comercio[...]
2) Es alta la protección arancelaria y para arancelaria de los socios, con relación al mundo[...]
3) El acuerdo induce a la especialización en producción[...]
4) No existen costos de ajuste significativos[...]
5) Cubre tanto el área de bienes como la de servicios[...]
6) Existen normas claras y simples para la adhesión de nuevos países[...]

Las normas antidumping, como ya se indicó, tienen como sustentos la protección de la industria nacional y hacer frente a una práctica predatoria internacional o comercio internacional desleal atribuible a un exportador. Estos sustentos no necesariamente justifican el mantenimiento de tales normas en los procesos de integración regional como lo pretendemos demostrar en el presente trabajo, ya que se limita la libre circulación de bienes al interior del mercado ampliado creado por el proceso.

Si bien los derechos antidumping en general representan una limitación legal al libre comercio internacional y circulación de bienes, en el caso de los modelos de integración tal limitación representan una suerte de «pseudo barreras de acceso» a los mercados nacionales, ellas reemplazan a los aranceles.[92]

2.4.4.3. Trato nacional

Una segunda crítica al mantenimiento de normas antidumping en los procesos de integración (que es objeto de nuestro estudio) señala que ellas infringen el principio de trato nacional, el cual debe existir tanto para el exportador como para el productor doméstico o nacional al interior de un proceso de integración económica.

---

7) No se crean limitaciones para que cada socio reduzca sus aranceles y para aranceles frente a terceros países[...]
Se limita al máximo el uso de prácticas restrictivas relacionadas, por ejemplo, con mecanismos antidumping, salvaguardias o reglas de origen[...]». ECHAVARRÍA, Juan José. «El G3 en el camino de la integración continental», en: *Nafta y Mercosur: Un diálogo Canadiense - Latinoamericano*. Richard G. Lipsey y Patricio Meller editores. Santiago: Dolmen Ediciones, 1996, p. 132.

[91] El subrayado de parte de la cita textual anterior es nuestro.

[92] «Las negociaciones de comercio multilaterales han reducido los efectos de los aranceles y otras barreras al comercio tradicionales. Al mismo tiempo, la reducción de estas otras barreras incrementa la necesidad para otras naciones de poder hacer frente rápidamente a las prácticas comerciales vistas como distorsionantes o desleales, como el dumping y los subsidios[...].
México, Brasil, Argentina e India son unos cuantos países que han comenzado a utilizar las normas comerciales a medida que sus aranceles y otras barreras no arancelarias han declinado[...]. STEWART», Terence P. *Ob cit.*, pp.7- 8.

Como sabemos, este principio rige el comercio internacional desde la suscripción del GATT en 1947 y debe ser aplicado por los Estados Parte. Incluso ha sido trasladado a la normativa supranacional particular o Tratados originarios que rigen cada modelo de integración; por lo que no solo debe cumplirse el principio en virtud GATT sino también con lo acordado en el Tratado de integración.

El trato nacional adquiere mayor importancia en el caso de los procesos de integración, ya que los Estados Parte han convenido (expresamente) otorgarse mayores beneficios a fin de promover el intercambio comercial entre ellos.

Los procesos de integración representan una excepción al principio de trato nacional respecto de los No Miembros con relación a los privilegios particulares dados en la integración, como es en el caso de los Integrantes del NAFTA y su relación con terceros países. El mantenimiento de los derechos antidumping entre Partes de un proceso de integración representa el incumplimiento del principio del trato nacional.[93]

Para una destacada autora canadiense,[94] al compararse los procesos de competencia con las investigaciones sobre dumping al interior del NAFTA, se detectan graves diferencias que colocan al exportador (localizado en la zona de América del Norte) acusado de efectuar dumping en una situación de desigualdad frente a productores domésticos (también localizados al interior de esta área de libre comercio) acusados de prácticas predatorias o de discriminación de precios.

---

[93] «Se puede concluir que las leyes antidumping, tal como han sido aplicadas actualmente, van contra la obligación de Trato Nacional del GATT y del NAFTA, en vista que sus estándares sustantivos y de procedimiento no proporcionan igualdad de oportunidades en el mercado importador. La mejor manera de reconciliar el derecho de imponer derechos antidumping y la obligación del Trato Nacional es exigir que el país importador ofrezca tantas oportunidades a los exportadores en el proceso anta dumping, como lo hace con los productores locales en situaciones similares». MARCEAU, Gabrielle. *Ob. cit.*, p. 117.

[94] Al respecto puede revisarse la página 113 y siguientes del libro antes citado de la doctora Marceau.

Como ejemplo de la desigualdad, en el Tratado de América del Norte se señala que en los procesos antidumping seguidos bajo la legislación de Estados Unidos se deben reconstruir los precios, mientras que en los procesos domésticos (o procesos antitrust) de discriminación de precios *(domestic price discrimination)* no se debe realizar tal reconstrucción; incluso la prueba de los costos no está limitada como sí lo está cuando se trata de determinar el dumping.

Compartimos las críticas antes señaladas sobre la infracción de la obligación de trato nacional, pero debe tenerse presente que el mantenimiento de las normativas antidumping es una opción válida desde el punto de vista legal ya que el propio GATT (el de 1947 y el de 1994) prevé la existencia y aplicación de los derechos antidumping, sin distinguir el caso de los procesos de integración. No obstante lo señalado, al interior de los modelos de integración, los Estados pueden acordar la eliminación, limitación o aplicación plena de las normas nacionales antidumping.

Somos de la opinión de que al interior de los procesos de integración las normas antidumping deben ser reemplazadas por normas antitrust supranacionales.

2.4.4.4. Proceso de sustitución de las normas antidumping en los procesos de integración

Los Estados al decidir formar parte de un proceso de integración deben previamene analizar los siguientes aspectos (entre otros a ser tomados también en cuenta):

a.- Los indicadores o variables macro económicas de sus futuras contrapartes (en particular la relación cambiaria).

b.- La existencia o ausencia de normas antitrust en los países que formaran parte del proceso de integración.

c.- El grado de apertura de los mercados nacionales de los futuros Miembros.

d.- La existencia o no de medidas para arancelarias.

e.- Las normas supranacionales que regirán el proceso de integración.

f.- Las industrias nacionales de cada país y las de sus futuras contrapartes.

g.- La existencia o no de entes supranacionales y nacionales en materia antidumping y antitrust; entre otros puntos a ser considerados.

Luego de analizar los puntos arriba indicados, cada futuro País Miembro comparará su realidad económica y sus políticas de comercio y competencia con las de sus futuros Estados contraparte, para finalmente decidir las condiciones bajo las cuales ingresará al Acuerdo de integración. Una de esas condiciones puede ser el mantenimiento o eliminación de los derechos antidumping al interior del mercado ampliado (a fin de no incumplir los principios de libre circulación y trato nacional).

La protección de la industria nacional como parte de la política comercial de cada Estado debe ser reemplazada por una defensa de la industria comunitaria existente o que vaya a existir al interior del mercado ampliado del proceso de integración. La protección será respecto de las importaciones que provengan de Países No Miembros y que generen daño (o amenaza).

Paralelamente a la sustitución, en los Acuerdos de integración debe señalarse que las normas antidumping siguen vigentes y son aplicables a bienes provenientes de terceros países, ello debido a las siguientes razones:

a.- Al interior de un proceso de integración, el principio de trato nacional solo es respecto de los Miembros. Los beneficios o privilegios concedidos al amparo del Tratado de integración (zona de libre comercio, unión aduanera u otras formas, como lo señala el GATT) no son extensibles a los No Miembros.

b.- Las industrias de terceros países, y sobre todo sus mercados y variables macro económicas, pueden ser distintas a las de los

Miembros del proceso de integración; por lo que las normas antidumping suplen la ausencia de normas antitrust multilaterales y las deficiencias de los mercados cerrados de terceros países.

c.- Los Estados Miembros no se han puesto de acuerdo con los No Miembros; por lo que estos últimos no se les otorgan los privilegios otorgados a los Miembros.

2.4.4.5. Cambio de las normas antidumping por normas antitrust

Los Estados que decidan forman parte de un proceso de integración deben aprovechar dicha oportunidad para adoptar una norma supranacional antitrust; ello significa una reforma jurídica multilateral subregional (aplicable exclusivamente en cada modelo de integración y obligatoria para sus Miembros).

Como resultado de la reforma, las normas antidumping nacionales serán sustituidas por normativas antitrust supranacionales que regularán y sancionarán las prácticas restrictivas (predatorias, de discriminaciones de precios o de subsidios cruzados) que se realicen y tengan efecto[95] en todo o parte del mercado ampliado (afectando el comercio entre Miembros).

Modelos como el NAFTA cuentan con regulaciones comunitarias, pero solo como directrices (y que tienen su correlato en regulaciones nacionales) en materia de dumping y antimonopolio; pero ello origina ciertas diferencias respecto de los agentes que participan en el mercado ampliado de América del Norte.

Las diferencias entre las normas antidumping y las antitrust son mayores ya que incluso no coinciden en la definición de los mercados. En el primer caso no es necesario que el exportador tenga una posición de dominio en el mercado del importador o en algún otro

[95] El efecto debe ser entendido como un efecto comunitario o supranacional para que las normas antitrust supranacionales sean aplicadas, es decir que si los efectos predatorios no afectan el comercio entre los Estados Miembros no es necesaria la aplicación de la norma supranacional.

mercado del exterior; en cambio en las investigaciones por restricciones a la libre competencia (p.e. el caso de los precios predatorios) sí se debe determinar si el agente activo cuenta o no con una posición de dominio.

La doctora Marceau, al referirse a la legislación norteamericana, señala que las diferencias incluso se presentan respecto de la duración de los procesos y la cantidad de pruebas que debe presentar el exportador, dependiendo si se trata de un casos antitrust o antidumping.[96] Las diferencias son en cuanto al tiempo, requisitos o elementos que se toman en cuenta en cada procedimiento antitrust o antidumping. La intensionalidad es exigida en la estrategia de los precios predatorios y no es considerada por la regulación antidumping.

En los procesos de integración (p.e. NAFTA, G-3, CAN, Mercosur) se debe dejar de lado la coexistencia de normas antitrust y antidumping, y optar por una sustitución de las segundas por normas comunitarias antimonopolio, teniendo en cuenta los siguientes cambios:

a.- Establecer que el comercio sub regional de bienes y servicios al interior del mercado ampliado estará regulado por normas antitrust comunitarias.

b.- Respecto al comercio internacional de bienes con terceros países hay dos posibilidades: Regulación vía normas antidumping comunitarias (si es que se trata de mercados comunes o uniones aduaneras) o nacionales de los Países Miembros (para los casos de procesos de integración del tipo de zona de libre comercio). El comercio con la extra zona también puede ser objeto de cláusulas de

[96] «Las investigaciones antidumping se caracterizan por una gran cantidad de información que debe ser obtenida y presentada en un período de tiempo extremadamente corto[...].
Más aún, la falta de cumplimiento de estos límites de tiempo ya sea por el exportador como por el importador tiene muy malas consecuencias: los costos y precios serán estimados con la mejor información disponible». MARCEAU, Gabrielle. *Ob cit.*, pp. 115 y 116.

salvaguarda, nacionales o comunitarias, según sea el tipo de proceso de integración.

c.- El comercio de bienes entre los Miembros del proceso de integración, excepcionalmente podrá ser objeto de cláusulas de salvaguardia dispuestas por la norma comunitaria (originaria o derivada).

d.- El comercio internacional de servicios (p.e. telecomunicaciones, fletes, construcciones, etc.) con terceros países debería ser analizado y podría ser por objeto de una norma comunitaria aplicable a los servicios (importación-exportación).

La idea de adoptar normas comunitarias antitrust como reemplazo de las normas antidumping nacionales, no es una nuestra, ella tiene su inspiración en la realidad de la Unión Europea directamente, y en forma indirecta en los modelos adoptados por Australia y Nueva Zelanda, Chile y Canadá. Lo señalado incluso ha sido motivo de una conferencia y debate organizado por la institución CASIN en julio de 1996 en Ginebra, Suiza; además ha sido planteado por la doctora Gabrielle Marceau y otros destacados autores.[97]

La sustitución que planteamos no es inmediata sino que por el contrario supone todo un proceso de adaptación y modificaciones para que el cambio tenga resultados. Las normas antitrust comunitarias, a ser adoptadas, deben considerar los siguientes puntos:

a.- Ellas deben tomar en cuenta ciertos elementos propios de las normas antidumping como los señalados en el artículo 2 del Acuer-

[97]«Mientras que las zonas de libre comercio de la Unión Europea y de Australia – Nueva Zelandia han abandonado sus normas antidumping respecto a otros Miembros del FTA, muchos FTAs mantienen el derecho de usar las normas antidumping contra los Miembros, incluyendo NAFTA, MERCOSUR y varios de los Acuerdos EU-EFTA [...].
Es muy probable que si la legislación antidumping se modifica en un ordenamiento de zona de libre comercio para adoptar los principios antimonopolio que, en la práctica, son mucho más amplios que los derechos del artículo VI[...] esos países perjudicados podrían presentar quejas ante la OMC contra esas normas como violadoras de las obligaciones establecidas bajo el artículo VI». STEWART, Terence P. *Ob. cit.*, p. 8.

do Antidumping de 1994 (métodos de determinación de las diferencias de precios).

b.- Deben adoptarse normas antitrust que controlen actos anticompetitivos como: discriminaciones de precios, precios predatorios,[98] subsidios cruzados, fusiones y concentraciones (horizontales o verticales), acuerdos restrictivos y una cláusula general para evitar todo tipo de prácticas anticompetitivas.

c.- Las normas antitrust comunitarias deben considerar y combatir las ventas por debajo del costo; para ello debe considerarse como acto anticompetitivo si el precio de venta no cubre los costos totales, y no considerarse solo los costos variables. La norma comunitaria, a ser adoptada para combatir discriminaciones de precios, no sancionará las prácticas que tengan una justificación objetiva (entre ellas p.e. el precio igual al cruce de oferta y demanda).

d.- A fin de que las normas antitrust comunitarias sean aplicadas, debe crearse un ente supranacional administrativo que se encargue de dicha labor y que tenga facultades de coerción y coacción sobre los particulares (e incluso sobre los Estados). Este ente debe ser similar a la Comisión de la Unión Europea. También se debe contar con un tribunal permanente para la etapa de control jurisdiccional.

e.- Se deben mantener las normas antitrust nacionales de los Estados Miembros del proceso de integración, estas serán aplicables a los casos de comercio intra país que no tengan efectos comunitarios (sobre el mercado ampliado).

f.- Los actos anticompetitivos realizados por empresas que no cuenten con una posición de dominio (en todo el mercado ampliado del proceso de integración, en uno de los mercados nacionales de los Miembros, o en el exterior) no deben ser sancionados; ya que las empresas que vendan por debajo del costo sin contar con una posición de dominio en el mediano o largo plazo quebrarán y dejarán de participar en el mercado.

---

[98] Los dos primeros ejemplos son actos de abuso de posición de dominio.

g.- La posición de dominio en los procesos de integración debe determinarse de diferentes maneras: posición en un mercado de un producto determinado, en el mercado nacional de un Miembro o subregional, o posición en el mercado ampliado (o incluso en el exterior). Determinar este elemento no es fácil, para ello se debe analizar cada mercado relevante, p.e. en los Estados Unidos el dominio es definido tanto en el plano nacional como en el estatal o regional, ya que cada estado federal es un mercado distinto.

Por último, debemos señalar que un proceso de integración en el cual se adopten normas antitrust comunitarias le permitirá suplir la ausencia de un Código Antitrust Internacional y los defectos de las leyes antitrust nacionales (o incluso su ausencia como p.e. en los casos de Paraguay y Uruguay, integrantes del Mercosur; o de Bolivia y Ecuador en el caso de la Comunidad Andina). La adopción de una norma comunitaria antitrust es el primer paso en busca de un Código internacional.

2.4.5. Ausencia de un código antitrust internacional

Las normas antidumping tuvieron su origen en vista de las deficiencias de las normas nacionales antimonopolio para hacer frente a prácticas originadas en mercados del exterior, la ausencia de tales normas en algunos países (los que usualmente son acusados de dumping), y sobre todo, la inexistencia de un Acuerdo internacional antitrust.

La propuesta de un Código Internacional no es nueva, al respecto ya ha existido un proyecto de la UNCTAD, además, diversos expertos son de la opinión de su adopción y administración vía OMC.[99]

---

[99]«[...]un grupo de expertos preparó un informe para las Naciones Unidas sobre los efectos de las empresas multinacionales en el comercio mundial y el desarrollo. Dividieron el proyecto en siete secciones, una de las cuales está dedicada a las empresas: A - objetivos; B - definición; C - Principios Imparciales adoptados multilateralmente para el control de las prácticas de comercio restrictivas; D - Principios para las empresas; E - principios para los Estados; F -medidas internacionales, y G - organismo institucional internacional. Para el Código de las Naciones Unidas, las Prácticas Empresariales Restrictivas (RBPs), pueden adoptar dos formas: abuso de la posición de dominio en el mercado, y acuerdos restrictivos entre empresas. Esta

En este proyecto se combaten dos grandes grupos de prácticas anticompetitivas:

a.- Abusos de posición de dominio.

b.- Concertaciones o Acuerdos restrictivos de la libre competencia.[100]

El proyecto del Código de la UNCTAD retomaba elementos de las leyes antimonopolio norteamericanas y del Tratado de Roma, normas que han servido de inspiración legislaciones similares en la mayoría de países; pero el proyecto tenía también defectos o vacíos entre los que estaban:

a.- No haber dispuesto normas sobre discriminaciones de precios y ventas por debajo del costo, similares a las de la Ley Robinson, a fin

---

definición difícilmente sigue los conceptos antimonopolio de la Ley Sherman y de la CEE. El artículo 4 se ha formulado de acuerdo a los lineamientos del artículo 86 del Tratado de la CEE y parece ser una lista exclusiva de métodos para abusar de una posición dominante en el mercado. Es una combinación de las prácticas prohibidas por la Ley Sherman y la Ley Clayton[...], MARCEAU, Gabrielle. *Ob. cit.*, p. 88.

[100]«El primer párrafo prohibitivo del código es una copia de la sección 1 de la Ley Sherman y del artículo 85 del Tratado de Roma de la Comunidad Económica Europea, que prohibe cualquier acción concertada que restrinja la competencia[...].
Las prácticas especificadas que se proscriben bajo las condiciones señaladas antes son:
a) Acuerdo de fijación de precios incluyendo tanto exportación como importación.
b) Oferta concertada.
c) Acuerdos de distribución del mercado o de consumidores.
d) Asignación de cuotas para la venta como para la producción.
e) Acciones concertadas para reforzar acuerdos - por ejemplo, mediante la concertación para rehusarse a negociar.
f) Negativa concertada de abastecimiento a importadores potenciales.
g) Negativa colectiva al acceso a un acuerdo o asociación que es crucial para la competencia.
El segundo párrafo prohibitivo se parece a la sección 2 de la Ley Sherman y aún más cercano, al artículo 86 del Tratado de Roma, que prohibe el monopolio o el abuso de la posición dominante[...]. FOX, Eleanor M. «Harnessing the multinational corporation to enhance third world development–The rise and fall and future of antitrust as regulator», *Cardozo Law Review*, volumen 10, número 7, junio 1989, p. 1994.

de sancionar a empresas que, contando con una posición de dominio, fijasen arbitrariamente los precios sin justificaciones de costos.

b.- El proyecto de Código UNCTAD no contaba con reglas para resolver el problema de la extraterritorialidad de las prácticas.

c.- En el proyecto tampoco se planteó una cláusula general que sancione todo tipo de actos anticompetitivos.

d.- No se dispuso un control de las fusiones.

e.- No se estableció un órgano supranacional.

En el libro tantas veces citado de la doctora Marceau, ella hace referencia a varios proyectos de regulación multilateral antimonopolio, entre los que resaltamos los siguientes:

a.- Guía de la OECD del 21 de abril de 1976.

b.- Código sobre Inversión de la Cámara Internacional de Comercio *(ICC Code on Investment).*

c.- Los Acuerdos Bilaterales:

c.1.- Acuerdo Nueva Zelanda - Australia.

c.2.- Acuerdo de Cooperación GUS-CEC del 23 de setiembre de 1991 (suscrito entre el gobierno de los Estados Unidos y la Comisión de las Comunidades Europeas).

c.3.- Acuerdo entre los Gobiernos de Francia y Alemania, del 28 de mayo de 1984.

La adopción de un Código multilateral antitrust podría ser una respuesta para hacer frente a problemas del comercio internacional (aunque para otros ello no ocurriría ya que la competencia es solo un aspecto de la política económica de un país).[101]

[101] «Un Código internacional sobre competencia puede no ser viable. La competencia es solo un aspecto de la política económica global de un país, y la armonización de un solo aspecto de una política puede simplemente resolver el problema tempo-

Se debe buscar que todos los mercados nacionales sean eficientes, para ello se deben controlar y prohibir la realización de actos anticompetitivos, incluidas las prácticas de discriminación internacional de precios. Los actos restrictivos se realizarían tomando como sustento la existencia de un mercado nacional cerrado, anticompetitivo o por la existencia de normas antitrust deficientes.

Como resultado de lo indicado, se protegerían a los consumidores domésticos del mercado del exportador y no se permitiría que ellos asumiesen el total de los costos fijos, en lugar de distribuir dichos costos entre la oferta nacional y la oferta exportable de cada empresa. Los actos de abuso de posición de dominio, como las prácticas predatorias o las discriminaciones internacionales de precios, serían sancionados por el Código multilateral antitrust.

El Código antimonopolio que se acuerde en el futuro, aparte de retomar el proyecto de la UNCTAD, deberá contemplar los siguientes puntos:

a.- Determinar la ley antitrust aplicable (se resuelve el conflicto de leyes), la cual debe ser la ley del lugar donde se originan las prácticas restrictivas de la libre competencia, caso contrario la ley aplicable debe ser la del lugar donde se manifiestan los efectos negativos de la práctica anticompetitiva (y que se aplicaría extraterritorialmente).

---

ralmente. La competencia de las leyes de competencia también es un argumento sólido contra la armonización, desde que tal competencia siempre estimulará la innovación e impulsará a los países a sobrepasar a sus vecinos mediante la promulgación de mejores normas.
[...]
El aumento de transparencia, la colaboración y la cooperación reduciría la distorsión en el comercio mundial. Deben darse mayores derechos a las personas públicas y privadas para poder quejarse sobre la falta de aplicación en el país exportador. Ambiciosamente, las previsiones similares al artículo 7 del GUS-ECC, exigiendo a las partes a justificar sus decisiones sobre si condenan las practicas empresariales o no, es un paso adelante hacia el precedente estoppel, y proporcionará directrices para casos futuros». MARCEAU, Gabrielle. *Ob. cit.*, pp. 305-306.

b.- Determinar cual debe ser la autoridad nacional competente. Para ello debe establecerse cual de las autoridades nacionales es la investida con facultades de investigación, o si por el contrario se opta por la creación de una autoridad internacional.

c.- Establecer la obligación de cooperación y coordinación entre las agencias nacionales antimonopolio, en especial el intercambio de información relevante sobre las empresas (en especial las grandes transnacionales).

d.- Establecer la posibilidad de recurrir ante un Tribunal de Justicia supranacional, permanente y especializado (p.e. al interior de la OMC) que controle los actos y resoluciones de los entes administrativos nacionales.

e.- Establecer un recurso de responsabilidad extracontractual similar al que existe en la Unión Europea que pueda ser invocado en los casos en que se omita el inicio de investigaciones o en sanciones impuestas que no tuviesen sustento.

f.- En caso de que la autoridad nacional competente no actúe de acuerdo a la norma internacional, un Estado contraparte (o incluso un particular) podría recurrir a la etapa jurisdiccional (legitimación activa de los Estados).

g.- El Código también debe establecer un cuadro o lista de sanciones a las prácticas anticompetitivas, y criterios de gradualidad.

h.- El Código antitrust será aplicable tanto para el comercio internacional de bienes como para el de servicios.

i.- El Código multilateral no será de aplicación en los procesos de integración que cuenten con normas antitrust comunitarias, o en todo caso será de aplicación supletoria (salvo que se acuerden principios antitrust internacionales obligatorios).

La adopción de un proyecto de un Código internacional contra las prácticas restrictivas de la libre competencia no es fácil. Proponemos que se tomen como punto de partida los procesos de integra-

ción y se establezcan principios antitrust y definiciones comunes en las legislaciones de cada país; estos serían los primeros pasos antes de la suscripción de este Código.

Capítulo tercero

REALIDAD ACTUAL DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL

3.1. Realidad actual de la integración en el continente americano

3.1.1. El modelo de la Comunidad Andina (CAN)

3.1.1.1. Definición y evolución de la Comunidad Andina

Como ya se ha indicado en el capítulo segundo,[102] existen diferentes tipos de modelos de integración económica. Estos van de los más simples como son los Acuerdos de zonas de libre comercio a los más complejos como la unión social, política y monetaria. La definición de la Comunidad Andina no solo debe señalar que es un proceso de integración económica, debe además indicarnos el modelo adoptado por sus Miembros y las condiciones del mismo.

Desde sus inicios (cuando se denominaba Grupo Andino) la CAN optó primero por establecer una zona de libre comercio, luego convertirse en una unión aduanera y por último establecer un mercado común sub regional; ello debido a las razones que indicaremos en los siguientes párrafos.

El artículo 3 del vigente Acuerdo de Cartagena (modificado por el Protocolo de Trujillo) si bien no establece en forma expresa cual ha sido el modelo de integración adoptado, de su lectura se puede inferir que busca la consolidación de una unión aduanera en la subregión y luego un mercado común.[103]

---

[102] En el apartado 2.1 al enumerar y describir los distintos modelos de integración.

[103] «Artículo 3.- Para alcanzar los objetivos del presente Acuerdo se emplearán, entre otros, los mecanismos y medidas siguientes:
a) La armonización gradual de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes;

La mención, en el Acuerdo, al establecimiento de un programa de liberalización del intercambio comercial, equivale a la creación de una zona de libre comercio al interior de la subregión andina y para tal fin debe llevarse a cabo la eliminación total de los aranceles entre los Miembros.[104] El punto D) fija la meta de establecer un arancel externo común a ser aplicado por los Estados Miembros; por lo que en dicha etapa se buscaría la implementación de una unión aduanera entre los Miembros de la CAN.

Cabe preguntarse qué representa en la actualidad la Comunidad Andina, y hacia donde apuntan sus metas.

Hoy, no existe (a plenitud) entre los Miembros de la CAN una libertad de circulación de bienes o mercancías sin pago de aranceles, ya que sigue vigente el cobro de derechos arancelarios a las importaciones provenientes de los Miembros sin diferenciarlas de las provenientes de terceros Estados. Solo en algunos casos se conceden preferencias arancelarias para los Integrantes y liberalización en determinadas partidas arancelarias, sin llegar a comprender el universo de las mismas.

En la CAN propiamente no existe una zona de libre comercio, o en todo caso dicha zona de libre comercio es imperfecta ya que subsisten las restricciones a las importaciones entre Miembros e imposición de aranceles, de lo contrario ya no se darían las ope-

---

b) La programación conjunta, la intensificación del proceso de industrialización sub regional y la ejecución de programas industriales y de otras modalidades de integración industrial.
c) Un programa de Liberación del intercambio comercial más avanzado que los compromisos derivados del Tratado de Montevideo 1980;
d) Un Arancel Externo Común, cuya etapa previa será la adopción de un Arancel Externo Mínimo Común». Codificación del Acuerdo de Cartagena. Decisión 406. Secretaría General de la Comunidad Andina. Lima, 1997.

[104] Lo cual incluso debe complementarse con la eliminación o en todo caso disminución de los controles aduaneros al interior de la zona de libre comercio respecto de los bienes que los Estados Miembros comercializan entre sí (éste comercio si bien es una Importación–Exportación ello es relativo ya que no se paga un Derecho Arancelario ya que son bienes de origen o producidos en la zona). El arancel solo es exigible a las importaciones provenientes de Estados No Miembros.

raciones de control en las Aduanas de cada Estado Parte sin distinguir entre importaciones comunitarias y no comunitarias.[105] Tampoco existe una unión aduanera ya que algunos de los cinco países aún no han implementado un arancel externo común frente a las importaciones de mercancías dirigidas hacia la subregión desde terceros No Miembros.

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

En la subregión se mantienen controles aduaneros fronterizos al interior de la zona (respecto al comercio interno) e incluso se han dado casos de establecimiento de medidas para arancelarias (p.e. el caso de los Decretos Supremos 016-91 y 017-91-AG que establecieron derechos específicos sin distinguir a los productos andinos y los de terceros países).[106] [107]

---

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

106 «Con la entrada en vigencia del Arancel Externo Común (AEC) el 1 de febrero de 1995 el GRAN inició una nueva etapa en su proceso de integración. No obstante la euforia que despertó este suceso, es necesario anotar, que aun falta mucho camino por recorrer, para que pueda hablarse de una verdadera unión aduanera andina. En efecto, el AEC se adoptó con un sinnúmero de excepciones, salvedades y disposiciones especiales, que en la práctica significan grandes disparidades en el nivel arancelario de los países». IBARRA PARDO, Gabriel. «Regímenes de competencia y políticas de competencia en América Latina, con especial referencia al Grupo Andino». Centro de Formación para la Integración Regional/ Trading Center for Regional Integration. (20 ene. 1999), <http// www.cefir.org.uy>.

107 «Los indiscutibles avances del proceso andino de integración, con la conformación de la Zona de Libre Comercio el 1 de febrero del presente año para cuatro de los cinco Países Miembros y la entrada en vigencia el próximo 31 de diciembre

La Comunidad Andina ha pasado por una evolución dificultosa, incluso uno de sus originales cinco Miembros, Chile, se apartó del proceso. El plan de integración económica en la subregión (en busca de la constitución de un mercado ampliado) no solo ha sufrido retrasos sino que también en el se han dado condiciones por parte de los Estados.

Si bien hay etapas que deberían haberse plasmado, en la actualidad no tenemos una unión aduanera respecto del universo de partidas arancelarias ni un mercado común libre de aranceles o medidas de efecto equivalente.[108] Con miras al futuro y como meta se busca llegar a establecer un mercado común en la subregión, el cual incluso llegue a relacionarse con el Mercosur[109] y de esta forma lograr establecer un gran mercado ampliado en Sudamérica.

En vista de lo expresado líneas arriba, podemos afirmar que la CAN es un proceso de integración económica que busca establecer un mercado común en la subregión; para lograrlo el proceso debe pasar por las etapas de la zona de libre comercio, unión aduanera, para poder alcanzar dicha meta. Este proceso cuenta con personería jurídica internacional del tipo organización internacional de integración, ella está plasmada en forma implícita en

---

del Arancel Externo Común, lo que va a permitir no sólo la creación de una unión aduanera sino también la consolidación del mercado ampliado, dan una nueva importancia a las normas sobre competencia dentro del Acuerdo de Cartagena». CÁRDENAS, Manuel José. «Legislación sobre Competencia en el Acuerdo de Cartagena». Ponencia presentada en el Seminario sobre Políticas de Competencia y Comercio Exterior. Santa Fe de Bogotá, 16-17 junio de 1994. Informe archivado en la Secretaría General del Acuerdo de Cartagena.

[108] Esto se ha debido sobretodo a las diferencias de políticas macroeconómicas existentes entre los Miembros, p.e. Colombia y Venezuela un mantienen subsidios a su industria (subsidios que ya han sido abandonados por Perú) y Perú en contrapartida no acepta un arancel externo común e incluso sigue cobrando derechos arancelarios a las importaciones en ciertas partidas.

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

el Tratado o Acuerdo de Cartagena por el cual se creó el Grupo Andino (en mayo de 1969).

Al interior de la CAN sus Miembros han renunciado parcial, temporal y en algunos casos condicionalmente (vía reservas) a ciertos derechos soberanos ya que han creado un ordenamiento jurídico supranacional,[110] estableciéndose ciertos órganos e instituciones como parte del llamado sistema andino de integración[111] (como la Secretaría General y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina). Esta organización internacional de integración tiene una vocación supranacional y de permanencia.

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

Para finalizar con la definición de la Comunidad Andina, debemos señalar que su finalidad supranacional se extiende en el tiempo de manera indefinida, por lo que los fines iniciales del proceso (la creación de un mercado ampliado subregional) pueden ampliarse o modificarse. Al ser una organización internacional formada por la voluntad de los Estados, ellos pueden en un momento determinado acordar la formación de una unión eco-

---

[110] La creación de un ordenamiento jurídico supranacional o comunitario supone que éste coexista con el ordenamiento jurídico nacional, la primacía del primero, su incorporación al derecho nacional y sobre todo que la legislación comunitaria que se adopte, regule las relaciones económicas que se vayan dando al interior del mercado ampliado que se cree como consecuencia del proceso de integración. Parte de la legislación comunitaria que se da para proteger el mercado ampliado son las normas referidas al dumping y a las restricciones a la competencia, en el caso andino son las Decisiones 283 y 285 que serán objeto de nuestro estudio en el presente capítulo (ahora incluso se ha dado la Decisión 456 que también comentaremos).

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

nómica, política y monetaria como en la actualidad viene ocurriendo en la Unión Europea con la circulación y emisión del euro como moneda comunitaria y la creación y operaciones del Banco Central Europeo.[112]

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

3.1.1.2. Regulación del dumping: Decisión 283[113]

3.1.1.2.1. Naturaleza jurídica

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

En la actualidad se encuentra vigente la Decisión N.° 283 del 21 de marzo de 1991, norma que tiene su antecedente en la Decisión N.° 230 (dada en diciembre de 1987), la misma que a su vez tenía su antecedente en las Decisiones 45 y 49 sobre distorsiones en la

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

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

competencia y armonización de legislaciones sobre fomento industrial, las cuales también buscaban prevenir y corregir las distorsiones en la competencia. Estas normas comunitarias plantean una regulación del comercio en la subregión, a fin de evitar distorsiones en los precios de los productos que son exportados (distorsiones causadas por subsidios o dumping).

La Decisión 283 es una disposición supranacional que busca regular las políticas de defensa de la competencia y comercial, tanto contra agentes ubicados al interior de la subregión como agentes ubicados en terceros países que realizan prácticas de dumping y subsidios.

La 283 es una norma derivada ya que la directriz general está dada por el Acuerdo de Cartagena, el cual dispone en su artículo 105 que se deben prevenir y corregir prácticas que puedan distorsionar la competencia, entre ellas el dumping, manipulaciones indebidas de los precios y otras maniobras de efecto equivalente. Las prácticas condenadas perturbarían el libre comercio al interior de la subregión y por lo tanto no pueden ser permitidas, es por ello que deben ser reprimidas cuando se produzcan o incluso ante una situación de amenaza.

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

3.1.1.2.2. Antecedentes y su relación con los Acuerdos de la OMC

La materia del dumping no solo es reglamentada en el marco de integración subregional (como en el caso de la decisión 283) sino que también es objeto de una regulación multilateral desarrolla-

da en primer término por el GATT de 1947 y los respectivos Códigos antidumping dictados en las Rondas Kennedy y Tokio; estas normas en la actualidad han sido reemplazadas por el GATT de 1994 dictado a raíz de la Ronda del Uruguay y el Acuerdo especial o Código antidumping de 1994.[114]

Ante esta aparente dualidad, tanto en el plano subregional como el multilateral, cabe preguntarse qué normativa debe primar, la primera, la segunda, o acaso existe una complementariedad entre ambas.

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

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

La Decisión 283 ha establecido reglas propias para el procedimiento administrativo antidumping, en forma supletoria se aplican otras regulaciones generales sobre los procedimientos administrativo y

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

jurisdiccional ante la Secretaría General y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

La razón central para que existan diferencias entre la Decisión 283 y el Acuerdo de 1994 de la OMC se debe a que la primera es del año 1991 y no ha sido actualizada. Es la Decisión 456 la que sí se adecua en parte a lo dispuesto por la OMC y el GATT de 1994, aunque como veremos es una norma que infringe la normativa multilateral[115] en algunos puntos, y a pesar de ser posterior no deroga la normativa comentada.

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

3.1.1.2.3. Ámbito de aplicación y supuestos

La Decisión que comentamos, en líneas generales, regula los supuestos de importaciones en condiciones dumping provenientes de terceros países o incluso de los Países Miembros de la CAN. En este último caso no distingue si los bienes se encuentran o no liberados de los aranceles; es por ello necesario analizar el texto de la norma para determinar y explicar los supuestos en que es de aplicación.[116]

---

[115] GATT de 1947, GATT de 1994 y el Código Antidumping de 1994.

[116] «Artículo 2.- Los Países Miembros o las empresas que tengan interés legítimo, podrán solicitar a la Junta la autorización o mandato para la aplicación de medidas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia en el mercado subregional, derivadas del dumping o de los subsidios, en los siguientes casos:
a) Cuando las prácticas originadas en el territorio de otro País Miembro amenacen causar o causen perjuicio importante a la producción nacional destinada al mercado interno del país afectado;
b) Cuando las prácticas originadas en el territorio de un País Miembro amenacen causar o causen perjuicio importante a la producción nacional destinada a la exportación a otro País Miembro;

1.- Primer Supuesto:

La empresa exportadora que efectúa el dumping se encuentra ubicada en un País Miembro y su importación afecta la producción nacional (entendida como industria nacional) del País Parte de la Comunidad Andina donde se lleva acabo la importación.

Ejemplo: Se exporta en condiciones dumping azúcar de Colombia hacia Venezuela; por lo que los productores venezolanos se ven afectados ya que su producción para el mercado interno de Venezuela se ve afectada por la producción del empresario-exportador ubicado en Colombia. La norma no señala una distinción o establece un requisito que permita separar los supuestos de efecto comunitario y los de efecto nacional, ello permitiría determinar los casos en los cuales debe aplicarse una norma supranacional como es la Decisión 283 y los casos de normas nacional.

En este caso el supuesto de la norma es para las operaciones de comercio internacional entre los Miembros del proceso de integración, aunque subsiste la figura del dumping para el comercio intracomunitario.

2.- Segundo Supuesto:

La empresa que vende en condiciones dumping se encuentra ubicada en un País Miembro y los bienes van dirigidos al merca-

---

c) Cuando las prácticas originadas en un país de fuera de la Subregión amenacen causar o causen perjuicio importante a la producción nacional destinada a la exportación a otro País Miembro; y,
d) Cuando las prácticas originadas en un país de fuera de la Subregión amenacen causar o causen perjuicio importante a su producción nacional; se trate de los productos a los que se aplique el Arancel Externo Común; y, las medidas correctivas deban aplicarse en más de un País Miembro.
En los demás casos, podrán ser de aplicación las disposiciones reglamentarias nacionales de cada País Miembro.
Para los efectos de esta Decisión, se entiende incluida dentro de la amenaza de perjuicio, el retraso sensible para la creación de una producción nacional». DECISIÓN 283. Página web oficial de la Comunidad Andina. Legislación.-(20 ene. 1999), <www.comunidadandina.org>.

do de otro Miembro; pero no se causa un daño o amenaza de daño a la industria nacional del país importador, sino por el contrario ello afecta la producción nacional exportable de otro país andino que tiene como destino el mismo país importador (integrante de la CAN).

Ejemplo: Una empresa ubicada en Colombia exporta hacia Bolivia planchas de acero en condiciones dumping, en Bolivia no hay industria nacional del acero que se pueda ver afectada pero en Perú hay productores que no solo abastecen el mercado peruano sino que parte de su producción la exportan hacia Bolivia; por lo que los afectados por el dumping colombiano son los productores peruanos.

En este caso la norma comunitaria ha previsto un supuesto de dumping a favor de un tercer país que a su vez es un Estado Miembro del proceso de integración, igualmente ha decidido mantener la normativa antidumping pero para efectos comunitarios.

3.- Tercer Supuesto:

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

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

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

4.- Cuarto Supuesto:

El bien exportado objeto del dumping debe ser objeto de la aplicación de un arancel externo común por los Países Integrantes, la empresa exportadora que realiza el dumping debe encontrarse fuera de la subregión andina (exportador No Miembro) y la comercialización (importación) del bien debe darse en varios países andinos (dos o más), dañando o amenace dañar las industrias nacionales de los Miembros importadores.

Ejemplo: Un bien (entendido también como partida arancelaria) como la azúcar blanca refinada es objeto de la aplicación de un arancel externo común, ello en vista que para este bien son aplicables las reglas de la unión aduanera. Un productor brasileño exporta azúcar a precios dumping hacia los mercados de Colombia, Venezuela y Perú, países que a su vez cuentan con sus respectivas industrias azucareras nacionales (varios Países Miembros importadores); la importación del azúcar brasileña a precios dumping daña o amenaza dañar a las industrias nacionales de los Países Parte. La normativa comunitaria ha considerado también los casos en los cuales se ha alcanzado el nivel de desarrollo de un proceso del tipo unión aduanera.

Este también es un caso en que para efectos de la normativa el efecto es comuunitario en vista que el bien comercializado está sujeto a un arancel externo común.

5.- Quinto Supuesto:

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

La disposición legal facultativa posibilita que un caso de dumping que no se encuadre en alguno de los cuatro supuestos de la normativa supranacional puede ser sometido ante las autorida-

des comunitarias aplicando la Decisión 283; a pesar de que en principio la norma nacional era la pertinente (facultad de someterlo ante el INDECOPI o ante la Secretaría General de la CAN).

Un segundo punto que debe ser analizado en la norma antidumping de la Comunidad Andina es el referido a la no exigencia (como requisito) de que el sujeto activo del dumping cuente con una posición de dominio (dentro o fuera del mercado ampliado andino).

Para llevar a cabo el dumping un exportador no necesariamente debe contar con una posición de dominio en su mercado de origen,[117]ni mucho menos la detenta en el mercado de destino. Las normas nacionales, los Acuerdos sobre la materia del GATT y el actual de la OMC tampoco exigen tales requisitos, ellas han optado básicamente por la diferencia de precios entre el valor de exportación y el valor en el mercado doméstico (valor normal) debidamente reconstruidos.

A pesar que para probar la existencia de dumping no se requiere una posición de dominio, la empresa que realiza dicha práctica (y que tiene sus efectos en alguno o algunos de los cinco Países Miembros) puede tenerla en su país de origen o en otros mercados externos respecto del mercado comunitario andino. En estos casos nos queda la duda de si la Decisión 283 es la pertinente, o si por el contrario es la 285 (la misma duda se podrá ver en el punto 3.1.1.3.B y será absuelta en el punto 3.1.1.4).

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

3.1.1.3. Regulación de las restricciones a la libre competencia: Decisión 285

3.1.1.3.1. Naturaleza jurídica y Antecedentes

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

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

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

3.1.1.3.2. Ámbito de aplicación

Los supuestos establecidos en la Decisión 285 son las prácticas restrictivas de la libre competencia que se originen en la subregión o en las que intervenga una empresa que desarrolla sus actividades en uno de los Países Miembro. Como lo señala el artículo 2, dichas prácticas pueden darse vía prácticas concertadas, acuerdos restrictivos entre empresas (horizontales o verticales) o mediante actos de abuso de una posición de dominio llevado a cabo por una o varias empresas (esta norma andina no prohibe ni controla las fusiones).

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

a.- Una empresa dedicada a las telecomunicaciones, que tiene filiales y matriz en dos o más Miembros, y que en cada país o en conjunto (a nivel subregional) cuente con una posición de dominio y realiza una práctica predatoria, cometería una infracción comunitaria independientemente de ser también una violación de la normativa nacional (ya que la legislación nacional de un País Miembro podría condenarla también). Por primacía y subordinación, la norma supranacional sería la única norma aplicable en defecto de las normas nacionales.

b.- Un grupo de empresas que operan en uno de los países andinos (como p.e. Perú) celebran un acuerdo a fin de impedir que al mercado peruano ingresen, se distribuyan o comercialicen productos similares de origen comunitario, p.e. colombiano.

c.- Una empresa con posición de dominio en Perú realiza en ese mercado una práctica de precios predatorios (o de ventas por debajo del costo total promedio, o *sale below cost*) que afecta el ingreso de productos similares importados desde otro País Miembro, los mismos que por una mejor eficiencia son más baratos y competitivos (el ejemplo es el inverso al supuesto del artículo 2-A de la Decisión 283).

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

Las prácticas restrictivas de la libre competencia con efectos comunitarios pueden ser respecto del comercio de bienes o servicios; incluyendo en el caso del comercio de bienes las opera-

ciones de importación-exportación al interior de la zona de libre comercio, unión aduanera o el mercado común que se vaya a constituir en la CAN (en el último caso se trataría propiamente de ventas y no importaciones ya que es un comercio al interior de un mercado común).

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

La Decisión antitrust es muy compleja y toma en cuenta muchos supuestos, sobre todo si se tiene en cuenta lo dispuesto en su segundo artículo.[118] La norma incluso considera el caso de una empresa exportadora ubicada fuera de la región que realiza la práctica restrictiva de la libre competencia.

Como ya habíamos indicado, lo primordial para que la Decisión sea aplicable, es que el sujeto activo de la práctica restrictiva sea una empresa (o empresas) que opere en todo o una parte de la subregión andina (en uno o más países). De no existir un efecto

---

[118] «Artículo 2.- Los Países Miembros o las empresas que tengan interés legítimo podrán solicitar a la Junta la autorización o mandato para la aplicación de medidas para prevenir o corregir las amenazas de perjuicios o los perjuicios a la producción o exportaciones, que se deriven de prácticas restrictivas de la libre competencia que se originen en la Subregión o en las que intervenga una empresa que desarrolla su actividad económica en un País Miembro.
Por origen en la Subregión se entienden las prácticas realizadas por empresas que desarrollan su actividad económica en uno o más Países Miembros. Por intervención de un País Miembro se entiende la práctica llevada a cabo entre empresas que desarrollan su actividad económica en uno o más Países Miembros y empresas situadas fuera de la Subregión.
Quedan excluidas de la presente Decisión las prácticas que lleven a cabo una o más empresas situadas en un solo País Miembro pero que no tengan efectos en la Subregión. En estos casos será de aplicación la legislación nacional respectiva.
Para los efectos de la presente Decisión, se entiende dentro de la amenaza de perjuicio, el retraso sensible para la creación de una producción». Decisión N.° 285. Página web oficial de la Comunidad Andina Legislación. –(20 ene. 1999), <www.comunidadandina.org>.

comunitario la norma supranacional no sería la pertinente, la aplicable sería mas bien la norma nacional del lugar donde se materializan los efectos restrictivos. El daño o perjuicio causado por la práctica puede haberse iniciado en un solo país, pero si la amenaza del mismo se proyecta al resto de los países, entonces es correcto señalar la existencia de un efecto comunitario.[119]

Los supuestos de la Decisión 285 se encuadran dentro de las normas antitrust que toman en cuenta el lugar de los efectos de la restricción independientemente de que su origen tenga lugar en el exterior de la subregión. Una interpretación jurídica literal consideraría que esta norma comunitaria andina es solo de aplicación para los actos restrictivos de la libre competencia realizados por empresas localizadas en alguna parte del mercado ampliado andino y los efectos restrictivos afecten o abarquen todo o parte de la sub región; sin embargo una interpretación más abierta, sistemática y teleológica permitiría considerar los actos originados fuera del territorio de la CAN, (por empresas no domiciliadas en la CAN pero cuyas acciones repercuten en el mercado ampliado).

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

---

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

Existe un error en la Decisión antitrust ya que las exportaciones de empresas ubicadas en Países No Miembros (que restrinjan la competencia e incluso busquen predar las industrias instaladas en la subregión) solo deben ser combatidas por normas antidumping supranacionales. La normativa antidumping es de aplicación para los casos de discriminación internacional de precios o ventas por debajo del costo (o ventas a pérdida) y en la medida que las exportaciones afecten o distorsionen la competencia a nivel subregional (efecto comunitario).

El caso de empresas ubicadas en el exterior dispuesto por la Decisión 285 sería un caso de dumping extra comunitario (un caso distinto es que un acuerdo restrictivo haya sido adoptado en el exterior y se ejecute en la sub región andina).[120]

La Decisión antimonopolio busca impedir los acuerdos o prácticas concertadas y los actos de abuso de posición de dominio; este segundo supuesto es el que nos interesa resaltar de manera especial ya que comprende la práctica de precios predatorios y la discriminación de precios (práctica mas o menos similar a la del dumping).

Los actos de abuso están prohibidos por la norma comunitaria cuando se dan las siguientes condiciones:

a.- La empresa o empresas gocen de una posición de dominio en el mercado (el mercado para estos casos geográficamente comprende todo o una parte de la subregión) como lo señala el artículo 5 de la Decisión.

---

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

b.- El comercio de los bienes o servicios debe ser a nivel subregional o en parte del mismo.

c.- El comercio se lleva a cabo mediante las siguientes operaciones: importación con arancel, importación sin arancel, prestación de servicio (interno o externo) o venta interna (dentro de un mercado común).

d.- Con el precio final no se llega a cubrir los costos de producción.

e.- La intensión de predación de la industria competidora subregional.

f.- El agente predador (sujeto activo) debe operar económicamente en todo o parte de la subregión andina; incluso puede ser una empresa situada fuera de la misma.

g.- Los competidores, compradores o proveedores de la empresa (sujetos pasivos) que realiza el precio predatorio o acto restrictivo de la competencia deben estar ubicados en una parte de la subregión (ello se desprende del texto del artículo 3 cuarto párrafo).

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

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

b.- En la subregión opera la filial de una empresa transnacional y a nivel subregional la subsidiaria (o subsidiarias) no cuenta con una posición de dominio pero sí la tiene en el resto del mun-

do (en virtud de la matriz y otras subsidiarias ubicadas en el exterior).[121]

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

3.1.1.4. Contradicciones comunitarias de la CAN en materia de dumping y restricciones a la libre competencia

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

a) Los supuestos de la Decisión 285 en materia de restricciones a la libre competencia son muy amplios e incluso toman en cuenta a empresas situadas en el exterior; por lo que habría coincidencias con el supuesto de dumping de Países No Miembros de la Decisión 283.

b) La Decisión antitrust si bien prohibe las prácticas restrictivas de la libre competencia no faculta a la Secretaría General a imponer sanciones.

c) La Decisión 285 no establece una lista de excepciones de prácticas restrictivas que pudiesen estar permitidas.

d) Las Decisiones 283, 456 y la 285 no establecen la regulación comunitaria que debe estar vigente cuando se llegue al mercado

[121] Como ejemplo del segundo caso tendrías una práctica de subsidio cruzado.

común (eliminación de las normas antidumping y sustitución por normas antitrust respecto del comercio al interior del mercado común).

e) Las Decisiones no han establecido una diferencia entre exportaciones entre Miembros a precios dumping por parte de una empresa situada en uno de los Países Miembros y las efectuadas por una empresa que goza de posición de dominio en el mercado ampliado andino.

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

f) Las tres Decisiones (283, 456 y 285) toman en cuenta el peligro o amenaza de perjuicio sobre la producción nacional (mercado interno del país afectado) o exportación entre Miembros. Al respecto deben diferenciarse los supuestos de los artículos 2 de la Decisión 285 y de la 283, y sobretodo separarlos del supuesto del artículo 2 de la Decisión 456.

La redacción de dichos artículos es muy confusa si se tiene en cuenta además que el supuesto de amenaza es un hecho futuro por lo que sólo se tiene indicios.

g) La Decisión 283 no prevé supuestos de elusión de los derechos antidumping, mientras que la Decisión 456 sí los prevé.

h) La Decisión 283, 456 y la 285 no establecen el deber de cooperación por parte de las Aduanas de cada País Miembro para con la Secretaría General, en el sentido de obligarlas a brindar información sobre las condiciones de ingreso a cada país de las importaciones.

i) La Decisión 283 por haber sido expedida en el año 1991 debería de adecuarse a los Acuerdos dados como resultado de la Ronda de Uruguay.

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

3.1.1.5. La Decisión 456: Dumping entre miembros

3.1.1.5.1. Explicaciones generales

El 4 de mayo de 1999 la Comisión de la CAN aprobó la Decisión 456 que busca prevenir o corregir las distorsiones de la competencia generadas por el dumping entre Miembros de la CAN. Esta norma comunitaria deroga parcialmente la Decisión 283, por lo que ambas normas están vigentes.

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

a.- Un exportador ubicado en un País Miembro causa daño, con sus productos a precios dumping, a la producción nacional de otro País Miembro.

b.- Un exportador de un País Miembro causa daño a las exportaciones de otro País Miembro. Los mercados de destino de ambas exportaciones son un País Miembro.

Los dos casos previstos por el artículo 2 de la Decisión 456 son los mismos que los supuestos A y B del artículo 2 de la Decisión 283. Los casos C y D (dumping originado en un País No Miem-

bro) del artículo 2 de la Decisión 283 siguen vigentes y regulados por dicha norma comunitaria.

La razón principal para la aprobación de la Decisión 456 era adaptar la norma comunitaria sobre dumping a las modificaciones impuestas por el Código antidumping de 1994 de la OMC. Se ha hecho una distinción (para efectos del dumping) entre importaciones de Miembros y No Miembros, a las primeras les es aplicable la Decisión sobre dumping comunitario y a las segundas les es aplicable la Decisión 283 que fue dada antes de la Ronda Uruguay.[122]

3.1.1.5.2. Innovaciones de la Decisión 456

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

a.- El artículo 25 ha detallado los datos de la solicitud de investigación, es decir que los requisitos que exigía en la práctica la Junta (y ahora la Secretaría General) han sido dispuestos de manera expresa en la norma comunitaria.

b.- El plazo de subsanación de admisibilidad de la denuncia o solicitud se ha reducido de 20 días hábiles a 10 días con un adicional de 5 días hábiles.

---

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

c.- Se ha establecido la regla del dumping minimis por el volumen de las importaciones (tercer párrafo del artículo 27 de la decisión); se ha optado por un volumen de importaciones dumping menor al 6% del total de las mismas. En el artículo 64 se ha establecido que en los casos con márgenes de dumping inferiores al 5% no se impondrán derechos antidumping.

d.- En la nueva norma comunitaria se ha establecido el plazo de 15 días hábiles para expedir la resolución que ordena abrir la investigación de dumping, plazo que se computa a partir de la resolución de admisibilidad (artículo 27). En la Decisión 283 el plazo era de 20 días hábiles pero computados desde la fecha de presentación.

Otro tema importante que ha sido regulado por la Decisión 456 es el de la confidencialidad de la información proporcionada, en la Decisión 283 este tema era desarrollado en el artículo 13. El artículo 63 de la nueva norma comunitaria ha establecido de manera expresa que toda información proporcionada a la Secretaría General solo podrá usarse para los fines de una investigación antidumping; es decir que dicha información no podría ser compartida con los organismos nacionales de los Miembros.

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

El artículo 62 de la Decisión 456 establece que los funcionarios o expertos de la Secretaría General o de los Países Miembros que participen en una investigación por dumping intracomunitario en la CAN son responsables por las infidencias que afecten la confidencialidad de la información proporcionada. Creemos que se podría haber establecido una responsabilidad vicaria y solida-

ria de la propia Secretaría, independientemente de la existencia de una responsabilidad personal del funcionario o experto.

La nueva norma comunitaria, a comparación de la Decisión 283, ha otorgado legitimidad para solicitar una investigación por dumping no solo a los Países Miembros y la rama de producción nacional (individual o asociada) sino también a los importadores y consumidores y a los usuarios (artículo 5 de la Decisión 456).

Los siguientes sujetos están legitimados para denunciar ante la Secretaría General una práctica dumping entre Miembros:

a.- Países Miembros,

b.- Productores nacionales,

c.- Exportadores,

d.- Importadores,

e.- Asociaciones de consumidores.

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

Se han establecido criterios para poder determinar el retraso importante en la creación de una producción nacional (artículo 23 de la Decisión 456). La Decisión 283 solo señalaba criterios para determinar la amenaza de daño, pero no precisaba como se podía determinar el supuesto del retraso. Es un avance que se haya normado este supuesto o causal ya que se impide incurrir

en arbitrariedades proteccionistas, so pretexto de la futura industria nacional a crearse.

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

La modificación planteada en el artículo 33 es parte de las propuestas de la presente obra, con la diferencia que en nuestra propuesta la colaboración es mucho más amplia ya que incluye a las Oficinas de Aduana de los Miembros de la CAN.

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

Como forma de colaboración y de ahorro de recurso, proponemos que los funcionarios nacionales puedan intervenir en los procesos administrativos comunitarios ya que la CAN no cuenta con un numeroso personal comunitario como sí ocurre en la Unión Europea.

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

el plano laboral no le concede dicha categoría, ya que su relación es con la administración nacional).

Por último, una innovación de la Decisión 456 es la adopción de normas anticircumvention o antielusión de los derechos antidumping. Este tema está regulado en los artículos 74 a 76 y no había sido previsto por la Decisión 283. El artículo 75 establece los casos en ciertas operaciones de ensamblaje o montaje que deben ser consideradas como formas de elusión del pago de los derechos antidumping.

3.1.1.5.3. Críticas a la Decisión 456

Como primera crítica debemos señalar que no solo no se ha eliminado el dumping entre los Miembros de la CAN, sino que incluso se ha dispuesto de una norma comunitaria especial para regular dicha práctica (ya que la Decisión 283 será de aplicación para prácticas dumping originadas en Países No Miembros).

Como hemos señalado en el punto 2.4. de la presente obra, las normas antidumping (nacionales o comunitarias) aplicadas al comercio entre los Miembros de un proceso de integración deben ser sustituidas por normas antitrust comunitarias. La CAN ha debido optar por una sustitución de normas al igual que lo ha hecho la Unión Europea (modelo en el cual se inspiró la integración andina).

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

Las normas *anti circumvention* representan para un sector de la doctrina un ejemplo de proteccionismo de las industrias nacio-

nales ya que pueden investigarse o «atacarse» las operaciones nacionales de ensamblaje, so pretexto de la elusión. Patra otro sector de la doctrina representan una necesidad ante los fragantes actos de elusión de los derechos antidumping.[123] La idea de su adopción no es original, por el contrario es una copia de normas similares que existen en la Unión Europea y en los Estados Unidos, ellos han sido usuarios tradicionales y «abusivos» de las normas antidumping en pro de una protección de sus industrias nacionales.

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

Un cuarto punto que quisiéramos tocar es el referido a la legitimidad concedida a las asociaciones de consumidores para solicitar investigaciones por dumping. La Decisión 456 no ha precisado si la legitimidad activa puede ser ejercida por las asociaciones de consumidores de los países de destino de la exportación dumping o para los ubicados en el país de origen. Lo lógico sería otorgar la legitimidad a los consumidores afectados por el dumping, que son los ubicados en el país de origen de la práctica o país del exportador.

Creemos que en lugar de haberles otorgado legitimidad activa a los consumidores en los procedimientos antidumping, ha debido de otorgárseles legitimidad en los procesos de restricciones a la libre competencia. Lo señalado significa reconocer que las Deci-

[123] Sobre el particular consideramos que las normas antidumping planteadas en el Código de la OMC de 1994 pueden ser perfeccionadas y que el supuesto de las normas *anticircumvention* debe ser tomado en cuenta y recogido en la normativa multilateral sin que ello signifique permitir excesivos proteccionismos.

siones 283 y 465 deberían ser reemplazadas, respecto al control del dumping intra comunitario, por los supuestos de la Decisión 285 (previas modificaciones se debe optar por la sustitución de normas antidumping por normas antitrust comunitarias).

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

En el modelo andino era necesario actualizar la regulación antidumping comunitaria al nuevo Código sobre la materia de 1994 de la OMC y es por ello que se aprobó la Decisión. No obstante lo señalado, la adecuación solo ha sido respecto de dos supuestos de la Decisión 283[124] y no se han incluido los supuestos de dumping originado en el exterior del mercado ampliado de la CAN; es por ello que pueden presentarse los siguientes resultados:

1.- La CAN no ha cumplido a cabalidad con una adecuación para el dumping originado en el exterior, por lo que podría esperarse un pronunicamiento de la propia OMC o críticas de alguno de sus Estados Parte.

2.- Se puede esperar que se vaya a dar una próxima modificación de la Decisión 283 y que tal modificación podría incurrir en los mismos errores y/o excesos en que ha incurrido la Decisión 456.

Observamos que la Decisión 456 no ha dispuesto de manera expresa en alguno de sus artículos la facultad de investigaciones

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

de oficio por parte de la Secretaría General (la Decisión 283 tampoco lo disponía de manera expresa dicha facultad); a pesar que el propio Código Antidumping de 1994 permite investigaciones de oficio, de manera excepcional y siempre y cuando las circunstancias lo ameriten. En todo caso no negamos la posibilidad de ejercer acciones de oficio si se tiene en cuenta una interpretación de la Decisión amparada en lo dispuesto por la norma de la OMC.

Por las razones expuestas consideramos que la Decisión 456 debe ser eliminada y sustituida por una norma antitrust comunitaria que regule el comercio entre Miembros al igual que ocurre en la Unión Europea. En caso que no se opte por una sustitución como la que proponemos en la obra, debe darse una modificación sustancial en la Decisión 456 a fin de compatibilizarla con las disposiciones multilaterales dictadas en el marco del GATT de 1994 y el Código Antidumping del mismo año, y en particular recoger algunas de las interpretaciones planteadas por los distintos panels GATT y OMC que han resuelto casos de dumping.

3.1.1.6. Entes comunitarios

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

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

Para realizar su labor, la Secretaría cuenta con grupos o equipos de trabajo especializados en materia de dumping y libre competencia (denominados proyectos) que realizarán en la práctica la labor administrativa de investigación, antes que el Secretario General suscriba cada resolución. La Secretaría actúa principalmente por denuncias planteadas por las empresas que tengan interés legítimo

o por uno de los Países Miembros de la Comunidad; aunque también puede intervenir de oficio, pero de manera excepcional.

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

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

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

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

a.- violación directa de la ley;

b.- incompetencia del órgano comunitario;

c.- vicios de forma no subsanables;

d.- error de hecho o de derecho de los organismos comunitarios, y

e.- desviación de poder.

En los procesos administrativos comunitarios sobre dumping y restricciones a la libre competencia la causal de errores de hecho o de derecho sería la mas empleada, ya que se deben analizar pruebas para determinar las acciones anticompetitivas prohibidas, daños y relación de causalidad. También pueden presentar los supuestos de las otras causales, p.e. vicios no subsanables (vicios procesales) que se hubiesen cometido en el procedimiento administrativo comunitario.

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

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

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

3.1.2. El caso peruano

3.1.2.1. Regulación nacional del dumping

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

a.- La Constitución Política de 1993 (artículo 61 primer párrafo).

b.- Los Acuerdos de la OMC en materia de dumping (aprobados por la Resolución Legislativa N.° 26362 del 18 de diciembre de 1994); en especial el Acuerdo por el que se crea la OMC y el Acuerdo antidumping de 1994.

c.- El Decreto Legislativo N.° 668 (artículo 15).

d.- El Decreto Ley 25868 (del 24.11.92) y el Decreto Legislativo N.° 807 (del 18.04.96).

e.- Los Decretos Supremos N.° 133-91-EF (del 13.06.91), N.° 051-92-EF (del 14.03.92), N.° 043-97-EF (del 29.04.97), N.° 144-2000-EF (24.12.2000) y el recientemente aprobado Decreto Supremo 225-2001-EF (06.12.2001).

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

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

El Decreto Legislativo 668 fue la primera norma que de manera expresa (en su artículo 15) señalaba la prohibición de las prácticas dumping, establecía que ellas no serían aceptadas en el co-

mercio internacional y serían contrarrestadas vía la imposición de los derechos antidumping. Esta norma resume las disposiciones establecidas en el Acuerdo GATT de 1947 (este Acuerdo prohibía las prácticas dumping).

El Decreto Supremo 043-97-EF es de aplicación a las importaciones provenientes de Países Miembros de la OMC y fue dictado para que la legislación nacional se adecuase a lo dispuesto por el Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VI del GATT de 1994 (Código antidumping de 1994). La norma busca reglamentar los Acuerdos multilaterales sobre dumping, subvenciones y medidas compensatorias de 1994.[125]

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

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

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

[125] Las leyes, reglamentos y procedimientos en materia de dumping antes de la dación del D.S. 043-97-EF (p.e. el D.S. 133-91-EF) no eran compatibles con los acuerdos multilaterales GATT dictados en 1994 luego de la Ronda de Uruguay.

Países Miembros de la CAN[126] (los cuales incluso son Miembros de la OMC). En virtud de la supranacionalidad (primacía y efecto directo de aplicación) la Decisión 456 es la única norma aplicable para los casos de exportaciones en condiciones dumping entre los Miembros andinos.[127]

Los Decretos Supremos N.°s. 144-2000-EF (24.12.2000) y N.° 225-2001-EF son normas modificatorias de lo dispuesto en el Decreto Supremo N.° 043-97-EF, en particular para precisar conceptos o deficiones del Acuerdo OMC sobre Dumping, por ejemplo para fijar criterios de qué se entiende por dumping, subvención o precisando el cómputo de los plazos del procedimiento.

3.1.2.2. Regulación nacional de las restricciones a la libre competencia

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

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

El Decreto Legislativo 701 y sus modificatorias regulan el procedimiento antitrust en el ámbito nacional, prohibiendo y sancionado los actos que restrinjan la libre competencia tanto en materia de comercio de bienes como de servicios. La norma no lo

[126] Los cuales ahora solo son 4 a parte del Perú (Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela) pero cuyo número podría ampliarse si se tiene en cuenta que en 1999 se está voceando el ingreso de Panamá a la CAN.

[127] Tal precisión normativa debería de hacerse respecto del supuesto de importaciones entre Miembros de la CAN (con o sin el pago de aranceles).

señala de manera expresa pero implícitamente hace referencia a prácticas llevadas a cabo en el ámbito nacional o provincial.

El Dec.Leg. 701 combate de manera expresa los actos de abuso de una posición de dominio, los acuerdos o concertaciones restrictivos de la competencia, y de manera general se combaten todos aquellos actos o conductas que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia (como lo dispone el artículo 3). A pesar de la casi amplitud de supuestos (si se tiene en cuenta la disposición de casos de efecto equivalente del inciso J del artículo 6), la norma nacional antitrust no combate las concentraciones o fusiones que restrinjan, limiten o distorsionen la libre competencia.[128] [129]

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

3.1.2.3. Finalidades de las normas

Las normas indicadas en los puntos 3.1.2.1. y 3.1.2.2. tienen un alcance nacional y buscan proteger la competitividad al interior del mercado peruano, tanto entre los productores nacionales (prácticas restrictivas de la libre competencia) como entre ellos con los productores extranjeros (prácticas dumping).

Estas normas buscan proteger a los consumidores o demandantes de los actos de los productores ofertantes (p.e. protección contra

---

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

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

precios predatorios). De manera indirecta ellas buscan garantizar que cada empresa ofertante (productor nacional, importador o exportador) pueda competir en el mercado peruano. En el caso particular de las normas antidumping ellas principalmente buscan proteger la industria nacional.

Las normas peruanas, antitrust y antidumping, tienen un ámbito nacional de aplicación y comprenden las prácticas que se lleven a cabo en todo o parte del territorio peruano (p.e. prácticas restrictivas que se lleven a cabo en la zona de selva del Perú, que solo se lleven a cabo en Lima, o importaciones que tengan como destino final el Perú). Al ser el Perú parte integrante de la CAN, es importante establecer cuando es aplicable la norma nacional y cuando lo es la norma comunitaria, a fin de evitar conflictos de aplicación.

En materia antitrust, las normas nacionales serán de aplicación cuando la restricción a la libre competencia solo tenga efectos sobre el mercado peruano o una parte del mismo, sin que exista la amenaza o potencialidad de que este efecto pueda extenderse al resto del mercado ampliado andino. Los Miembros de la CAN continúan teniendo soberanía y en virtud de ella sus leyes o normas nacionales son de obligatorio cumplimiento por las autoridades gubernamentales de cada Miembro, aunque estén basadas solo en los intereses particulares.[130]

Determinar el alcance o efectos de una práctica restrictiva de la libre competencia o de una desleal del comercio internacional como es el caso del dumping no es fácil cuando se trata de distinguir entre un alcance nacional y uno sobre parte del mercado ampliado que a su vez incluye por lo menos dos territorios na-

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

cionales. Más difícil aún es distinguir los efectos cuando se aborda el supuesto de la amenaza de daño (supuesto que se presente en ambos tipos de prácticas); en este supuesto la práctica puede iniciarse a nivel nacional pero tener proyecciones comunitarias por lo que sería un supuesto de amenaza sobre el mercado ampliado y por ende corresponde aplicar las normas comunitarias de la CAN.

Para clarificar lo señalado en el párrafo anterior plantearemos un caso hipotético: Una práctica restricitiva de la libre competencia es llevada a cabo por una empresa transnacional primero en un solo País Miembro siendo sancionada bajo la ley nacional antitrust; luego la misma empresa mediante sus filiales realiza los mismos actos en otros Países Miembros. En este hipotético caso primero la práctrica afecta un mercado nacional (un solo país) pero luego afecta una parte considerable del mercado ampliado (dos países) con lo cual se evidencia que la práctica tuvo un efecto comunitario y no solo nacional. Las normas y la doctria especializada deben diferenciar claramente los distintos efectos y en especial establecer pautas para resolver los casos de concurrencia de normas nacionales y comunitarias.[131]

3.1.2.4. Ente nacional competente

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

El INDECOPI cuenta con dos instancias administrativas, la primera a cargo de la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios (en adelante CFDS) para los casos de dumping y la Comisión de Libre Competencia (en adelante CLC) para los casos

[131] Al respecto CASES PALLARES, Luis. *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, pp. 62 a 71 nos explica el fenómeno de la coexistencia de las normas nacionales y comunitarias (vía las teorías de la barrera única, doble barrera, interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades y la coexistencia de una dualidad de sanciones).

antitrust. La segunda instancia, para ambos casos, está a cargo del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual-Sala de Defensa de la Competencia.

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

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

La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal es el órgano encargado de resolver el recurso de apelación y de expedir la última y máxima resolución en la vía administrativa. Para recurrir a la etapa judicial vía el proceso de impugnación de resolución administrativa, es necesario haber agotado la vía administrativa.

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

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

3.1.3. Comparación del modelo andino y el peruano: Paralelismo o Contradicción

Los modelos andino y peruano de regulación antitrust y antidumping representan una coexistencia de ordenamientos jurídicos. Las diferencias son por los ámbitos de aplicación de cada normativa y de competencias.

En materia antidumping la propia Decisión 283 señala taxativamente sus supuestos; pero paradójicamente es la norma comunitaria la que dispone la facultad de optar por la norma comunitaria para los casos en que es de aplicación la norma nacional, con ello se crea una dualidad de normas.[132]

Lo antes indicado se explica porque en las solicitudes de inicio de investigación de importaciones presumiblemente a precios dumping que se presentan ante el INDECOPI se exige llenar una declaración jurada en la cual el solicitante declara no haber iniciado un proceso semejante ante la Secretaría General de la CAN (procedimiento que es optativo). El requisito de la declaración jurada pone de manifiesto una falta de intercambio de información entre el ente comunitario y el nacional (intercambio que sería de gran ayuda).

---

[132] «Artículo 2.-
[...] En los demás casos, podrán ser de aplicación las disposiciones reglamentarias nacionales de cada País Miembro[...]». Extracto del artículo 2 de la Decisión 283.

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

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

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

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

A pesar de lo indicado en el párrafo anterior subsiste un problema, el caso de las amenazas de perjuicio. Una práctica restrictiva de la libre competencia puede iniciarse en un solo país pero en el corto o mediano plazo la práctica puede extenderse a toda o parte de la subregión; surge la pregunta qué hacer en esos casos. Un órgano nacional como el INDECOPI (o el OSIPTEL en materia de telecomunicaciones) puede iniciar una investigación y

en el curso de la misma detectar las futuras implicancias supranacionales de la práctica que se ha iniciado en Perú, la práctica amenaza extenderse al mercado ampliado andino.

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

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

Una práctica restrictiva de la libre competencia es primero investigada y sancionada por un órgano nacional competente (el INDECOPI). Luego de haber culminado el proceso nacional, a nivel comunitario se inicia un nuevo procedimiento por infracción de la norma antitrust comunitaria; en este caso surge la duda si cabe la imposición de dos sanciones (por la autoridad comunitaria y por la nacional) o solo imponer una sola teniendo en cuenta que nadie puede ser sancionado dos veces por un mismo hecho, incluso dentro del segundo procedimiento cabría plantear una excepción de procedimiento administrativo previo como medio de defensa. La respuesta a este problema debería de estar dada por la propia regulación comunitaria, o en todo caso por una sentencia del Tribunal comunitario que interprete la norma.

Para finalizar con este punto debemos resaltar dos problemas que hemos detectado tanto en materia de dumping como antitrust. El primero es que los supuestos de los artículos 2 de las Decisiones 456 y 285, representan casos en los cuales convergen ambas normas (ya lo había señalado en el punto 3.1.1.4).

El segundo problema es que ni las regulaciones nacionales ni comunitarias han previsto cual va a ser la regulación que regirá entre los Miembros del CAN cuando se haya alcanzado la fase del mercado común andino. Al constituirse un mercado común en la

CAN, no cabe la figura del dumping intra comunitario ya que entre los Miembros hay un intercambio comercial, pero no vía importaciones – exportaciones sino vía venta interna (como ocurre hoy en la Unión Europea).

Los problemas detectados deben ser resueltos con una reforma de las Decisiones de la CAN, como lo proponemos más adelante.

3.1.4. Otros procesos de integración americanos[133]

3.1.4.1. Modelo del NAFTA

3.1.4.1.1. Definición y fines

El Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (o NAFTA), suscrito el 12 de agosto del año 1992 (y que entró en vigencia en el año 1993) es un Tratado Internacional suscrito por los Estados de Canadá, Estados Unidos y México. El NAFTA consta de 22 capítulos, 8 anexos de excepciones y reservas de los Miembros, un Acuerdo de Cooperación Ambiental y un Acuerdo de Cooperación Laboral (cada Acuerdo contiene sus respectivos anexos).

Entre los capítulos del NAFTA destacan los siguientes: capítulo I (Objetivos), capítulo II (Definiciones), capítulo III (Trato nacional y acceso de bienes al mercado), capítulo IV (Reglas de origen), capítulo IX (Medidas relativas a normalización de las barreras técnicas al comercio), capítulo XV (Política en materia de competencia, monopolios y empresas del Estado) y por último el capítulo XIX (Revisión y solución de controversias en materia de antidumping y cuotas compensatorias).

El NAFTA crea un área o zona de libre comercio entre los tres Países Miembros, por lo que la desgravación y eliminación de los

---

133 Existen otros procesos de integración y Tratados de libre comercio como los suscritos por México con Bolivia y países de Centroamérica, el Tratado ALADI, su antecesor la ALALC y los proyectos de Acuerdos de complementación económica entre el MERCOSUR, con Chile y con Bolivia respectivamente; pero los modelos que a continuación se detallan tratan de resumir la actual realidad americana.

aranceles entre los Miembros es un punto importante del acuerdo; pero no es la única materia importante ya que este Tratado tiene sus particularidades (no solo por los temas que desarrolla sino por la relación de excepciones y reservas detalladas en los anexos del mismo).

No obstante lo indicado, cabe preguntarse, si el NAFTA es en realidad una zona de libre comercio o es algo más.

El NAFTA no es un mero Tratado de libre comercio que busque solo la eliminación de aranceles, ya que de lo contrario no se explicarían los temas desarrollados en cada uno de sus capítulos. Temas como las telecomunicaciones, los servicios, las compras estatales, las medidas fito y zoo sanitarias, el ingreso de personas por negocios, la inversión, la propiedad intelectual, y otros, no son típicos de un Acuerdo de zona de libre comercio, tampoco lo son los Acuerdos Ambientales y Sociales.[134]

Este Tratado es un caso muy especial ya que incluye en sus capítulos las libertades de circulación de bienes y servicios, capitales y personas, claro que esas libertades tienen ciertas particularidades y limitantes; es por ello que se puede afirmar que no es solo un área de libre comercio.

Si el modelo de la región de América del norte contara con órganos supranacionales (como la Comisión, Consejo y Tribunal de la Unión Europea) y se suscribiesen Acuerdos o Tratados complementarios que creen normas supranacionales similares a las del Tratado de Roma de la Unión Europea (entre ellas normas que eliminen los procesos antidumping y establezcan normas antitrust comunitarias), podría convertirse en un gran proceso de integración económica del tipo mercado común.[135] [136]

---

[134] Incluso en la estructura del NAFTA se nota una similitud con los temas que se debaten en los grupos de trabajo creados para las negociaciones del ALCA.

[135] «El NAFTA es mucho más que un simple acuerdo de libre comercio, a pesar de la gran cantidad de canadienses que todavía lo considera simplemente un típico Tratado de Libre Comercio (McDonald, 1993) y estima de manera poco realista que no habría una unión aduanera formal con un arancel externo común.

3.1.4.1.2. Normativa supranacional antidumping

Los tres Miembros no han optado por eliminar la figura de los derechos antidumping para el comercio intra zona NAFTA, tampoco han optado por establecer una norma comunitaria antidumping. Por el contrario, se mantienen las regulaciones nacionales (disposiciones complementarias y precedentes) en materia antidumping, las cuales son aplicables tanto a las importaciones en condiciones dumping provenientes de terceros Estados como a las provenientes de los Miembros del NAFTA.

Si los tres países han optado por mantener sus regulaciones nacionales en materia de dumping, surge la duda sobre cual es la finalidad del capítulo XIX del NAFTA.

Cada Miembro (conforme lo señala el artículo 1902 del Tratado) mantiene su legislación nacional antidumping, lo que representa no solo la ausencia de un interés comunitario, sino que por el contrario subsiste el interés nacional de proteger la industria de

---

Los americanos no son tan ingenuos, y están mucho más dispuestos a admitir que el NAFTA es un Acuerdo de Integración Económica en proceso de ser complementado, y no un área de libre comercio, ya que incluso sin que haya acuerdo formal respecto de un arancel externo común, la mera competencia hará que los países se vean obligados a reducir sus aranceles sobre bienes de capital e insumos intermedios de productos, ajustándolos al nivel del país con el arancel mas bajo (Morici, 1994: 11-12).
[...]
Por otra parte se han especificado en gran detalle las normas de origen aplicables a una amplia gama de bienes de consumo que contienen como requisito que una alta proporción de los componentes sean de *origen norteamericano*, las que aseguran una protección semejante a la de un arancel externo común (Morici, 1993 y 1994:12). Finalmente, un amplio espectro de provisiones adicionales han establecido el NAFTA como comunidad económica en proceso de formación». WILKINSON, Bruce W. «El Nafta en la economía mundial: lecciones para América Latina», *Nafta y Mercosur: Un diálogo Canadiense – Latinoamericano*. Richard G. Lipsey y Patricio Meller editores, Santiago: Dolmen Ediciones, 1996, p. 30.

[136] El subrayado y las negritas en la frase «origen norteamericano» en la cita textual de la nota a pie anterior son para destacar que en el texto original, del cual se ha extraído la cita, existe una nota a pie de página en la cual se hace la precisión que origen norteamericano debe ser entendido como de origen de uno de los tres Países Miembros del NAFTA.

cada País Miembro. Las Partes incluso tienen el derecho de reformar su legislación, aunque dichas modificaciones pueden ser objeto de revisión ante un panel (para que emita una opinión declarativa), a pedido de una de las partes (conforme lo señala el artículo 1903).

Los Miembros han establecido ciertas condiciones para una modificación legislativa (detalladas en el punto 2 del artículo 1902), entre ellas está que el cambio legislativo no sea incompatible con el Acuerdo GATT, el Código Antidumping de 1994 y el objeto y fin del Tratado NAFTA.

A pesar del mantenimiento de las normas antidumping nacionales, se habría dado inicio a un proceso de armonización de las legislaciones ya que los tres Estados han acordado (al momento de suscribir el NAFTA) la obligación de modificarlas en algunos puntos; ello se observa de la lectura de anexo 1904.15 titulado reformas a las disposiciones jurídicas internas, en el cual existe una lista de reformas para cada país.

Lista de reformas de Canadá:

1.- Reforma de la *Special Measures Act*, en las secciones 56 y 58, parte II, medidas del *Deputy Minister* a fin de adecuarlas a lo dispuesto por el NAFTA (p.e. en cuanto a los panels binacionales).

2.- Reforma de la sección 18.3 de la *Federal Court Act*.

3.- Establecer el Secretariado Canadiense del NAFTA.

Lista de reformas de México:

1.- Modificación de sus leyes y reglamentos en materia de cuotas antidumping y otras leyes o reglamentos en la medida que sean aplicables.

Se señalan en la lista, 21 puntos objeto de reforma (modificación, eliminación e inclusión).

Lista de reformas de los Estados Unidos:

1.- Reforma de la sección 301 de la *Customs Courts Act* de 1980.

2.- Reforma de las secciones 405(a), 405(b), 405(c), 405(d), 407 y 408 de la *United States Canada – Free Trade Agreement Implementation Act* de 1988.

3.- Reforma de las secciones 516(a), 516A(a), 516A(g) y 777 de la *Tariff Act* de 1930.

Si bien existe un aparente intento de armonización y modificación de las legislaciones internas dispuesto en el anexo 1904.15 del NAFTA, para algunos autores tales intentos son fallidos.

Las diferencias entre las legislaciones nacionales sobre dumping de Canadá, Estados Unidos y México son de distintos tipos, en especial en cuanto a los procedimientos y a las normas sustantivas. La legislación de Canadá prevé la figura de las normas antielusión de los derechos antidumping. Las reformas solo son de aplicación para exportaciones provenientes de Miembros del NAFTA y no para las provenientes de terceros países, lo que supone tener dos tipos de legislaciones nacionales.

Por lo indicado podemos afirmar que el proceso de armonización no va a ser fácil a pesar de que los tres Miembros son Estados Parte del GATT y ahora de la OMC.[137] [138]

---

[137] «[...]el NAFTA no proporciona un conjunto armónico de reglamentos respecto a la forma en que los países miembros deberán enfocar y definir las materias relativas a dumping y subsidios. EE.UU. mantiene su facultad de usar, sin restricciones, y con fines proteccionistas, sus detalladas leyes y precedentes que son, lejos, los más completos del mundo». WILKINSON, Bruce W. *Ibidem*, p. 32.

[138] «Las diferencias entre las legislaciones antidumping de los Países Miembros de NAFTA incluyen: (1) En las pruebas de daño, de hecho la acumulación de productos similares es cuasi obligatoria en los Estados Unidos, en Canadá es posible, y en México no existe; (2) En Canadá y USA, las investigaciones son manejadas por dos cuerpos gubernamentales distintos; (3) A diferencia de Canadá y Estados Unidos, las investigaciones en México no se llevan en la forma cuasi judicial y el tratamiento legal difiere; (4) En México, las medidas antidumping temporales pueden ser impuestas dentro de los cinco días; (5) En la legislación

El mantenimiento de las normas antidumping nacionales en primer lugar supone que el principio de trato nacional (esbozado en el NAFTA) no se cumple ya que las normas antitrust, aplicables a un industrial nacional que realice una práctica anti competitiva, son mucho más beneficiosas que las normas antidumping aplicadas a un industrial exportador de un Miembro del NAFTA.

En segundo lugar su mantenimiento representa el interés de cada Estado de contar con dichas normas, en pro de la defensa de sus industrias nacionales. En el caso de Canadá no se entiende tal posición, ya que en el Tratado de Libre Comercio suscrito con Chile ha optado por la eliminación de este tipo de normas, aunque su implementación no será automática y demorará hasta el año 2003.

Para terminar debemos resaltar que el mantenimiento de las normas nacionales también se plasmó en Tratado de Libre Comercio suscrito entre Canadá y Estados Unidos. Creemos que Estados Unidos será muy reacio a eliminar los derechos antidumping para el comercio intra zona del ALCA al igual que lo ha sido en el NAFTA a diferencia de Canadá.[139]

---

mexicana y en la de USA no existe ninguna referencia al interés público; (6) Existe el principio de Menor Deber sólo en la legislación mexicana; y (7) Los estándares de revisión judicial son muy diferentes y esto puede tener un impacto directo sobre el acceso al Tribunal Binacional considerado en el capítulo 19 de NAFTA». MARCEAU, Gabrielle. *Ob. cit.*, pp. 231-232.

[139] «Uno de los principales inconvenientes del Acuerdo de Libre Canadá -EEUU y NAFTA es que ninguno de los dos acuerdos eliminó el uso de las medidas antidumping o compensatorias en la zona de libre comercio. Como consecuencia de esto, las partes integrantes del NAFTA han establecido un Grupo de Trabajo trilateral sobre derechos compensatorios y antidumping. A la luz del clima político actual de Washington, es altamente improbable que haya algún logro significativo antes de las próximas elecciones presidenciales estadounidenses en cuanto a eliminar el uso de medidas antidumping o compensatorias; si bien la meta es laudable, la realidad política aún es oscura». DEARDEN, Richard G. «Conflictos comerciales y mecanismos de resolución bajo el Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos y Canadá». *Nafta y Mercosur: Un diálogo Canadiense -Latinoamericano*. Santiago: Dolmen Ediciones, 1996, p. 301.

3.1.4.1.3. Procedimiento supranacional antidumping y el sistema de panels

Cada Miembro del NAFTA no solo mantiene sus normas antidumping nacionales sino también sus organismos o entes especializados en combatir dichas prácticas, tanto en la etapa administrativa como en la judicial; sin embargo el Tratado NAFTA ha incluido la revisión ante panels en las disposiciones del capítulo 19.

Antes de la suscripción del NAFTA, cada uno de los tres Miembros contaba con un procedimiento antidumping ante autoridades nacionales, el cual se dividía en dos etapas, administrativa y de revisión judicial, como se puede ver a continuación:

Autoridades de Canadá:

1.- El Viceministro de Hacienda *(Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise)*: responsable de decidir si ha de iniciarse una investigación y si debe emitirse una determinación preliminar de dumping.

2.- El Tribunal de Comercio Internacional del Canadá *(Canadian International Trade Tribunal)*: encargado de dar inicio a una investigación de daño y quien debe emitir la decisión final sobre daño, amenaza de daño o retardo. Es un órgano cuasi judicial.

3.- Revisión Judicial de la resolución definitiva.

Autoridades de Estados Unidos:

1.- El Departamento de Comercio de Estados Unidos *(International Trade Administration of the U.S. Department of Commerce)*: encargado de las investigaciones para determinar si existe o no un margen de dumping entre el precio de exportación y el valor normal de los bienes importados.

2.- La Comisión de Comercio Internacional de Estados Unidos *(International Trade Commission)*: encargada de investigar si existe un daño serio o amenaza de daño serio a una industria nacional.

Para imponer derechos antidumping, ambos organismos (1 y 2) deben emitir una conclusión afirmativa

3.- Revisión Judicial de la resolución definitiva.

Autoridades de México:

1.- La Secretaría de Comercio y Fomento Industrial: encargada de las investigaciones y de imponer los derechos antidumping.

2.- Revisión judicial de la resolución definitiva.

Por efectos del NAFTA, solo se iniciará en cada País Miembro un procedimiento nacional administrativo que busque determinar la existencia o no del dumping y la imposición de los respectivos derechos antidumping de ser el caso. En dichos procedimientos cada Miembro aplicará tanto el Acuerdo especial de 1994 de la OMC como la legislación nacional, con la salvedad de que dicha legislación nacional ha debido ser modificada para ser aplicable a los otros dos Integrantes (como lo ha señalado el anexo 1904.15 del Tratado).

La revisión judicial de la resolución administrativa no será ante los tribunales nacionales, sino ante un grupo especial o panel dispuesto por el propio Tratado como lo dispone el artículo 1904. Cabe preguntarse cómo se lleva a cabo la revisión ante panels binacionales.

Al culminar un procedimiento de investigación sobre dumping pueden ocurrir dos situaciones o resultados distintos, que se impongan o no los derechos antidumping[140] en la etapa administrativa. De la lectura de los artículos 1904 y 1911 del Tratado aparentemente se legitima solo al exportador condenado al pago de los derechos, ya que en ambos artículos se hace referencia a los intereses de extranjeros.

[140] Cabe incluso una tercera posibilidad, que exista dumping pero se hayan impuesto derechos antidumping excesivos; es decir que ha habido un error al calcular el margen de dumping y el exportador reconozca la existencia de la práctica, pero no el monto de los derechos, los cuales considera deben ser disminuidos.

Nosotros interpretamos los artículos 1904 y 1911 en el sentido de incluir también a los productores nacionales afectados por la no imposición de derechos antidumping (puede haber errores de hecho y/o de derecho en la no imposición de derechos al igual que en una imposición excesiva o innecesaria de los mismos).[141]

---

[141] «Artículo 1904. Revisión de resoluciones definitivas sobre cuotas antidumping y compensatorias
[...]
2. Una Parte implicada podrá solicitar que el panel revise, con base al expediente administrativo, una resolución definitiva sobre antidumping y cuotas compensatorias emitida por una autoridad investigadora competente de una Parte importadora, para dictaminar si esa resolución estuvo de conformidad con las disposiciones jurídicas en materia de antidumping y cuotas compensatorias de la Parte importadora[...]
3. El panel aplicará los criterios de revisión señalados en el Anexo 1911 y los principios generales de derecho que de otro modo un tribunal de la Parte importadora aplicaría para revisar una resolución
de la autoridad investigadora competente.
4. La solicitud para integrar un panel se formulará por escrito a la otra Parte implicada, dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la resolución definitiva en cuestión se publique en el diario oficial de la Parte importadora. En el caso de resoluciones definitivas que no se publiquen en el diario oficial de la Parte importadora, ésta las notificará inmediatamente a la otra Parte implicada cuando esa resolución involucre sus mercancías, y esa Parte podrá solicitar la integración de un panel dentro de los treinta días siguientes a que se reciba la notificación[...]
5. Una Parte implicada podrá solicitar, por iniciativa propia, que un panel revise una resolución definitiva, y deberá asimismo solicitarlo a petición de una persona que de otro modo, conforme al derecho de la Parte importadora, estaría legitimada para iniciar procedimientos internos de revisión judicial de la misma resolución definitiva.
[...]
7. La autoridad investigadora competente que haya dictado la resolución definitiva en cuestión tendrá el derecho de comparecer y ser representada por abogados ante el panel. Cada una de las Partes dispondrá que las personas que por otro lado, de conformidad con el derecho de la Parte importadora, estarían legitimadas para comparecer y ser representadas en un procedimiento interno de revisión judicial de la resolución de la autoridad investigadora competente, tengan el derecho de comparecer y ser representadas por abogados ante el panel.
[...]
Artículo 1911. Definiciones
Para efectos de este capítulo:
[...]

A los productores nacionales les interesa el resultado de un proceso antidumping; por lo que de no ser favorable cabe concederles el derecho de recurrir ante un panel al igual que antes podían impugnar judicialmente la resolución administrativa.

El control de las resoluciones administrativas antidumping vía panels binacionales, no supone uniformar criterios, ya que en cada caso los árbitros o miembros del panel no serán los mismos ya que existen tres especies de panels o grupos especiales de solución de controversias:

a.- Panels para controversias entre Canadá y Estados Unidos.

b.- Panels para controversias entre Canadá y México.

c.- Panels para las controversias entre Estados Unidos y México.

En cada uno de los panels antes indicados, las relaciones comerciales serán de importación–exportación, dependiendo de quien haya planteado la controversia (si fue en el país importador o el de exportación).

La uniformización no se puede dar ya que el modelo no cuenta con panels trinacionales (con expertos provenientes de los tres Países Miembros); y las legislaciones nacionales y criterios aplicados al resolver por las autoridades administrativas son distin-

---

intereses extranjeros incluye exportadores y productores de la Parte cuyas mercancías son objeto a un procedimiento o, en el caso de un procedimiento sobre cuotas compensatorias, el gobierno de la Parte cuyas mercancías son objeto de un procedimiento;
[...]
Parte importadora significa la Parte que haya emitido la resolución definitiva;
Parte implicada significa:
a. la Parte importadora, o
b. una Parte cuyas mercancías sean objeto de la resolución definitiva.
Parte interesada incluye intereses extranjeros[...]». Capítulo 19 del Tratado NAFTA. Organización de Estados Americanos, tratados en español, (20 ene. 1999),<http: // www.sice.oas.org>. El subrayado en la cita textual de la nota a pie de página anterior es nuestro y es para resaltar que por parte implicada puede entenderse tanto a las autoridades nacionales como a los productores nacionales y exportadores.

tos (a pesar de los cambios legislativos que, como hemos indicado, ordena el NAFTA).

Una vez instaurado el panel se procederá a analizar el caso, recibiendo los argumentos y comunicaciones de las partes, y asimismo se realizará al menos una audiencia. Posteriormente el panel emitirá una opinión preliminar la cual comunicará a las partes; la parte que esté en desacuerdo (total o parcialmente) formulará sus objeciones motivadas las cuales serán analizadas por el panel antes de emitir su opinión final o definitiva.

La opinión definitiva del panel es la resolución definitiva, pero excepcionalmente el anexo 1904.13 dispone el procedimiento de impugnación extraordinaria ante el Comité de Impugnación Extraordinaria conformado por quince jueces de tribunales provenientes de los Países Miembros (cinco de cada uno). Para cada caso de impugnación se formará un tribunal integrado por tres representantes (uno nombrado por cada parte y el tercero elegido por sorteo entre los restantes integrantes de la lista de quince).

La razón para la existencia de un Comité que evalúe las resoluciones de los panels es asegurar la validez de dichas resoluciones, controlando la comisión de vicios que anulen el procedimiento. El recurso es el equivalente a los recursos extraordinarios contra los laudos arbitrales.

El sistema de panels del NAFTA ha sido objeto de diferentes críticas, una de ellas es que en cada uno de ellos sólo están plasmados los intereses de dos Estados Partes; es decir que no se toma en cuenta la posición del tercer Miembro. Al no tenerse en cuenta los tres puntos de vista, el sistema de panels no puede dar soluciones armónicas, ya que cada grupo especial resolverá de manera independiente sin tomar en cuenta al menos un interés comunitario.

El interés comunitario debe representar puntos básicos para los tres Miembros ya que es difícil un conflicto basado en los tres

intereses nacionales.[142] En este modelo no se ha podido pactar una cláusula de interés comunitario similar a la considerada en la Unión Europea.

3.1.4.1.4. Normativa antitrust supranacional

El comercio internacional de bienes y servicios entre los tres Miembros puede afectarse por prácticas restrictivas llevadas a cabo por particulares.

El libre comercio de bienes al interior del NAFTA se ve favorecido con la eliminación de los aranceles; pero sin embargo puede ser limitado si las empresas de un País Miembro restringen o impiden el ingreso de los bienes de otro Integrante mediante prácticas empresariales ilícitas (p.e. vía acuerdos horizontales entre productores y distribuidores nacionales en perjuicio de un productor del NAFTA que exporta hacia otro de los dos Países Parte).

Los procesos de integración (en general) buscan aumentar la competencia entre las empresas, todo ello a fin de beneficiar al sistema económico de cada uno de los Países Miembros y en particular a cada uno de los consumidores del mercado ampliado. Sin embargo, los propios particulares pueden crear «barreras

---

[142] «Es interesante señalar que el NAFTA no establece paneles trinacionales. Como en el Acuerdo de libre Comercio USA–Canadá, se adopta un nuevo panel para cada conflicto antidumping entre los productores de los dos países involucrados. No se consulta al tercer país cuando se conforma un panel entre los otros dos países miembros de NAFTA. Si dos decisiones similares y relacionadas de dos países distintos de NAFTA se enviasen a los paneles binacionales al mismo tiempo, la Comisión NAFTA, bajo los poderes generales del artículo 20, podría proponer un requerimiento acumulado *ad hoc*. Los Estados Miembros de NAFTA reemplazarán la revisión judicial de las medidas definitivas antidumping y de derechos compensatorios con la revisión del panel binacional. Los sustentos o base para la revisión serán aquellos aplicables en el sistema legal del país importador. Existen dos dificultades con este nuevo sistema judicial binacional. Los supuestos para la revisión son diferentes en Méjico, Canadá y USA, de tal manera que los exportadores no parecen ser tratados igualmente sin considerar el país exportador. Más aún, los paneles binacionales parecen estar creando legislación y aumentando la armonización de las legislaciones más allá de lo que algunos les gustaría». MARCEAU, Gabrielle. *Ob. cit.*, p 236.

privadas» distintas a los aranceles impuestos por los Estados antes de la suscripción del Tratado de integración; ello genera prácticas restrictivas de la libre competencia que atentan contra los fines del propio proceso de integración que buscaba incrementar la competencia y beneficiar a los consumidores.

Para hacer frente a las «barreras privadas» o prácticas restricitvas de la libre competencia, los Estados pueden optar entre aplicar sus normas nacionales antitrust sobre el mercado ampliado (como se hace en el modelo Trans-Tasman) o adoptar normas antitrust comunitarias (que ha sido la opción del modelo de la Unión Europea). De esta forma se mantiene la libre competencia y la competitividad al interior del proceso de integración (lo que siempre se buscó incrementar).

En el capítulo 15 del NAFTA se han acordado lineamientos generales sobre política en materia de competencia, que deben ser respetados por los tres Países Miembros. Ellos son respecto del control de monopolios y empresas del Estado. Los Miembros del NAFTA han asumido obligaciones internacionales en virtud de las cuales se han comprometido a combatir en sus respectivos territorios las prácticas restrictivas, pero el control se produce vía normas y autoridades nacionales antitrust (al no haberse optado por órganos ni regulaciones comunitarias).[143]

---

[143] «Artículo 1501: Legislación en materia de competencia (1)
1. Cada una de las Partes adoptará o mantendrá medidas que prohiban prácticas de negocios contrarias a la competencia y emprenderá las acciones que procedan al respecto, reconociendo que estas medidas coadyuvarán al cumplimiento del objeto y los propósitos de éste Tratado. Con este fin, las Partes realizarán ocasionalmente consultas sobre la eficacia de las medidas adoptadas por cada Parte.
2. Cada una de las Partes reconoce la importancia de la cooperación y la coordinación entre sus autoridades para impulsar la aplicación efectiva de la legislación en materia de competencia en la zona de libre comercio. Las Partes cooperarán también en cuestiones relacionadas con el cumplimiento de la legislación en materia de competencia y consultarán sobre asuntos de interés mutuo, incluidos la asistencia legal mutua, la comunicación, la consulta e intercambio de información relativa a la aplicación de las leyes y políticas en materia de competencia en la zona de libre comercio.

3. Ninguna de las Partes podrá recurrir a los procedimientos de solución de controversias de este Tratado respecto de cualquier asunto que surja de conformidad con este artículo.
Artículo 1502: Monopolios y empresas del Estado (2)
1. Ninguna disposición de este Tratado se interpretará para impedir a las Partes designar un monopolio.
Cuando una Parte pretenda designar un monopolio, y esta designación pueda afectar los intereses de personas de otra Parte, la Parte:
a. siempre que sea posible, notificará la designación a la otra Parte, previamente y por escrito;
b. al momento de la designación procurará introducir en la operación del monopolio condiciones que minimicen o eliminen cualquier anulación o menoscabo de las ventajas que deriven, en el sentido del Anexo 2004, "Anulación y menoscabo".
3. Cada una de las Partes se asegurará, mediante el control reglamentario, la supervisión administrativa o la aplicación de otras medidas, de que cualquier monopolio de propiedad privada que la Parte designe, o gubernamental, que mantenga o designe: (3)
a. actúe de manera que no sea incompatible con las obligaciones de la Parte derivadas de este Tratado, cuando ese monopolio ejerza facultades reglamentarias, administrativas u otras funciones gubernamentales que la Parte le haya delegado con relación al bien o servicio monopolizado, tales como la facultad para otorgar permisos de importación o exportación, aprobar operaciones comerciales o imponer cuotas, derechos u otros cargos;
b. excepto cuando se trate del cumplimiento de cualquiera de los términos de su designación que no sean incompatibles con los incisos (c) o (d), actúe solamente según consideraciones comerciales en la compra o venta del bien o servicio monopolizado en el mercado pertinente, incluso en lo referente a su precio, calidad, disponibilidad, capacidad de venta, transporte y otros términos y condiciones para su compra y venta; (4)
c. otorgue trato no discriminatorio a la inversión de los inversionistas, a los bienes y a los proveedores de servicios de otra Parte al comprar y vender el bien o servicio monopolizado en el mercado pertinente; y
d. no utilice su posición monopólica para llevar a cabo prácticas contrarias a la competencia en un mercado no monopolizado en su territorio que afecten desfavorablemente la inversión de un inversionista de otra Parte, de manera directa o indirecta, inclusive a través de las operaciones con su matriz, subsidiaria u otra empresa de participación común, y asimismo a través del suministro discriminatorio del bien o servicio monopolizado, del otorgamiento de subsidios cruzados o de conducta predatoria.
4. El párrafo 3 no se aplica a la adquisición de bienes o servicios por parte de organismos gubernamentales, para fines oficiales, y sin el propósito de reventa comercial o de utilizarlos en la producción de bienes o en la prestación de servicios para su venta comercial.
5. Para los efectos de este artículo, "mantener" significa la designación antes de la entrada en vigor de este Tratado y su vigencia al 1° de enero de 1994». Parte del capítulo 15 del Tratado NAFTA, versión en español.

Las disposiciones antitrust del capítulo 15 del NAFTA no contienen normas comunitarias similares a los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma. En este modelo de integración se mantienen las normas antitrust nacionales de México, Canadá y Estados Unidos, sin ampliar su ámbito de aplicación al mercado ampliado de la zona de libre comercio.

El artículo 1501 establece la obligación general de los Miembros de adoptar y mantener medidas que combatan a las prácticas anticompetitivas, ello obliga a los Estados y a las autoridades administrativas nacionales; su incumplimiento generaría una situación de responsabilidad internacional, pero no otorga derechos a los particulares nacionales de un Estado contra otro Estado Miembro (como sí lo otorga el Tratado de Roma).

Lo más importante que se puede rescatar del capítulo 15 no solo son los lineamientos generales en materia antitrust dispuestos por el artículo 1501 numeral 1[144] (como obligaciones de cargo de los Estados Parte); también se deben resaltar los deberes de cooperación y coordinación entre los órganos nacionales[145] (dispuestos en el artículo 1501 numeral 2); pero lamentablemente no hay un órgano comunitario antitrust con el cual también se pueda compartir información[146].

---

[144] Claro que no se ha dispuesto la obligación de reformar las legislaciones antitrust nacionales.

[145] Incluso en el artículo 1501-2 se ha dispuesto que la cooperación implicaría el intercambio de información, las consultas y asistencia legal mutua; no se ha indicado de manera expresa que por cooperación puede entenderse también que un ente nacional pueda solicitar que el ente especializado en materia de competencia del otro Estado miembro realice en su representación ciertos actos administrativos (como p.e. las inspecciones en los locales de las empresas investigadas y que por encontrarse en otro país podrían ser realizadas vía exhortos).
La realización de ciertas diligencias vía exhorto es lo que nosotros proponemos en el tercer capítulo tanto para los modelos de la CAN como para el ALCA.

[146] «A diferencia del Acuerdo de Libre Comercio Canadá –USA, NAFTA contiene un Capítulo sobre Política de Competencia, Monopolios y Empresas Estatales. Este capítulo trata una serie de estipulaciones muy débiles que obligan a los países miembros a adoptar y mantener medidas para prohibir conductas empresariales

No obstante lo señalado, cabe recordar que las legislaciones nacionales antitrust de cada Miembro del NAFTA no son iguales, algunas como la mexicana no son tan efectivas como la norteamericana, y ello generará problemas. Debido a lo señalado creemos que el proceso de integración debió ser aprovechado por las Partes para optar por alguna de las siguientes salidas:

a.- Establecer una normativa antimonopolio comunitaria, la cual regularía el comercio internacional de bienes y servicios entre los Miembros (de esa manera también se hubieran suplido las deficiencias de las legislaciones nacionales sobre todo de la mexicana).

b.- Pactar reglas de conflictos de competencia para decidir la ley nacional aplicable. Ello supone optar por mantener las legislaciones nacionales y aplicar solo la legislación del país donde se dan los efectos anticompetitivos, como ocurre en el caso del modelo de integración de Nueva Zelanda y Australia.

c.- Acordar un proceso de armonización de legislaciones antitrust (para lo cual cada miembro se obligaría a realizar modificaciones en sus reglamentos o leyes interna, sobre todo teniendo en cuenta que en materia de dumping las partes asumieron obligaciones de reforma de sus legislaciones antitrust).

---

anticompetitivas. También existen obligaciones de cooperación similares a aquellas del Memorándum de Acuerdo Canadá - USA.
[...]
Esta obligación de cooperación queda corta frente a la obligación de cortesía positiva contenida en el Acuerdo GUS-CEC o en la Recomendación de la OECD de 1986 sobre Prácticas Empresariales Restrictivas. Las diferencias entre las economías de México, Canadá y USA, junto al hecho de que México nunca ha tenido una legislación eficaz sobre competencia, pueden explicar porque los Estados Unidos no quiso limitar su derecho a aplicar su legislación antimonopolio fuera de su territorio, aun frente a la amenaza de perder las ventajas de un proceso de positiva reciprocidad.
[...]
El Tribunal Binacional o la Comisión NAFTA no tienen ninguna autoridad para aplicar las infracciones mencionadas en el Capítulo 15 de NAFTA». MARCEAU, Gabrielle. *Ob. cit.*, pp. 240-241 y 243.

A los socios del NAFTA les interesan los actos que realizados por empresas (ubicadas o no en su país) con efectos restrictivos en todo o parte de su territorio (es por ello la declaración del artículo 1501.1); sin embargo no entendemos como no se ha optado por prohibir los abusos de posición de dominio por medio de una norma comunitaria.

Las posiciones de dominio deben determinarse con relación al mercado ampliado NAFTA y no solo en los mercados nacionales. Se deben combatir los actos restrictivos llevados a cabo por cada empresa, independientemente de su origen. Una normativa antimonopolio comunitaria solo tomaría en cuenta que los efectos anticompetitivos se produjesen en todo el mercado ampliado del NAFTA o en alguna parte del mismo.

Para terminar debemos señalar que el esquema antitrust planteado por el NAFTA, al contener disposiciones generales y mantener legislaciones nacionales; no ha tomado en cuenta la existencia de un mercado ampliado, el cual es distinto a los tres mercados nacionales que lo componen. Debido a lo señalado, consideramos que debe adoptarse una normativa comunitaria antimonopolio que combata las prácticas empresariales (negativas) que se lleven a cabo en todo o parte de la zona de libre comercio norteamericana (ya que ellas afectan las relaciones comerciales entre los Miembros).

3.1.4.1.5. Normativa y procedimiento nacionales antitrust

El esquema NAFTA no ha dispuesto la creación de un organismo comunitario semejante a la Comisión de la Unión Europea. Las prácticas restrictivas de la libre competencia (llámense abusos de posición de dominio, discriminaciones de precios, concertaciones, etc.) deben ser combatidas por las autoridades nacionales de cada uno de los Miembros del NAFTA. Las autoridades aplicarán las leyes y reglamentos nacionales, tanto en las etapas administrativa (o de investigaciones) y en la judicial.

¿Cuáles son esas leyes y cuáles son las autoridades competentes?

Leyes antitrust

Canadá:

1.- Ley de Competencia o *Competition Act* (Estatuto federal) de 1889.

2.- Ley de Acuerdos o *Mergers Act* de 1986.

Estados Unidos:

1.- Ley Sherman *(Sherman Act)* de 1890.

2.- Ley Clayton *(Clayton Act)* de 1914.

3.- Ley Robinson–Pactman *(Robinson –Pactman Act)* de 1936.

4.- Ley Hart–Scott –Rodino *(Hart –Scott –Rodino Act)* de 1976.

México:

1.- Ley Federal de Competencia Económica (del 24.12.92).

Autoridades administrativas

Canadá:

1.- Tribunal de Revisión en materia de Competencia (*Competition Tribunal Review*).

2.- Oficina de Política de Competencia *(Bureau of Competition Policy)* a cargo de un Director, quien es el responsable del inicio de la acción antitrust.

3.- Fiscal General *(Attorney General)* encargado de los procesos criminales antitrust.

Estados Unidos:

1.- Divisiones Antitrust (parte del Poder Ejecutivo), al mando de un Asistente del Fiscal General *(Assistant Attorney General).*

2.- Departamento de Justicia de los Estados Unidos *(Department of Justice).*

3.- Comisión Federal de Comercio *(Federal Trade Commission).* Es una agencia independiente compuesta en su alta dirección por 5 Comisionados, uno de ellos es el Presidente por 7 años.

4.- Oficinas Estatales del Fiscal General *(State Attorney General offices).*

México:

Comisión Federal de Competencia. Integrada por 5 Comisionados, uno de ellos es el Presidente. Este organismo es el encargado de la investigación como de la expedición de la resolución administrativa.

Los organismos antes señalados son los que deben llevar a cabo la primera etapa de investigaciones y sanciones de prácticas restrictivas en el ámbito nacional.[147] Con relación a la segunda etapa de los procedimientos antitrust, según las leyes nacionales de cada Miembro, las resoluciones administrativas definitivas dictadas por los entes nacionales pueden ser objeto de revisión ante el Poder Judicial de cada uno de los tres países (siendo casos que llegarían a competencia de las Cortes Supremas de cada uno de ellos).

Las entidades administrativas presentan los casos ante el Poder Judicial como ocurre en los Estados Unidos (denuncias p.e. del Departamento de Justicia ante fueros jurisdiccionales).

En el NAFTA existe una contradicción ya que para los casos de prácticas dumping los tres países han acordado mantener la

[147] En el caso de los Estados Unidos en materia antitrust, la Federal Trade Commission realiza las investigaciones y formula una acusación o denuncia ante los tribunales judiciales.

etapa administrativa a cargo de los entes nacionales y la revisión judicial ante «panels» o grupos especiales al amparo del GATT y no ante el Poder Judicial del país importador. En materia antitrust las dos etapas, administrativa y judicial, son de competencia de las autoridades nacionales especializadas y del Poder Judicial de cada Miembro.

Si es que se quería actuar con coherencia frente a los casos antidumping, el modelo de integración debió establecer la posibilidad de procedimientos ante «panels» de competencia o antitrust para revisar las resoluciones administrativas de los órganos nacionales. En nuestra opinión pudo haberse optado por un ente comunitario, tipo la Comisión de la Unión Europea, que investigase y sancionase las prácticas restrictivas de la libre competencia que afecten el comercio internacional entre los tres Miembros.[148]

Un último punto respecto de los procedimientos antitrust en el NAFTA es determinar la razón de ser del Grupo de Trabajo en Materia de Comercio y Competencia que ha sido dispuesto por el artículo 1504 del NAFTA. Cabe preguntarse cuál es la finalidad de este Grupo, si todos los procedimientos antitrust serán llevados a cabo por organismos nacionales y regidos por leyes nacionales.

El Grupo de Trabajo es el encargado de presentar informes y recomendaciones ante la Comisión sobre el desarrollo del comercio y las políticas de competencia al interior del mercado ampliado (de esa forma se evalúan los logros y deficiencias del proceso de integración en dichos aspectos). Sus funciones son de análisis y evaluación del desarrollo, logros y problemas del proceso de inte-

[148] «Una alternativa sería darle a las empresas el derecho a solicitar la revisión judicial de las decisiones adoptadas por los tribunales nacionales en los casos de competencia ante el Tribunal Antimonopolio Binacional. Las decisiones de los tribunales nacionales en los casos de antimonopolio son, sin embargo, demasiado largas y, en los Estados Unidos, se realizan ante jurados. La revisión judicial de las decisiones adoptadas por un jurado ante un tribunal que no es norteamericano, puede ocasionar objeciones constitucionales muy serias. Hasta que los estándares sustantivos y de procedimiento no se establezcan con claridad, es poco probable que los Estados Unidos ponga en riesgo su precioso sistema judicial antimonopolio». MARCEAU, Gabrielle. *Ob. cit.*, pp. 242-243.

gración. Este grupo será una suerte de órgano de apoyo de la Comisión quien es la encargada de velar por la puesta en práctica del Tratado (como lo señala el artículo 2001). Podemos afirmar que el Grupo no es un órgano comunitario decisorio, ya que ella no influye sobre los Estados ni los particulares.[149]

3.1.4.2. Modelo del MERCOSUR

3.1.4.2.1. Definición y evolución

Antes de dar una definición debemos señalar que los cuatro Miembros del Mercosur forman parte de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). En vista que los privilegios que se otorgan los cuatro Estados Partes no son extensibles a otros Miembros del Tratado Latinoamericano, el Tratado del Mercosur sería del tipo Acuerdo de Alcance Parcial de Integración según la clasificación del propio ALADI.

Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay suscribieron el Tratado de Asunción el 26 de marzo de 1991, por medio del cual se busca el establecimiento de un mercado común, luego de la formación de una unión aduanera.

La definición del Mercosur es la de ser un proceso de integración del tipo mercado común, con personería jurídica internacional. El Mercosur debe alcanzar los objetivos de todo mercado común, es decir debe lograr una libre circulación de bienes, servicios y factores de producción entre los Países Miembros. Al interior del mercado ampliado se deben eliminar los aranceles y medidas para arancelarias o de efecto equivalente que limiten, condicionen o impidan la libre circulación.

El proceso del Mercosur no ha sido fácil, ha afrontado problemas por las distintas políticas comerciales de los cuatro socios, y sobretodo por las diferentes realidades macroeconómicas (prueba de ello

[149] En lo que respecta al poder decisorio y la cláusula de interese comunitario.

ha sido el efecto *caipirigna* de enero de 1999, que a nuestro parecer dificultará y retrasará el proceso de integración).[150] [151]

El proceso sudamericano tiene un ligero retraso en cuanto a sus metas de constituir una unión aduanera y formar luego un mercado común, este puede no darse en el mediano plazo ya que los socios mantienen vigentes medidas para arancelarias (especialmente las dispuestas por Brasil). Los Miembros han formulado listas de bienes exentos del proceso de área de libre comercio o de la unión aduanera.

Luego de lo señalado líneas arriba, podemos afirmar que el proceso del Mercosur adolece de dos graves problemas. El primero está referido a la ausencia de normas y de órganos supranacionales que tutelen los intereses comunitarios[152] por encima de los nacionales. El segundo problema está relacionado a las distintas realidades macroeconómicas (no equivalentes) entre los cuatro

---

[150] «Tras prolongadas negociaciones, la reunión de Presidentes de Ouro Preto en diciembre de 1994 confirmó el establecimiento de una unión aduanera a partir de enero de 1995 el cumplimiento con el compromiso original se había visto amenazado por preferencias nacionales divergentes con respecto al nivel y la estructura el AEC, y debido a la renuencia del gobierno argentino a competer su política comercial con la de Brasil. Pero estas divergencias se zanjaron con una combinación de flexibilidad y calendarios automáticos de convergencia". BOUZAS, Roberto. "Mercosur y liberalización comercial preferencial en América del Sur: resultados, temas y proyecciones», *Nafta y Mercosur: Un diálogo Canadiense –Latinoamericano*. Richard G. Lipsey y Patricio Meller editores. Santiago: Dolmen Ediciones, 1996, p.100.

[151] «La creación de un mercado común es el propósito que se persigue para poder satisfacer gradualmente esos intereses. La consecución de ese objetivo requiere dar cumplimiento al conjunto de mecanismos que son los que precisamente caracterizan a un mercado común. La realidad del MERCOSUR por estos días nos indica que el objetivo de la libre circulación de mercancías está bastante avanzado (a partir del 1 de enero de 1995 el principio general vigente en el comercio intra regional es el de libre acceso al mercado, salvo para un conjunto delimitado de productos), y que la implementación definitiva de una unión aduanera será alcanzada recién el 1 de enero del 2006, cuando los Estados partes fijen un arancel externo común». ZARAGOZÁ AMIEL, José Francisco. «El mercado común del sur (MERCOSUR): Apuntes sobre sus objetivos, estructura, desarrollo y perspectivas», *Thémis –Revista de Derecho*, N.° 37 segunda época, Lima, 1998, p. 222.

[152] Si bien se han dado normas comunitarias, la realidad del Mercosur es distinta a la de la Unión Europea.

Miembros, lo que sí se presenta en Europa (ya que la igualdad no podría pedirse dada la diferencia de territorio y población que existen entre Brasil y Paraguay por ejemplo).

Respecto al segundo problema debe señalarse que como consecuencia de la integración, las industrias nacionales de Paraguay y Uruguay se han trasladado hacia los países más grandes en términos macro económicos, Brasil y Argentina.

A pesar de las críticas que se le pueden hacer al Mercosur sobre su regulación jurídica y estructura funcional, éste modelo creado por el Tratado de Asunción está siendo complementado con los siguientes instrumentos jurídicos:

1.- Protocolo de Ouro Preto (Protocolo Adicional al Tratado de Asunción y que establece la estructura institucional del Mercosur, suscrito el 17/12/1994).

2.- Protocolo de Brasilia (Protocolo para la Solución de Controversias entre los Miembros; suscrito el 17.12.91).

3.- Protocolo de Colonia (Protocolo para la promoción y protección recíproca de inversiones en el Mercosur, suscrito el 17.01.94).

Existen otros instrumentos que buscan el perfeccionamiento del modelo como el Protocolo de Montevideo sobre el comercio de servicios del mercado común del sur, la Declaración sobre mecanismos financieros de integración regional, el Acuerdo entre el Mercado Común del Sur y la República Oriental del Uruguay que establece la sede y funciones de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR. Otras normas comunitarias son las Decisiones dictadas por el Consejo del Mercado Común y las Resoluciones del Grupo Mercado Común.

El Mercosur tiene previsto, entre sus planes, la suscripción de Acuerdos de Complementación Económica con Chile, Bolivia, la Unión Europea y la Comunidad Andina (incluso ya existen proyectos). Además, este proceso será parte de uno mayor denomi-

nado ALCA, este último tendrá sus propias reglas, distintas a las normas comunitarias del modelo de mercado común sudamericano.

Un punto que debe tenerse presente en todo proceso de integración es el referido a las reglas de origen; el Mercosur ha dispuesto dichas reglas para diferenciar los productos provenientes de uno de los cuatro Miembros de los productos provenientes de terceros países. La finalidad de estas reglas es impedir que los beneficios de rebajas y eliminaciones de aranceles sean extendidos a los productos importados de la extra-zona.[153] [154]

Para terminar, cabe agregar que en el Mercosur se deben lograr los siguientes puntos de manera esencial:

1.- Ejercicio pleno de las cuatro libertades de circulación: de bienes, servicios, capitales y personas (en la actualidad solo existe un logro parcial).

2.- Los Miembros deben adoptar políticas comerciales y aduaneras comunes frente a terceros países No Miembros (logro parcial).

3.- Se deben adoptar políticas comunes al interior del mercado ampliado, no solo en materia de competencia sino también p.e. en materia tributaria, agraria y de ayudas estatales como sí ocurre en la Unión Europea.

---

[153] El Mercosur contará con dos zonas: la zona interior que es el mercado ampliado de los 4 Miembros y representa el comercio de ellos con beneficios especiales, y la extra zona, en la cual se daría el comercio internacional con terceros países No Miembros.

[154] «Como algunos productos se eximirán temporalmente del AEC, las reglas de origen tendrán que mantenerse para evitar la deflección comercial. La regla general de origen en el MERCOSUR consiste en el cambio en la clasificación arancelaria; sin embargo, ciertos productos seleccionados tendrán que cumplir con un 60% de contenido de valor agregado regional y/o requerimientos específicos. Es la situación de los bienes tales como químicos, acero, informática y telecomunicaciones». BOUZAS, Roberto. *Ob cit.*, p. 101.

4.- Deben eliminarse las medidas para arancelarias o de efectos equivalente que puedan dificultar o eliminar el libre comercio entre los Estados Miembros (en sus inicios).

5.- Debe contarse con órganos comunitarios que actúen en función del interés comunitario. El interés comunitario podrá ser interpretado para proteger tanto a los distintos agentes comunitarios, ofertantes o demandantes (no se ha planteado).

3.1.4.2.2. Normativa y procedimiento antidumping

En el proceso de integración Mercosur, los socios aún mantienen la potestad de aplicar sus legislaciones nacionales antidumping (durante el periodo de transición) como lo reconoce el artículo 3 de la Decisión 11-97.

Los cuatro Estados no han aprobado el Reglamento común de antidumping dispuesto en el anexo de la Decisión 11-97 (Marco normativo para el futuro reglamento común antidumping aplicable a importaciones provenientes de Países No Miembros del Mercosur). De aprobarse la referida norma, solo se aplicaría un control del dumping extra comunitario, es decir solo para exportaciones provenientes de terceros países.

Tampoco se ha dispuesto la sustitución de las normas nacionales antidumping por normas antitrust comunitarias.[155]

---

155 «Art. 1-Aprobar el "Marco Normativo del Reglamento Común Relativo a la Defensa Contra las Importaciones Objeto de Dumping Provenientes de Países no miembros del Mercado Común del Sur (MERCOSUR)", en sus versiones en español y portugués, idénticas e igualmente válidas, que constan como anexo a la presente Decisión y son parte integrante de la misma.
Art. 2-Instruir a la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM) a elaborar, a partir del Marco Normativo, las normas complementarias que considere necesarias para la elaboración y aplicación del Reglamento Común Antidumping.
Art. 3-Hasta que se apruebe el Reglamento Común Antidumping, los Estados Partes aplicarán medidas antidumping de acuerdo con su legislación nacional, en conformidad con las disposiciones del Marco Normativo del Reglamento Común Relativo a la Defensa Contra las Importaciones Objeto de Dumping Provenientes de Países No Miembros del MERCOSUR.

El marco normativo del reglamento incluso toma en cuenta las disposiciones de los Acuerdos del GATT y de la OMC; por lo que el futuro reglamento (de aprobarse) sería compatible con el ordenamiento multilateral que rige el comercio internacional.

La Decisión 11-97 también establece que el supuesto de dumping intracomunitario entre los Miembros, en su momento estará regido por la Decisión 18-96; es decir que reconoce que en el futuro, el comercio internacional entre los cuatro países será regulado vía el Protocolo de Defensa de la Competencia (una normativa antitrust para el comercio al interior del mercado ampliado).

La sustitución de las normas nacionales antidumping por normas antimonopolio comunitarias en el Mercosur aún no es una realidad, pero el marco dado por la Decisión 11-97 es un inicio alentador.[156] El mal llamado dumping intra comunitario sería una práctica anticompetitiva definida por el artículo 4 del Proto-

---

Los Estados Partes efectuarán ajustes en su legislación nacional, en caso de resultar necesario, con el objetivo de su armonización con dicho Marco Normativo.
[...]
ANEXO:
ARTICULO 1°.- El presente Reglamento establece las normas aplicables por los Estados Partes del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) en la defensa contra importaciones de productos que sean objeto de dumping, provenientes de países no miembros del MERCOSUR, conforme con las disposiciones del Artículo VI del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio -GATT 1994- y del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo sobre la OMC)» Decisión 11-97 del Consejo del Mercado Común y Anexo. Organización de los Estados Americanos. Tratados en español, (20 ene. 1999), <http: //www.sice.oas.org>.

[156] «Art. 8.- La CCM establecerá un programa de cooperación entre los Estados Partes con el objetivo de compatibilizar procedimientos operativos, técnicos y estadísticos, relativos a la conducción de investigaciones para la aplicación de medidas antidumping.
Art. 9.- En relación con las investigaciones antidumping intra-zona, se aplica lo previsto en la Decisión del Consejo del Mercado Común N°. 18/96, en concordancia con lo dispuesto en el artículo anterior».
Decisión 11-97 del Consejo del Mercado Común. Op cit.

colo de Defensa de la Competencia (pudiendo ser alguna de las prácticas señaladas en el artículo 6).[157]

El mantenimiento de las normas nacionales antidumping pone en evidencia el interés de los cuatro socios de proteger sus industrias nacionales vía los derechos antidumping, en lugar de proteger la industria comunitaria y el interés de los consumidores del mercado ampliado. La protección se ve incrementada por la existencia de medidas para arancelarias y las cláusulas nacionales de salvaguarda para las importaciones de cualquier país, sin distinguir entre Miembros y No Miembros.

Lo indicado pone de manifiesto que en este proceso se incumplen los principios de libre circulación de los bienes y de trato nacional para el comercio entre los Estados Parte del Mercosur. A un productor nacional le es aplicable la norma nacional antitrust y a un productor comunitario le es aplicable la normativa antidumping cuando exporta hacia otro País Miembro, siendo tratado de la misma manera que un exportador de un tercer país.[158]

La realidad actual de la normativa sobre dumping del Mercosur y de sus Miembros puede ser resumida de la siguiente manera:

---

157 «Artículo 4.- Constituyen infracción a las normas del presente Protocolo, independientemente de culpa, los actos individuales o concertados, de cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el ámbito del MERCOSUR y que afecten el comercio entre los Estados partes». PROTOCOLO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN EL MERCOSUR. Organización de los Estados Americanos, tratados en español, (20 ene. 1999), <http: // www.sice.oas.org>

158 «Los Países Miembros mantendrán la legislación antidumping para el comercio intra regional hasta que sea acordado un estatuto común sobre la competencia. La Comisión de Comercio debe proponer un estatuto de defensa de la competencia en la subregión para el 30 de junio de 1995, pero éste plazo probablemente deba ampliarse. Entretanto, se continuará haciendo uso del arreglo existente para intercambiar información». BOUZAS, Roberto. *Ob. cit.*, pp. 103-104.

Argentina

1.- Ha adoptado los Acuerdos Multilaterales de la Organización Mundial de Comercio.

2.- Modificó su legislación mediante la Ley 24.425 del 5/1/95.

3.- Los aspectos de procedimiento se encuentran reglados por el Decreto 2121/94.

Brasil

1.- El Decreto Legislativo N1 30, del 15 de diciembre de 1994: aprobó la Ronda Uruguay, comprendiendo los Acuerdos relativos a la aplicación del artículo 6 del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias.

2.- Son de aplicación además las siguientes normas: Decreto N1 1355 del 30 de diciembre de 1994, Decreto Legislativo N1 30/94; y la Ley 9019 del 30 de marzo de 1995.

3.- Ha adoptado los Acuerdos expedidos en el marco de la Organización Mundial de Comercio.

Paraguay

1.- Mediante el Decreto N.° 15286, del 28 de octubre de 1996 se reglamenta la Ley N.° 260/93, norma mediante la cual se aprobó el Protocolo de Adhesión al GATT de 1947 (suscrito el 1 de julio de 1993).

2.- La Ley N.° 444/94 ratificó el Acta Final de la Ronda Uruguay del GATT (incluyendo: Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del GATT de 1994, el Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias y el Acuerdo sobre salvaguardias).

Uruguay

1.- Ha aprobado los Acuerdos de la OMC (sobre dumping y subvenciones y medidas compensatorias) y forman parte de la legislación nacional.

2.- Mediante el Decreto N.° 142/996 del 23 de abril de 1996 se aplica el artículo VI del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

Mercosur

Todas las normas nacionales antes mencionadas serían reemplazadas por el Reglamento Comunitario Antidumping, cuando dicho reglamento sea aprobado.

Actualmente solo existe el Marco Normativo del Reglamento y ha sido aprobado por el Anexo de la Decisión 11-97. De conformidad con lo señalado en dicho marco, el Reglamento común sería aplicable al dumping extra comunitario, mientras que el Protocolo de Defensa de la Competencia lo sería para los casos de dumping intra comunitario.

En el marco normativo de la Decisión 11-97 no se ha indicado si la sustitución de las normas antidumping por normas antitrust será vía la figura de prácticas de precios predatorios o vía discriminaciones de precios (ventas por debajo del costo total).

El futuro reglamento comunitario antidumping del Mercosur y/o el Protocolo de Defensa de la Competencia, deberá señalar si el dumping intra comunitario será considerado un caso de precios predatorios, discriminaciones de precios, ambos casos, una distinta figura o mixta. La normativa antitrust también deberá señalar las particularidades de su procedimiento.

La existencia de normas supranacionales debe ir acompañada de entes supranacionales especializados que actúen en función al interés comunitario, y cooperación entre los órganos nacionales, en especial en cuanto al intercambio de información (p.e. las aduanas de cada Miembro deben suministrar a los entes nacionales y supranacionales especializados en materia de dumping, información sobre los valores CIF y FOB de los bienes importados de terceros países y sus volúmenes).

El modelo del Mercosur tampoco cuenta con un ente comunitario administrativo[159] que intervenga en las investigaciones antidumping, ni cuenta con un tribunal permanente que intervenga en la etapa de control jurisdiccional. El proyecto de reglamento antidumping de la Decisión 11-97 no incluye estas reformas, a pesar de que se busca constituir un mercado común. En este sentido, el modelo de la Unión Europea debe ser tomado en cuenta por este proceso sudamericano.

Por lo antes señalado, consideramos que el marco normativo del reglamento comunitario antidumping del Mercosur es un gran avance ya que busca eliminar el dumping intra comunitario; pero deberá contar con un Tribunal de Justicia Comunitario y no con un sistema arbitral.

3.1.4.2.3. Normativa y procedimiento antitrust

El modelo reconoce la necesidad de contar con un ordenamiento jurídico que tutele el mercado común, en especial el comercio intra zona de bienes y servicios, a fin que no se den actos que restrinjan o afecten la competencia. Para llevar a cabo lo señalado los Miembros han suscrito el Protocolo de Defensa de la Competencia y se han dictado las Decisiones N.°s. 20/94 y 21/94 del Consejo del Mercado Común.

Paralelamente, el Protocolo de Ouro Preto establece la Comisión de Comercio del Mercosur que será el ente encargado de aplicar el Protocolo de defensa de la competencia. Para cumplir con sus obligaciones la Comisión cuenta el apoyo del Comité de defensa de la competencia y los órganos nacionales en materia de competencia.

---

[159] La Comisión de Comercio del Mercosur (CCM) podría ser la autoridad administrativa comunitaria encargada de las investigaciones, pero ello deberá ser precisado en el futuro Reglamento. La CCM deberá contar no sólo con un Reglamento comunitario sino que también deberá tener un personal propio especializado (y numeroso) o valerse del personal de cada autoridad nacional especializada en investigaciones antidumping.

En el procedimiento «comunitario» en materia de restricciones a la competencia, intervienen distintos órganos e instancias: los órganos nacionales de defensa de la competencia, el Comité de defensa de la competencia del Mercosur, la Comisión de comercio del Mercosur, el Grupo mercado común y los tribunales arbitrales.[160]

El procedimiento antitrust del Mercosur (que puede ser catalogado como comunitario) solo será de aplicación cuando se afecte el comercio de bienes o servicios al interior del mercado ampliado vía restricciones a la libre competencia (p.e. un acto de abuso de la posición de dominio o vía fusiones).

Si la práctica restrictiva solo tuviera un efecto nacional (p.e. una práctica predatoria fuera realizada solo en una provincia de la República Argentina), el comercio intra zona del Mercosur no se ve afectado por lo que la autoridad nacional es la única competente para investigar y sancionar.

Lo señalado se pone en evidencia de una simple lectura del siguiente extracto del Protocolo de Defensa de la Competencia:

> Artículo 3. Es de competencia exclusiva de cada Estado Parte la regulación de los actos practicados en su respectivo territo-

---

[160] «[...]el procedimiento... puede ser iniciado de oficio o por la parte legítimamente interesada ante los órganos nacionales de aplicación que lo elevarán conjuntamente con una evaluación técnica al Comité de Defensa de la Competencia, quien luego de un análisis previo procederá a abrir investigación o, ad referéndum de la Comisión de Comercio del Mercosur lo archivará [...].
Las investigaciones de las prácticas restrictivas se llevarán a cabo por el órgano nacional del domicilio del denunciado, quien será auxiliado por los órganos de los demás Estados partes, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, la estructura del mercado relevante, los medios de prueba de las conductas y los criterios de análisis de los efectos económicos de la práctica investigada. Una vez concluida la investigación, el órgano nacional deberá presentar un dictamen conclusivo al Comité de la Defensa de la competencia; quien teniendo en cuenta el dictamen y ad referéndum de la Comisión de Comercio, determinará las prácticas infractoras y establecerá las sanciones o demás medidas que correspondan, y será también el órgano nacional quien ejecute las penalidades». ZARAGOZÁ AMIEL, José Francisco. *Ob cit.*, pp. 234-235.

rio por persona física o jurídica de derecho público o privado u otra entidad domiciliada en él y cuyos efectos sobre la competencia a él se restrinjan.[161]

Del modelo antitrust del Mercosur debemos resaltarse la cooperación que existe entre los órganos nacionales (tanto del país del denunciado como de los otros Miembros) y la remisión de información (vía evaluación técnica y dictamen) al Comité. Un claro ejemplo de cooperación es el artículo 15 del ya citado Protocolo, dicha norma dispone que las investigaciones comunitarias serán llevadas a cabo por el ente nacional del domicilio del sujeto activo de la práctica restrictiva.

Este modelo ha previsto una regla para resolver los conflictos de competencia en cuanto a la investigación nacional antitrust: Es competente para denunciar y realizar las investigaciones el órgano nacional del domicilio del denunciado (y no el del denunciante).

En materia antitrust intracomunitario se ha adoptado la regla de controlar la práctica restrictiva de la competencia desde su origen y no en el lugar de destino o donde se materializan los efectos de la misma. Como ejemplo de lo señalado tenemos el hipotético caso de una práctica de precios predatorios atribuible a una empresa ubicada en Argentina pero cuyos efectos dañinos se materializan en Paraguay; en ese caso la autoridad competente es la argentina.

3.1.4.2.4. Entidad supranacional

El modelo del MERCOSUR cuenta con distintos órganos supranacionales creados por el Protocolo de Ouro Preto (el antecedente es el Tratado de Asunción que ha sido complementado por este Protocolo) y estos son los siguientes:

1.- Grupo Mercado Común (GMC).

2.- Comisión de Comercio del Mercosur (CCM).

---

[161] Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur.

3.- Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC).

4.- Foro Consultivo Económico-Social (FCES).

5.- Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM).

En el artículo 1 del Protocolo se establece la posibilidad de crear órganos auxiliares en la medida que fuesen necesarios para la consecución de los objetivos del proceso de integración.

Al analizar la estructura orgánica del Mercosur notamos que adolece de un grave defecto, no cuenta con un Tribunal de Justicia. Este defecto ha tratado de ser subsanado mediante el Protocolo de Brasilia para la solución de controversias pero el mecanismo previsto es solo provisional y está basado en tribunales arbitrales ad hoc, por lo que no necesariamente existirá uniformidad en los laudos que se expidan.[162]

Para resolver los problemas relacionados con el dumping y las restricciones a la competencia, el modelo cuenta con la Comisión de Comercio del Mercosur, máximo organismo a nivel subregional. Este ente debe tutelar y mantener una sana competencia al interior del mercado ampliado (intra zona) y proteger el mercado

---

[162] «El Protocolo de Brasilia para la solución de controversias- convenido en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 3 y en el anexo III del Tratado de, en virtud del cual los Estados Partes se comprometen a adoptar un sistema de solución de controversias que regirá durante el periodo de transición- establece un procedimiento cuya instancia final es la decisión del Tribunal Arbitral.
[...]
De acuerdo a lo expresado, el Tribunal Arbitral del MERCOSUR puede actuar en caso de denuncia, sin necesidad de un compromiso arbitral previo. Sin embargo, no es un Tribunal permanente, sino que se integra para cada caso concreto, y sólo da acceso intermediado a la solución de controversias. En efecto: su intervención ocurre cuando la controversia no hubiera podido solucionarse mediante la aplicación de los procedimientos referidos en los capítulos II y III (negociaciones directas e intervención del G.M.C.). Este Protocolo permanecerá vigente hasta que entre en vigor el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el mercado Común (art. 34)». VÁSQUEZ, María Cristina. «Análisis de algunos aspectos de la integración en el Mercosur, desde el punto de vista del Derecho Administrativo», *Estudios multi disciplinarios sobre el Mercosur*. Autores varios. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995, pp. 23-25.

de las importaciones de terceros países (comercio con la extra zona).

Las funciones de la Comisión de Comercio han sido establecidas por el Protocolo de Ouro Preto y entre ellas tenemos:

1.- La supervisión del modelo de integración en sus distintas políticas, comercial y aduanera.

2.- Ser un órgano de apoyo del Grupo Mercado Común.

3.- Crear y controlar la labor de los comités.

Debe resaltarse que la Comisión tiene una labor en la solución de controversias en materia de dumping y restricciones a la libre competencia, por lo que no es un ente coordinador sino que tiene un relativo poder decisorio[163] frente a los particulares (e incluso frente a los propios Estados).

---

[163] «Artículo 16: A la Comisión de Comercio del Mercosur, órgano encargado de asistir al Grupo Mercado Común, compete velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Partes para el funcionamiento de la unión aduanera, así como efectuar el seguimiento y revisar los temas y materias relacionados con las políticas comerciales comunes, con el comercio intra-Mercosur y con terceros países.
[...]
Artículo 19
Son funciones y atribuciones de la Comisión de Comercio del Mercosur:
I- Velar por la aplicación de los instrumentos comunes de política comercial intra-Mercosur y con terceros países, organismos internacionales y acuerdos de comercio;
II- Considerar y pronunciarse sobre las solicitudes presentadas por los Estados Partes con respecto a la aplicación y al cumplimiento del arancel externo común y de los demás instrumentos de política comercial común;
III- Efectuar el seguimiento de la aplicación de los instrumentos de política comercial común en los Estados Partes;
IV- Analizar la evolución de los instrumentos de política comercial común para el funcionamiento de la unión aduanera y formular Propuestas a este respecto al Grupo Mercado Común;
V- Tomar las decisiones vinculadas a la administración y a la aplicación del arancel externo común y de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Partes.

El Protocolo de Ouro Preto contiene un anexo de siete artículos en el cual se regula el procedimiento general para reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur, en él se prevé la posibilidad de recurrir a un tribunal arbitral. El procedimiento cuenta con dos etapas claramente marcadas: investigación y decisión.

La primera etapa está a cargo de los órganos nacionales y el Comité de Defensa de la Competencia. La segunda está a cargo de la Comisión de ser el caso y conforme lo señalan los artículos 5 a 7 del anexo. En caso de falta de consenso quien debe decidir es el Grupo Mercado Común o remitirse al procedimiento de solución de controversias.[164]

VI- Informar al Grupo Mercado Común sobre la evolución y la aplicación de los instrumentos de política comercial común, sobre la tramitación de las solicitudes recibidas y sobre las decisiones adoptadas respecto de las mismas;
VII- Proponer al Grupo Mercado Común nuevas normas o modificaciones de las normas existentes en materia comercial y aduanera del Mercosur;
VIII- Proponer la revisión de las alícuotas arancelarias de ítem específicos del arancel externo común, inclusive para contemplar casos referentes a nuevas actividades productivas en el ámbito del Mercosur;
IX- Establecer los comités técnicos necesarios para el adecuado cumplimiento de sus funciones así como dirigir y supervisar las actividades de los mismos;
X- Desempeñar las tareas vinculadas a la política comercial común que le solicite el Grupo Mercado Común;
XI- Adoptar el Reglamento Interno, que someterá al Grupo Mercado Común para su homologación.
[...]
Artículo 21
Además de las funciones y atribuciones establecidas en los artículos 16 y 19 del presente Protocolo corresponderá a la Comisión de Comercio del Mercosur la consideración de las reclamaciones presentadas por las Secciones Nacionales de la Comisión de Comercio del Mercosur, originadas por los Estados Partes o en demandas de particulares —personas físicas o jurídicas—, relacionadas con las situaciones previstas en los artículos I o 25 del Protocolo de Brasilia, cuando estuvieran dentro de su área de competencia». Protocolo de Ouro Preto, Organización de los Estados Americanos, (20 ene. 1999), <http: // www.sice.oas.org>.

[164] No existe claridad sobre si hay o no instancias administrativas comunitarias.

La pluralidad de órganos administrativos en materia de dumping y antitrust, tanto en el plano nacional como supranacional, puede ser resumida:[165]

Mercosur:

Ente Investigador: Comité de Defensa de la Competencia

Ente Resolutorio: Comisión de Comercio del Mercosur

Instancia Judicial: Tribunal Arbitral

Argentina

Ente Competente en materia de Dumping: La Comisión Nacional de Comercio Exterior es un organismo desconcentrado de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos.

Ente Competente en materia Antitrust: La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia es un organismo desconcentrado de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos.

Instancia Judicial: Sí

Brasil

Ente Competente en materia de Dumping: La Secretaría de Comercio Exterior (SECEX) del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

---

[165] Cuadro elaborado en base a la información que obra en las siguientes fuentes: Compilación de legislación de la competencia. América Latina. Volumen I. Comisión de las Comunidades Europeas. Dirección General de la Competencia- Dirección A-Política General de la competencia y coordinación. Bruselas, 1996 y sobre la base del compendio de legislaciones nacionales de la Página web oficial de la Organización de los Estados Americanos.

Ente Competente en materia Antitrust: Consejo Administrativo de Defensa Económica.

Instancia Judicial: Sí

La Comisión de Comercio expresa su voluntad de dos maneras (de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del Protocolo) vía Directivas y vía Propuestas. Las primeras son de obligatorio cumplimiento por los Miembros, mientras que las segundas no lo son (al ser solo recomendaciones).

A nivel subregional no hay propiamente un órgano jurisdiccional permanente, especializado que actúe en función de los intereses comunitarios; el Mercosur no cuenta con un Tribunal de Justicia como el de la Unión Europea o de la Comunidad Andina. En vista de la ausencia de un órgano jurisdiccional se ha previsto el sistema de panels que resuelve las controversias por medio de las decisiones de los árbitros.

El mecanismo de solución de controversias adoptado por los cuatro países, a nuestro parecer, no es el más adecuado ya que adolece de los siguientes defectos:

a.- No existe un órgano permanente, ya que los tribunales arbitrales son órganos ad hoc.

b.- Existen diferencias dependiendo del tipo de controversia. Si es una controversia entre particulares contra el Estado u órgano comunitario, o si se trata de una controversia entre órganos comunitarios y los Estados.

El procedimiento de solución de controversias varía si se trata sobre antimonopolio, dumping intra comunitario (Protocolo de Defensa de la Competencia y Decisión 18-96), o si se trata de los casos de dumping extra comunitario.[166]

---

[166] «Artículo 1.
Las controversias que surjan entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las

3.1.4.3. Modelo del Mercado Común Centroamericano

3.1.4.3.1. Definición y evolución

Por medio del Tratado General de Integración Económica Centroamericana del 13 de diciembre de 1960 los Estados de Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua (partes originales)

Decisiones del Consejo del Mercado Común y de las Resoluciones del Grupo Mercado Común, serán sometidas a los procedimientos de solución establecidos en el presente Protocolo.
[...]
Artículo 25.
El procedimiento establecido en el presente capítulo se aplicará a los reclamos efectuados por particulares (personas físicas o jurídicas) con motivo de la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados Partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, de los Acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común o de las Resoluciones del Grupo Mercado Común.
Artículo 26.
1. Los particulares afectados formalizarán los reclamos ante la Sección Nacional del Grupo Mercado Común del Estado parte donde tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios.
2. Los particulares deberán aportar elementos que permitan a la referida Sección Nacional determinar la verosimilitud de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio.
[...]
Artículo 30.
1. «El grupo de expertos a que se hace referencia en el Artículo 29 estará compuesto por tres (3) miembros designados por el Grupo Mercado Común o, a falta de acuerdo sobre uno o más expertos, éstos serán elegidos por votación que realizarán los Estados Partes entre los integrantes de una lista de veinticuatro (24) expertos. La Secretaría Administrativa comunicará al Grupo Mercado Común el nombre del experto o de los expertos que hubieren recibido la mayor cantidad de votos. En este último caso, y salvo que el Grupo Mercado Común lo decida de otra manera, uno de los expertos designados no podrá ser Nacional del Estado contra el cual se formuló el reclamo ni del Estado en el cual el particular formalizó su reclamo, en los términos del Artículo 26[...]
Artículo 34.
El presente Protocolo permanecerá vigente hasta que entre en vigor el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común a que se refiere el numeral 3 del Anexo III del Tratado de Asunción».
Protocolo de Brasilia. Página web oficial de la Organización de los Estados Americanos. Normas del MERCOSUR, (20 ene. 1999),<http: // www.sice.oas.org>.

acordaron iniciar un proceso de integración económica que debía culminar en la instauración de un mercado común.[167] Posteriormente Panamá y Costa Rica se incorporaron al proceso de integración.

El Mercado Común Centroamericano o MCCA es una organización internacional de integración sub regional, con personería jurídica internacional. En el modelo del MCCA se ha optado por constituir mercado común entre los Miembros, basándose primero en una unión aduanera.

En vista que el MCCA pretende ser un mercado común, en el se deben dar cumplir las siguientes condiciones, las cuales (como veremos en los siguientes puntos) lamentablemente no se han dado en su totalidad:

1.- Libertad de circulación de bines.

2.- Libertad de circulación de servicios.

3.- Libertad de movimiento de capitales.

4.- Libertad de movimiento de personas.

5.- Eliminación de los aranceles.

6.- Adopción de un arancel externo común.

7.- Eliminación de medidas para arancelarias o de efecto equivalente.

8.- Eliminación de la figura del dumping intracomunitario y protección común frente al dumping extra comunitario.[168]

---

[167] El plan trazado originalmente era consolidar el Mercado Común Centroamericano a los cinco (5) años de haber suscrito el Tratado.

[168] «Los principales aspectos operativos del MCCA fueron el libre comercio, un arancel externo común, y un sistema de incentivos fiscales al desarrollo industrial, trabajándose en un sistema hacia dentro de sustitución de importaciones, como otros mecanismos de integración de la época». GARRÉ COPELLO, Belter. «Las soluciones paralelas al Mercosur: El nuevo rol de la ALADI». *Estudios multi-*

Un análisis histórico pone en evidencia que el MCCA es el proceso de integración más antiguo que se haya dado en el continente americano (incluso es más antiguo que la Asociación Latinoamericana del Libre Comercio o la ALADI). Entre sus antecedentes se tiene: la Carta ODECA de octubre de 1951, los Tratados Bilaterales de Libre Comercio, el Convenio sobre el régimen de industrias centroamericanas de integración del 10 de junio de 1958, el Convenio centroamericano sobre equiparación de gravámenes a la importación del 1 de setiembre de 1959 y el Tratado Multilateral del 10 de junio 1958.

El proceso de integración sufrió algunas innovaciones como resultado del Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA) del 13 de diciembre de 1991, mediante el cual nace el Sistema de Integración Centroamericano (SICA) suscrito por los Estados Miembros, dándosele al proceso un marco institucional. Posteriormente los seis países suscribieron el Protocolo de Guatemala del 29 de octubre de 1993, en el también se reafirmaba el compromiso de establecer un mercado común en la región central de América.

3.1.4.3.2. Normativa y procedimiento antidumping

La regulación antidumping está presente tanto en las legislaciones nacionales de los Países Miembros del MCCA como en una normativa supranacional denominada Reglamento Centroamericano sobre prácticas desleales de comercio (en adelante el Reglamento comunitario); por lo que existen (básicamente) dos tipos de procesos: nacional y comunitario.

En materia de dumping el Protocolo de Guatemala y el Reglamento comunitario son las normas generales o fundamentales luego del Acuerdo GATT (originalmente la condena del dumping estaba dispuesta en el Tratado General de 1960 en sus artículos XII, XIII y XIV; este último artículo era el que disponía la adop-

---

disciplinarios sobre el Mercosur. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995, p. 261.

ción de un reglamento antidumping comunitario). El Tratado General de 1960 sigue vigente en lo que no se oponga al Protocolo de Guatemala de 1993.[169] [170]

Si bien el proceso de integración del MCCA cuenta con una norma supranacional, el Reglamento comunitario contra prácticas dumping, las disposiciones de dicha norma no son las más idóneas para un proceso que pretende consolidar un mercado común ya que se viola el principio del trato nacional. No se conceden privilegios a los Países Miembros como la supresión de

---

[169] «Protocolo de Guatemala
[...]
Artículo 8
Los Estados Parte se comprometen a perfeccionar y actualizar las normas comunes de comercio que proscriban el uso de subsidios y subvenciones, el "Dumping" y demás prácticas de comercio desleal.
Dichas disposiciones serán aprobadas y reglamentadas por el Consejo de Ministros de Integración Económica y aplicadas por el Comité Ejecutivo de Integración Económica a que se refiere el Artículo 42 de este Protocolo».
Parte del Protocolo de Guatemala de 1993. Página web oficial del Sistema de Integración Centroamericano, (20 ene. 1999), <http: // www.sicanet.org>.

[170] «Tratado General de Integración Económica de 1960
[...]
Artículo XII
Por tratarse de una práctica contraria a los fines de este Tratado, cada uno de los Estados signatarios evitará, por los medios legales a su alcance, la exportación de mercancías de dicho Estado al territorio de los demás a un precio inferior a su valor normal, en forma que cause o amenace causar perjuicio a la producción de los otros países, o que retrase el establecimiento de una industria nacional, o centroamericana. Se considerará que una mercancía ha sido exportada a un precio inferior a su valor normal, si el precio de dicha mercancía fuere menor:
a. que el precio comparable, en condiciones normales de comercio, de una mercancía similar, destinada al consumo del mercado interno del país exportador; o
b. que el precio comparable más alto, para la exportación a un tercer país, de una mercancía similar, en condiciones normales de comercio; o
c. que el costo de producción de esa mercancía en el país de origen, más un aumento razonable por gastos de venta y utilidad.
En cada caso tomarán en cuenta las diferencias existentes relativas a las condiciones y términos de venta y de tributación y a otras diferencias que afecten la comparación de precios». Tratado General de Integración Económica de 1960. Página web oficial del Sistema de Integración de Centroamérica, (20 ene. 1999) <http: // www.sicanet.org>.

las investigaciones antidumping (ya que ellas podrían limitar excesivamente la libertad de circulación de bienes o mercancías).

En el reglamento antidumping del MCCA están detallados los siguientes procedimientos:

1.- Procedimiento en las relaciones comerciales con terceros países (artículos 5 a 18 del Reglamento).

2.- Procedimiento en las relaciones comerciales intra-regionales (artículos 19 a 23 del Reglamento) o supuesto del dumping intra comunitario.

3.- Procedimiento regional (artículos 24 a 32 del Reglamento) o dumping a favor de un Tercer País Miembro.[171]

---

[171] «ARTICULO 1. (Definiciones). Para efectos de este Reglamento, las expresiones que se indican a continuación, tienen el siguiente significado:
AUTORIDAD. La Dirección o Dirección General de Integración del Ministerio de Economía, o en su caso, la Dirección que tenga bajo su competencia los asuntos de la integración económica centroamericana en cada país, o la Unidad Técnica que tenga bajo su competencia la investigación de prácticas desleales de comercio. En el caso de procedimiento regional será la SIECA.
[...]
CAPITULO I
PROCEDIMIENTO EN RELACIONES COMERCIALES CON TERCEROS PAISES
ARTICULO 5. (Objeto del procedimiento). La Autoridad Investigadora se encargará de indagar, analizar y evaluar las supuestas prácticas desleales de comercio y decidir si es procedente recomendar la imposición de "derechos antidumping" o "derechos compensatorios", según sea el caso.
Tales medidas se impondrán cuando las prácticas desleales de comercio causen o amenacen causar daño importante o perjuicio grave a una rama de producción nacional, o un retraso importante en la creación de una rama de producción nacional, de conformidad con los criterios establecidos en los Acuerdos de la OMC.
ARTICULO 6. (Solicitud). Están legitimados para solicitar que se inicie una investigación, los representantes de la rama de producción nacional del producto perjudicado por las importaciones sobre las cuales se requiere la investigación y las asociaciones de productores, que consideren que están siendo afectados o amenazados por importaciones presuntamente objeto de prácticas desleales de comercio.
[...]
CAPITULO II
PROCEDIMIENTO EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTRARREGIONALES

El procedimiento dispuesto en el reglamento contra importaciones provenientes de No Miembros, sería correcto si fuese un procedimiento comunitario a cargo de la SIECA; pero por el contrario se trata de un procedimiento ante instancias nacionales y en el cual se aplica la norma nacional del País Miembro donde se realiza la importación.

Si el MCCA pretende convertirse en un mercado común debió haber tenido en cuenta la experiencia de la Unión Europea, adoptar un procedimiento comunitario contra las importaciones de terceros países, eliminar las regulaciones nacionales y proteger las industrias comunitarias en lugar de centrarse solo en las industrias nacionales.

En el caso del procedimiento por relaciones comerciales intra regionales, tampoco se han eliminado las normas nacionales ni la figura del dumping intra comunitario. La industria nacional de

---

ARTICULO 19. (Conocimiento por el Comité Ejecutivo). Para el caso de los productos originarios de Centroamérica, después de tramitada la solicitud de conformidad con el Capítulo anterior, con la notificación de la resolución a que se refiere el último párrafo del artículo que antecede, la Autoridad Investigadora, dentro del mismo plazo ahí indicado, remitirá a la SIECA un resumen del expediente, para que ésta notifique a los demás Estados y convoque al Comité Ejecutivo para conocer del asunto.

[...]

ARTICULO 23. (Recomendación del Comité Ejecutivo). El Comité Ejecutivo, dentro de los treinta días siguientes al recibo del informe correspondiente de la SIECA, recomendará lo que estime conveniente con la finalidad de resolver el problema.

El Estado Parte que se considere afectado podrá recurrir a los procedimientos regionales de solución de controversias o a los correspondientes de la OMC.

CAPITULO III

PROCEDIMIENTO REGIONAL

ARTICULO 24. (Procedimiento regional). Cuando sea afectada una rama de producción de un Estado Parte distinto del importador, a solicitud del Gobierno interesado se abrirá un procedimiento regional, el que se tramitará a través de la SIECA. El procedimiento se iniciará en el momento en que la SIECA reciba la solicitud del Estado interesado, la que será presentada en original y cinco copias y, en lo procedente, deberá ajustarse a lo establecido en el Artículo 6 de este Reglamento». Reglamento Antidumping del Mercado Común Centroamericano. Página web oficial del Sistema de integración Centroamericano, (20 ene. 1999), <http: // www.sicanet.org>.

un Miembro puede denunciar y solicitar el inicio de una investigación ante su autoridad nacional contra importaciones provenientes de otro País Miembro.

La existencia de procesos nacionales para importaciones entre Estados Parte representa el incumplimiento del principio del trato nacional al interior del proceso de integración. Se pudo sustituir las normas antidumping nacionales por normas antitrust, a fin de no incurrirse en protecciones excesivas «barreras de acceso» de las industrias nacionales de un País Miembro en agravio de industrias de los otros Miembros, y cumplirse con el principio del trato nacional.

Lo extraño del modelo centroamericano es que en materia de dumping no ha eliminado esta práctica para el comercio entre Miembros (sustituyéndose por las normas antitrust como ha ocurrido en Europa). También resulta extraño que se haya establecido un procedimiento antidumping en favor de un tercer País Miembro a cargo de la SIECA (denominado dumping regional).

El dumping a favor de un tercer país es un supuesto previsto por el Código antidumping de 1994 (artículo 14, puntos 1 al 4), por lo que el supuesto de dumping regional pudo ser regulado en la normativa nacional del país centroamericano importador afectado vía esta forma particular de dumping (el Miembro que realizaba exportaciones al interior del mercado ampliado tendría la legitimación activa). No entendemos como este tipo de procedimiento es sometido a un ente comunitario como la SIECA, más aún si ha sido el propio Reglamento el que ha dispuesto mantener las legislaciones y autoridades nacionales antidumping.

Nosotros creemos que el Reglamento comunitario del MCCA debió establecer lo siguiente:

1.- La eliminación inmediata del dumping intra comunitario o al menos una eliminación en una futura fecha.

2.- La derogación de las legislaciones nacionales antidumping y su sustitución por un reglamento comunitario antidumping, di-

cha norma supranacional sería aplicable a las importaciones provenientes de Países No Miembros.

3.- La sustitución de los entes nacionales investigadores del dumping y su reemplazo por un ente comunitario como la SIECA.

4.- El comercio internacional de bienes y servicios entre los Países Miembros del MCCA debió ser regulado por normas antitrust comunitarias, las que reemplazarían a las normas antidumping.

La norma comunitaria antidumping del MCCA legitima a las siguientes entidades:

1.- La Dirección General de Integración de un Estado Miembro, competente en los procesos con Terceros Países.

2.- La SIECA, competente en los procesos Regionales.

3.- El Comité Ejecutivo de Integración Económica, junto con la SIECA y la Autoridad Nacional investigadora del dumping.

Por último debemos señalar que las contradicciones detectadas en materia de dumping, ponen de manifiesto que estamos frente a un proceso de integración inconcluso o imperfecto. Si el MMCA busca consolidar un mercado común, ha debido tener en cuenta la eliminación del dumping intra comunitario, ya que en el modelo de integración del tipo mercado común no se llevarán a cabo importaciones ni exportaciones entre los Miembros, sino por el contrario ventas internas (en el mercado ampliado).

3.1.4.3.3. Normativa y procedimiento antitrust

En la actualidad en el MCCA no existe una norma comunitaria específica que regule y sancione de manera expresa las prácticas restrictivas de la libre competencia que tengan efecto en el mercado ampliado. En el ámbito nacional, no todos los Miembros tienen una legislación antitrust; solo Costa Rica (mediante la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor –Ley

N.° 7472 del 20.12.94) y Panamá (mediante la Ley N.° 29 del 01.02.96) cuentan con éste tipo de regulaciones.

La ausencia de normas antimonopolio es un problema generalizado en América Latina y no solo de los Miembros del MCCA;[172] por lo que deberá ser superado si es que se pretende la conformación de bloques de integración. En dichos bloques deberían existir normas antitrust comunitarias y nacionales, las primeras para controlar el comercio en el mercado ampliado y las segundas para supervisar el comercio intra país.

A pesar de la falta de una norma comunitaria expresa (p.e. similar a la Decisión 285 de la CAN), en el Protocolo de Guatemala encontramos una referencia genérica en el artículo 25 a la defensa de la libre competencia.[173] [174]

En el Protocolo se hace referencia expresa al sector comercio, lo que puede interpretarse como comercio de bienes y servicios a nivel subregional (claro que en sus artículos 21 a 31 se distinguen diversos sectores). El artículo 25 incluso establece el compromiso de que los Estados Miembros cuenten con disposiciones

---

[172] «Consecuente con el proceso de liberalización en el frente interno, no es casual que diez países de la Región hayan reformado o promulgado normas específicas sobre la prohibición de las prácticas restrictivas o antimonopolio y, a la fecha, otros tantos se encuentren considerando seriamente su adopción. En relación con los primeros se indica a Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Jamaica, México, Panamá, Perú y Venezuela. Respecto a los segundos se puede mencionar a Bolivia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Trinidad y Tobago». DIEZ CANSECO NUÑEZ, Luis José. «Competencia e Integración en América Latina: Reflexiones sobre su importancia y sobre los temas que deberían ser considerados», página web del Centro de Formación para la Integración–CEFIR. (20 ene. 1999), <http: // www. cefir.org.uy>.

[173] «Artículo 25: En el sector comercio, los Estados Parte convienen en adoptar disposiciones comunes para evitar las actividades monopólicas y promover la libre competencia en los países de la región». Protocolo de Guatemala de 1993.

[174] En el trabajo del doctor Luis José Diez Canseco sobre «Competencia e Integración en América Latina», él hace referencia a la existencia de un Mandato Presidencial en el SIECA sobre las políticas de competencia; por lo que la generalidad de principios antitrust no solo estaría presente en el Protocolo.

comunes, lo que podría interpretarse como un proceso de armonización de legislaciones nacionales antitrust.

Todo lo señalado debe llamar a la reflexión, a fin que los Países Miembros del MCCA modifiquen sus ordenamientos jurídicos y cuenten, tanto a nivel comunitario como nacional, con normas antitrust; las razones son las siguientes:

1.- No es aceptable que solo dos países, Costa Rica y Panamá, prohíban y sancionen las prácticas restrictivas de la libre competencia.

2.- El proceso de integración subregional supone la creación de relaciones comerciales entre los Miembros, ellas deben ser reguladas por normas comunitarias que protejan el mercado ampliado y a los consumidores de los Países Integrantes; sobre todo cuando se pretende implementar un mercado común.

3.- Las normas antimonopolio nacionales en cada País Miembro regularán las prácticas que se den al interior de cada país y que no afecten el comercio internacional entre Estados Parte (controlarán prácticas restrictivas con efectos nacionales o comercio intra país).

4.- No es aceptable que el MCCA incumpla el principio del trato nacional, ello debido a que el comercio internacional entre Miembros no ha sido regulado de manera especial y diferente respecto a la regulación aplicable al comercio internacional con terceros países.

5.- De adoptarse una normativa antitrust comunitaria en el MCCA ella debe condenar prácticas restrictivas que surtan efectos en el mercado ampliado. Entre estas prácticas se condenarían los precios predatorios, los subsidios cruzados, discriminaciones de condiciones, fusiones y concertaciones.

3.1.4.3.4. Entidad supranacional

El proceso de integración centroamericano cuenta con distintos órganos supranacionales (como lo señala el artículo 37 del Protocolo de Guatemala de 1993 que modificó el Tratado General de Integración Económica), los cuales pueden subdividirse en tres tipos: órganos propiamente dichos, órganos técnico administrativos e instituciones.

Órganos:

1.- Consejo de Ministros de Integración Económica.

2.- Consejo Intersectorial de Ministros de Integración Económica.

3.- Consejo Sectorial de Ministros de Integración Económica.

4.- Comité Ejecutivo de Integración Económica.

Órganos técnico administrativos:

1.- Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA).

2.- Secretaría del Consejo Agropecuario Centroamericano (SCA).

3.- Secretaría del Consejo Monetario Centroamericano (SCMCA).

4.- Secretaría de Integración Turística Centroamericana (SITCA).

Instituciones:

1.- Banco Centroamericano de. Integración Económica (BCIE).

2.- Instituto Centroamericano de Administración Pública (ICAP).

3.- Instituto Centroamericano de Investigación y Tecnología Industrial (ICAITI).[175]

---

[175] «La estructura institucional del SICA está constituida por la Reunión de Presidentes, que es el órgano supremo, y un Consejo de Ministros del ramo. El Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores tiene el rol de órgano principal de

De todos los entes comunitarios señalados, el que merece un especial interés (para el objeto de nuestro estudio) es la Secretaría de Integración Económica (o SIECA) ya que p.e. en materia de dumping comunitario o regional será la encargada de la etapa administrativa.

La SIECA es un órgano técnico –administrativo, el cual tiene ciertas similitudes con la Secretaría General de la CAN–, mas aún si se tiene presente que es la autoridad encargada de realizar las investigaciones sobre dumping regional (según el Reglamento comunitario). Su función principal es velar por la aplicación del Protocolo e instrumentos internacionales que se den en el MCCA.

Si en el modelo del MCCA se aprobase una normativa antitrust comunitaria (sustitución de las normas antidumping por normas antitrust), el ente encargado de las investigaciones y sanciones sería la SIECA; ello originaría que este órgano tuviese distintos grupos de trabajo o direcciones, una en materia de restricciones a la libre competencia y otra en materia de dumping, como ocurre con la Comisión de la Unión Europea.

En cuanto al control jurisdiccional comunitario, el proceso de integración cuenta con un tribunal de justicia permanente y autónomo denominado Corte Centroamericana de Justicia. La Corte fue dispuesta por el Tratado General de Integración Económica de 1960 y posteriormente por el Protocolo de Tegucigalpa de 1991 (ODECA). El modelo centroamericano desde sus inicios siempre tuvo en cuenta la necesidad de un ente jurisdiccional comunitario para regular las relaciones al interior del futuro mercado común, controlando los

---

coordinación. El órgano que ejecuta las decisiones de los presidentes es el Consejo de Ministros responsable de la integración económica y desarrollo regional, que tiene como secretaría a la SIECA (Secretaría de Integración Económica Centro Americana) la cual conserva su personería jurídica, las atribuciones y funciones que le asigna el Tratado General de Integración Económica de 1960. La estructura orgánica se completa con un Comité Ejecutivo». GARRÉ COPELLO, Belter. *Ob. cit.*, p. 262.

actos de los particulares, entes comunitarios y de los propios Estados Miembros.[176] [177]

El Convenio de la Corte de Justicia para Centroamérica, dispuesto por los Tratados antes indicados, ya fue suscrito el 10 de diciembre de 1992 por los Miembros del MCCA, e incluso la propia Corte ha dictado su Ordenanza de procedimientos (el 16 de diciembre de 1994).[178]

---

[176] «Artículo XXVI:
Los Estados signatarios convienen en resolver fraternalmente dentro del espíritu de este Tratado, y por medio del Consejo Ejecutivo o del Consejo Económico Centroamericano en su caso, las diferencias que surgieren sobre la interpretación o aplicación de cualquiera de sus cláusulas. Si no pudieren ponerse de acuerdo, solucionarán la controversia por arbitraje. Para integrar el tribunal arbitral cada una de las Partes contratantes propondrá a la Secretaría General de la Organización de los Estados Centroamericanos los nombres de tres magistrados de sus respectivas Cortes Supremas de Justicia. De la lista total de candidatos, el Secretario General de la Organización de Estados Centroamericanos y los representantes gubernamentales ante ese organismo escogerán, por sorteo, a un árbitro por cada Parte contratante, debiendo ser cada uno de ellos de diferente nacionalidad. El laudo del tribunal arbitral será pronunciado con los votos concurrentes de, por lo menos, tres miembros, y causará efectos de cosa juzgada para todas las Partes contratantes por lo que hace a cualquier punto que se resuelva relativo a interpretación o aplicación de las cláusulas de este Tratado». Tratado General de Integración Económica de 1960. Op cit.

[177] «Artículo 12. Para la realización de los fines del SISTEMA DE LA INTEGRACION CENTROAMERICANA se establecen los siguientes Órganos:
[...]
Forman Parte de este Sistema:
[...]
La Corte Centroamericana de Justicia, que garantizará el respeto del derecho, en la interpretación y ejecución del presente Protocolo y sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo. La integración, funcionamiento y atribuciones de la Corte Centroamericana de Justicia deberán regularse en el Estatuto de la misma, el cual deberá ser negociado y suscrito por los Estados Miembros dentro de los noventa días posteriores a la entrada en vigor del presente Protocolo».
Protocolo de Tegucigalpa de 1991. Página web del Sistema de integración Centroamericano, (20 ene. 1999), <http: // www.sicanet.org>.

[178] «ARTICULO 1. La Corte Centroamericana de Justicia, establecida por el Artículo 12 del "Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA) queda constituida y funcionará conforme a las dis-

posiciones del presente Estatuto, ordenanzas, reglamentos y resoluciones que emita ella misma.
La Corte Centroamericana de Justicia es el Organo Judicial principal y permanente del "Sistema de la Integración Centroamericana", cuya jurisdicción y competencia regionales son de carácter obligatorio para los Estados.
En el texto de este Convenio, a la Corte Centroamericana de Justicia se le llamará también "La Corte".
[...]
ARTICULO 3. La Corte tendrá competencia y jurisdicción propias, con potestad para juzgar a petición de parte y resolver con autoridad de cosa juzgada, y su doctrina tendrá efectos vinculantes para todos los Estados, órganos y organizaciones que formen parte o participen en el "Sistema de la Integración Centroamericana", y para sujetos de derecho privado.
[...]
ARTICULO 22 La competencia de la Corte será:
a) Conocer, a solicitud de cualquiera de los Estados miembros, de las controversias que se susciten entre ellos. Se exceptúan las controversias fronterizas, territoriales y marítimas, para cuyo conocimiento se requiere la solicitud de todas las partes concernidas.
Previamente las respectivas Cancillerías deberán procurar un avenimiento, sin perjuicio de poder intentarlo posteriormente en cualquier estado del juicio;
b) Conocer de las acciones de nulidad y de incumplimiento de los acuerdos de los organismos del Sistema de la Integración Centroamericana;
[...]
g) Conocer de los asuntos que someta directa e individualmente cualquier afectado por los acuerdos del Organo u Organismos del Sistema de la Integración Centroamericana;
[...]
j) Conocer en última instancia, en apelación, de las resoluciones administrativas, dictadas por los Organos u Organismos del Sistema de la Integración Centroamericana, que afecten directamente a un miembro del personal del mismo y cuya reposición haya sido denegada;
k) Resolver toda consulta prejudicial requerida por todo Juez o Tribunal Judicial que estuviere conociendo de un caso pendiente de fallo encaminada a obtener la aplicación o interpretación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del "Sistema de la Integración Centroamericana", creado por el "Protocolo de Tegucigalpa", sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo.
[...]
ARTICULO 28. La Corte tendrá personalidad jurídica, y gozará en todos los Estados miembros de los privilegios e inmunidades que le corresponden como Organo del Sistema de la Integración Centroamericana y que le aseguren el ejercicio independiente de sus funciones y la realización de los propósitos de su creación. Los Magistrados, el Secretario General de la Corte y los funcionarios a quienes ella designe con el carácter de internacionales, gozarán de las inmunidades y

Del Convenio de la Corte Centroamericana es importante resaltar los siguientes puntos:

1.- Obligatoriedad de los fallos de la Corte (sea vía resoluciones interlocutorias, laudos y sentencias definitivas) tanto respecto de los Estados Miembros como de los órganos comunitarios y particulares, como lo señala el artículo 39 del Convenio.

2.- Son inimpugnables, como lo señala el artículo 38 del Convenio al referirse a que son inapelables y definitivos.

3.- El carácter de cosa juzgada y efectos vinculantes de su doctrina, como lo señala el artículo 3 del Convenio.

4.- Resuelve las apelaciones contra las resoluciones administrativas comunitarias, como lo señala el artículo 22 inciso J del Convenio.

5.- Absuelve consultas prejudiciales planteadas por jueces o tribunales nacionales, sobre cuestiones comunitarias como lo señala el artículo 22 inciso K del Convenio.

Un punto importante que merece mayor análisis es lo dispuesto en el artículo 22 inciso B al referirse a las acciones de nulidad y de incumplimiento que se tramitan ante la Corte Centroamericana.

---

privilegios correspondientes a su cargo. A este efecto, los Magistrados tendrán categoría equivalente al rango de Embajadores y los demás funcionarios la que se establezca, de común acuerdo, entre la Corte y el Gobierno del país sede.
[...]
ARTICULO 39 Las resoluciones interlocutorias, laudos y sentencias definitivas que dicte la Corte no admitirán recurso alguno, son vinculantes para los Estados o para los Organos u Organismos del Sistema de la Integración Centroamericana, y para las personas naturales y jurídicas, y se ejecutarán como si se tratara de cumplir una resolución, laudo o sentencia de un tribunal nacional del respectivo Estado, para lo cual bastará la certificación extendida por el Secretario General de la Corte.
En el caso de incumplimiento de los fallos y resoluciones por parte de un Estado, la Corte lo hará saber a los otros Estados para que, utilizando los medios pertinentes, aseguren su ejecución.». Convenio de la Corte Centroamericana de Justicia de 1992. Página web del Sistema de Integración Centroamericano, (20 ene. 1999), <http: //www.sicanet.org>.

Un acuerdo o una resolución administrativa expedido por el SIECA en materia de dumping podrá ser impugnado en la vía jurisdiccional ante la Corte por un particular afectado. Lo señalado debe concordarse con el inciso G del mismo artículo que establece el derecho de cualquier particular a recurrir ante el órgano jurisdiccional; mas aún el propio inciso D del artículo 3 de la Ordenanza de procedimientos reconoce de manera expresa la legitimidad para accionar a cualquier persona, sea natural o jurídica.

La Corte Centroamericana lamentablemente no puede actuar en materia antitrust, ya que al no existir un procedimiento administrativo comunitario sobre restricciones a la libre competencia, no puede existir una etapa jurisdiccional comunitaria en la que se cuestione la resolución administrativa.

Por lo indicado es que se puede afirmar que el órgano jurisdiccional no cuenta con las mismas atribuciones que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que sí puede actuar tanto en materia antidumping como antitrust.

Quienes tienen legitimidad para accionar ante la instancia jurisdiccional son los siguientes sujetos:

1.- Los Estados Miembros.

2.- Los órganos fundamentales de los Estados Miembros.

3.- Los órganos y organismos comunitarios del SICA.

4.- Los particulares.[179]

---

179 «[...]
TITULO I DE LOS SUJETOS PROCESALES
Art. 3. Serán sujetos procesales:
a) Los Estados miembros y, en su caso, cualquier otro Estado:
b) Los Poderes u órganos fundamentales de los Estados Miembros en los casos contemplados en el Estatuto de la Corte;
c) Los Organos u Organismos del Sistema de la Integración Centroamericana; y,
d) Los particulares, sean personas naturales o jurídicas.
CAPITULO I DEL TRIBUNAL

Por último quisiéramos, con el siguiente cuadro, resumir los distintos entes nacionales que tienen competencia en materia de restricciones a la competencia así como en las investigaciones sobre dumping:

Antidumping

Costa Rica

1.- Oficina de Prácticas de Comercio Desleal y Medidas de Salvaguardia.

2.- Comisión Mixta.

3.- Ministro de Economía.

Art. 4. La Corte Centroamericana de Justicia tiene en los negocios de su jurisdicción la autoridad y atribuciones que expresamente le confieren su Estatuto; y, desde el momento que se inicie una demanda, posee la facultad de decidir sobre su competencia, interpretando los Tratados y Convenciones y aplicando los Principios del Derecho de Integración y del Derecho Internacional referentes al punto o puntos en cuestión.

Art. 5. La jurisdicción y competencia de la Corte comprende:

1. Todas las cuestiones o controversias, que entre los Estados Centroamericanos ocurran, cualquiera que sea su origen y naturaleza, si las Cancillerías interesadas no hubieren podido llegar a un avenimiento; ya se demuestre esto por actas u otra clase de documentos fehacientes, o bien por el hecho de hallarse las partes en estado de guerra.
2. Los litigios que un particular promueva contra alguno de los Estados Miembros, cuando se refieran a violación de Tratados o Convenciones o a otros asuntos de carácter Regional.
3. La potestad de proceder, conforme el art. 31 del Estatuto de la Corte.
4. Los casos comprendidos en el art. 22 letra f) del Estatuto.
5. Las cuestiones no comprendidas en el literal 2) de este artículo, que sobrevengan entre uno de los Gobiernos Centroamericanos y Personas Particulares, cuando de común acuerdo le fueren sometidas.
6. Las controversias de orden internacional, entre alguno de los Gobiernos de Centroamérica y del de una Nación extranjera, que por Convención celebrada al efecto, decidan ventilar y dirimir ante la Corte». Ordenanza de Procedimientos de la Corte Centroamericana de Justicia de 1994. Página web del Sistema de integración Centroamericano, (20 ene. 1999), <http: // www.sicanet.org>.

El Salvador

1.- La Dirección de Política Comercial del Ministerio de Economía.

Guatemala

1.-La Dirección de Integración Económica del Ministerio de Economía.

Honduras

1.- La Dirección de Integración Económica del Ministerio de Economía.

Nicaragua

1.- La Dirección de Integración Económica del Ministerio de Economía.

MCCA

1.- SIECA.

2.- Comité Ejecutivo de Integración.

3.- Corte Centroamericana de Justicia.

Antitrust

Costa Rica

1.- Comisión para promover la competencia.

2.- Unidad técnica de apoyo de la Comisión.

3.- Poder Judicial.

Panamá

1.- Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor.

2.- Poder Judicial.

3.1.4.4. Modelo de integración del Grupo de los 3 (G-3)

3.1.4.4.1. Definición y evolución

El G-3 plantea (hasta el momento) la creación de una zona de libre comercio entre los países de Colombia, México y Venezuela; por lo que la adopción de un arancel externo común no está en sus planes ya que solo busca eliminar los aranceles entre los Miembros.

Los tres países tienen en común el ser a su vez partes del ALADI, por lo que las negociaciones y concesión de beneficios especiales entre ellos están permitidas, sin la obligación de extenderse a otros Miembros del ALADI ni a otros Estados parte de otros procesos de integración.

México es parte del NAFTA (proceso que busca ser una zona de libre comercio con una propia y sui géneris regulación supranacional). Colombia y Venezuela son Miembros de la Comunidad Andina (modelo que busca ser un mercado común y que también cuenta con normas supranacionales particulares). Aparte, cada uno de los Miembros tienen suscritos Acuerdos Comerciales con otros Estados.

El Tratado de Libre Comercio G-3 fue suscrito el 13 de junio de 1994 en Cartagena y contiene 23 capítulos entre los que destacan los siguientes: capítulo 3 (Trato nacional), capítulo 5 (Reglas de origen), capítulo 8 (Salvaguardias), capítulo 9 (Prácticas desleales del comercio internacional) y capítulo 19 (Solución de controversias).

El modelo también ha tomado en cuenta los temas de propiedad intelectual, servicios financieros y telecomunicaciones; es por ello que afirmamos que no se trata de un simple Acuerdo de zona libre comercio ya que ha tocado distintos temas, entre ellos el de

los servicios, pero ello no lo convertirte en un proceso de integración del tipo mercado común.[180]

Al modelo del G-3 le son aplicables las explicaciones hechas en el capítulo segundo al definir las zonas de libre comercio; a ello hay que agregarle sus propias peculiaridades ya que el Tratado no se limita a lograr la eliminación de los aranceles y una libre circulación de bienes al interior de la zona.

3.1.4.4.2. Normativa y procedimiento antidumping del G-3

En el Tratado G-3 no se ha dispuesto la eliminación de las normas nacionales antidumping como beneficio para los tres Miembros de la zona de libre comercio; es decir que no solo no se ha otorgado éste beneficio sino que tampoco se respeta el principio del trato nacional respecto de los productores nacionales de los Países Miembros, los cuales deberían ser tratados como productores comunitarios.

Entre los tres Miembros tampoco se lleva a cabo a plenitud un libre comercio ya que este tiene como excepción la imposición de derechos antidumping, y se mantienen las medidas para arancelarias; por lo que existe una restricción al principio de libre circulación de bienes aún al interior del mercado ampliado.

Luego de lo señalado en el párrafo anterior cabe preguntarse cuál ha sido el grado de avance logrado con el Tratado G-3 en materia antidumping.

El capítulo 9 del Tratado contiene una regulación en materia de dumping y subvenciones muy similar a la regulación dictada en el GATT y los Acuerdos internacionales especiales (a pesar que su suscripción fue anterior a la realización de la Ronda Uruguay

---

[180] «El acuerdo cubre tanto el área de bienes como la de servicios, contiene normas claras y simples para la adhesión (la cual se facilita con un proceso lineal y automático de desgravación con pocas excepciones), no crea limitaciones para que sus socios liberen en forma unilateral o adelanten futuras negociaciones de integración con otros países, y se reduce sensiblemente las llamadas prácticas desleales de comercio». ECHAVARRÍA, Juan José. *Ob. cit.*, p. 144.

y la suscripción del Acuerdo de 1994 de la OMC). La regulación del capítulo 9 no tiene alcances similares p.e. a la Decisión 456 de la CAN ya que el supuesto de dumping intracomunitario sigue existiendo y es resuelto con la aplicación de normas nacionales.

Del capítulo comentado deben resaltarse las siguientes disposiciones:

1.- El artículo 9-01 que establece las definiciones de cuota compensatoria, parte interesada, resoluciones inicial, preliminar y definitiva.

2.- En el artículo 9-03 se establece que la determinación del dumping y de la amenaza o daño a la industria nacional será de manera objetiva. Se refuerzan los criterios objetivos de las investigaciones antidumping; debe notarse también que no se hace referencia a una industria comunitaria ya que tampoco se ha optado por un reglamento comunitario antidumping.

3.- En el artículo 9-04 se establece la regla del dumping mínimis, en virtud de ella ciertos márgenes de dumping no son objeto de investigaciones ni imposición de derechos antidumping.

4.- Los artículos 9-05 y 9-06 establecen el procedimiento de comunicación de las resoluciones (de investigación y determinación) y el contenido de ellas.

5.- El artículo 9-09 establece la realización de una audiencia conciliatoria durante el procedimiento de investigación; ello se ve reforzado por el artículo 9-15 que establece el derecho de cada parte de solicitar audiencias, es decir que estas podrán realizarse en cualquier etapa del procedimiento administrativo.

6.- Los Miembros del G-3 pueden hacer modificaciones a sus legislaciones nacionales antidumping con la condición de que sean acordes con los Acuerdos GATT y OMC (en el artículo 9-20).[181]

[181] «CAPITULO IX: Prácticas desleales de comercio internacional.

Las restantes disposiciones del capítulo 9 son semejantes al Acuerdo GATT y al Código internacional antidumping.

Artículo 9-01: Definiciones.
Para los efectos de este capítulo se entenderá por:
cuota compensatoria: derechos antidumping y derechos o cuotas compensatorias, según el caso.
parte interesada: los productores, importadores y exportadores del bien sujeto a investigación, así como las personas morales o jurídicas extranjeras que tengan un interés directo en la investigación de que se trate.
resolución definitiva: la resolución de la autoridad que decide si procede o no la imposición de cuotas compensatorias definitivas.
resolución inicial: la resolución de la autoridad competente que declare formalmente el inicio de la investigación.
resolución preliminar: la resolución de la autoridad competente que decida si procede la imposición o no de una cuota compensatoria provisional.
[...]
Artículo 9-03: Cuotas compensatorias.
La Parte importadora, de acuerdo con su legislación y de conformidad con lo dispuesto en este Tratado, en el GATT, en el Acuerdo Relativo a la Aplicación del artículo VI del GATT (Código Antidumping), en el Acuerdo Relativo a la Interpretación y Aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII del GATT (Código de Subvenciones y Derechos Compensatorios), podrá establecer y aplicar cuotas compensatorias en caso de presentarse situaciones en las que, mediante un examen objetivo basado en pruebas positivas:

a) se determine la existencia de importaciones:

i) en condiciones de dumping; o

ii) de bienes que hubieren recibido subsidios para su exportación, incluyendo subsidios distintos a los que se otorgan a las exportaciones, que influyan desfavorablemente en las condiciones de competencia normal; y

b) se compruebe la existencia de daño o amenaza de daño a la producción nacional de bienes idénticos o similares en la Parte importadora o el retraso significativo al inicio de esa producción, como consecuencia de esas importaciones de bienes idénticos o similares, provenientes de otra Parte.

Artículo 9-04: Márgenes mínimos.

1. La Parte pondrá fin a las investigaciones a las que se refiere el artículo 9-03, cuando el margen de dumping sea inferior al 2% del valor normal del bien investigado o cuando la cuantía de la subvención sea inferior al 1% ad valorem.

Asimismo, se pondrá fin a las investigaciones referidas en el artículo 9-03, cuando el volumen de las importaciones objeto de dumping o subvención represente menos del 1% del mercado interno del bien similar en la Parte importadora, salvo en el caso en que el volumen de las importaciones provenientes de la Parte exportadora sea inferior, individualmente considerado, pero acumulado a las importaciones a precio de dumping o subvención de otros países, represente más del 2.5% de ese mercado». Parte del Tratado de Libre Comercio del G-3. Página web de la Organización de los Estados Americanos. Tratado en español, 20 ene. 1999, <http: //www.sice.oas.org>.

Como puede observarse, la regulación del G-3 toma elementos del GATT (y ahora de los Acuerdos de la OMC), por lo que en caso de vacío legal dichas regulaciones multilaterales se aplicarían supletoriamente.

El Tratado G-3 dispone expresamente que para las importaciones provenientes de los Estados Parte será aplicable la normativa del país importador. La figura del dumping intra comunitario y los derechos antidumping siguen existiendo, a pesar de haberse negociado y suscrito un acuerdo de integración internacional (los Miembros han decidido mantener sus legislaciones antidumping para todo tipo de bienes).[182]

Cabe resaltar que no solo no se eliminan las legislaciones nacionales, sino que cada uno de los Miembros del G-3 puede modificarla (como lo señala el artículo 9-20 del Tratado) siempre que las modificaciones no sean contrarias a las normas internacionales (GATT y los Acuerdos OMC).

Cada Estado Parte goza del derecho de acudir al procedimiento de solución de controversias dispuesto en el capítulo XIX cuando considere que las modificaciones legislativas afectan lo dispuesto en el Tratado G-3. Los No Miembros que se viesen afectados por las modificaciones no pueden iniciar algún procedimiento, salvo que las nuevas disposiciones fuesen contrarias al GATT y OMC, en cuyo caso acudirían ante la OMC.[183]

El procedimiento antidumping en cada uno de los Países Miembros del G-3 será iniciado por sus autoridades nacionales com-

---

[182] A los productores nacionales del G-3, les son de aplicación las normas nacionales de cada Estado Miembro, al igual que cualquier exportador de un País No Miembro.

[183] Los Miembros del G-3 han optado por mantener 2 formas de protección de sus industrias nacionales: han previsto un mecanismo de Salvaguardias y los derechos antidumping, en lugar de optar por una protección de las industrias del mercado ampliado frente a importaciones de terceros países.
La opción de protección de la industria nacional entorpecerá la libre circulación de bienes y no aprovecha los beneficios de las zonas de libre comercio (cuyas concesiones o privilegios no son extensivos a otros países no Miembros).

petentes como lo señala el artículo 9-21 (norma referida a la regulación del procedimiento); es decir que no hay un órgano comunitario o supranacional que se pronuncie al respecto (como podría ser la Secretaría General de la CAN).

El Tratado ha dispuesto, en su artículo 9-22, una revisión de las resoluciones administrativas nacionales antidumping, pero vía tribunales arbitrales. Un tribunal *ad-hoc* no tiene la característica de permanente, además se produce una contradicción de procedimientos ya que Colombia y Venezuela someten sus controversias sobre dumping a la Secretaría General y luego al Tribunal Andino de la CAN mientras que México en sus relaciones comerciales con Colombia y Venezuela debe recurrir a los tribunales arbitrales.[184]

En materia antidumping, al interior del G-3, existen reglas contradictorias ya que las relaciones entre dos de sus Miembros se rigen por normas comunitarias como son las dispuestas por la Decisión 456 (antes Decisión 283) aplicable a los casos de exportaciones de Colombia hacia Venezuela y viceversa (dichas relaciones comerciales no son objeto de las normas antidumping nacionales de Colombia ni de Venezuela).[185] Por el contrario las relaciones comerciales de Venezuela o Colombia con México son reguladas por las normas nacionales (p.e. si un productor de México exporta hacia Venezuela, será de aplicación la norma venezolana).

El Tratado G-3 dispone que las normativas antidumping internas de los tres Miembros deben respetar las disposiciones del GATT y la OMC. Sin embargo y paradójicamente, la Decisión 456 no se

---

[184] «Artículo 9-22: Solución de controversias.
Cuando la decisión final de un tribunal arbitral declare que la aplicación de una cuota compensatoria por una Parte es incompatible con alguna disposición de este capítulo, la Parte cesará de aplicar o ajustará la cuota compensatoria de que se trate respecto de los bienes de la Parte o Partes reclamantes». Extracto del Tratado del G-3.

[185] Aunque también dicho comercio internacional estará sujeto a las normas antitrust de la Decisión 285, lo cual como hemos indicado al referirnos a la CAN, puede provocar un conflicto entre la Decisión 285 y la actual 456 ya que ambas hacen referencia a intercambio comercial entre Miembros.

adecúa a lo dispuesto por el GATT y la OMC; por lo que existe una contradicción entre lo exigido por un modelo y lo exigido por el otro (la CAN):

3.1.4.4.3. Normativa y procedimiento antitrust del G-3

El G-3 cuenta con un capítulo (el decimosexto) en el que se establece la obligación para cada País Miembro de controlar los actos de los monopolios y actos de las empresas estatales. El control de dichas prácticas es vía la aplicación de las normas nacionales antitrust de cada Miembro, ya que los artículos del capítulo 16 no han dispuesto una norma comunitaria para controlar el comercio al interior de la zona de libre comercio del G-3.[186]

---

[186] «Artículo 16-02: Monopolios y empresas del Estado.
1. Cada Parte se obliga a que sus empresas del Estado otorguen a las personas jurídicas o naturales de las otras Partes un trato no discriminatorio en su territorio, en lo que respecta a la venta de bienes y prestación de servicios para operaciones comerciales similares.
2. Cada Parte se obliga a que sus monopolios gubernamentales y sus empresas del Estado:
actúen solamente según consideraciones comerciales en la compra o venta del bien o servicio monopolizado en el mercado pertinente en el territorio de esa Parte, incluso en lo referente a su precio, calidad, disponibilidad, capacidad de venta, transporte y otros términos y condiciones para su compra y venta; y
b) no utilicen su posición monopólica en su territorio para llevar a cabo prácticas contrarias a la competencia en un mercado no monopolizado, que puedan afectar desfavorablemente a las personas de otra Parte.
[...]
Artículo 16-03: Comités.
Dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigor de este Tratado, la Comisión establecerá los siguientes comités:
a) un comité en materia de competencia, integrado por representantes de cada Parte, el cual presentará informes y recomendaciones a la Comisión referentes a los trabajos ulteriores que procedan sobre las cuestiones relevantes acerca de la relación entre las leyes y políticas en materia de competencia y el comercio en la zona de libre comercio;
b) un comité que, a efecto de detectar aquellas prácticas de empresas del Estado que pudieran resultar discriminatorias o contrarias a las disposiciones de este capítulo, elaborará informes y recomendaciones respecto de esas prácticas». Parte del capítulo XVI del Tratado constitutivo del G-3.

El problema del capítulo 16 es que dicha regulación supranacional se centra básicamente en los monopolios gubernamentales de los tres países y no toma en cuenta los monopolios privados; esto significa que el Tratado considera más importante controlar los actos de las empresas estatales que los actos de los privados.

El modelo opta por mantener las legislaciones antimonopolio nacionales[187] de los tres Miembros y no considera la adopción de una normativa supranacional, a pesar de que dos Miembros cuentan con regulaciones en materia de dumping y restricciones a la libre competencia (Decisiones 283, 456 y 285). La regulación del comercio al interior del G-3 se complica ya que los tres Miembros a su vez forman parte de otros procesos de integración como son el NAFTA y la CAN (en dichos procesos existe otra regulación supranacional).

Si bien los Estados Parte del G-3 han asumido un marco general en el capítulo 16, debieron promulgar una normativa supranacional en materia de restricciones a la libre competencia aplicable cuando los efectos de la práctica fuesen comunitarios. De mantenerse las legislaciones nacionales podrían presentarse casos en los que la práctica sea sancionada tanto en el país de origen (país del exportador) como en el país de destino y donde se manifiestan los efectos (país del importador).

En el Tratado original o en Acuerdos posteriores, tampoco se ha acordado la obligación de que los tres Estados Miembros reformen sus legislaciones antitrust.

La creación de un Comité en materia de Competencia no tiene un efecto de control sobre los actos de los particulares o de los Estados Miembros ya que solo servirá para presentar informes o recomendaciones a la Comisión sobre la relación entre normas antimonopolio y el comercio intra zona. La relación entre el libre

[187] México tiene como legislación antitrust la Ley Federal de Competencia Económica (del 24.12.92), Venezuela tiene La Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia (del 13.12.91) y Colombia tiene la Ley 155 (de 1959) y los Decretos N.° 1302 (del 01.06.64) N.° 2153 (30.12.92).

comercio y las normas de competencia existe pero debe plasmarse en normas comunitarias de obligatorio cumplimiento, lo que no ha ocurrido en el presente caso; a pesar que dicha relación adquiere mayor importancia en los procesos de integración.[188]

Por último debe señalarse que el comercio internacional entre Colombia y Venezuela sí estará sujeto a una regulación supranacional sobre restricciones a la libre competencia. La Decisión 285 es aplicable y sigue vigente a pesar que al interior del G-3 no exista una regulación supranacional. Venezuela y Colombia deben respetar dos ordenamientos jurídicos, el de la CAN y el del G-3; sin embargo solo en uno de ellos existe un órgano permanente y comunitario para solucionar sus problemas por relaciones comerciales fruto de la integración.

3.1.4.4.4. Ente supranacional

Al interior de un proceso de integración pueden surgir controversias entre particulares, entre ellos y los Estados, o entre estos últimos; es por ello que debe existir un mecanismo de solución de controversias.

Cada Tratado de integración debe proporcionar los mecanismos de solución de controversias en materia de restricciones a la libre competencia o dumping dentro del mercado ampliado o en sus relaciones comerciales con exportadores de terceros países. Colombia y Venezuela cuentan con la Secretaría General y el Tribunal de la Comunidad Andina, pero para el comercio con México no se han creado órganos comunitarios propios del G-3.

Una forma de solucionar las controversias por las que se ha optado el G-3 es hacer uso del sistema de solución del GATT (panels) pero tal y como se ha planteado en el Tratado, el mecanismo solo es aplicable para los Estados y no para los particulares (a diferencia de

[188] El Tratado G-3 tampoco dispone la aplicación extraterritorial de las normas antitrust nacionales al comercio al interior del mercado ampliado, ello p.e. ha sido una opción tomada por Australia y Nueva Zelanda.

la CAN ya que las Decisiones 456 y 285 permiten la participación de particulares como denunciantes y denunciado).

El modelo del G-3 no cuenta con órganos administrativos ni judiciales permanentes que actúen en función de los intereses comunitarios, controlando los actos de los particulares (empresas estatales o particulares) o los actos de los Estados que puedan afectar el proceso de integración.

El Tratado G-3 ha debido crear órganos o entes supranacionales, especializados en materia de libre comercio, antitrust y antidumping. También debió expedirse una normativa supranacional que diferencie sus propios supuestos, de los de cada legislación nacional, distinguiéndose entre competencias supranacionales y nacionales.

Las implicancias de una ausencia de organismos supranacionales se ponen en evidencia con la lectura del capítulo 19 del Tratado G-3 en donde se señala lo siguiente:

1.- En caso de controversias, no existe un Tribunal supranacional permanente sino que ello se ha tratado de suplir vía un sistema de panels conforme al GATT (artículo 19-03) o vía un tribunal arbitral (artículo 19-07).

2.- Las soluciones de controversias que surjan entre Venezuela y Colombia sobre el Tratado G-3 o cualquier otro convenio, someten su competencia a las del Acuerdo de Cartagena; vale decir Tribunal Andino y Secretaría General (artículo 19-04).

3.- Se ha dispuesto la creación de una Comisión Administradora (artículo 20-01) la cual realiza una función de supervisión y no tiene capacidad de coerción o coacción sobre los Estados. La Comisión realiza una labor de buenos oficios y mediación en la solución de controversias como lo señala el artículo 19-06.[189]

[189] «Artículo 19-03: Solución de controversias conforme al GATT.

1. Cualquier controversia que surja en relación con lo dispuesto tanto en este Tratado como en el GATT, en los convenios negociados de conformidad con el mismo podrá resolverse en uno u otro foro, a elección de la Parte reclamante.
[...]
Artículo 19-04: Solución de controversias conforme al Acuerdo de Cartagena.
1. Las Partes se someterán a las reglas de competencia que a continuación se enuncian:
a) las controversias que surjan entre Colombia y Venezuela en relación con lo dispuesto tanto en este Tratado como en el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, se someterán a la competencia de los órganos del Acuerdo de Cartagena;
b) las controversias que surjan entre Colombia y Venezuela en relación con los compromisos adquiridos exclusivamente en este Tratado serán resueltas conforme a las disposiciones de este capítulo;
c) las controversias que surjan entre México y cualquiera de las otras Partes en relación a lo dispuesto en éste Tratado serán resueltas conforme a las disposiciones de este capítulo; y
d) las controversias que surjan entre las tres Partes en relación con lo dispuesto en este Tratado serán resueltas conforme a las disposiciones de este capítulo.
2. El sometimiento de una controversia a la competencia de los órganos del Acuerdo de Cartagena no afectará los derechos que México pueda tener bajo este Tratado.
[...]
Artículo 19-07: Recurso al tribunal arbitral.
1. Cualquier Parte consultante podrá solicitar por escrito la constitución de un tribunal arbitral cuando la Comisión se haya reunido conforme a lo establecido en el artículo 19-06, párrafo 4 y el asunto no se hubiere resuelto dentro de:
a) los cuarenta y cinco días siguientes a la reunión; o
b) los cuarenta y cinco días siguientes a aquél en que la Comisión se haya reunido para tratar el asunto más reciente que le haya sido sometido, cuando se hayan acumulado varios procedimientos conforme al artículo 19-06, párrafo 5.
[...]
Artículo 20-01: La Comisión Administradora.
1. Las Partes crean la Comisión Administradora, integrada por los titulares de los órganos nacionales responsables que se señalan en el anexo 1 a este artículo, o por las personas que éstos designen.
2. Corresponderá a la Comisión:
a) velar por el cumplimiento y la correcta aplicación de las disposiciones de este Tratado;
b) evaluar los resultados logrados en la aplicación de este Tratado, vigilar su desarrollo y recomendar a las Partes las modificaciones que estime conveniente;
c) intervenir en las controversias en los términos establecidos en el capítulo XIX;
d) supervisar la labor de todos los comités y grupos de trabajo establecidos en este Tratado e incluidos en el anexo 2 a este artículo, los cuales reportarán a la Comisión;

Como se puede observar, los órganos o entes del G-3 no son similares a los de la Comunidad Andina o de la Unión Europea, ya que no cuentan con poder de decisión sobre los actos de particulares o de los mismos Estados. Estos órganos solo efectúan informes, recomendaciones (como es el caso del comité en materia de competencia), y en el caso del sistema de solución de controversias tipo GATT, el acceso está reservado a los Estados Miembros.

Lo paradójico del modelo G-3, es que dos de sus socios cuentan con su propia estructura orgánica comunitaria; la Secretaría y Tribunal de la Comunidad Andina; pero estos órganos solo pueden actuar en las relaciones comerciales entre Venezuela y Colombia, y resuelven sobre la base de la normativa de la CAN (no cabe que intervengan para resolver un conflicto comercial con México).

3.1.4.5. Modelo de integración del CARICOM

3.1.4.5.1. Definición y evolución

Los Estados de Antigua, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Jamaica, Montserrat, San Cristóbal-Nieves-Anguila, Santa Lucía, San Vicente y Trinidad y Tobago suscribieron, el 4 de julio de 1973, un Acuerdo[190] Internacional de Integración mediante el cual convinieron en formar un proceso de integración subregional denominado Comunidad del Caribe (conocido como Caricom).

---

e) realizar un seguimiento de las prácticas y políticas de precios en sectores específicos a efecto de detectar aquellos casos que pudieran ocasionar distorsiones en el comercio entre las Partes;
[...]
Artículo 20-02: Secciones nacionales.
1. El órgano nacional responsable de cada Parte designará a su oficina o dependencia oficial permanente que actuará como sección nacional de esa Parte y comunicará a las otras Partes». Extracto del Tratado del G-3.

[190] El Tratado quedó abierto para la firma desde el 04 de julio de 1973 como lo señala en su artículo 22.

El modelo de integración sub regional del Caricom ha optado por tener entre sus finalidades la formación de un mercado común (como lo señala el artículo 4 del Tratado), dándole personalidad jurídica internacional a dicha Comunidad [191](sujeto internacional del tipo organización internacional de integración).

El Acuerdo consta de un preámbulo, 8 capítulos y un programa de anexo. Cabe resaltar lo dispuesto en los capítulos III, IV y V referidos a la liberación comercial, política de protección común y establecimiento, servicios y circulación de capital.

El modelo caribeño toma en cuenta las diferencias macro económicas que existen entre los Miembros[192] ya que como lo señala su artículo 3, ellos pueden ser clasificados en países de menor o mayor desarrollo, como veremos:

> Artículo 3: Definición de país de menor y de mayor desarrollo.
>
> Para los objetivos de este Tratado, los Estados señalados en el inciso 1 (a) (iii) (vii) (viii) y (xiii) del artículo 2 serán considerados países de mayor desarrollo y los otros enunciados en dicho párrafo, con exclusión de Bahamas, serán considerados países de menor desarrollo hasta que la Conferencia por decisión mayoritaria lo acuerde de otro modo.[193]

Es por ello que tenemos en el Caricom:

---

[191] «Artículo 63: Capacidad legal
1. El Mercado Común tendrá personería jurídica internacional.
2. Cada Estado Miembro otorgará en su territorio al Mercado Común la más completa capacidad legal acordada a las personas jurídicas según sus leyes locales, incluyendo la capacidad de adquirir y transferir bienes muebles e inmuebles y demandar y ser demandada en juicio en propio nombre. En cualquier proceso legal, el Mercado Común estará representado por el Secretario General de la Secretaría». Parte del Anexo del Tratado que crea la Caricom. Página web de la Organización de Estados Americanos. Tratados en español, (20 ene. 1999), <http: // www.sice.oas.org>.

[192] Los Miembros del Caricom son países con economías muy pequeñas, pero incluso entre dichos países hay diferencias, algunos países del Caribe son más pequeños que otros países de la misma sub región.

[193] Extracto del Tratado que establece el Caricom. *Ob. cit.*

1.- Países de Mayor Desarrollo: Barbados, Guyana, Jamaica y Trinidad y Tobago.

2.- Países de Menor Desarrollo: Antigua, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Montserrat, San Cristóbal-Nieves-Anguila, Santa Lucía y San Vicente.

3.- Bahamas es un caso a parte y muy especial ya que no es considerado en ninguno de los dos tipos de Países Miembros.

Este modelo, al buscar constituir un mercado común, debe asegurar cuatro (4) tipos de libertades: circulación de bienes, servicios, capitales y personas al interior del mercado sub regional. Para lograr lo señalado, el proceso deberá contar con una normativa y órganos supranacionales que protejan el comercio al interior del mercado y su relación con el comercio internacional con países del exterior.

Por último debemos señalar que el proceso de integración Caricom, si bien busca constituir un mercado común en el Caribe, no es uno de los modelos más desarrollados tanto a nivel jurídico como a nivel institucional.[194]

3.1.4.5.2. Normativa y procedimiento antidumping

Cada uno de los Estados Parte del Caricom mantiene vigente su legislación nacional sobre dumping, no solo respecto de terceros países sino también respecto de los otros Miembros de la comunidad caribeña. El Tratado no ha eliminado el dumping respecto de las importaciones–exportaciones entre los Miembros.[195]

---

[194] Lo que se debe resaltar del Caricom es que pone de manifiesto la necesidad de ampliar los mercados vía la integración, sobretodo si se tiene en cuenta que los integrantes del Caricom son países con economías muy pequeñas (por lo que la integración era una obligación mas que una alternativa).

[195] «Artículo 19: "Dumping" e importaciones subsidiadas
1. Nada de este anexo impedirá a cualquier Estado Miembro tomar acciones contra el dumping o las importaciones subsidiadas conforme a alguna otra obligación internacional.
2. Cualquier producto que haya sido exportado desde un Estado Miembro a un consignatario en otro Estado Miembro y sin que haya experimentado ningún

El Caricom mantiene la figura del dumping al interior del mercado ampliado (o dumping intracomunitario) lo cual supone el incumplimiento del principio de trato nacional y un límite a la libre circulación de bienes para el comercio entre Miembros. Se ha optado por proteger las industrias nacionales en lugar de protegerse a las comunitarias, frente a importaciones de terceros países.

El modelo caribeño debió optar por una protección comunitaria, sobre todo si se tiene en cuenta el tamaño reducido de las economías nacionales de los Miembros en comparación con las de terceros países. Se ha debido crear un órgano comunitario simi-

---

proceso de manufactura o elaboración desde la exportación, podrá al ser reimportado al primer Estado ser liberado de toda restricción cuantitativa o medida de efecto equivalente. Tales productos se admitirán también libres de derechos de aduana o gravamen de efecto equivalente, excepto si puede ser recuperada alguna concesión, como devolución de impuestos de exportación, liberación tributaria u otra forma, dada en razón de la exportación desde el Estado Miembro.

3. Si alguna industria en un Estado Miembro está sufriendo o siendo amenazada con un perjuicio material, como resultado de la importación de productos con dumping o subsidiado en otro Estado Miembro, aquel Estado requerirá de éste, que examine la posibilidad de tomar en conformidad con alguna otra obligación internacional, una acción para remediar el daño o prevenir la amenaza.

[...]

Artículo 42: Armonización de legislaciones

1. Los Estados Miembros reconocen la conveniencia de armonizar, tan pronto como sea posible, las disposiciones impuestas por ley o prácticas administrativas que afecten el establecimiento y funcionamiento del Mercado Común en las siguientes áreas:

(a) Sociedades
(b) Marcas comerciales
(c) Patentes
(d) Diseños y derechos de autor
(e) Normas industriales
(f) Indicación de origen
(g) Rotulación de alimentos y drogas
(h) Restricciones de cuarentena vegetal y animal
(i) Practicas restrictivas comerciales
(j) Dumping y subsidio de exportaciones

2. El Consejo mantendrá las disposiciones de este artículo en estudio y puede hacer recomendaciones para alcanzar esos objetivos». Extracto del capítulo VI del Anexo del Tratado que crea la Caricom.

lar a la Secretaría General de la CAN que intervenga en procesos contra importaciones en condiciones dumping (y de esta forma cada Estado Parte no actuaría por separado, ahorrándose costos administrativos).

El modelo peca de no contar con una normativa supranacional sobre dumping extra comunitario u originario de terceros países, y mantiene esta práctica entre los Miembros. No se toma en cuenta que por efectos de la constitución de un mercado común en el Caribe, en el futuro no habrá importaciones entre los Países Integrantes y por lo tanto no podría llevarse a cabo (entre ellos) una práctica de dumping, sino por el contrario un caso de precios predatorio o de discriminación de precios.

3.1.4.5.3. Normativa y procedimiento antitrust

Los Miembros del Caricom no han convenido la adopción de una normativa supranacional en materia de restricciones a la libre competencia; sin embargo han dispuesto la obligación de armonizar sus legislaciones nacionales (como se ha indicado en el punto (i) del artículo 42 del Anexo del Tratado que establece el mercado común antes citado, bajo el nombre de prácticas comerciales restrictivas).

En el Anexo del Acuerdo (en especial el artículo 30) se ha dispuesto como una de sus metas que todos los Miembros cuenten con una legislación uniforme en materia de restricciones a la libre competencia y de esta forma se sancionen las prácticas que en el plano comunitario se lleven a cabo.[196]

---

[196] «Artículo 30: Prácticas comerciales restrictivas
1. Los Estados Miembros reconocen que las prácticas siguientes son incompatibles con este anexo en la medida en que frustren los beneficios que se esperan tanto de la remoción como de la ausencia de derechos de aduana y restricciones cuantitativas, como se precisa en este anexo:
(a) acuerdos entre empresas, acuerdos de asociaciones de empresas y prácticas concertadas entre empresas, las cuales tienen por objeto o resultado estorbar, restringir o distorsionar la competencia en el Mercado Común:

Por último, debemos indicar que si bien el Caricom ha creado órganos e instituciones supranacionales, no ha creado un órgano con poder de decisión que tenga competencia para resolver problemas comunitarios en materia antitrust; y cuyas decisiones surtiesen efectos no solo frente a los particulares sino incluso respecto de los Estados Miembros.

3.1.4.5.4. Entidad supranacional

En un proceso de integración deben existir entes u órganos que resuelvan las controversias que surjan al interior del mercado ampliado (en especial controversias entre particulares en materia de dumping y restricciones a la libre competencia). Estas entidades deben contar con autonomía e independencia respecto de cada Estado Parte ya que actúan por un interés supranacional y no por uno estatal.

En el Caricom se busca establecer un mercado común entre los Miembros, por lo que debería existir una normativa supranacional que tutele la competencia al interior del mercado ampliado y su relación con empresas del exterior (exportadores de terceros países).[197] Aplicando la normativa supranacional, los órganos comunitarios administrativos y judicial resolverían las controver-

(b) acciones por las cuales una o más empresas adquieren injustamente una ventaja de Posición dominante en el Mercado Común o una parte sustancial de él.

2. Si alguna de las prácticas descritas en el párrafo 1 de este artículo es sometida al Consejo, en conformidad al artículo 11 de este anexo, éste puede, en cualquier recomendación adoptada en conformidad con el párrafo 3 o en conformidad con el párrafo 4 de ese artículo, reservarse el derecho de publicar un informe respecto a las particularidades del asunto.

[...]

4. Los Estados Miembros se comprometen a poner en vigencia tan pronto sea posible, una legislación uniforme para el control de las prácticas comerciales restrictivas de empresas, dando especial atención a las referidas en el párrafo 1 de este artículo». Extracto del capítulo III del anexo del tratado que establece el mercado común del Caribe.

[197] Ya indicamos que en el Caricom no existe una legislación supranacional en materia antitrust ni tampoco en materia antidumping, sólo existe la obligación de armonización de las legislaciones nacionales.

sias, lamentablemente el Caricom no cuenta con órganos comunitarios resolutorios.

En virtud de los artículos 6 y 10 del Acuerdo que establece el Mercado Común del Caribe, los Estados acordaron crear algunos órganos comunitarios pero sin otorgarles el poder de decisión en ciertas materias, solo se les otorgó la potestad de emitir informes sobre las materias de su competencia.

Órganos comunitarios dispuestos en el artículo 6:

1.- La Conferencia de Jefes de Gobierno.

2.- El Consejo del Mercado Común.

Instituciones comunitarias creadas por el artículo 10:

1.- La Conferencia de Ministros de Salud.

2.- El Comité Permanente de Ministros de Educación.

3.- El Comité Permanente de Ministros de Trabajo.

4.- El Comité Permanente de Ministros de Relaciones Exteriores.

5.- El Comité Permanente de Ministros de Finanzas.

6.- El Comité Permanente de Ministros de Agricultura.

7.- El Comité Permanente de Ministros de Minas.

8.- El Comité Permanente de Ministros de Industria.

9.- El Comité Permanente de Ministros de Transporte.[198]

[198] En virtud del artículo 15 del Tratado se establece la Secretaría del Mercado Común que es la encargada de coordinar las reuniones del mercado Común o llevar a efecto estudios sobre el proceso de integración. En los artículos 11 y 12 del anexo del Tratado se establece la posibilidad de que los Estados Miembros puedan recurrir a un Tribunal (ad-hoc) a fin de solucionar controversias derivadas del Tratado o de su aplicación.

Algunos de los órganos del Caricom, buscan asegurar el cumplimiento de los fines del Tratado. Es el Consejo quien por medio de sus decisiones puede obligar a cada Estado Miembro y ordenarle que cambie o modifique algún punto de su política, si es que esta es contraria a los intereses de la Comunidad. El Consejo también expide recomendaciones, las cuales no son de obligatorio cumplimiento.

El resto de los órganos son de coordinación y/o evaluación, por lo que no tienen poder de decisión. No se observa la existencia de órganos que puedan ejercer coacción o coerción sobre particulares, sobre todo para sancionar a las empresas.

Podemos concluir que el modelo de integración caribeño adolece del defecto de no contar con órganos supranacionales (administrativos y judiciales). Estos órganos deben controlar y sancionar los actos de los particulares o de empresas estatales (nacionales o extranjeros exportadores) en materia de dumping o restricciones a la libre competencia.

Para asegurar el éxito del proyecto de mercado común, debe modificarse el Tratado del Caricom a fin de que cuente con órganos comunitarios administrativos y judiciales con poder decisorio respecto de las empresas. En este modelo no existen órganos comunitarios similares a los de la Comunidad Andina o la Unión Europea.

3.1.4.6. Tratado Canadá - Chile

3.1.4.6.1. Definición y evolución

Los Estados de Chile y Canadá han celebrado un Tratado de Libre Comercio (el cual consta de dieciséis capítulos, que van desde el A hasta el P, y cinco anexos). Se ha acordado establecer progresivamente una zona de libre comercio entre ambos países, al amparo de lo dispuesto por el GATT (ello se observa de la lectura de los objetivos[199] del Tratado). El Acuerdo Internacional

[199] «Capítulo A: Objetivos:

busca asegurar la libre circulación de bienes y la eliminación de aranceles al interior de la zona.

Los dos Estados no solamente se han limitado a suscribir un Tratado de Libre Comercio, a ello han agregado la celebración de otros dos Acuerdos. Chile y Canadá también han suscrito un Acuerdo de cooperación ambiental (el cual consta de 50 artículos, 4 anexos y 3 apéndices) y un Acuerdo de cooperación laboral (el cual consta de 50 artículos y 5 anexos).

En vista de los tres tipos de Tratados suscritos se podría afirmar que el proceso de integración de Chile y Canadá no solo busca un área de libre comercio en donde solo circulen bienes sin el pago de aranceles, por el contrario el proceso se asemeja al NAFTA (modelo que ha sido tomado como base para las negociaciones) pero con ciertas diferencias. Una de las notorias diferencias con el Acuerdo NAFTA es que Chile y Canadá han acordado

---

Artículo A-01: Establecimiento de la zona de libre comercio
Las Partes de este Tratado, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 y el Artículo V del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, que son parte del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, establecen una zona de libre comercio.
Artículo A-02: Objetivos
1. Los objetivos del presente Tratado, desarrollados de manera más específica a través de sus principios y reglas, incluidos los de trato nacional, trato de nación más favorecida y transparencia, son los siguientes:
(a) eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y de servicios entre los territorios de las Partes; (b) promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio;
(c) aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes;
(d) crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias; y
(e) establecer lineamientos para la ulterior cooperación bilateral, regional y multilateral encaminada a ampliar y mejorar los beneficios de este Tratado.
Las Partes interpretarán y aplicarán las disposiciones de este Tratado a la luz de los objetivos establecidos en el párrafo 1 y de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional». Tratado de libre comercio Chile–Canadá. Página web de la Organización de Estados Americanos. Tratados en español, (20 ene. 1999), <http: // www.sice.oas.org>.

la eliminación de los derechos antidumping al comercio de bienes intra zona.[200]

Es claro que el modelo ha tomado en cuenta los Acuerdos multilaterales GATT y OMC. El Tratado incluso señala (en el capítulo B) que debe ser tomado en consideración lo dispuesto por el Acuerdo de Propiedad Intelectual (ADPIC), el Acuerdo General de Servicios (GATS),[201] el NAFTA y el Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos.

Entre los temas más importantes del Tratado canadiense-chileno se pueden resaltar los siguientes: Trato nacional y acceso de bienes al mercado (cap. C), Reglas de origen (cap. D), Procedimientos aduaneros (cap. E), Inversión (cap. G), Comercio transfronterizo de servicios(cap. H), Telecomunicaciones (cap. I), Política en materia de competencia, monopolios y empresas del Estado (cap. J), Derechos antidumping y compensatorios (cap. M) y Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias (cap. N).

Para terminar con la definición del modelo de integración Canadá–Chile, debe tenerse presente lo expuesto en el segundo capítulo cuando tocamos el tema de las zonas de libre comercio. A dichas explicaciones deben añadirse las particularidades de este modelo que como ya indicamos no solo se limita al comercio de bienes sino que incluye otras áreas, como la eliminación del dumping, cooperación laboral y en medio ambiente, políticas de competencia, servicios y las telecomunicaciones.

3.1.4.6.2. Normativa y procedimiento antidumping

En el presente trabajo tratamos de demostrar que la existencia de normas nacionales e imposición de los derechos antidumping limitan el comercio internacional entre los países, en especial si

---

[200] Debe tenerse presente que Chile fue uno de los candidatos potenciales a ser incorporados al NAFTA, pero no lo ha logrado y sólo ha suscrito un tratado similar con Canadá (con la peculiaridad de haber dispuesto la eliminación de las medidas antidumping entre los Miembros, planteamiento que no hubiese sido aceptado por los Estados Unidos).

[201] Chile y Canadá son Partes del ADPIC y el GATS, como lo son del GATT y OMC.

se busca una libre circulación de los bienes. Nosotros consideramos que debería buscarse su eliminación o sustitución por otro tipo de normas a fin de no caer en restricciones «sobre proteccionistas».

El mantenimiento de las normas antidumping (a nuestro entender) tendría un menor sustento en los procesos de integración; ya que se deberían aprovechar las ventajas de los mercados ampliados dejando de lado este tipo de normas.

El modelo adoptado por el Tratado de Libre Comercio de Chile y Canadá representa una prueba de que no se necesita llegar a constituir un mercado común para decidir eliminar la figura del dumping para el comercio entre Países Miembros de un proceso de integración. Este modelo a pesar de ser solo una zona de libre comercio ha previsto la eliminación de estas normas proteccionistas de las industrias nacionales.

De la lectura de los tres primeros artículos del capítulo M se observa que la eliminación de las normas antidumping, imposición de derechos e investigaciones surtirá efectos a partir del año 2003 o cuando el arancel para las importaciones entre las dos partes sea 0. La eliminación es gradual y no automática, incluso el Tratado ha dispuesto en los artículos M-04 y M-05 casos excepcionales y la creación de un Comité sobre medidas antidumping y compensatorias.

El modelo chileno-canadiense ha previsto que las Partes realicen consultas sobre la evolución de la decisión de eliminación de los derechos antidumping y que ella solo será respecto de los bienes de origen de una de las dos Partes (artículo M-02), para lo cual deben tenerse en cuenta las reglas de origen del capítulo D.[202]

[202] «Artículo M-01: Exención recíproca de la aplicación de las leyes sobre derechos antidumping
1. Sujeto a lo dispuesto en el Artículo M-03, desde la fecha de entrada en vigor de este Tratado, cada Parte se obliga a no aplicar su legislación interna relativa a antidumping a bienes de la otra Parte. En particular:
(a) ninguna Parte iniciará investigaciones de antidumping o revisiones de antidumping en relación a bienes de la otra Parte;

Durante la etapa de adecuación de la eliminación del dumping entre los Miembros (hasta llegar a un arancel 0 o al año 2003) las partes han acordado que siguen siendo competentes las autoridades administrativas nacionales y sus normativas nacionales. La realidad actual podría resumirse de la siguiente manera:

CUADRO[203]

Canadá

Órganos:

1.- Vice Ministro de Hacienda (DM) responsable de decidir el inicio de la investigación, determinación preliminar de dumping o subsidio e indicación razonable de daño, retardo o amenaza de daño causado por tal dumping o subsidio.

(b) cada Parte pondrá término a cualquier investigación o indagación de antidumping en curso, en relación a tales bienes;
(c) ninguna Parte impondrá nuevos derechos de antidumping u otras medidas en relación a tales bienes; y
(d) cada Parte revocará toda medida existente que imponga derechos de antidumping en relación a tales bienes.
2. Cada Parte modificará y publicará cuando corresponda, su legislación interna sobre antidumping en relación a bienes de la otra Parte, a fin de asegurar que los objetivos de este artículo sean alcanzados.
Artículo M-02: Reglas de origen
El Artículo M-01 se aplica únicamente a bienes que la autoridad investigadora competente de la Parte importadora, aplicando la legislación de antidumping de esa Parte, a los hechos de un caso determinado, determine que son bienes de la otra Parte.
Artículo M-03: Disposiciones sobre la entrada en vigor gradual
1. El Artículo M-01 se aplica a todos los bienes de la otra Parte desde:
(a) la fecha en que el arancel de ambas Partes sea eliminado a nivel de subpartida; o
(b) el 1 de enero del 2003, cualesquiera ocurra primero.
Para los efectos del párrafo 1, eliminación a nivel de subpartida ocurre cuando el arancel para cada línea arancelaria de ocho dígitos bajo la subpartida de seis dígitos es cero de acuerdo a este Tratado». Parte del capítulo M del Tratado Chile-Canadá.

[203] El cuadro ha sido elaborado tomando como base la información sobre ALCA que obra en la página web de la Organización de Estados Americanos, (20 ene. 1999), <http://www.sice.oas.org>.

2.- Secretario del Tribunal de Comercio Internacional del Canadá tiene la responsabilidad de emitir la decisión final sobre daño, amenaza de daño o retardo.

Normas Aplicables:

1.- Ley del Tribunal de Comercio Internacional del Canadá y su Reglamento.

2.- Normas del Tribunal de Comercio Internacional del Canadá.

3.- La Ley SIMA y su reglamento (Ley sobre Medidas Especiales de Importación).

Chile

Órganos:

1.- Comisión Nacional encargada de la investigación sobre existencia de distorsiones en el precio de las mercaderías importadas.

Normas Aplicables:

1.- Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores N.° 16 (por el cual se incorpora en la legislación nacional el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros de 1994 y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias).

2.- La Ley N.° 18.525 que crea la Comisión Nacional.

3.- El Decreto N.° 575 del Ministerio de Hacienda que aprueba el Reglamento del artículo 11 de la ley 18.525.

Para terminar, debemos señalar que si bien es interesante la futura eliminación del dumping como parte del Acuerdo suscrito entre Chile y Canadá, no se ha adoptado una regulación supranacional supletoria. El modelo pudo optar por una normativa

antimonopolio comunitaria contra los casos de precios predatorios, discriminaciones de precios o subsidios cruzados.

3.1.4.6.3. Normativa y procedimiento antitrust

En el modelo de integración chileno –canadiense no se ha dispuesto una norma supranacional antimonopolio que reemplace a las normas nacionales de cada Miembro como ocurre en la Unión Europea. Tampoco se ha dispuesto que las normas de competencia nacionales sean aplicadas por extraterritorialidad sobre el mercado ampliado como si ocurre en el modelo Trans -Tasman que analizaremos en otro punto.

Una de las razones para que no se haya adoptado una normativa antitrust comunitaria en este modelo, es que Canadá tiene un mayor desarrollo y experiencia con este tipo de normas a diferencia de Chile. Otra de las razones puede ser el deseo de los Estados de no perder soberanía.

El primer paso que se ha dado en el Tratado ha sido disponer la cooperación y coordinación entre las agencias especializadas de cada país, en especial el intercambio de información. Se ha establecido la obligación de establecer o mantener medidas (entendidas como normas) para combatir prácticas restrictivas de la libre competencia.

El problema del capítulo J (en especial el artículo J-01) es que no suple la eliminación de las normas antidumping nacionales, las normas del capítulo J no lo señalan ni de manera directa ni indirecta. Las normas del capítulo J tampoco establecen principios generales antitrust ni la obligación de armonizar las legislaciones nacionales antimonopolio. Solo se ha dispuesto de manera muy general un control de los monopolios (estatales o privados) y actos de las empresas estatales.[204]

---

[204] «Artículo J-01: Derecho en materia de competencia
1. Cada Parte adoptará o mantendrá medidas que prohiban prácticas de negocios contrarias a la competencia y emprenderá las acciones que procedan al respecto, reconociendo que estas medidas coadyuvarán a lograr los objetivos de este Trata-

Los procesos antimonopolio llevados a cabo por la autoridad nacional de cada Estado, son regulados por cada ley nacional y no pueden ser objeto del procedimiento de solución de controversias dispuesto por el Tratado (sistema de panels). Las controversias sobre restricciones a la libre competencia que surjan en el comercio entre los dos países solo deben ser resueltas en el plano nacional.

No contar con un órgano jurisdiccional comunitario competente para los procedimientos antitrust que surjan entre Chile y Canadá es un gran defecto del modelo. También es una deficiencia el no contar con una norma comunitaria; en todo caso se debió optar por un modelo semejante al Trans-Tasman, con normas nacionales antimonopolio modificadas para ser aplicadas en el mercado ampliado.

El Acuerdo señala en sus artículos J-02 y J-03 que cada una de las partes debe encargarse de supervisar y sancionar los actos que realicen los monopolios (privados o públicos) designados por el Estado o actos de empresas estatales.

El Tratado busca que los intereses de inversionistas de un país no se vean afectados por una falta de control por parte de las autoridades del otro país, en el cual se encuentra ubicada la empresa que realiza la práctica restrictiva. El artículo J-02 señala

---

do. Con este fin, las Partes realizarán ocasionalmente consultas sobre la eficacia de las medidas adoptadas por cada Parte.
2. Cada Parte reconoce la importancia de la cooperación y la coordinación entre sus autoridades para impulsar la aplicación efectiva de la legislación en materia de competencia en la zona de libre comercio. Las Partes cooperarán también en cuestiones relacionadas con el cumplimiento de la legislación en materia de competencia, incluyendo la asistencia legal mutua, la comunicación, la consulta y el intercambio de información relativos a la aplicación de las leyes y políticas en materia de competencia en la zona de libre comercio.
3. Ninguna de las Partes podrá recurrir a los procedimientos de solución de controversias de este Tratado respecto de cualquier asunto que surja de conformidad con este artículo». Capítulo J del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Chile y Canadá.

de manera expresa distintos tipos de prácticas como los subsidios cruzados o conductas predatorias.

Hubiese sido mejor que el modelo de integración adoptase una norma internacional antitrust que regulase las conductas anticompetitivas al interior de la zona de libre comercio y no dejara la regulación al ámbito de cada legislación nacional.

Si los Estados Partes han podido acordar la eliminación de las normas antidumping, una mejor negociación hubiese permitido crear un órgano supranacional (como la Secretaría General de la CAN) y adoptar una norma comunitaria (como la Decisión 285) que formase parte del derecho nacional de cada Miembro.

3.1.4.6.4. Entidad supranacional

El modelo de integración Chile-Canadá no crea órganos supranacionales que actúen en función del interés comunitario y tengan poder decisorio en materias antidumping o antitrust.

No obstante lo señalado en el párrafo anterior, el Tratado ha previsto órganos supervisores y consultivos que velarán por el cumplimiento de los fines del proceso de integración; entre ellos tenemos los siguientes:

1.- La Comisión de Libre Comercio (artículo N-01).

2.- El Secretariado (artículo N-02).

3.- El Comité sobre Medidas Antidumping y Compensatorias (artículo M-05).

4.- Panel Arbitral (como forma de solucionar las controversias, artículos N-08 a N-13).

La Comisión de Libre Comercio es el máximo órgano dispuesto por el Tratado. Su función es supervisar la puesta en marcha del Acuerdo, controlando que cada Parte cumpla con sus obligaciones internacionales para lo cual puede valerse de Comités o gru-

pos especiales. La Comisión es la encargada de interpretar cualquier disposición del Convenio que genere controversia.

El Secretariado depende de la Comisión de Libre Comercio, está compuesto de secretarías nacionales y su función esencial es la de apoyo directo a la Comisión y coordinar los panels.

Como habíamos indicado, la Comisión puede valerse de Comités especiales para realizar su labor de supervisión de la puesta en marcha del Tratado. Uno de esos comités es el caso del Comité antidumping creado por el propio Tratado, cuya misión es supervisar el proceso de eliminación de los derechos antidumping dispuesto por el capítulo M, evaluar las legislaciones nacionales y absolver consultas de las partes sobre el capítulo M.

Respecto de los panels arbitrales debemos señalar que no son únicos ya que su número será similar al número de controversias que sean sometidas a dicho procedimiento. Los panels arbitrales no son un órgano propiamente dicho ya que cada panel es conformado para cada controversia en particular.[205]

---

[205] «Artículo M-05: Comité sobre Medidas de Antidumping y Compensatorias.
Las Partes establecen un Comité sobre Medidas de Antidumping y Compensatorias para:
(a) consultar con miras a determinar mayores disciplinas sobre los subsidios y a eliminar la necesidad de aplicar medidas compensatorias internas en su comercio recíproco;
(b) trabajar conjuntamente en foros multilaterales, incluyendo la Organización Mundial del Comercio y en el contexto de las negociaciones de la total accesión de Chile al TLCAN y el establecimiento del Area de Libre Comercio de las Américas, con miras a mejorar los regímenes de medidas de antidumping y compensatorias para minimizar su potencial de impedir el comercio;
(c) consultar respecto de las oportunidades para trabajar en forma conjunta con otros países que tengan posiciones similares, con miras a expandir los acuerdos para la eliminación de medidas de antidumping dentro de áreas de libre comercio;
(d) facilitar la accesión total de Chile al TLCAN, y en particular al Capítulo Diecinueve, a través del examen de los regímenes nacionales existentes de antidumping y derechos compensatorios y de la aplicación de los sistemas legales de las Partes, incluyendo la revisión judicial de las decisiones de los organismos administrativos; y

Los tres primeros órganos no son resolutivos sino consultivos y supervisores del proceso de integración, el único que podría ser considerado como resolutivo sería el sistema de panels, pero adolece del defecto de no tener el carácter de permanente, obligatorio ni actúa en función de los intereses comunitarios (como sería el caso del Tribunal Andino o el de la Unión Europea).

(e) reunirse anualmente o a pedido de cualquiera de las Partes, para revisar la aplicación de este capítulo y sobre otras materias relacionadas, incluyendo políticas y leyes de competencia.
[...]
Artículo N-01: La Comisión de Libre Comercio
1. Las Partes establecen la Comisión de Libre Comercio, integrada por representantes de las Partes a nivel de Secretaría de Estado, o por las personas a quienes éstos designen.
2. Con relación a este Tratado, la Comisión deberá:
(a) supervisar su puesta en práctica;
(b) vigilar su ulterior desarrollo;
(c) resolver las controversias que pudiesen surgir respecto a su interpretación o aplicación;
(d) supervisar la labor de todos los comités y grupos de trabajo establecidos conforme a este Tratado, incluidos en el Anexo N-01.2; y
(e) conocer de cualquier otro asunto que pudiese afectar el funcionamiento del Tratado.
3. La Comisión podrá:
(a) establecer y delegar responsabilidades en comités ad-hoc o permanentes, grupos de trabajo y de expertos;
(b) solicitar la asesoría de personas o de grupos sin vinculación gubernamental; y
(c) adoptar cualquier otra acción para el ejercicio de sus funciones, según acuerden las Partes.
[...]
Artículo N-02: El Secretariado
1. La Comisión establecerá un Secretariado que estará integrado por secciones nacionales, y lo supervisará.
2. Cada una de las Partes deberá:
(a) establecer la oficina permanente de su sección;
(b) encargarse de
(i) la operación y asumir los costos de su sección, y
(ii) la remuneración y los gastos que deban pagarse a los panelistas, miembros de los comités y miembros de los comités de revisión científica establecidos de conformidad con este Tratado, según lo dispuesto en el Anexo N-02.2;
(c) designar al Secretario de su sección, quien será el funcionario responsable de su administración y gestión; y
(d) notificar a la Comisión el domicilio de la oficina de su sección».
Tratado de Libre Comercio Chile Canadá.

Urge una reforma en este modelo a fin de dotarlo de organismos comunitarios que investiguen y sancionen las prácticas restrictivas de la libre competencia que se den en el mercado ampliado. También debe darse una norma antidumping supranacional, aplicable solo a las importaciones provenientes de terceros países (ya que Chile y Canadá han eliminado a futuro la aplicación de derechos antidumping para su comercio bilateral).

La solución de controversias entre los Estados Miembros respecto de alguna de las disposiciones del Tratado será vía distintos mecanismos de solución. Uno de los mecanismos es vía la figura de los panels dispuesta por el Acuerdo GATT (como se señala en el artículo N-05 y también en el artículo N-08). El Acuerdo también prevé otras alternativas:

1.- Solución vía Consultas (artículo N-06).

2.- Solución vía buenos oficios, conciliación y mediación de la Comisión (artículo N-07).

El procedimiento de solución de controversias vía panel arbitral está regulado por los artículos N-08 a N-13. Este es aplicable a todo tipo de controversias, con excepción de las controversias antitrust como lo señala expresamente el artículo J-01 en su punto 3; e incluye las controversias surgidas por la aplicación del capítulo M (artículo M-07). El mecanismo se asemeja al dispuesto en el Tratado NAFTA en el cual los paneles tampoco constituyen un órgano comunitario permanente.

El procedimiento arbitral entre Estados es distinto al previsto para las controversias comerciales privadas, el cual está regulado por el artículo N-19 (Procedimientos ante instancias judiciales y administrativas internas).

El mecanismo de solución de controversias del capítulo N, no es aplicable a los procedimientos sobre restricciones a la libre competencia que se siguiesen bajo la legislación nacional chilena o canadiense. Si bien las legislaciones nacionales antimonopolio podrían armonizarse no ocurriría lo mismo con las decisiones

administrativas (a pesar de la cooperación entre las agencias administrativas que plantea el Acuerdo) ya que no solo no habría un órgano comunitario (vía un Tribunal de Justicia Comunitaria y un ente administrativo comunitario).

En materia antitrust no existe ni existirá un criterio común al resolver los casos, ya que los sistemas administrativos y judiciales de cada Estado Parte se mantienen y ello puede tener sus propios criterios o estándares valorativos al resolver.

Para culminar, debemos señalar que si bien es favorable que el Tratado de Chile y Canadá haya dispuesto la cooperación y comunicación entre los órganos nacionales (judiciales o administrativos) en materia antidumping y antitrust, es mejor contar con organismos supranacionales cuando el comercio internacional tiene como escenario un proceso de integración económica. De crearse organismos comunitarios, ellos también deberán colaborar con las autoridades nacionales.

3.2. Realidad de la integración no americana

3.2.1. Modelo de la Unión Europea

3.2.1.1. Definición y evolución de la Unión Europea

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

El modelo de integración de la hoy Unión Europea se inicia con la suscripción de los tres Tratados que crean las tres Comunidades Europeas: del Carbón y Acero, de la Energía Atómica y la Económica (Tratados CECA del 18.04.51, Roma-CEE y Roma-

EURATOM del 25.03.57). Los originales Miembros de la Comunidad Europea fueron Bélgica, la República Federal de Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos. En la actualidad la Unión Europea cuenta además con los siguientes integrantes (adicionales a los seis ya indicados): Finlandia, Suecia, Austria, Grecia, Dinamarca, Irlanda, Reino Unido, España y Portugal.[206] [207] [208]

En sus etapas de desarrollo, el modelo europeo ha pasado por ser una zona de libre comercio en sus inicios (en enero de 1959 los seis Miembros redujeron sus aranceles en 10%), luego se estableció la unión aduanera (el 01 de julio de 1968), el mercado común y por último en 1999 se inició la conversión en unión monetaria con la adopción del euro como moneda común, esta última etapa de integración ha concluido en el año 2001 con la puesta en circulación del euro, moneda que es utilizada actualmente en todas las transacciones.

La integración europea supone no solo la creación de un ente con personalidad jurídica de Derecho internacional público (como la Unión Europea), sino que además tiene entes comunitarios (la Comisión, Consejo y Tribunal Europeo). La Unión cuenta con un ordenamiento jurídico supranacional que está por encima del ordenamiento nacional de cada Miembro. Por todo lo señalado, el modelo europeo de la UE debe servir de ejemplo a otros procesos de integración, sobretodo en cuanto a su estructura institu-

---

[206] Lienchstein está estrechamente relacionado con los Miembros de la Unión Europea, en virtud de Tratados internacionales p.e. con Alemania.

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

[208] Actualmente la Unión Europea tiene acuerdos con Malta, Eslovenia y con Turquía (con éste último Estado existe una unión aduanera desde el 31.12.95). Han solicitado su adhesión a la Unión Europea los siguientes países: Bulgaria, Chipre, Eslovaquia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, República Checa, Rumania, Suiza y Turquía.

cional y regulaciones comunitarias (en especial sobre políticas de competencia y política comercial).

Al haber llegado la Unión Europea a una integración del tipo mercado común, se han eliminado los aranceles entre los Estados Parte, se ha dispuesto un arancel externo común, y se han eliminado las operaciones de importación y exportación entre Miembros. El comercio internacional entre los países de la UE es vía ventas internas en un mercado ampliado, tanto para el comercio de bienes como para el de servicios.

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

Para finalizar, debemos señalar que el proceso de integración europeo no solo ha planteado la eliminación de los aranceles, medidas para arancelarias y derechos antidumping, también ha implementado políticas comunitarias en los siguientes campos: competencia, agricultura, medios de comunicación, servicios, económico, sanitario, protección de consumidores, entre otras.

Por todo lo que representa; la Unión Europea, es en la actualidad el modelo más desarrollado; es por ello que lo hemos tomado como base para los planteamientos contenidos en esta obra.

3.2.1.2. Regulación antidumping comunitaria

La regulación antidumping de la UE ha pasado por distintas etapas. Primero el comercio internacional entre los Miembros de la Comunidad Económica Europea fue objeto de normas nacionales sobre la materia, luego eliminaron los derechos antidumping para todos los Miembros de la CEE. Se adoptaron reglamentos comunitarios especiales para los nuevos Miembros que se

incorporasen y se adoptó una regulación comunitaria frente a terceros países que ha sustituido a las regulaciones nacionales. Debe destacarse lo dispuesto por el artículo 91 del Tratado CEE.[209]

Luego de la aplicación del artículo 91 del Tratado de la Comunidad Económica, se dispusieron una serie de reglamentos comunitarios expedidos por el Consejo que reemplazaron a las legislaciones nacionales. Entre los distintos reglamentos tenemos: R.CEE 459/68 (y sus modificatorias, 2011/73, 1411/77 y 1681/79), R.CEE 3017/79, R.CEE 2176/84 (modificado por 1761/87) y R.CEE 2423/88.

Los reglamentos comunitarios buscaban adecuarse a los cambios de los Códigos antidumping del GATT (rondas Kennedy y Tokio) y por otro lado señalaban ciertas particularidades del propio procedimiento comunitario europeo (entre ellas la adopción de normas anti elusión del pago de los derechos). Actualmente se encuentra vigente el Reglamento N.° 384-96 del 22 de diciembre de 1995, norma comunitaria que busca adecuarse a las disposiciones del Acuerdo antidumping de 1994 y subsanar errores del Reglamento N.° 3283/94.

---

209 «Respecto al dumping producido en las relaciones intracomunitarias se aplicó, durante el periodo transitorio (que finalizó el 31 de diciembre de 1969), el art. 91 del TCEE. Según este artículo:
Si durante el periodo transitorio, la Comisión, a instancia de un Estado miembro o de cualquier parte interesada, comprobare la existencia de prácticas de dumping dentro del mercado común, dirigirá recomendaciones al autor o autores de dichas prácticas para poner fin a las mismas.
En caso de que continúen las prácticas de dumping, la Comisión autorizará al estado miembro perjudicado para que adopte medidas de protección, en las condiciones y modalidades que ella determine.
2. A partir de la entrada en vigor del presente Tratado, los productos originados en un estado miembro o que se encuentren en libre práctica en el mismo y hayan sido exportados a otro Estado miembro podrán ser re-importados en el territorio del primer Estado, sin que puedan ser sometidos a derechos de aduana, restricciones cuantitativas ni medidas de efecto equivalente. La Comisión establecerá las regulaciones oportunas para la aplicación del presente apartado». LÓPEZ-JURADO ROMERO de la Cruz, Carmen. *Ob. cit.*, p. 83.

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

Para los nuevos Miembros que se fueron incorporando a la Comunidad Europea existía la figura del dumping intracomunitario, como en el caso del Reglamento CEE N.° 812/86 y de la Decisión 813/86/CECA (ambos del 14.03.86) aplicables al comercio de bienes entre los Integrantes de la Comunidad, Portugal y España. Estos son casos de etapas de transición en las cuales se mantenía la figura del dumping entre los Estados Parte.[210]

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

La razón para los cambios antes descritos tendría su razón esencial en la existencia de un mercado común entre los Miembros.[211] En la Unión Europea ya no solo existen mercados

---

[210] Normas similares se dieron para las adhesiones de Austria, Finlandia y Grecia.

[211] «Luego que los Seis Países Miembros Originales de la Comunidad Europea firmaron el Tratado de Roma el 25 de marzo de 1957, fue rápidamente claro que, aún entre los Estados Miembros, había diferentes aproximaciones respecto a la legislación antidumping. Los Tres países del Benelux por ejemplo, nunca habían introducido estipulaciones sobre antidumping en el sentido estricto del término, pero se amparaban en las cláusulas de salvaguarda general. Tal diversidad en las políticas antidumping, en los Estados Miembros, habrían distorsionado inevitablemente, la unión aduanera y los principios del libre tránsito de mercancías que deberían establecerse al final del período de transición el 31 de diciembre de

nacionales, sino un único mercado ampliado que se puede ver afectado por los actos estatales o de particulares.

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

El procedimiento antidumping comunitario supone una investigación en toda la Unión, por lo que se analizarán las exportaciones dirigidas a cualquiera de los Países Miembros (p.e. una empresa coreana puede exportar el mismo bien en condiciones dumping tanto a España como a Italia) independientemente de sus precios FOB. La finalidad del procedimiento es proteger a las industrias comunitarias ya que no solo las industrias nacionales (p.e italiana o española) están siendo dañadas, también se daña a las industrias de los otros Países Miembros ya que pueden participar o participan en todo o parte del mercado interior de la UE.[212]

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

---

1969. El artículo 13 del Tratado de Roma establece que, a partir del final del período de transición el 31 de diciembre de 1969, debe establecerse una política comercial común». STANBROOK, Clive y Philip BENTLEY. *Dumping and Subsidies. The law and procedures governing the imposition of antidumping and countervailing duties in the European Community.* London: Editorial Kluwer Law International, tercera edición, 1997, pp. 14-15.

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

comunitarios, como en el actual artículo 4 del Reglamento CE No. 384/96:

> A efectos del presente Reglamento, se entenderá por industria de la Comunidad el conjunto de los productores comunitarios de los productos similares, o aquellos de entre ellos cuya producción conjunta constituya una proporción importante de la producción comunitaria total de dichos productos, tal como se define en el apartado 4 del artículo 5 [...].[213]

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

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

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

---

[213] Artículo 4 del Reglamento CE N.° 384/96 del Consejo del 22.12.95. Publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas con fecha 06.03.96 (versión en español). p. L 56/8.

La cláusula de interés comunitario busca promover la competencia en el mercado ampliado. El Tribunal de Justicia ha interpretado el interés comunitario como protección de los consumidores frente a productores de la Comunidad y también lo ha interpretado a favor de estos últimos en sus relaciones con exportadores no comunitarios.[214]

El interés de la Comunidad es un supuesto establecido actualmente en el artículo 21 del Reglamento N.° 384/96 y permite proteger también a los consumidores comunitarios a fin que se beneficien del dumping exterior y tengan una alternativa frente a una empresa (o empresas) monopólica comunitaria.[215]

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

La razón para haberse elegido los Reglamentos es el ámbito de aplicación de esta normativa (sobre todo el mercado ampliado de la Unión), ello permite un amplio control de los bienes que se importan ya que el exportador podría optar por cambiar el lugar de importación hacia otro punto del amplio espacio geográfico de

---

214 «El caso mas significativo de la tensión que puede producirse entre ambas políticas fue el caso glicina procedente de Japón. Este caso afectaba a dos exportadores japoneses y a un productor con posición monopolística. Los demandantes alegaron que no era posible establecer un derecho antidumping porque ello permitiría al demandante comunitario elevar sus precios en un mercado en el que sólo cometían esas tres empresas.
[...]
Por lo tanto, la política de la competencia puede tener un efecto en materia antidumping al limitar la cuantía del derecho antidumping o incluso no imponiendo las medidas de defensa». LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, Carmen. *Ob. cit.*, pp. 213 - 215.

215 El interés comunitario no ha sido considerado en la Decisión 285 (ni por las 283 ni 456) de la CAN ni por las legislaciones nacionales latinoamericanas ni de los EE.UU; paradójicamente si ha sido dispuesta por la legislación antidumping canadiense (vía el interés del consumidor) la cual fue la base de la legislación norteamericana.

la Unión Europea, dificultando o burlando la aplicación de derechos antidumping. También debemos tener presente que el principio de libre circulación de bienes al interior del mercado común solo es respecto de los bienes de origen comunitario mas no de los importados; aunque luego de haberse pagado el arancel externo común el bien ha sido nacionalizado y podría circular libremente en el mercado ampliado.[216]

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

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

1.- Vicios de forma o de procedimiento *(error in procedendo).*

2.- Errores sobre los hechos.

3.- Errores de interpretación o aplicación de la norma comunitaria. [217]

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

---

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

[217] Al respecto puede consultarse el capitulo tercero de la quinta parte del libro de la doctora Carmen López – Jurado Romero de la Cruz, pp. 467 a 532.

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

3.2.1.3. Regulación antitrust comunitaria

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

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

a.- Acuerdos o concertaciones que restrinjan la competencia.

b.- Prácticas restrictivas que constituyan abusos de posiciones de dominio comunitarias.

c.- Fusiones o concentraciones que restrinjan la competencia.

d.- Ayudas estatales.[218] [219]

---

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

[219] «El artículo 3 CE define las actividades principales que la Comunidad emprenderá para el logro de los objetivos establecidos en el artículo 2 CE, el párrafo

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

Durante el desarrollo de las investigaciones, se le garantizan a las empresas ciertos derechos (garantías del debido proceso) (p.e. lo dispuesto por los Reglamentos: 17/62, 27/62 y 99/63). El

---

f) del artículo 3 define como una de estas actividades esenciales "el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el Mercado Común".
Los artículos 85 al 94 (1) desarrollando el artículo 3 f) CE, establecen las reglas que rigen la competencia dentro de la Comunidad. Tales reglas comprenden no sólo las tradicionales reglas "antitrust" que serían las denominadas en el Tratado como las "reglas aplicables a las empresas" (artículos 85 al 90) sino que también comprenden un segundo grupo denominado "ayudas concedidas por los estados" (artículos 92 al 94). De esta forma el Tratado pretende eliminar todas las distorsiones de la competencia sean ocasionadas por el comportamiento de las empresas, o sean ocasionados por el comportamiento de los Estados miembros. Las tres disposiciones principales son:
El artículo 85.1, que prohibe, sujeto a la posibilidad de una exención según el artículo 85.3, todos los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas que pueden afectar el comercio entre Estados miembros y que tienen como objeto o efecto la prevención, restricción o distorsión de la competencia dentro del Mercado Común.
El artículo 86, que prohibe cualquier abuso por una o más empresas de una posición dominante dentro del Mercado Común o una parte sustancial del mismo en la medida en que tal abuso pueda afectar el comercio entre Estados miembros.
El artículo 92.1, que prohibe, sujeto a los artículos 92.2 al 94, la concesión a empresas de cualesquiera ayudas publicas que distorsionen o amenacen distorsionar la competencia, en la medida en que la concesión de tal ayuda pueda afectar el comercio entre Estados miembros». GARCÍA PALENCIA, Rafael. «Reglas de competencia en la práctica: La Comunidad Europea y el Espacio Económico Europeo», (20 ene. 1999) <http: // cefir.org.uy>.

personal de la Comisión puede infringir las normas procedimentales, incurriendo en vicios que acarrean la nulidad del proceso.

3.2.1.4. Supranacionalidad y coexistencia de normas y entes

3.2.1.4.1. Supranacionalidad y coexistencia de normas

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

1.- Efecto directo,

2.- Aplicación inmediata,

3.- Primacía sobre las normas nacionales.

Las normas comunitarias son una fuente de derecho en el sentido amplio. Ellas deben ser respetadas y cumplidas por todos los Países Miembros, los organismos comunitarios, los organismos nacionales administrativos o jurisdiccionales y los particulares en general.

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

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

Si como hemos afirmado las normas comunitarias son parte integrante del derecho interno de cada País Miembro, cabe pregun-

tarse cómo se puede explicar la existencia y necesidad de las normas comunitarias, y por qué las autoridades nacionales de cada Miembro no aplican la norma comunitaria al resolver los casos de comercio al interior de un país o de efecto nacional. Las respuestas son complicadas, mas aún si se tiene en cuenta que las legislaciones nacionales están relacionadas o toman como base la norma comunitaria.

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

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

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

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

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

1.- Los Miembros de la Unión han considerado que no todo se puede dejar en manos de la normativa comunitaria.

2.- Las legislaciones nacionales (p.e. antitrust) tienen como límite no ir en contra de lo dispuesto por la norma comunitaria (el Tratado de Roma).

3.- El Tribunal de Justicia Comunitario en cualquier momento puede intervenir e interpretar que la normativa nacional va contra la norma comunitaria, lo que motivaría la inaplicación de la norma nacional y la obligación de que el Estado la adecúe o armonice en función de la norma supranacional.

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

Las normas nacionales sobre restricciones a la libre competencia del Reino Unido (de 1965) y Alemania (de 1973) fueron en su momento una prueba de como las normas nacionales de los Miembros pueden ser distintas de las comunitarias. Nada impediría que nuevas normas nacionales antitrust puedan ser adoptadas y de ser el caso tomadas en cuenta en futuras modificaciones al Tratado de Roma, siempre que no vayan contra la norma originaria.[220]

La soberanía de cada Estado Parte de un proceso de integración se mantiene (en ciertos aspectos) y en virtud de ella se pueden

---

220 «El Reino Unido introdujo una legislación contraria a las fusiones en 1965 y a continuación la República Federal de Alemania hizo lo propio en 1973. Este fue el mismo año en que la Comisión también decidió plantear propuestas con el objeto de contar con una legislación similar en el ámbito comunitario. Tuvo que esperarse 16 años antes que el Consejo de Ministros decidiera avanzar en esa dirección. Los gobiernos nacionales, por lo menos los que poseían facultades legales en esta área, no estaban nada entusiasmados con la idea de transferirlas a la CE. En efecto, vale la pena observar que, en 1989, cuando la legislación comunitaria fue aprobada en esta materia, sólo tres países (Alemania, Francia y Reino Unido) contaban con instrumentos efectivos para el control de las fusiones; mientras que Irlanda y los Países Bajos también tenían alguna disposición al respecto. Si se pudiera considerar que la dimensión y el alto grado de dependencia del comercio internacional fueran sustitutos efectivos de las normas internas en materia de concentración del mercado para las economías pequeñas y abiertas, este argumento tendría menor validez en los casos de España e Italia. De hecho, la aprobación de la legislación comunitaria desencadenó, entretanto, respuestas similares en el ámbito nacional». TSOUKALIS, Loukas. «Competencia e Integración Europea», (20 ene. 1999), <http: // www.cefir.org.uy>.

legislar ciertos temas en el ordenamiento nacional. La normativa comunitaria no puede contemplar todos los supuestos que sean de interés de cada Miembro, el caso de la legislación nacional de control de fusiones es un ejemplo. Si no se hubiesen aprobado legislaciones nacionales para controlar las fusiones quizás la adopción de una norma comunitaria similar hubiese demorado en aprobarse.

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

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

3.2.1.4.2. Coexistencia de entes nacionales

En la Unión Europea existe un organismo comunitario administrativo encargado de las investigaciones y sanción de las prácticas restrictivas de la libre competencia, la Comisión. Como órgano jurisdiccional cuenta con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Paralelamente, en los Países Miembros existen organismos u órganos nacionales encargados del control antitrust, tanto en la etapa administrativa como en la judicial.

La coexistencia de entes comunitarios y nacionales se explica por la dualidad de ordenamientos jurídicos tanto en la UE como en cada País Miembro (perteneciendo ambas normas al derecho interno de cada Estado).

Los entes comunitarios son los encargados de controlar el comercio que se lleva a cabo al interior del mercado común europeo y que implique un comercio internacional entre dos o más Integrantes de la Unión, este es el llamado efecto comunitario del comercio y de la práctica que tiene como escenario el mercado ampliado.

Al igual que existe un comercio entre Miembros, también existe un comercio al interior de cada país (efecto nacional) que no representa un comercio internacional. El comercio nacional debe ser controlado por entes nacionales, aplicando la correspondiente legislación antitrust del Estado.

Entre algunos de los entes antimonopolio nacionales se tiene a los siguientes:

Alemania

Ente(s):

1.- *Bundeskartellmant o BKartA* (como organismo federal cuando la práctica afecte a mas de un Estado Federal).

2.- *Landeskartellbehörden o LKartA* (o agencia para los *Länder* o cada uno de los Estados Federales).

3.- Ministerio Federal de Economía (*BMWi*), que interviene en casos excepcionales.

España

Ente(s):

1.- Servicio de Defensa de la Competencia.

2.- Tribunal de Defensa de la Competencia.

3.- Ministerio de Economía y Finanzas.

4.- Gabinete.

5.- Registro de Defensa de la Competencia

Francia

Ente(s):

1.- Consejo de Competencia (Competition Council).

2.- DGCCRF (Dirección dependiente del Ministerio de Economía).

3.- Ministerio de Economía.

4.- Cortes Civiles, comerciales y penales.

Grecia

Ente(s):

1.- Directorado para investigaciones de mercado y competencia.

2.- Comité de Competencia (*Competition Committee*).

3.- Corte de Apelaciones (*Court of Appeals*).

Irlanda

Ente(s):

1.- Autoridad de Competencia (*Competition Authority*)

2.- Ministerio de Industria y Comercio.

Italia

Ente(s):

1.- Autoridad de Protección de la competencia y mercado.

2.- Tribunal Administrativo de Roma.

3.- Corte Suprema Administrativa o *Council of State.*

4.- Ministerio de Industrias.

5.- Ministerio Público.

Reino Unido

Ente(s):

1.- Director General de Comercio Leal *(Director General of Fair Trading - DGFT).*

2.- Comisión de Monopolios y *Fusiones (Monopolies and Mergers Commission - MMC).*

3.- Secretaría de Estado para Comercio e Industria *(Secretary of State – SoS).*

4.- Corte de Prácticas Restrictivas *(Restrictive Practices Court).*

5.- Direcciones Generales de gas, electricidad, servicio de agua y telecomunicaciones.

De los ejemplos podemos observar que la estructura institucional en materia antitrust de cada Estado Miembro no es simple, como en el caso de Alemania. En algunos casos, como en el del Reino Unido, existe una especialización de los entes y cooperación entre ellos mismos. En el caso del ente comunitario administrativo de la Unión Europea, la especialización está dada por las Direcciones de la Comisión de la Unión mas no por tipos de comercio, como ocurre en el caso de las Direcciones Generales del Reino Unido.

3.2.1.4.3. Cooperación entre entes nacionales y los comunitarios

El control de las prácticas antitrust supone la necesidad de información. La información puede provenir de la propia empresa que es objeto de investigación por los entes nacionales y será brindada en el curso de las investigaciones administrativas sobre prácticas restrictivas; pero dicha fuente no es la única. Las agencias o entes nacionales de los Países Miembros de la UE comparten información entre ellos al igual que con la Comisión de la Unión.

En Europa la cooperación entre las entidades nacionales y la Comisión no solo es respecto de la información (particular, datos estadísticos o incluso información confidencial de las empresas); ella también es respecto de las investigaciones que se realizan o se van a realizar.

Si en el curso de una investigación antimonopolio nacional se detecta que la práctica tiene un efecto comunitario, la autoridad nacional comunicará tal hecho al ente comunitario. El problema es que distinguir entre un efecto comunitario y uno nacional puede no ser tan claro, si la autoridad nacional tiene dudas debe hacer la consulta respectiva.

Como ya lo hemos señalado en otro punto (al referirnos al libro de Luis Cases Pallares) pueden coexistir dos sanciones, la nacional y la comunitaria, en la medida que los dos procedimientos se hayan iniciado y culminado en distintos momentos. Si una empresa, en forma simultánea, es objeto de investigaciones tanto por una autoridad nacional y por la Comisión, podrá solicitar la suspensión del proceso nacional ya que la misma práctica solo puede tener un efecto: nacional o comunitario.

La cooperación y coordinación entre las agencias estatales y la Comisión permite una efectiva tutela sobre el mercado ampliado y sobre los mercados nacionales integrantes del primero. No obstante la relación de cooperación que existe, las agencias estatales no realizan por exhorto actos ordenados por la Comisión ya que el ente comunitario cuenta con su propia estructura orgánica, personal y recursos económicos suficientes; es por ello que la Comisión solo solicita información y elabora directrices de coordinación.

De la experiencia de la UE debemos resaltar el intercambio de información entre las autoridades nacionales en materia de restricciones a la libre competencia y la Comisión.

3.2.1.4.4. Regulación Nacional de los Miembros

En materia de restricciones a la libre competencia, siguen vigentes las normas nacionales de cada uno de los socios de la Unión Europea; entre dichas legislaciones tenemos como ejemplo las siguientes:

Alemania:

Norma(s):

1.- Ley Federal contra las Restricciones al Comercio (*Federal Act Against Restraint of Trade–GWB*).

2.- Ley Federal contra la Competencia Ilegal, Injusta o Desleal (*Federal Act Against Unfair Competition–UWG*).

España:

Norma(s):

1.- Ley N.° 16/1989 (luego de la reforma de la Constitución de 1978 por el ingreso de España a la Comunidad).

Francia:

Norma (s):

1.- Ordenanza N.° 86-1243.

2.- Decreto N.° 86-1309.

Grecia:

Norma (s):

1.- Leyes 703 (de 1977), 1934 (de 1991) y 2000 (de 1991).

Irlanda:

Norma (s):

1.- Leyes de Acuerdos y Control de Monopolios de 1978 y Enmienda de 1987 *(Mergers, takeovers and Monopolies Acts).*

2.- Ley de Competencia de 1991 *(Competition Act).*

Italia:

Norma(s):

1.- Ley N.° 287/90 del 27 de setiembre de 1990 de Protección de la competencia y mercado.

Reino Unido:

Norma(s):

1.- Ley sobre Prácticas comerciales restrictivas de 1976 *(Restrictive Trade Practices Act).*

2.- Ley de precios de reventa de 1976 *(Resales Prices Act).*

3.- Ley de Comercio Leal de 1973 *(Fair Trade Act)*, en sus secciones IV y V.

4.- Ley de Competencia de 1980.

Como ya mencionamos al referirnos a la normativa comunitaria antimonopolio de la Unión, todos los Miembros han integrado a su derecho interno las normas comunitarias del Tratado de Roma, y paralelamente cuentan con sus propias legislaciones nacionales sobre la materia; estas últimas guardan relación con la norma comunitaria (no las incumplen pero pueden abarcar otros puntos).

Cada normativa nacional sobre Derecho de la Competencia es de aplicación para las prácticas restrictivas con efecto nacional; el mismo que puede tener p.e. alcances sobre las provincias o

länder (como ocurre en Alemania). Dentro de cada país existen regiones que representan mercados relevantes distintos para las normas antitrust sobre abuso de posición de dominio.

Las mismas prácticas anticompetitivas, abuso de posiciones de dominio, fusiones y adquisiciones, acuerdos restrictivos horizontales o verticales, son controladas y prohibidas tanto en el plano nacional como en el comunitario; con diferencias en cuanto al procedimiento pero con semejanzas en cuanto al derecho sustantivo. A manera de ejemplo debemos señalar que Grecia, al momento de ingresar a la Comunidad Europea, tuvo que adecuar su normativa nacional antimonopolio para que fuese compatible con las disposiciones del Tratado de Roma.

3.2.2. Modelo de integración de Australia y Nueva Zelanda

3.2.2.1. Definición y evolución

El modelo adoptado por Australia y Nueva Zelanda (o Trans–Tasman) es el de un área de libre comercio *(o free trade area)* constituida al amparo de las normas del GATT (y ahora de la OMC), pero no se asemeja a las organizaciones internacionales de integración como el Mercosur, Unión Europea o la Comunidad Andina. El modelo Trans Tasman tampoco se trata de un caso de Convenio Bilateral para la eliminación del arancel en las operaciones de importación; por el contrario este modelo es sui géneris, sobre todo en materia antidumping.

Las relaciones entre los dos Estados se crean en virtud del Acuerdo Trans–Tasman CER *(closer economic relations trade agreement)* o Acuerdo cerrado de relaciones económico comerciales suscrito en 1983. Este Tratado buscaba constituir una zona de libre comercio en donde se posibilitase una libre circulación de bienes provenientes (u originarios) de ambos países. La razón fundamental para su suscripción era la cercanía y estrecha vinculación que ha existido tradicionalmente entre ambos países.

El Acuerdo CER no solo disponía la eliminación paulatina de los aranceles a fin de establecer una zona de libre comercio, en vir-

tud del artículo 22 también establecía como una de sus obligaciones que los Estados debían reunirse para evaluar los progresos del proceso de integración. Es sobre la base del artículo 22 que los dos Estados suscribieron un Protocolo que incluyó entre sus estipulaciones la eliminación de los derechos antidumping.

El proceso de integración de Nueva Zelanda y Australia es importante ya que elimina la figura del dumping sin la necesidad de la adopción de una norma supranacional, favorece la libre circulación de bienes y permite una regulación antitrust nacional tomando como base el mercado ampliado de los dos países.

3.2.2.2. Regulación antidumping

Los dos Miembros del Trans-Tasman son Estados Parte del GATT y de la OMC; razón por la cual el Acuerdo o Código Antidumping de 1994 forma parte de su derecho interno, aparte de las propias normas nacionales o reglamentarias que cada uno de ellos ha dictado al respecto. Esta regulación contra posibles prácticas desleales del comercio internacional (dumping) debería ser de aplicación al comercio internacional entre ambos países, pero por el contrario ella ha sido eliminada por el Protocolo de Aceleración del Libre Comercio de Bienes de 1988 (Protocolo dado sobre la base del Tratado de zona de libre comercio) y sustituida por otra regulación ajena a las disposiciones de la OMC sobre dumping.

Para precisar lo señalado en el párrafo anterior, debemos tener en cuenta que las operaciones de importación y exportación entre Australia y Nueva Zelanda no son objeto de investigaciones antidumping, a diferencia de las importaciones provenientes de terceros países que sí son objeto de investigación y aplicación de las normas nacionales, del GATT y el Código Antidumping de 1994.

Cómo se llevó a cabo este proceso de eliminación de la figura del dumping, es lo que explicaremos a continuación.

Por el Acuerdo Trans–Tasman CER se estableció la obligación de revisarlo anualmente (artículo 22), lo que equivalía a la posibilidad de perfeccionarlo. En la revisión de 1988 se suscribieron siete Acuerdos y tres Protocolos, entre estos últimos se acordó la eliminación de los derechos antidumping junto con la supresión definitiva de los aranceles.

Para regular el comercio intra zona (o al interior del mercado ampliado Trans Tasman) se optó por una sustitución de las normas antidumping nacionales vía normas antimonopolio nacionales. En el Protocolo se establecía la obligación de modificar las legislaciones antitrust nacionales para adecuarse a la nueva realidad.[221]

Luego de lo indicado cabe preguntarse porqué se optó por la abolición de los derechos antidumping. Según una respuesta oficial, los funcionarios de los gobiernos de Australia y Nueva Zelanda consideraron que estos derechos o medidas constituían una for-

[221] «La Revisión de 1988 y la eliminación de los derechos antidumping dentro del territorio de Trans–Tasman. El Artículo 22 del Trans –Tasman CER estableció que los Estados Miembros debían reunirse anualmente y que una Revisión general de la marcha del acuerdo debería realizarse en 1988. La Revisión de 1988 dio como resultado tres Protocolos y siete Acuerdos dirigidos a acelerar la marcha hacia un mercado único. En el Protocolo de Aceleración de Libre Comercio de Mercancías, los Países Miembros acordaron eliminar los aranceles restantes, restricciones cuantitativas a la importación y las cuotas arancelarias para julio de 1990. El artículo 4 del Protocolo establecía que a partir de esa fecha ningún país tomaría acciones antidumping contra las mercancías provenientes de otro Países Miembro. La conducta anticompetitiva será sometida a las leyes de competencia de ambos países. El segundo paso era pasar de un sistema estrictamente internacional —donde, como se vio en la sección anterior, las empresas sólo intervenían en consultas— a un sistema donde las empresas tenían derechos directos para asegurarse el respeto al comportamiento competitivo. Esto se realizó haciendo extensiva las prohibiciones del uso anticompetitivo de poder en el mercado, contenidas en la sección 36 de la Ley de Comercio de Nueva Zelanda y en la sección 46 de la Ley de Prácticas Comerciales de Australia, para incluir el uso del poder de dominio en el mercado a través del mercado Trans–Tasman combinado». MARCEAU, Gabrielle. *Ob. cit.*, pp. 211-212.

ma de protección de industrias ineficientes y un limitante del comercio.[222]

Otra de las razones para la eliminación de los derechos dumping fue la similitud entre las legislaciones antitrust de ambos países y la existencia de un mercado común laboral desde 1902. Debe considerarse también la similitud de los indicadores o variables macroeconómicas de los dos países; todo ello daba las condiciones para que una integración subregional fuese viable.

Lo único que hacía falta en el modelo era una modificación de las legislaciones antimonopolio nacionales a fin de prohibir prácticas restrictivas que se desarrollen en todo o parte del mercado Trans–Tasman (ya no solo serían dos mercados nacionales separados, sino que ambos conformarían un único mercado ampliado).

A pesar de los cambios legislativos llevados a cabo por los dos Países Miembros, sus normas nacionales antidumping se mantienen vigentes, pero solo son de aplicación a las importaciones de bienes que tengan como origen un tercer país ajeno a la zona de libre comercio. Para el comercio con No Miembros cabe la impo-

---

222 «Para los propósitos de la Revisión de 1988, los representantes de Australia y Nueva Zelanda, prepararon un ensayo sobre las políticas antidumping y de competencia que explicaban las razones para considerar la exclusión de las estipulaciones sobre antidumping. Las razones se señalan como sigue:
[...]
mientras que la práctica de antidumping era vista como un remedio necesario para reducir las distorsiones dentro de los patrones del comercio internacional, dentro del contexto de un área de libre comercio establecida bajo CER, el mantenimiento de las estipulaciones antidumping era anómalo. Mientras que un verdadero mercado Trans–Tasman de bienes y servicios se desarrollase, el comercio se convertiría en un comercio nacional típico antes que en comercio internacional;
[...]
d) con el desarrollo del libre comercio entre Australia y Nueva Zelanda, aumenta la preocupación de que el resultado del balance de las acciones antidumping fuese proteger a los productores ineficientes o no competitivos de los rigores de la competencia iniciada con el libre comercio Trans–Tasman[...]». Comunicación de Nueva Zelanda a la Organización Mundial de Comercio, del 25 de noviembre de 1997. Grupo de trabajo sobre interacción entre comercio y política de competencia p. 3-4.

sición de los derechos antidumping ya que los beneficios del Protocolo de 1988 no comprenden a las importaciones provenientes de terceros países.

Para distinguir entre bienes originarios de la zona y los provenientes de la extra zona, es necesario contar con reglas de origen que definan qué bienes son de origen Trans–Tasman y cuales no, el Tratado CER de 1983 sí las ha incluido.

Ambos países pudieron optar por adoptar una norma comunitaria antidumping como parte de las modificaciones al Tratado de Libre Comercio. El reglamento comunitario sería una norma supranacional aplicable por un ente comunitario y daría una protección a todo el mercado ampliado; frente a terceros países y la zona Trans–Tasman sería un bloque con una política comercial común.

No obstante lo indicado en el párrafo anterior, Australia y Nueva Zelanda no han optado por un reglamento comunitario antidumping, a nuestro entender, por las siguientes razones:

a.- Los dos países no deseaban perder soberanía, prueba de ello es que para sus relaciones de intercambio comercial no han optado por normas antitrust comunitarias, por el contrario han considerado extender el ámbito de aplicación de sus normas antimonopolio nacionales.

b.- El modelo Trans–Tasman es una zona de libre comercio, razón por la cual no existe un arancel externo común a las importaciones de terceros países ni mucho menos existirían derechos antidumping comunitarios ya que cada Estado Miembro ha optado por tener una política comercial propia respecto a las importaciones extra zona.

c.- Tanto Australia como Nueva Zelanda han decidido proteger sus industrias nacionales de dos formas, vía normas antitrust para el mercado ampliado de la zona y vía normas nacionales antidumping para protegerse de industrias exteriores.

Otra alternativa hubiese sido que las agencias antidumping de los dos Miembros hubiesen suscrito un Convenio por el cual se permitiese la cooperación en las investigaciones sobre productos de terceros países.

3.2.2.3. Regulación antitrust

Australia y Nueva Zelanda cuentan con legislaciones antitrust nacionales, por medio de ellas combaten las prácticas restrictivas de la libre competencia. El primero cuenta con la Ley de Prácticas Comerciales de *1974 (Australian Trade Practices Act)*, el segundo cuenta con la Ley de Comercio y la Ley de Comercio Leal, ambas de 1986 *(New Zealand Commerce Act y Fair Trading Act)*.

Ambas legislaciones combaten el abuso de una posición de dominio, pero antes de la reforma, la posición era determinada solo en función del mercado nacional; por lo que el comercio al interior de la zona Trans-Tasman no estaba previsto legislativamente.

Mediante el artículo 4 del Protocolo de Aceleración de Libre Comercio de bienes de 1988, Australia y Nueva Zelanda acordaron modificar sus normativas antimonopolio nacionales (tanto la sección 46 de la legislación australiana y la sección 36 de la Ley de Nueva Zelanda). Los dos Estados extendieron el ámbito de aplicación de sus leyes a fin de prohibir conductas restrictivas que tuviesen efecto en el mercado ampliado de los dos países o mercado Trans-Tasman (ya que afecta el comercio internacional de bienes entre los dos países).

Con los cambios efectuados en las regulaciones internas de Australia y Nueva Zelanda, la posición de dominio de una empresa sería determinada no solo a nivel nacional sino también en la zona de libre comercio.[223]

---

223 «En Nueva Zelanda la Ley fue modificada para ampliar la definición geográfica de mercado usada con el propósito de definir la ubicación de dominio, en términos de un mal uso de la regulación sobre dominio (sección 36 A) para incluir a Nueva Zelanda y Australia». CORPORATION FINANCE. *Competition and Anti trust law* (Competencia y legislación antitrust). London, January, 1992, p. 51.

La razón para la modificación era cubrir el vacío que dejaba la eliminación de los derechos antidumping por efectos del Protocolo de 1988 (se elimina el dumping entre los Miembros desde el 01 de julio de 1990).

El comercio de bienes al interior del mercado ampliado Trans – Tasman es regulado por la legislación antitrust del país que sufre los efectos de una práctica anticompetitiva. En el comercio intra comunitario pueden darse las siguientes situaciones:

a.- Exportador ubicado en Australia y que causa daño a la producción nacional de Nueva Zelanda, producto de la venta de bienes a costos por debajo del costo total de producción como resultado de una práctica predatoria (amparado para ello en su posición de dominio en el mercado australiano). En dichos casos la legislación aplicable es la Ley de Comercio de 1986.

b.- Exportador ubicado en Nueva Zelanda y que causa daño a la producción nacional de Australia, producto de la venta de bienes a costos por debajo del costo total de producción como resultado de una práctica predatoria (amparado para ello en su posición de dominio en el mercado neozelandés). En dichos casos la legislación aplicable es la Ley de Prácticas Comerciales de 1974.[224]

3.2.2.4. Homogenización de las normas y cooperación de agencias

El Tratado suscrito entre Australia y Nueva Zelanda no establece la creación de un ente supranacional ni adopta una normativa

[224] Las modificaciones a las legislaciones antitrust nacionales de Australia y Nueva Zelanda, no han incluido al comercio de servicios que se realicen al interior del mercado Trans–Tasman; por lo que las exportaciones e importaciones de servicios que se den entre los países no son objeto de una regulación que controle las distorsiones a la competencia en el comercio internacional de servicios entre esos dos países, p.e. reflejadas en el precio de exportación de un servicio de Australia a Nueva Zelanda (como el flete). Dicho control en todo caso es a nivel nacional y no del mercado ampliado. Tampoco existe una normativa similar a la de la Unión Europea que establezca controles a las prácticas que se den respecto del precio de los servicios marítimos (o control del precio del flete) a nivel comunitario.

comunitaria como ya lo indicamos. Es por ello que es necesario contar con normas antitrust semejantes en los dos países, ya que de lo contrario la supervisión de prácticas restrictivas al interior del mercado ampliado sería contradictoria. Ambos ordenamientos condenan los actos de abuso de posición de dominio, acuerdos restrictivos y fusiones y concentraciones (ello debido a que están inspiradas en las legislaciones norteamericana y europea). La homogenización de ellas en todo caso ha sido respecto de la definición del mercado relevante, la determinación de la posición de dominio y la teoría de los efectos de las prácticas anticompetitivas.

En lo que respecta a los organismos nacionales, la Comisión de Competencia y Consumidor de Australia *(Australian Competition and Consumer Commission o ACCC)* y la Comisión de Comercio de Nueva Zelanda *(New Zealand Commerce Commission)*, son titulares de nuevas competencias o atribuciones por efectos del modelo de integración.

Las agencias de ambos países antes de la reforma tenían como función controlar prácticas restrictivas originadas en sus propios países y que tuviesen efectos en su mercado nacional, ello suponía que no podían combatir prácticas o actos que tuviesen su origen fuera de sus territorios. Como resultado de la reforma, ellas están facultadas para intervenir ante prácticas originadas en la zona Trans-Tasman y que tengan efectos en sus respectivos mercados nacionales.

El trabajo de ambas autoridades nacionales es similar, ya que reciben denuncias de partes (consumidores o empresas afectadas por las prácticas) y por investigaciones iniciadas de oficio. No obstante lo señalado, cabe preguntarse cómo se desarrolla en la práctica las investigaciones sobre un mercado de zona de libre comercio que a su vez comprende los territorios de dos países.

Para desarrollar su labor, las dos agencias administrativas no deben actuar por separado, ambas deben cooperar y coordinar sus acciones ya que es vasto el mercado relevante y amplio el

grupo de empresas que operan en él. En vista de esas dificultades es que las agencias antitrust de Australia y Nueva Zelanda suscribieron un Acuerdo de Cooperación y Coordinación en julio de 1994, con la finalidad de poder controlar las prácticas anticompetitivas que se den en la zona Trans-Tasman y permite lo siguiente:

a.- La agencia australiana proporciona información sobre empresas ubicadas en su país y que pudiesen estar relacionadas con una práctica anticompetitiva que tuviese efectos en Nueva Zelanda; y viceversa.

b.- La agencia australiana colabora con su similar de Nueva Zelanda en la realización de inspecciones o incautaciones de información a requerimiento de la autoridad neozelandesa, y viceversa.

c.- Ambas agencias coordinan sus investigaciones a efectos de controlar a empresas que operen en ambos países (directamente o por intermedio de filiales o empresas vinculadas a grupos económicos).

Otra de las ventajas del Acuerdo de 1994 y de las modificaciones de las legislaciones antitrust nacionales, es que la colaboración entre las autoridades judiciales de ambos países está establecida como una obligación. Entre las formas de colaboración y coordinación tenemos:

a.- El reconocimiento en el otro Estado Parte de los fallos o decisiones expedidos por una entidad nacional de la contraparte.

b.- Obligación de proporcionarse recíprocamente información.

c.- Ayuda mutua en las diligencias judiciales y administrativas antitrust.[225]

---

[225] «-Cada dependencia estatal encargada de poner en práctica la legislación tiene el derecho de obtener información o documentos en el otro país;
- cada corte estatal puede establecerse en el otro país;
- cada asesor estatal puede practicar en el otro país;

Las modificaciones no solo permiten la aplicación extra territorial de las leyes sobre competencia, sino que también se extienden territorialmente las facultades de los entes nacionales de cada Estado, o actos de *ius imperium* extraterritoriales pero bajo ciertas condiciones y para ciertos fines (según lo pactado en el Acuerdo).

Lo señalado hace que el modelo adoptado presente ciertas particularidades que lo distinguen de otros modelos de integración, al menos en cuanto a las facultades y poderes de las autoridades nacionales.

Un tema importante es el intercambio de información entre las agencias, el mismo que en la práctica se materializa al 100% y sin ninguna reserva, lo que significa que el modelo ha encontrado una solución al problema de la confidencialidad de cierto tipo de información. La regla es el libre intercambio de la misma, con la condición de que ambas agencias guarden las reservas del caso, a fin de no divulgarla a terceros.[226]

El tema de la confidencialidad incluso es respecto del desarrollo de los procesos administrativos; por lo que ambas agencias pueden conocer la existencia de una investigación antitrust iniciada por su contraparte, sin que se corra el riesgo de que el personal de una de las agencias filtre información en beneficio de la empresa investigada.

- los pedidos pueden ser atendidos en el otro país;
- las citaciones pueden ser emitidas en el otro país bajo ciertas condiciones
- las cortes de un país pueden conseguir evidencia a favor de la corte de otro país; y
- los fallos y los mandatos, incluyendo las requisitorias, hechos por cada corte son automáticamente ejecutables mediante registro en la otra corte». Comunicación de Nueva Zelanda a la Organización Mundial de Comercio. *Ob cit.*, p. 5.

[226] La confidencialidad de la información es relativa y no absoluta; por lo que una empresa no tiene derecho a exigir que la ACCC de Australia no revele la información confidencial a la CC de Nueva Zelanda, pero si puede impedir que dicha información sea compartida con una tercera agencia (a menos que haya suscrito un convenio semejante al que existe entre Australia y Nueva Zelanda).

Capítulo Cuarto

Propuestas de regulación antidumping y antitrust para el futuro de la región americana. Los casos de la Comunidad Andina y el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)

4.1. Propuesta para la Comunidad Andina y sus miembros

4.1.1. Normas antitrust y antidumping según sus efectos comunitarios y nacionales

4.1.1.1. Eliminación de normas antidumping y sustitución por normas antitrust

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

1.- La eliminación de las normas antidumping al interior de la Comunidad Andina (comercio intra zona).

2.- La adopción de normas antitrust comunitarias para el comercio entre Países Miembros de la Comunidad (importaciones o ventas internas, en el comercio intra zona) tomando en cuenta lo indicado en los puntos 2.4.3 y 2.4.4.

3.- La adopción de una normativa antidumping comunitaria frente a las importaciones de terceros países (comercio extra zona).

4.- El mantenimiento de las legislaciones nacionales en materia de restricciones a la libre competencia, únicamente para

los casos que no tengan efectos comunitarios (comercio intra país).

5.- No proponemos que se mantengan las normas nacionales antidumping ya que ellas serían reemplazadas por la norma comunitaria, incluso para importaciones que tuviesen como destino un solo País Miembro.

Como ya habíamos señalado al analizar los fines de ambos tipos de normas, en los procesos de integración se debería optar por la eliminación del dumping ya que al interior del mercado ampliado debe materializarse una libre circulación de bienes. En el análisis efectuado por la doctora Marceau se pudo determinar que no solo se afectaba la libre circulación sino también el principio de trato nacional, el cual debe regir las relaciones comerciales al interior de un mercado ampliado.

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

La razón para una «protección» respecto de exportaciones provenientes de terceros países, se debe a que estos países tienen condiciones macroeconómicas distintas de los Miembros de la Comunidad, e incluso países con políticas comerciales y de competencia distintas. En Corea del Sur y China existen condiciones que favorecen la realización del dumping, ya que esos Estados no cuentan con normas antitrust (o si las hay son deficientes) por lo que no se posibilita un libre ingreso de terceros exportadores, dándose situaciones de abuso de posición de dominio.

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

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

En un proceso de integración los fines de protección de la industria nacional perseguidos por las normas antidumping deben ser cambiados por una protección de las industrias comunitarias, con relación a las importaciones de la extra zona (provenientes de terceros Países No Miembros, quienes tienen realidades macroeconómicas distintas a la de los Miembros). La adopción de normas comunitarias, contra prácticas como el dumping, otorgaría también una perfecta protección.[227]

La salvaguardia otorgada por las normas antimonopolio (comunitarias en el caso de los procesos de integración) beneficia no solo a los consumidores sino también a los competidores (ofertantes o productores) ante situaciones de daño o amenaza inminente de daño. Dicha tutela es similar a la proporcionada por las normas antidumping, con la diferencia que las normas antitrust buscan la eficiencia y competitividad, mientras las segundas pueden ocultar sobre proteccionismos.[228]

---

[227] Dentro de un proceso de integración se deben reducir o eliminar las restricciones a la libre circulación de bienes; por lo que se deben eliminar los derechos antidumping respecto de las importaciones sin arancel que se den entre los Miembros. Una protección de las industrias comunitarias por medio de normas supranacionales contra dumping extra zona es también buena para las industrias nacionales ya que al protegerse al mercado ampliado indirectamente se protege al mercado nacional. La protección directa de las industrias nacionales se puede dar al mantener legislaciones nacionales en materia de dumping solo respecto de importaciones de terceros países que tengan únicamente efectos nacionales y no comunitarios.

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

En vista de la amplia protección de las normas antitrust, planteamos al interior de la CAN que las normas antidumping nacionales sean sustituidas por una normativa comunitaria sobre restricciones a la libre competencia; además, planteamos la eliminación de la Decisión 456. Mediante nuestra propuesta se tutelaría el comercio al interior del mercado ampliado, el sistema económico, a los consumidores comunitarios y también a los productores.

Las normas antitrust comunitarias que se adopten tomarán algunos elementos de las normas antidumping como lo señalamos en los puntos 2.4.3 y 2.4.4 del segundo capítulo. Entre los cambios a implementarse tenemos los siguientes:

1.- Abusos de posición de dominio.

2.- Discriminación de precios.

3.- Subsidios Cruzados.

4.- Prohibiciones de acuerdos restrictivos (concertaciones).

5.- Control de fusiones, asociaciones y acuerdos similares.

Los casos de abuso de posición de dominio, prohibiciones de acuerdos restrictivos y control de fusiones son típicos ejemplos de prácticas restrictivas, incluso los dos primeros han sido tomados en cuenta por la Decisión 285 (artículos 4 y 5). El caso de las fusiones no ha sido tomado en cuenta por la Comunidad Andina y debería ser considerado en una futura reforma.[229]

---

[229] Una fusión en líneas generales es un acuerdo (el acuerdo de las juntas de socios de las empresas, por medio del cual deciden fusionarse). Si se combaten los acuerdos restrictivos deben combatirse también las fusiones ya que de lo contrario los agentes optarían por legalizar sus acuerdos restrictivos vía la salida de la fusión. Otro punto que debe ser tomado en cuenta es que las fusiones pueden dar lugar a una posición de dominio, la cual luego sería más difícil de controlar bajo las reglas del abuso. Si las empresas productoras de café en la subregión andina deciden fusionarse, ello les permite ser más competitivas hacia el mercado exterior en donde compiten con terceros países; pero en los lugares de impor-

Una norma supranacional que regule el supuesto de discriminaciones de precios (similar a la Ley Robinson de la legislación norteamericana) buscaría proteger el comercio al interior de la zona o mercado ampliado. Este tipo de regulación opta por un análisis precios de venta en función del costo variable promedio y costo total promedio. Tomar en cuenta los elementos del precio de cada bien o servicio es mucho más objetivo ya que no toma en cuenta el elemento subjetivo de la intensión de predación.

Los supuestos de discriminaciones de precio se justifican para los casos en que el agente activo aprovecha su posición respecto de los distintos clientes con los que se relaciona, a algunos les vende en ciertas condiciones generando ganancias y a otros les vende a pérdida (o incluso generando ganancias en ambos grupos, pero diferenciando el precio). La excepción para no sancionar esta práctica sería si la empresa no cuenta con una posición de dominio en un mercado (nacional, nacionales o ampliado).[230]

Como parte de la sustitución, la normativa antimonopolio de la CAN incluiría los casos de discriminaciones internacionales de precios efectuadas por empresas y que afecten el comercio entre Miembros, cuando el precio final no cubra los costos totales promedio y exista una posición de dominio en todo o parte del mercado ampliado, o en algún mercado del exterior.[231]

---

tación podrían ser acusadas de hacer dumping ya que en sus mercados nacionales (o subregional) cuentan con posiciones de dominio que les permiten exportar a precios distintos del valor normal (como una de las explicaciones).

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

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

Ante los problemas señalados en párrafos anteriores, una opción es retomar la posición objetiva de las normas antidumping que toman en cuenta el análisis de los precios; pero permitiéndole a la empresa investigada demostrar que no detenta una posición de dominio (en este caso ya no sería sancionada).[232] [233] Esta posición no impide que se dicten medidas cautelares antes de finalizar con la investigación, siempre que existan indicios razonables de un abuso de la posición en el mercado.

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

1.- La empresa realiza dicha práctica porque cuenta con una posición de dominio que le permite realizarla (precio predatorio, discriminación de precios o subsidio cruzado).

2.- En el corto o mediano plazo la empresa va a quebrar ya que no podrá cubrir las pérdidas acumuladas (si es que la empresa continúa con resultados negativos al no cubrir los costos fijos).

---

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

[233] Un caso donde podría aplicarse la discriminación de precios es para los bienes de consumo suntuario, p.e. autos de lujo. En un mercado de automóviles compiten diversas marcas; pero el rubro autos de lujo es un mercado relevante distinto en donde hay pocas marcas; por lo que una marca como Mercedes Benz (vía sus representantes nacionales en los 5 países de la CAN) decide vender por debajo de su costo promedio total no cubriendo parte de los costos variables o los costos fijos promedio, de esa forma logra eliminar a sus competidores directos: Volvo y BMW. El mercado de autos de lujo es muy reducido en comparación con el mercado total de automóviles, uno es un mercado muy general y el otro es uno particular. Es difícil definir la posición de dominio, por lo que en el caso de las discriminaciones internacionales de precios partimos de la base de que dicha práctica es condenable siempre que no se demuestre que la empresa objeto de la investigación tenía una posición de dominio.

Las discriminaciones de precios o ventas por debajo del costo incluso deberán condenar las ventas por debajo del costo total promedio y no solo las ventas por debajo del costo variable promedio. Lo señalado supone variar el concepto tradicional de venta por debajo del costo de las normas antimonopolio, adoptando un criterio más amplio como los tomados en cuenta por las normas antidumping (según lo expuesto en el punto 2.4. en general y en particular el punto 2.4.4).

También debe contarse con una regulación antitrust que prohiba los subsidios cruzados ya que en estos casos se necesita un análisis o investigación especial (teniendo en cuenta que en esta práctica no necesariamente se busca predar). Puede que nunca se produzca un alza de precios para cubrir las pérdidas debido a la propia naturaleza del subsidio cruzado, las aparentes pérdidas siempre son compensadas por mayores ganancias de otros mercados o ventas de otros bienes o servicios (el subsidio cruzado puede ser de tres tipos: de mercados, de productos y mixtos).[234]

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

Todos los casos antes indicados ponen en evidencia que el comercio al interior del mercado ampliado debe ser tutelado por normas de competencia (que incluyan normas sobre discriminaciones de precios, subsidios cruzados y fusiones, y de efectos equivalentes) para prácticas con efecto comunitario. Proponemos una reforma de la Decisión 285 y la eliminación

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

de los supuestos de dumping intra comunitario de la Decisión 283 (hoy supuestos A y B del artículo 2 de la Decisión 456).

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

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

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

1.- Sanción del tipo Multas dinerarias

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

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

Como p.e. cierre de locales, plantas o establecimientos de las empresas, comisos de bienes que son comercializados en condiciones anticompetitivas, divisiones de empresas fusionadas, etc.[235]

La norma comunitaria debe señalar los criterios de gravedad de las infracciones a fin de establecer una gradualidad en las

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

sanciones, por ejemplo se pueden utilizar los señalados en el artículo 23 del Decreto Legislativo N.° 701: modalidad y alcance de la práctica, dimensión del mercado, participación en el mercado de la empresa, efectos, duración, reincidencia, actuación por medio de empresas vinculadas o subordinadas, etc.

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

1.- El concepto de organismos de enlace debe ser ampliado para permitir que organismos autónomos como el INDECOPI (que es distinto del Ministerio de Industria) puedan estar legitimados para recibir y remitir las denuncias al ente comunitario.

2.- Se debe permitir que las propias empresas (que aparentemente realizan actos restrictivos) puedan comunicar sus actos a la Secretaría General y solicitar una autorización. En la Unión Europea esta opción es llamada notificación, la cual es facultativa y no obligatoria.

Las solicitudes de autorización o notificaciones permiten que las empresas sean autorizadas y sus actos no sean condenados. Aunque los actos sean anticompetitivos no serán sancionados por el periodo comprendido entre la realización de la práctica y la expedición de la resolución que deniegue la notificación o autorización.[236] Se permite que el ente comunitario pueda contar con mayor información ya que es la propia empresa infractora la que está acudiendo ante el ente especializado.

[236] Al respecto puede consultarse CASES PALLARES, Luis. *Ob. cit.*, pp. 107 y ss.

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

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

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

4.1.1.2. Diferencia entre los supuestos de las normas comunitarias y las normas nacionales

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

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

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

Los procesos de integración buscan generar un mayor comercio (de bienes y/o servicios) entre los Países Miembros vía importaciones o vía ventas internas.[237] En todo proceso se pueden distinguir cuatro tipos de comercio:

1.- Comercio subregional entre miembros (intra zona).

2.- Comercio subregional de todo o parte del mercado ampliado con terceros Estados (comercio internacional extra zona).

3.- Comercio nacional de un País Miembro y

4.- Comercio entre un sólo País Miembro y un tercer país.

El comercio intra zona involucra a un demandante y un ofertante ubicados en dos Países Miembros del proceso de integración y representa un comercio internacional especial ya que goza de los privilegios del Acuerdo de integración. El comercio será por medio de importaciones entre Miembros en la medida que no se logre la etapa del mercado común. Si esta etapa ya ha sido alcanzada el comercio es vía ventas al interior de un mercado común y no por medio de la exportación (el término ventas comprenderá tanto el comercio de bienes como el de servicios).

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

---

[237] Ventas internas hace referencia al caso de las ventas al interior de un mercado común.

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

En Europa la solución para los casos descritos ha sido considerar que toda importación proveniente de un País No Miembro, independientemente de estar dirigida hacia uno solo o varios Integrantes, podrá ser objeto de investigaciones comunitarias por prácticas desleales del comercio internacional. La justificación para ello es que dicha importación en condiciones dumping no solo afecta a la industria nacional del país importador, también afecta al resto de la industria comunitaria.[238]

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

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

El último caso solo lo hemos puesto como ejemplo particular de un comercio extra zona. Parte de un comercio internacional de importación-exportación, en donde el ofertante se encuentra ubicado en cualquier No Miembro (bienes que no tienen un origen comunitario) y el demandante está ubicado solo en un Miembro. Si bien aparentemente el efecto de la

[238] Además, luego del pago del arancel externo común, el bien importado puede circular por todo el territorio comunitario y tener como destino final otro País Miembro de la Unión.

práctica es nacional y no comunitario (a menos que las importaciones vayan dirigidas también al resto de Integrantes), el caso no deja de ser un comercio extra zona ya que es una relación comercial con países no suscriptores del Acuerdo.

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

Para los dos primeros tipos de comercio proponemos la adopción de una normativa comunitaria. En el primer caso debe ser una normativa comunitaria que prohiba las prácticas restrictivas al interior del mercado común (antitrust comunitario). En el segundo caso se debe optar por una normativa antidumping supranacional (similar a la del Reglamento CE N.° 384/96) aplicable por los órganos supranacionales.

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

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

Nosotros optamos por una norma comunitaria ya que se protege a la industria comunitaria y no solo a la nacional (tam-

bién se protege a los consumidores comunitarios vía por ejemplo la regla de *mínimis)*.[239]

Aunado a la justificación de la eliminación de las normas antidumping nacionales entre los Estados Parte de la CAN y su reemplazo por normas comunitarias (sobre la misma materia) para el comercio con terceros países, planteamos la siguiente interrogante:

¿Qué debería hacerse en los casos de importaciones (provenientes de terceros países) que habiendo ingresado a un País Miembro, luego fuesen re enviadas a otro País Miembro en el mismo Estado o sin una transformación sustancial que lo convierta en bien de origen comunitario, y cómo controlar la práctica dumping del exportador del País No Miembro? La respuesta es que en estos casos la norma pertinente sería el reglamento comunitario y no la norma nacional ya que la procedencia del bien es de origen extra zona o fuera del mercado ampliado.

4.1.1.3. Reglas de origen

En la regulación supranacional del proceso de integración de la CAN se deben adoptar (y de hecho ya existen) reglas de origen que determinen (mediante criterios objetivos) las condiciones que debe reunir un bien para ser calificado como de origen comunitario y poder gozar de los privilegios del comercio intra zona. Los bienes que no sean considerados como de origen comunitario no gozarán de las ventajas de la integra-

---

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

ción, ventajas que incidirían en la eliminación de los aranceles y/o eliminación de los derechos antidumping.[240]

La libre circulación de bienes al interior del mercado ampliado estaría supeditada al cumplimiento de las reglas de origen; en caso de no cumplirse con dichas normas el bien sería catalogado como de origen extra comunitario y no gozaría de los beneficios.

La razón para la diferenciación entre bienes comunitarios y extra comunitarios es el control estricto de los privilegios otorgados a los Países Miembros, los mismos que por su propia naturaleza son restringidos y excepcionales.

4.1.1.4. Armonización de las legislaciones nacionales

Para hacer viable el proceso de integración no solo basta que las normativas antimonopolio nacionales de los Miembros de la CAN se mantengan y combatan prácticas que tengan un efecto nacional; también hace falta que los Miembros las armonicen, e incluso que ellas sean adoptadas por quienes aún no las han hecho parte de su derecho interno. Ecuador y Bolivia son los únicos que no han adoptado hasta el momento por establecer normas antitrust, a pesar de que un país pequeño como Panamá (por citar un caso) ya cuenta con este tipo de normas.

Los Estados deben aprovechar la existencia de un proceso de integración y de Tratados, a fin de proteger el mercado ampliado en su conjunto y en cada una de sus partes integrantes (en un caso vía normas comunitarias, mientras que en el otro es vía normas nacionales). El éxito de un mercado ampliado está en que los mercados nacionales y provinciales que lo con-

[240] En la actualidad se encuentra vigente en la CAN la Decisión 416 para regular el origen de los bienes.

forman también estén regulados para evitar o sancionar prácticas anticompetitivas.[241]

La principal razón para una armonización de legislaciones nacionales, es impedir que un tipo de práctica restrictiva de la libre competencia sea prohibida (y combatida) en un país de la CAN y al mismo tiempo la misma práctica sea permitida en otro País Miembro por ausencia de disposición legal antitrust. Otra razón para ello es que se generaría una suerte de desigualdad en la subregión, desigualdad que significa el incumplimiento de la obligación de trato nacional al interior del proceso de integración.

Un inversionista extranjero ubicado en un país que cuente con normas sobre Derecho de la Competencia podría alegar que no cuenta con las mismas condiciones o regulaciones que existen en otro País Integrante, en el cual no se sancionasen las prácticas restrictivas.[242] [243]

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

---

[241] Por ejemplo, en países con organización política federal (como Brasil o como Alemania), el comercio nacional comprende un comercio entre estados federales y un comercio al interior de cada estado federal.
Es por ello que en materia de competencia en Alemania existen dos agencias distintas: Bundeskartellmant como organismo federal cuando la práctica afecte a más de un estado federal y las Landeskartellbehörden o agencia para los Länder o de cada uno de los estados federales.

[242] Las legislaciones nacionales antitrust de los Miembros de la CAN deben ser similares, incluso en materia de sanciones ellas deberían ser equivalentes para no incumplir la obligación de trato nacional en la subregión.

[243] En virtud de esas diferencias, algunas empresas prefieran no operar en dichos países, o prefieran operar y realizar conductas anticompetitivas ya que en dichos países no son sancionadas).

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

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

1.- En este proceso de integración se ha avanzado hacia la formación de una unión aduanera (la cual existe para varias partidas arancelarias para cuatro de sus Miembros) y se busca establecer un mercado común.

2.- En el Acuerdo de Cartagena existen disposiciones sobre políticas aduaneras y comerciales comunitarias aplicables con relación a terceros países.

3.- El modelo de la CAN busca proteger el mercado ampliado, por lo que en dicha protección se debe incluir la protección vía dumping extra comunitario.

4.- En la CAN existen tanto consumidores como productores comunitarios, es por ello que frente a importaciones de terceros países se debe actuar como un solo bloque comercial, es por ello que se tiene previsto un arancel externo común.

5.- La propia Decisión 283 ha previsto facultativamente optar por procesos antidumping comunitarios en lugar de los nacionales en los que se aplicarían normas propias de cada Estado (ver artículo 2 último párrafo).

6.- Con un procedimiento y normativa antidumping comunitario se establecerían pautas comunes, formando dichas normas parte del derecho interno de cada Miembro. El reglamento comunitario sería acorde con los Acuerdos GATT y de la OMC.

4.1.2. Instituciones supranacionales, agencias nacionales, cooperación e intercambio de información en la CAN

4.1.2.1. Introducción

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

En materia de dumping y restricciones a la libre competencia (luego de las reformas normativas ya indicadas) la Secretaría General debería contar con un mayor apoyo por parte de las entidades nacionales u órganos de enlace (llámese INDECOPI —vía las Comisiones de Libre Competencia y la de Fiscalización de Dumping y Subsidios— o las Direcciones pertinentes de los Ministerios de Industria de los Países Miembros).

Las entidades nacionales (especializadas en materia de dumping y restricciones a la libre competencia) son las que dada su proximidad geográfica con la presunta práctica anticompetitiva, son las primeras en poder detectarlas (sobre la base de razonables indicios o pruebas fehacientes). Los entes nacionales también pueden servir de nexo entre los particulares y la Secretaría General, recibiendo las denuncias y corriendo traslado de las mismas al órgano comunitario.[244]

La cooperación entre órganos es de suma importancia, tanto en el plano nacional como en el de integración, y resulta casi

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

indispensable. Las razones para la colaboración pueden ser muchas, políticas, económica, la falta y necesidad de información.

El fenómeno de la globalización y el actuar de las empresas transnacionales ha puesto en evidencia la necesidad de un intercambio de información entre los países. Varios países desarrollados ya han venido intercambiando información y cooperando en materia de restricciones a la libre competencia (como lo reconoce el Banco Mundial).[245]

4.1.2.2. Regla general de investigación y excepción

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

---

[245] «La creciente globalización de los mercados trae consigo no solo beneficios económicos sino además un riesgo creciente de conductas anticompetitivas originadas en jurisdicciones extranjeras o que afectan a más de un país. En el primer caso, el alcance y aplicación de las leyes de competencia nacionales está limitada y el acceso a la información relevante sobre la conducta anticompetitiva se hace difícil por los principios territoriales. Más aún, en la mayoría de los casos las autoridades nacionales se encuentran con dificultades para tomar cualquier acción contra empresas extranjeras o individuos responsables de conductas anticompetitivas. En el segundo caso, la misma conducta puede caer dentro de la jurisdicción de diversas autoridades encargadas de velar por la competencia, cada una de ellas con una puesta en práctica distinta del marco legal aplicable. [...]
Las autoridades encargadas de la competencia en los países industrializados han indicado que, en los últimos años, el número de investigaciones que van más allá de las fronteras de un país han incrementado y como consecuencia de esto, el intercambio de información y la cooperación son cada vez más importantes[...]». BANCO MUNDIAL. *Competition policy in a Global Economy* (Política de Competencia en la economía global). Washington, 1998, p. 29. Documento elaborado sobre la Conferencia sobre Políticas comerciales y de Competencia llevada a cabo los días 17 y 18 de marzo de 1997 en Nueva Deli, India.

Deben tenerse presente los límites de las competencias nacionales y comunitarias y evitar que se realice un doble esfuerzo de investigación y sanción administrativa (en materia de antidumping y antitrust), a fin que las distintas entidades no actúen por separado y sin coordinación entre ellas. Los casos de prácticas anticompetitivas con efecto comunitario, que causen daño (o amenaza de daño) al mercado ampliado, serán de competencia de la Secretaría General la que aplicará la norma comunitaria.

La coexistencia de dos ordenamientos y sanciones,[246] comunitario y nacional, sería una excepción. Ella solo se presentaría cuando los órganos nacionales hubiesen iniciado investigaciones, concluido las etapas del proceso, sancionado la práctica restrictiva o de dumping, y con posterioridad el órgano comunitario iniciase investigaciones por un efecto comunitario.

Los casos de simultaneidad de sanciones serían casos límite o excepcionales, en los cuales resulta difícil para las autoridades (comunitarias y nacionales) distinguir en el tiempo si el efecto de la práctica es sólo nacional o tiene implicancias sobre la subregión.

La regla general debería de ser la siguiente: Si las autoridades nacionales al investigar la práctica anticompetitiva detectan indicios de un efecto comunitario, entonces deben suspenderla y comunicar el hecho a la autoridad comunitaria; solo si esta última considera que la práctica tiene efectos nacionales se volverá a retomar la investigación nacional.[247]

---

[246] Al respecto puede consultarse el tema de la coexistencia de sanciones comunitarias y nacionales, en CASES PALLARES, Luis. *Ob. cit.*, pp. 60-72.

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

4.1.2.3. Cooperación de los entes nacionales en la investigación

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

La Secretaría General tiene su sede en la ciudad de Lima–Perú y es competente para recibir denuncias de empresas ubicadas en cualquiera de los cinco Miembros, e investigará también a empresas ubicadas en uno o más países. Para notificar a una empresa ubicada en Colombia los actos deben ser llevados a cabo en su domicilio, es decir en alguna provincia y distrito de Colombia. Para entender mejor el problema debe tenerse en cuenta que la Secretaría General no tiene dependencias descentralzadas en los cincos Países Miembro, por lo que en estos casos la intervención de los entes nacionales u órganos de enlace se hace necesaria.

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

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

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

El concepto de ente de enlace señalado en las Decisiones antes indicadas debe cambiar y en su lugar se debe comprender también a las agencias especializadas, las cuales (como en el caso del organismo administrativo peruano) tienen una participación importante en las investigaciones sobre dumping o restricciones a la libre competencia.[248] La Decisión 456 antes comentada, amplía el concepto de órgano de enlace, como ya hemos comentado al analizarla.

Las normas de la CAN no solo deberían permitir la facultad de solicitar pruebas e informes, también deberían permitir que la Secretaría General pudiese en ciertos casos delegar la realización de ciertas actuaciones o diligencias a los órganos de enlace o entes nacionales.

Como ejemplo de nuestra propuesta, la Comisión de Libre Competencia del organismo peruano, por intermedio de sus funcionarios y en virtud del mandato del órgano supranacio-

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

nal andino, realizaría diligencias de inspección *in situ* e incautación o secuestro de información (en caso de que la empresa no cumpliese con brindar la información solicitada por el ente comunitario, u ocultase parte de ella).

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

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

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

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

Consideramos, al tomar como base lo dispuesto por el artículo 16.4 del Acuerdo Antidumping de 1994, que los Miembros de la CAN podrían obligarse a remitir informes, entre autoridades nacionales y la comunitaria, respecto del inicio de investigaciones e imposición de derechos antidumping provisionales y definitivos.

Nuestra propuesta la planteamos solo en el caso que para el modelo andino no se opte por una normativa comunitaria (para las prácticas desleales del comercio internacional) similar al de la Unión Europea. Como alternativa debe considerarse que los cinco socios suscriban Convenios de intercambio de información con los Estados Parte de la OMC, o hagan suya dicha información por intermedio de la propia organización internacional (entidad que recibe en la actualidad los derechos antidumping impuestos).

4.1.2.4. Cooperación de las aduanas en los casos de dumping

En las investigaciones (de oficio o a pedido de parte) sobre dumping (tanto a nivel comunitario como nacional), muchas veces falta información que pueda ayudar a determinar si existe o no esta práctica, y cual es el margen de diferencia entre el valor normal y el precio de exportación.

Las aduanas de cada uno de los Países Miembros de la Comunidad Andina (y de cualquier proceso de integración en general) deberían tener la obligación de suministrar a los entes nacionales y comunitarios especializados en investigaciones antidumping, información sobre los precios CIF y FOB de los bienes importados, sus partidas, lugares de origen, lugares de exportación y volúmenes (entre otros datos). Con la información proporcionada los entes especializados estarían en mejor aptitud de poder iniciar investigaciones de oficio o complementar la información dada por los denunciantes.

La información con que cuentan las Oficinas de Aduana de cada país es muy amplia y valiosa, ella no sólo se origina en las declaraciones de importación que registran sino también en la información que ellas reciben.

Dentro de la información recibida tenemos la proveniente de otras aduanas del mundo (p.e. la aduana de Japón podría suscribir un convenio con su similar de Perú, sobre valores CIF importados o FOB exportados), y la información proporcionada por las empresas supervisoras internacionales. Este

gran banco de datos proveniente de las aduanas nacionales no debe desaprovecharse, si es que se desea combatir el dumping (a nivel nacional o comunitario).

Otra fuente importante de datos son las empresas supervisoras internacionales que operan en casi todos los países (directamente o por medio de terceros). Si bien estas empresas no son agentes pasivos o activos de prácticas dumping o restrictivas de la libre competencia, cuentan con una gran cantidad de información especializada sobre el universo de bienes que se comercializan en el mundo. La información puede ser proporcionada por las supervisoras a solicitud de la autoridad nacional[249] o comunitaria, siempre que medie una orden o mandato expreso (el mandato debería de ser motivado, claro, preciso y notificado a la empresa supervisora).

4.1.2.5. Intercambio de información

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

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

---

[249] La solicitud de información puede ser hecha directamente por la autoridad que investiga el dumping o a las Oficinas de Aduana, estas oficinas primero reciben la información de las propias supervisoras y luego la transfieren a los entes que investigan el dumping.

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

1.- Información que la autoridad obtiene por sí misma en el curso de sus investigaciones. Como ejemplo podemos señalar el caso de la información de conocimiento público o la solicitada entre organismos estatales.

2.- Información proporcionada por las propias empresas (denunciantes o denunciadas). Esta puede tener o no el carácter de reservada, si es que la empresa al proporcionarla ha explicado los motivos para darle el carácter de confidencial y la autoridad ha considerado fundado el pedido de reserva.

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

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

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

La norma propuesta, dispondría como condición para el intercambio, que la autoridad que recibe la información (en virtud

del Acuerdo de Cooperación) también tenga la obligación de guardar la confidencialidad de la misma así como lo hace la autoridad que se la entregó (la empresa conocería de antemano que tiene un derecho relativo a la reserva o confidencialidad y que el uso de la información está regulado).[250]

Proponemos que en la CAN (mediante una nueva Decisión, o enmiendas a las Decisiones 283, 285 y la reciente 456) se establezca la exigencia de intercambio de información entre los Miembros, por intermedio de sus autoridades nacionales[251] (agencias o entidades especializadas en investigaciones antitrust y antidumping, Poder Judicial, e incluso Aduanas). El intercambio incluso debe ser respecto de los datos que hayan sido catalogados como confidenciales, siempre que se cumpla con ciertas condiciones.

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

En el ordenamiento jurídico nacional[252] de cada uno de los Miembros de la CAN existiría también una norma que señala-

---

250 «La respuesta obvia de las autoridades de la competencia a la globalización del mercado y a la creciente naturaleza internacional de la actividad empresarial es cooperar de modo más cercano en sus programas de implementación de las normas. La cooperación hoy en día se ha paralizado por un sin número de razones. Las divergencias más comunes se encuentran en las reglas sustantivas, en los acuerdos procesales e institucionales de las leyes y reglas sobre competencia nacional que impiden la revelación a otras autoridades de información confidencial». DOCUMENTO DEL BANCO MUNDIAL. *Ob. cit.*, p. 31.

251 Autoridades nacionales en un sentido más amplio y no solo los organismos de enlace como hacen referencia las Decisiones 283 y 285. Deben tenerse presente las modificaciones dispuestas por la Decisión 456.

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

se que el derecho de confidencialidad restringido, no impide el intercambio de información entre entes nacionales y comunitarios dentro de un proceso de integración regional.[253] Este tipo de cooperación comprendería las materias aduanera, antimonopolio y sobre dumping, y sujeto a las mismas condiciones que las dispuestas por la norma comunitaria.

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

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

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

---

253 Si existiese un Acuerdo Internacional Multilateral en materia antitrust (como el propuesto por la UNCTAD), en el mismo se podría estipular la obligación de que las autoridades de cada país intercambien información bajo ciertas condiciones. En vista que no existe un Acuerdo Multilateral que obligue al intercambio de información entre autoridades de los Estados, a nivel de los procesos de integración se podría establecer la obligación de dicho intercambio bajo ciertas reglas (y en la medida que en cada estado existan las condiciones mínimas legales para asegurar la no-divulgación de la información confidencial o no hacia terceros, como sería el caso de los propios investigados o posibles investigados).

El intercambio no es una propuesta teórica, tiene varios ejemplos que acreditan su necesidad. Estados Unidos tiene suscrito un Convenio de cooperación e intercambio de información con «un rival económico» como es el caso de la Unión Europea (dicho Convenio se suma al suscrito con Canadá antes de la suscripción del NAFTA); a pesar de que ambos no son parte de un proceso de integración.

En virtud del Convenio Estados Unidos–Unión Europea se da una colaboración entre la *Federal Trade Commission*, el Departamento de Justicia de los EE.UU. y la Comisión de la UE, respecto de los siguientes puntos: Obligación de proporcionarse información relevante, Obligación de asistencia Mutua, Coordinaciones y Delegación de coacción.[254]

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

---

254 «El Acuerdo de Cooperación de 1991 entre la Unión Europea y los Estados Unidos es un ejemplo de un acuerdo de cooperación moderno. Este acuerdo busca disminuir la posibilidad o el impacto de las diferencias entre las partes en la aplicación de sus leyes de competencia, además de implementar la idea de la cortesía positiva. Esto se hace a través de estipulaciones, de tal manera que:
- Cada agencia proporcionará a la otra toda información relevante que llega a sus manos y eso puede garantizar, la actividad de coacción de la otra agencia (Art. III.3);
- Cada agencia debe ayudar a la otra, dentro de los límites de su legislación e intereses y dentro de sus recursos razonablemente disponibles. (Art. IV.1);
- Existe la posibilidad de una entrada en vigencia coordinada, cuando ambas partes están interesadas en alcanzar actividades de coacción en situaciones relacionadas; y
- Permitir delegar coacción, eso significa, que si una parte cree que una actividad anticompetitiva ejecutada en el territorio de la contraparte, afecta negativamente sus intereses, la parte afectada podrá requerir a la autoridad de competencia de la contraparte iniciar acciones de coacción apropiadas. (Art. V.2)». DOCUMENTO DEL BANCO MUNDIAL. *Política de competencia en una economía global. Ob. cit.*, p. 30.

4.2. Propuesta para el proyecto Área de Libre Comercio de las Américas - ALCA[255]

4.2.1. Definición y desarrollo del ALCA

El Área de Libre Comercio de las Américas es un modelo de integración del tipo zona de libre comercio, será integrado por todos los países del continente americano (desde el norte por Canadá hasta el sur por Argentina) y dará lugar al mercado ampliado más grande del mundo. Este ambicioso proyecto agruparía también a distintos modelos de integración sub regional como el Mercosur, la CAN, el NAFTA, el G-3, entre otros; por lo que el ordenamiento jurídico comunitario americano que se adopte será complejo.

El futuro proceso americano en la actualidad solo está plasmado en negociaciones de los grupos de trabajo que se han establecido y en las reuniones de los representantes de cada país; y aún no tiene un proyecto de regulación comunitaria. Respecto del ALCA solo se tiene la certeza que será un área de libre comercio y que ella debe iniciarse en el año 2005; por lo que la libre circulación de bienes sin pago de aranceles ni restricciones a la importación será un punto esencial como veremos.

Al ALCA, le serían aplicables las consideraciones que sobre las zonas de libre comercio señalamos en el segundo capítulo, con sus particularidades. En ella no solo debe permitirse la libre circulación de bienes, también se buscaría la libre circulación de servicios, personas y capitales, sin llegar a convertirse en un mercado común.

Originalmente se conformaron doce grupos de trabajo, luego de las reuniones de Ministros de Denver, Cartagena y Belo Horizonte; lo que en un futuro tendrían su correlato en capítu-

---

[255] Sobre el tema de ALCA puede consultarse la siguiente página wed de la Organización de Estados Americanos <www.sice.oas.org>.
También puede consultarse la página web oficial del ALCA, <www.ftaa-alca.org>.

los del futuro Acuerdo. A continuación señalamos los grupos originales:

1.- Acceso a mercados.

2.- Procedimientos Aduaneros y Reglas de Origen.

3.- Inversión.

4.- Normas y Barreras al Comercio.

5.- Economías más pequeñas.

6.- Medidas Sanitarias y Fito sanitarias.

7.- Subsidios, Antidumping y Derechos Compensatorios.

8.- Compras del Sector Público.

9.- Propiedad Intelectual.

10.- Servicios.

11.- Política de Competencia.

12.- Solución de Controversias.[256]

Luego de las reuniones Denver, Cartagena y Belo Horizonte se plasmó la Declaración Ministerial de San José en la que se establecieron nueve (9) Grupos de Negociación: Acceso a Mercados, Inversión, Servicios, Compras del sector público, Solución de diferencias, Agricultura, Derechos de Propiedad Intelectual, Subsidios, antidumping y derechos compensatorios, y el grupo de Política de Competencia.

---

[256] Los doce originales Grupos de Trabajo que mencionamos, en la actualidad se han reducido y ahora se denominan Grupos de Negociación. En el futuro Tratado de Libre Comercio del ALCA se podrían incluir capítulos que retomasen los temas tratados en los originales grupos.

4.2.2. Libre circulación de mercancías, servicios y capital

Al ser el ALCA una zona de libre comercio se deberá garantizar la libre circulación de bienes al interior de la zona (comercio entre los Miembros), para ello no bastará eliminar los derechos arancelarios para las importaciones de bienes de origen americano[257] (según las normas de origen que deben señalarse en el Tratado constitutivo del proceso americano), también deben acordarse otras medidas.

Entre las medidas que proponemos para el ALCA está la eliminación de los derechos antidumping y de las restricciones para arancelarias,[258] ya que podrían (en la práctica) impedir una libre circulación de bienes (la eliminación del dumping lo desarrollaremos en el siguiente punto).

El ALCA planea no solo ser una zona de libre comercio también buscaría lograr las libertades de circulación de servicios y capitales bajo ciertas condiciones, sin lograr convertirse en un mercado común. La razón para la afirmación que hacemos es la existencia de los actuales grupos de trabajo (y ahora Grupos de Negociación), los mismos que incluyen los temas de servicios e inversiones en la región.

En vista que Estados Unidos será integrante del proceso, puede esperarse que las condiciones bajo las cuales se permitan las tres libertades de circulación en la región americana serán mas o menos semejantes a las regulaciones que sobre dichos puntos se han adoptado en el Acuerdo NAFTA. Las razones para nuestra afirmación se basan en:

---

257 Americano debe ser entendido como de origen en alguno de los futuros Países Miembros del ALCA y de acuerdo a las normas de origen que se den.

258 Muchos de los futuros Miembros del ALCA tienen normas para arancelarias aplicables a las importaciones sean parte o no de un proceso de integración; dichas medidas deben ser eliminadas ya que de mantenerse dificultarán la libre circulación entre Miembros, disminuyendo los beneficios de la zona de libre comercio. La eliminación de las medidas para arancelarias no es el objeto de nuestra tesis, mas reconocemos su necesidad en un modelo que busque la libre circulación de bienes al interior de un mercado ampliado.

a.- La importancia político internacional de los Miembros del NAFTA.

b.- El NAFTA es el mercado ampliado subregional más grande que sería parte del ALCA.[259]

El comercio internacional de bienes al interior de una zona de libre comercio es objeto de regulaciones particulares, dadas p.e. por las normas fito y zoo sanitarias, las medidas de salvaguardia, las reglas de origen y otros puntos.

La razón para plantear la eliminación o reducción de las medidas para arancelarias o medidas de efecto equivalente (ya que para el Tribunal de Justicia Europeo éste concepto es sinónimo de restricción para arancelaria) se debe a que ellas son limitantes del libre comercio (o de la libre circulación de bienes), disminuyen o tornan en ineficientes los beneficios de la integración regional.[260] [261] En la actualidad la mayoría de los futuros Miembros del ALCA mantienen distintos tipos de normas que limitan o condicionan las importaciones.

Como medidas para arancelarias que deben ser eliminadas podemos señalar las siguientes: las cuotas de importación, los aranceles adicionales, las licencias de importación, las normas

---

[259] Desde ya reconocemos que la regulación comunitaria y estructura institucional que se le otorgue al ALCA dependerá de factores políticos que escapan de lo jurídico; por lo que otras propuestas pueden darse ya que dependerán de los intereses de cada Estado americano y de los bloques que integrarían el ALCA.
Es por ello que la unión de Comunidad Andina y Mercosur es importante políticamente ya que serviría para que se negocie en una mejor posición con el resto de países americanos (en especial con Estados Unidos, Canadá y México).

[260] Si bien algunos países como Perú han eliminado las medidas para arancelarias como las licencias previas, cuotas de importación por volúmenes o temporadas, otros países como Estados Unidos, Canadá, Brasil y Argentina mantienen medidas para arancelarias que dificultan (y dificultarán) el libre comercio de bienes.
A nivel de ALCA podría establecerse la obligación de reducción y eliminación de las medidas para arancelarias según un cronograma general o particular para cada futuro Miembro.

[261] También, como veremos mas adelante, proponemos la eliminación del dumping al interior del ALCA.

de calidad, medidas zoo y fito sanitarias, entre otras. Si bien países como Perú han optado por una eliminación de las medidas para arancelarias, países como Argentina, Brasil. México y los Estados Unidos las mantendrían; por lo que cabe preguntarse ¿si al interior de la futura zona de libre comercio ALCA, se restringirán o no el libre comercio y circulación de bienes? En lo particular esperamos que ello no vaya a ocurrir y por el contrario se promuevan y defiendan los principios del comercio internacional regulado por la OMC.

4.2.3. Normas antidumping y antitrust supranacionales propias del ALCA

4.2.3.1. Aspectos generales

Para maximizar los beneficios de la integración regional americana proponemos que en el ALCA se adopten normas comunitarias, las cuales serán parte del derecho interno de cada Miembro y tendrán una jerarquía superior (esto por el efecto directo y aplicación inmediata de la legislación comunitaria). Estas normas buscarán proteger el mercado ampliado de prácticas anticompetitivas, internas o externas, que pongan en peligro o mermen los beneficios de la integración.

El comercio que se dará al interior del ALCA y con países del exterior podrá ser clasificado en:

1.- Comercio subregional de bienes o servicios entre Miembros (comercio intra zona).

2.- Comercio subregional con terceros Estados (comercio internacional extra zona, tanto de mercancías como de servicios).

3.- Comercio nacional de bienes o servicios (comercio intra país).

El caso del comercio de bienes entre un solo Miembro y cualquier tercer país (dumping con efecto nacional)[262] es un caso de comercio extra zona, que a la vez comprende el caso de comercio entre varios Países Miembros y No Miembros.[263]

4.2.3.2. Normativa antidumping: ¿nacional o comunitaria?

Para favorecer una mayor libertad de circulación de los bienes al interior del mercado ampliado del ALCA, proponemos que se opte por la eliminación de la figura del dumping intra comunitario (importaciones entre Miembros), al igual que lo han optado Chile y Canadá, Nueva Zelanda y Australia y los Miembros de la Unión Europea.

Las razones para la eliminación de la figura del dumping al interior del mercado ampliado del ALCA son:

1.- Los derechos antidumping pueden ser usados como un limitante del comercio internacional, convirtiéndose en «barreras de acceso». Los países optan por proteger sus industrias nacionales, dificultando el ingreso de bienes importados vía la alegación del dumping (incluso de Estados Parte del proceso de integración); lo que genera el incumplimiento de la libertad de circulación de bienes en el mercado ampliado.

2.- Las exportaciones entre Miembros, a precios inferiores a los del costo total promedio (en las cuales no se consideran los costos fijos promedio e incluso se disminuyen los costos variables promedio), serían supervisadas vía normas antitrust comunitarias contra prácticas predatorias, subsidios cruzados y/o discriminaciones de precios (al igual que la Ley Robinson de los Estados Unidos, con la diferencia que se daría una apli-

---

[262] Este tipo de comercio de bienes que solo afecte una parte del mercado ampliado podría presentarse y así lo prevé por ejemplo la Decisión 283 sobre dumping en la parte final de su artículo 2.

[263] Los cuatro tipos de comercio han sido explicados al analizar el caso de la Comunidad Andina, por lo que las explicaciones hechas en dicho punto también deben ser tomadas en cuenta para el modelo ALCA.

cación de la norma por prácticas que afectan un mercado ampliado).

3.- Si el proceso de integración ALCA en algún momento quisiera convertirse en un mercado común, la subsistencia de los derechos antidumping sería inviable ya que en dicho modelo las importaciones–exportaciones entre Miembros han desaparecido y solo existe la venta interna (al interior de un mercado común).

4.- La protección de las industrias nacionales se mantiene para el comercio entre los Estados Parte, pero dicha protección ya no será vía normas antidumping sino mediante normas antimonopolio comunitarias, las mismas que también serán de aplicación ante amenazas de daño.

5.- El principio de trato nacional (como lo ha indicado la doctora Marceau), debe ser respetado en los procesos de integración; no siendo aceptable mantener normas antidumping respecto de los Estados Miembros, sino que a ellos deben serles de aplicación las normas antitrust, que son aplicables a los productores nacionales.

6.- Vía normas antimonopolio supranacionales se le concede legitimidad y protección a los consumidores de cada País Miembro (consumidores comunitarios). El consumidor del país exportador puede actuar si es que sufre una discriminación de condiciones (p.e. el precio doméstico es mayor que el precio de exportación).

Por todo lo indicado, proponemos la eliminación de las normas antidumping entre los Estados Parte del ALCA,[264] y su reemplazo por normas antitrust comunitarias como indicaremos en

[264] El comercio que se vaya a dar entre los Miembros del ALCA se verá mas favorecido con nuestra propuesta, ya que a parte de la eliminación de los aranceles se habrá eliminado la posibilidad de que cada Miembro por separado decida utilizar el dumping como pretexto legal para limitar el ingreso de bienes importados de los otros Miembros. Si la razón es combatir prácticas discriminatorias de precios o precios predatorios, entonces se contará con normas antitrust comunitarias.

el siguiente punto. Respecto del comercio internacional entre Miembros y No Miembros planteamos mantener las normas nacionales antidumping (aplicables exclusivamente a las importaciones provenientes de terceros países), lo cual se complementa con las reglas de origen que determinan si la mercancía es o no de origen americano.

El comercio extra zona del ALCA (comercio internacional entre Miembros y No Miembros) a nuestro parecer debe ser regulado vía normas antidumping nacionales, en lugar de adoptarse un reglamento comunitario sobre la misma materia; las razones para ello son:

1.- El modelo ALCA, tal y como ha sido planteado hasta el momento, opta por un proceso de integración del tipo zona de libre comercio, por lo que cada Estado Parte mantiene control soberano respecto a sus políticas comercial y aduanera con terceros países.

2.- Los No Miembros pueden tener (y de hecho tienen) realidades macroeconómicas distintas a las de los Estados Parte, las cuales no han sido minimizadas por un acuerdo de integración, y es por ello que se mantienen los aranceles nacionales.

3.- Los beneficios de la integración no deben ser aplicables a los Estados No Miembros.

4.- Cada Miembro regula el ingreso de bienes importados, en el caso de los bienes comunitarios vía normas de origen, y en el caso de bienes de terceros países vía sus normas nacionales.

5.- Los bienes importados de terceros países podrían ser re exportados desde un País Miembro hacia otro Integrante, pero en dichos casos no se gozará de los beneficios de la zona de libre comercio, debido a las normas de origen.

6.- Cada Estado Parte mantiene el derecho de proteger sus industrias nacionales respecto de importaciones de terceros países, dicha protección puede ser mayor con las normas antidumping ya que se centran en los productores nacionales.

7.- Los otros Países Miembros también se benefician con el mantenimiento de las normas antidumping nacionales ya que pueden hacer uso de la cláusula de dumping a favor de un tercer país.

Otra alternativa para regular el comercio internacional extra zona es que el ALCA adopte un reglamento comunitario antidumping que reemplace a las normas nacionales de los Miembros; ello si bien es una solución, es difícil de poner en práctica por las siguientes razones:

1.- Dificultades políticas de disminución de soberanía de los Estados Miembros.

2.- Por razones jurídicas, ya que los beneficios del Tratado de integración solo son aplicables a los Miembros y las normas nacionales antidumping contienen la cláusula del dumping a favor de un Tercer País.

3.- Por razones prácticas, ya que en el ALCA existirán distintos Miembros, con sus respectivos territorios aduaneros por lo que el ingreso de bienes importados de terceros países puede realizarse por uno o varios Países Miembros.

4.- El esquema de la zona de libre comercio no exige políticas comercial y aduanera comunes.

No obstante las consideraciones para la no adopción de un reglamento antidumping comunitario en el ALCA, de optarse por su implementación ello tendría las siguientes virtudes:

1.- Se optaría por una defensa de las industrias comunitarias en lugar de protegerse solo a las industrias nacionales (inclu-

so la protección debe abarcar a los consumidores del mercado ampliado).

2.- Materias primas a precios dumping podrían ingresar a un País Miembro del ALCA, ser transformadas y considerado el producto final como un bien comunitario por las reglas de origen.

El bien transformado podría ser exportado a otro País Miembro con un precio muy bajo dado que utilizó materia prima en condiciones dumping (p.e. tela china podría ser transformada en un terno de origen comunitario cambiando de partida y no sería objeto de un proceso antidumping nacional ni de un proceso antitrust comunitario).

Con relación a la primera virtud, un reglamento comunitario antidumping proporciona una defensa integral del mercado ampliado como bloque frente a terceros; ello permitiría que en un futuro se pudiese negociar con terceros Estados como bloque.

Respecto a la segunda virtud consideramos que en el caso de materias primas o bienes a ser transformados se debe optar por mantener los beneficios ya que la zona de libre comercio promueve la transformación de bienes para luego poder circular libremente al interior del mercado ampliado.

En la Unión Europea se ha optado por una norma comunitaria antidumping (actualmente es el Reglamento CE N°. 384/96) no solo ahora sino casi desde sus inicios; pero ello se ha debido a que los Miembros tienen políticas comerciales y aduaneras comunitarias con relación a terceros países, lo que no ocurrirá en el ALCA ya que solo busca la creación de una zona de libre comercio.

El modelo europeo es un mercado común que respecto de relaciones comerciales con terceros países es como si fuese un solo y único mercado, es por ello que todos sus Miembros están interesados en las importaciones de Países No Miembros,

les interesa si ellas se dan en condiciones dumping (sean de materias primas o de bienes finales).

4.2.3.3. Normativa antitrust comunitaria

Al eliminarse las normas antidumping nacionales entre los Miembros del ALCA, proponemos que dicho comercio internacional intra zona sea regulado por normas antitrust comunitarias. Las normas sustitutas que proponemos prohibirán prácticas anticompetitivas que tengan efectos en el mercado ampliado de la región americana. Las normas nacionales antimonopolio de cada Integrante seguirán vigentes y serán de aplicación para el comercio intra país, el mismo que no tiene un efecto comunitario.

Las normas antitrust comunitarias del ALCA deberán tocar los siguientes puntos:

1.- Abusos de posición de dominio.

2.- Prácticas de discriminación de precios (en particular las ventas por debajo del costo total).

3.- Subsidios Cruzados (de mercados, productos o servicios, o mixtos).

4.- Prohibiciones de acuerdos restrictivos (concertaciones).

5.- Control de fusiones, asociaciones y acuerdos similares.

Las normas antidumping se sustentan en un control de estrategias comerciales predatorias, discriminaciones de precios internacionales y protección de las industrias nacionales; las normas antitrust también pueden cumplir estos fines, pero con sus propias consideraciones. Estas, a diferencia de las primeras, no son «sobre proteccionistas» ya que toman en cuenta no solo el interés de los productores sino también el interés de los consumidores y del sistema económico.

Las normas antitrust también protegen a los competidores del sujeto activo de la práctica restrictiva. La protección incluso, comprende las situaciones de amenaza de daño y ello se justifica en la teoría de los efectos de la práctica anticompetitiva, por lo que también se logra un control ex ante sin tener que esperar que se produzca el daño.

Normas comunitarias antimonopolio que contemplen el supuesto del abuso de posición de dominio impiden estrategias predatorias y de discriminaciones de precios (al igual que la Ley Robinson), controlando que las ventas o exportaciones no sean hechas a precios por debajo del costo, en base a una posición de dominio. La norma se complementa con una prohibición expresa de los subsidios cruzados (de productos, de mercados o mixtos) ya que en dichos casos las investigaciones son mucho más complejas.[265]

En vista que las investigaciones por actos de abuso de posición de dominio tienen una larga duración y complejidad, a diferencia de las investigaciones antidumping; debe buscarse una forma de evitar daños irreparables; ya que p.e. en los procesos por dumping se expiden derechos provisionales.

Proponemos que en los casos en que existan evidencias para presumir un acto de abuso de posición de dominio, se puedan dictar medidas cautelares provisionales que eviten tornar en irreparable el daño a los competidores. Las medidas que planteamos en los procesos antitrust cumplirían una función similar a la de los derechos antidumping provisionales. Para poner límites a las medidas cautelares podría sancionarse a quien solicitó la medida cautelar u obligarlo al requisito de una contra-cautela.

---

[265] Los Tratados NAFTA, G-3 y Chile-Canadá, en sus capítulos sobre normas antitrust, nos demuestran que los subsidios cruzados no necesariamente pueden ser regulados por cláusulas generales en las legiones antitrust sino que hace falta una mención expresa en la regulación.

Las normas comunitarias antimonopolio tienen como ámbito de aplicación no solo del comercio de bienes o mercancías sino también respecto del comercio de servicios. En la actualidad las exportaciones e importaciones de servicios no son objeto de control por normas internacionales (salvo algunas regulaciones o Convenios sobre telecomunicaciones o fletes en la Unión Europea). En el marco de la OMC no existe una norma que sancione las discriminaciones internacionales en el precio de los servicios exportados (ya señalamos que para esta organización mundial no existe el dumping de servicios).

Las normas antitrust comunitarias que se adopten en el ALCA, podrían perfectamente regular el intercambio de bienes o servicios entre los Países Miembros respecto de sus precios y determinar si son competitivos o no. Creemos que la adopción de las normas antimonopolio comunitarias en el ALCA propuestas servirían para supervisar el comercio intra comunitario sin incurrir en sobre proteccionismos.

4.2.3.4. Sanciones por infracciones y legitimidad activa

La normativa comunitaria sobre Derecho de la Competencia que se decida implementar en el ALCA debería además disponer una lista de sanciones para los que llevan a cabo prácticas restrictivas, ello como complemento de la prohibición y control dispuesto por la norma. El cuadro de sanciones graduales servirá como mecanismo de coerción o amenaza y a la vez como castigo para las empresas que infrinjan las disposiciones de la norma comunitaria.

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

1.- Sanción del tipo Multas dinerarias

Las multas deberían ser impuestas en una moneda común de referencia ya que los futuros Miembros del ALCA tienen monedas distintas. Proponemos que las multas dinerarias sean fijadas en una divisa como el dólar norteamericano o en DEG.

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

Como ejemplo de este tipo de sanciones tenemos el cierre de locales, plantas o establecimientos de las empresas, comisos de bienes que son comercializados en condiciones anticompetitivas, divisiones o escisiones de empresas fusionadas y otras.[266]

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

Además de las modificaciones para establecer sanciones, proponemos que la legitimidad activa en los procedimientos administrativos comunitarios antitrust pueda ejercitarse de las siguientes maneras:

1.- Por medio de las denuncias de particulares (empresas o asociaciones de consumidores).

2.- Vía denuncias de los organismos nacionales, tanto vía Ministerios de Industrias y/o Comercio y vía organismos autónomos o entes especializados como el INDECOPI o la *Federal Trade Commission*.

3.- Investigaciones de oficio del propio ente comunitario administrativo que se cree para el ALCA.

---

[266] Incluso debería de pensarse en la elaboración de regulaciones nacionales en materia penal que sancionen las conductas dolosas que realicen las empresas, y celebrarse convenios de extradición. Los Miembros del ALCA deberán tener leyes penales semejantes al artículo 232 del Código Penal del Perú, y celebrar Convenios de extradición por delitos penales contra el orden económico por conductas monopolísticas.

4.- Vía notificaciones o solicitudes de autorización de las propias empresas (que aparentemente realizan actos anticompetitivos). Las autorizaciones o notificaciones serían planteadas ante la autoridad comunitaria administrativa que se establezca en el ALCA y se adaptaría la regulación que existe en la Unión Europea para este caso (procedimiento ante la Comisión Europea).

4.2.4. Subsistencia y homogenización de las normas nacionales de los países miembros del ALCA

Como parte de nuestra propuesta no solo planteamos la existencia de normas comunitarias propias del proceso americano, también proponemos el mantenimiento de las normas antitrust nacionales. Respecto de las normas antidumping nacionales consideramos que ellas deben mantenerse respecto de No Miembros, aunque ello es una opción política.

Cabe preguntarse cuál puede ser la razón para que las normas antitrust nacionales sigan existiendo.

Como ya hemos indicado (en los puntos B del apartado 3.3.1.1 y 3.3.2.3) un proceso de integración supone la coexistencia de distintos tipos de comercio: subregional entre Miembros (intra zona), subregional con terceros Estados (comercio internacional extra zona), nacional (comercio intra país).

El comercio intra zona tienen una implicancia o efecto sobre el mercado ampliado, rebasando las fronteras nacionales, a diferencia del comercio intra país el cual se circunscribe al territorio de un país (incluyendo los mercados provinciales o departamentales). Este comercio debe ser regulado por normas comunitarias ya que el interés de todos los Miembros es el sistema económico del mercado ampliado y no solo el interés nacional.

En segundo lugar (comercio intra país) proponemos que las legislaciones nacionales antitrust de cada uno de los Miembros del ALCA sean armonizadas, a fin de que en cada país se

combatan el mismo tipo de prácticas anticompetitivas (abusos de posición de dominio, subsidios cruzados, discriminaciones de precios, acuerdos restrictivos, fusiones). Las normas deben contar con una cláusula general por medio de la cual se puedan combatir otras prácticas restrictivas no previstas expresamente.

Nuestra propuesta también incluye que países que no cuenten con normas antitrust, las adopten al ingresar al ALCA (a la par que en el Tratado se dispongan principios generales antitrust). No solo se debe dar una supervisión al interior del mercado ampliado sino también intra país.

La ausencia de regulaciones nacionales sobre monopolio representaría una incoherencia ya que el comercio al interior del mercado regional sería controlado por las normas comunitarias y el comercio al interior de un solo País Miembro no sería controlado.[267]

La realidad actual americana nos demuestra que algunos países de la región no cuentan con legislaciones propias sobre restricciones a la libre competencia, a pesar de ser Miembros de procesos de integración (como ocurre con Paraguay, Uruguay, Bolivia y Ecuador, algunos de ellos solo tienen proyectos).[268]

---

[267] Las normas antitrust nacionales que sean adoptadas (o que sean armonizadas) deben combatir las prácticas anticompetitivas que tengan efectos nacionales (con orígenes en terceros países o en el mismo país donde se dan los efectos); ya que si el efecto es nacional pero el origen es en otro País Miembro, la norma pertinente es la comunitaria.

[268] «En lo que concierne a los países de MERCOSUR, Paraguay y Uruguay no tienen leyes de competencia, y Brasil y Argentina tienen leyes que necesitan una revisión. Muchos países que aspiran incorporarse a MERCOSUR no tienen leyes de competencia o tienen leyes que son fácilmente armonizables con las que ya se encuentran en vigencia dentro del bloque comercial. Los expertos señalan que el proceso más lógico y previsible para el desarrollo de la política de competencia en MERCOSUR ha sido para sus miembros actuales llegar a un acuerdo sobre los principios mínimos que pueden aceptarse de las normas de competencia y su administración a nivel nacional como regional, tal como lo demuestra el Protocolo para la Defensa de la Competencia[...]». BANCO MUNDIAL. *Competition Policy and*

Nuestra propuesta considera (como ya habíamos adelantado) el mantenimiento de las normas antidumping nacionales,[269] ellas serían de aplicación exclusiva a las importaciones provenientes de Países No Miembros del Tratado americano.

El ALCA será un proceso de integración del tipo zona de libre comercio. Los Estados Miembros si bien deberán acordar normas comunitarias para regular el comercio intra zona (comercio entre Miembros), no necesariamente adoptarán una política comercial ni aduanera común frente a terceros Estados.

Para los modelos de zonas de libre comercio, no proponemos un reglamento comunitario antidumping como el que existe en la Unión Europea, ya que cada Estado mantiene el cobro de aranceles respecto de No Miembros, sus propias políticas aduaneras y comerciales.[270]

Si bien nuestra propuesta no plantea la eliminación absoluta de las normas antidumping nacionales, sí podría incluir una armonización de ellas. Algunas normativas incurren en excesos contrarios a los Acuerdos GATT y OMC, al disponer supuestos como el dumping social, ecológico o las elusiones de los derechos antidumping (este último caso se da en la legisla-

---

Economic reform. An interpretative summary (Política de competencia y reforma económica. Un resumen interpretativo). Documento que resume la conferencia llevada a cabo los días 10-13 de julio de 1997 en Rio de Janeiro. Washington, 1998 p. 28.

269 Reconocemos que lograr que se adopte tal propuesta en el ALCA será difícil si se tiene en cuenta que Estados Unidos es uno de los tradicionales usuarios de dichas normas y que al amparo de ellas protege excesivamente su mercado nacional (a la par que emplea medidas para arancelarias), No obstante las dificultades políticas, creemos que nuestra propuesta es viable si se toma en cuenta que Canadá (un tradicional usuario de dichas normas) las ha eliminado en su Tratado de Libre Comercio con Chile.

270 Australia y Nueva Zelanda (Acuerdo Trans Tasman) y Canadá y Chile son dos ejemplos de zonas de libre comercio que han optado por mantener sus legislaciones nacionales antidumping, por lo que las industrias nacionales de cada país son protegidas teniendo presente el interés particular de cada Estado representado por la legislación nacional.

ción norteamericana). La armonización representaría el establecimiento de principios generales de obligatorio cumplimiento, como ocurre en cierta forma en el Tratado NAFTA y que a su vez cumplan lo dispuesto por el GATT y los Acuerdos de la OMC.

La «homogenización» o armonización de normas antimonopolio nacionales ya ha sido planteada para el ALCA, prueba de ello es la conformación de un grupo de trabajo sobre dicho tema presidido por el Perú y establecido por la Reunión de Ministros americanos llevada a cabo en Cartagena. La razón de este grupo de trabajo es efectuar un balance de las normas nacionales en su primera etapa; luego se plantearían principios generales sobre Derecho de la Competencia.[271]

4.2.5. Unión de sub regiones y homogenización de normas regionales

Como ya indicamos el ALCA agrupará no solo a varios países (con sus propias legislaciones nacionales) sino que además comprenderá distintos tipos de procesos de integración sub regional.

La unión de los distintos procesos de integración para conformar la zona de libre comercio americana implicará la coexistencia paralela de ordenamientos jurídicos comunitarios y nacionales, los cuales serían los siguientes:

a.- Ordenamiento comunitario del propio ALCA (comercio al interior de la zona de libre comercio americana y de ella con relación a terceros países No Miembros).

b.- Ordenamiento comunitario subregional (relaciones comerciales al interior de cada proceso sub regional: p.e. NAFTA, G-3, MERCOSUR, CAN, etc).

---

[271] Al interior de la OECD y de la OMC se ha discutido la conveniencia de la armonización de legislaciones antitrust nacionales.

c.- Ordenamiento nacional exclusivo de cada País Miembro (la legislación propiamente nacional y que no incluya a la legislación o legislaciones comunitarias).

El primero estará referido a las normas comunitarias dadas en el marco del ALCA, las que regularán varios puntos (p.e. normas fito sanitarias, ingreso de personas, capital y circulación de servicios). Como ejemplo de este tipo de regulaciones señalamos el caso de las normas antitrust comunitarias que proponemos.

El segundo tipo de ordenamiento comprenderá la regulación comunitaria (particular) de cada bloque que integrará el mercado ampliado americano, es decir las regulaciones propias del Nafta, Mercosur o las Decisiones dictadas en el marco de la Comunidad Andina. Las normas comunitarias sub bloque no primarían sobre las normas que en el marco del ALCA sean dictadas, por el contrario, ambas normas coexistirían ya que unas están referidas al comercio intra región y otras al comercio a nivel bloque subregional.[272]

En vista de la pluralidad de ordenamientos jurídicos comunitarios que existirán luego de la constitución de una zona de libre comercio en América, el propio Tratado constitutivo deberá señalar cómo se regularán las relaciones entre los Miembros y entre bloques.

Una opción es que el Acuerdo Internacional originario señale que el comercio a nivel zona de libre comercio americana sea regulado por las normas comunitarias del propio ALCA. En el caso de zonas de libre comercio como el G-3, que ya cuentan con un Acuerdo de integración propio y anterior, no aplicarían sus propias normas sino las que el ordenamiento comunitario

[272] Un ejemplo de lo podría ser la superposición o coexistencia de ordenamientos comunitarios es el caso del G-3 ya que uno de sus Miembros también es parte del NAFTA y los otros dos son Miembros de la Comunidad Andina; en el Tratado del G-3 se ha regulado las relaciones y solución de controversias entre las Partes.

americano establezca, ya que es una zona de comercio distinta a la zona de comercio del G-3.

Otra opción para resolver el problema es determinar el tipo de comercio que se lleva a cabo. Si se trata de un comercio internacional al interior de la zona americana entre países que no forman parte de un proceso de integración, regirán las reglas ALCA (aplicable p.e. al comercio que entre Perú y Canadá se pudiese dar).

Para el comercio entre países que sí forman parte de un proceso de integración, regirán las reglas de dicho proceso sub regional. El comercio internacional entre dos de los Miembros del Mercosur será regido por las normas comunitarias del propio Mercosur, o el comercio entre Perú y Ecuador será regido por las reglas propias de la CAN.[273]

Como otras opciones, distintas de las señaladas en el párrafo anterior, cabe la posibilidad de que el modelo de integración americano establezca normas comunitarias básicas que deban ser respetadas por todos los Miembros tanto a nivel del comercio continental como sub regional. Las normas básicas o fundamentales del ALCA primarían o prevalecerían sobre otras normas. Las regulaciones comunitarias de cada bloque sub regional serían modificadas para no ser contradictorias con las normas americanas (o adecuarse a ellas).

Existirán normas comunes aplicables a todos los futuros Miembros del Acuerdo americano (p.e. aplicables a Perú y Ca-

---

[273] Para que en Europa se llegue a una etapa de Unión Económico-Monetaria con el proyecto del Euro, los Estados Miembros han tenido que pasar conjunta y gradualmente por varias etapas; no ha sido un desarrollo paralelo de distintos procesos de integración sino que todos los miembros evolucionaron desde una zona de libre comercio, pasaron por la etapa de la unión aduanera y luego alcanzaron las metas del mercado común. En cambio en el ALCA desde su nacimiento se están mezclando distintos procesos de integración (zonas de libre comercio, uniones aduaneras y mercados comunes), sumado a la existencia de Acuerdos Bilaterales; todo ello dificultará el proceso de integración ALCA y hará necesaria la existencia de una regla sobre norma aplicable en caso de conflictos.

nadá que no forman parte de un proceso previo de integración) y también se adoptarán normas particulares para el comercio intra bloque ya que cada bloque integrante del ALCA representa un tipo particular de proceso de integración (algunos son zonas de libre comercio, unos son uniones aduaneras y otros son mercados comunes).

El Acuerdo del ALCA deberá incluir un capítulo en el cual se establezca una disposición que resuelva el conflicto de normas supranacionales aplicables, para ello diferenciará entre comercio sub regional intra bloque (reglas supranacionales propias del Mercosur, NAFTA, CAN) y comercio sub regional al interior de la zona de libre comercio americana.

4.2.6. Procedimientos comunitarios: panels o autoridades supranacionales

Nuestra propuesta incluye la eliminación de las normas antidumping al comercio internacional entre Estados Parte, reemplazando dichas normas por normas antitrust comunitarias aplicables al comercio intra zona. ¿Qué organismo o ente debe realizar las investigaciones por prácticas anticompetitivas?

Para llevar a cabo las investigaciones sobre restricciones a la libre competencia comunitaria es necesario que el modelo del ALCA cuente con una estructura institucional comunitaria.

Las prácticas anticompetitivas que afecten el comercio entre los Miembros del Tratado americano serán objeto de procesos antitrust comunitarios. Las normas comunitarias (originarias o derivadas) que se dicten en el ALCA fijarán las obligaciones y derechos de las empresas, consumidores y de las instituciones o entes comunitarios.

Es clara la necesidad de contar con entes u organismos comunitarios que tutelen el mercado ampliado, ya que no solo las empresas particulares o estatales pueden distorsionar y disminuir los beneficios de la integración, los mismos Integrantes podrían dificultar el comercio intra zona. No obstante

la exigencia de entes comunitarios, será difícil la elección para el caso del modelo del ALCA ya que agrupa a distintos tipos de procesos de integración.

Los órganos propios de la CAN actúan en función a intereses comunitarios y no nacionales, gozan de independencia y autonomía no solo entre ellos sino también respecto de los Países Miembros, incluso controlan actos estatales que afecten el proceso de integración. Como ejemplo del control comunitario de los actos estatales podemos citar el caso de la Resolución N.° 030 expedida por la Secretaría General de la CAN, en la cual se sancionó el incumplimiento del Gobierno del Perú (por actos realizados por el organismo gubernamental peruano encargado de la protección del Derecho de Propiedad Intelectual-INDECOPI) por haber incumplido, con su accionar, disposiciones de la Decisión 344, norma comunitaria referida al régimen común sobre propiedad industrial.

Otros procesos de integración americanos han optado por autoridades comunitarias sin poder de decisión y con una labor de coordinación y emisión de informes o recomendaciones (como es el caso del modelo Caricom). En el caso del NAFTA los problemas o controversias entre Estados se solucionan mediante el sistema de panels (para los casos de controversias relacionadas con el dumping mas no para los casos antitrust).

Ante tal variedad de opciones ¿cuál debe ser el modelo u opción que se adoptará en su momento para el proyecto ALCA? La respuesta final dependerá de los intereses o razones políticas de cada uno de los Estados que decidan ser Miembros del ALCA, independientemente de las razones jurídicas o económicas.

Nuestra posición se inclina por la adopción de entes comunitarios permanentes, con independencia y autonomía (similares a la Comisión y Tribunal de la Unión Europea), que tengan poder de coerción y coacción tanto sobre particulares como respecto de los Estados Miembros. Estos entes actuarán en

función de los intereses comunitarios de la organización de integración (no solo intereses nacionales como ocurre en el caso del NAFTA, en el cual primero intervienen las autoridades nacionales y luego el sistema de panels). El interés comunitario estará por encima de los intereses nacionales, y deberá ser considerado tanto en la etapa administrativa como en la jurisdiccional.

La estructura orgánica comunitaria del ALCA para los casos antitrust deberá contar con dos etapas, la administrativa y la jurisdiccional. Un ente comunitario debería ser el encargado de la etapa administrativa de los procesos antitrust; tendría las funciones de investigación y sanción. Nuestra propuesta incluye la posibilidad de recurrir ante un Tribunal de Justicia comunitario en la etapa jurisdiccional o de revisión judicial (distinto al de la etapa administrativa).

Algunos de los procesos americanos han optado por la solución de controversias vía panels (como el GATT), el Mercosur ha optado por el arbitraje, y en el modelo MCCA se ha optado por un Tribunal permanente (como en la CAN).

4.2.7. Procedimientos nacionales

En vista que proponemos la vigencia de normas nacionales antitrust, los Miembros del ALCA deberán mantener sus entes u organismos nacionales (tanto para las etapas administrativas y judiciales) pero ellos solo intervendrán en investigaciones de prácticas que tengan un efecto nacional.

No proponemos el mantenimiento de los procesos nacionales antidumping para el caso del comercio intra zona, pero si los tenemos en cuenta para el comercio extra zona con No Miembros; en estos casos serán de aplicación las normas nacionales antidumping.

¿Cuál es la razón (o razones) para mantener los procesos antitrust nacionales?

Como ya indicamos, uno de los tipos de comercio que se llevara a cabo es el comercio intra país, el cual no tiene efectos comunitarios (en todo el ALCA, entre dos Miembros o en alguna subregión americana). Para este tipo de comercio no es necesario aplicar normas comunitarias ni la intervención de autoridades comunitarias, en su lugar la investigación debe ser realizada por autoridades o entes nacionales de cada país, aplicando la norma nacional sobre Derecho de la Competencia.

El comercio intra país es distinto del comercio intra comunitario, es por ello que debe existir un proceso antitrust nacional con sus respectivas etapas administrativas y jurisdiccional.

Una de las razones para que existan autoridades nacionales antimonopolio está sustentada en el ius imperium que mantienen para ciertos actos los propios Estados. Si bien las autoridades nacionales ven reducidas sus competencias, respecto del comercio internacional entre los Miembros del proceso de integración, ello no impide que detenten su ius imperium para ciertos actos (como el caso de regulación del comercio intra país).

El mantenimiento de normas antitrust nacionales va acompañado de la conservación de los entes especializados nacionales, con la limitación de competencias distintas respecto de los entes comunitarios que el propio ALCA adopte.

La limitación de las potestades de las autoridades nacionales tiene su explicación en la existencia de una delegación parcial o condicionada de soberanía que cada Estado hace al decidir formar parte de un proceso de integración. La delegación es en favor de las autoridades supranacionales como consecuencia del establecimiento de un ordenamiento jurídico comunitario que prevalece sobre el nacional. Las competencias de ambas autoridades estarán señaladas en el Tratado de inte-

gración primario ALCA o en posteriores Acuerdos complementarios.[274]

Otra razón para mantener los entes nacionales es de orden práctico y de reducción de costos. Los órganos u organismos nacionales serán aprovechados como entes de enlace entre los órganos comunitarios y los particulares ubicados en cada País Miembro (personas naturales o personas jurídicas).

En las zonas de libre comercio, es una opción política y jurídicamente aceptable la preservación de procesos antidumping nacionales, para los casos de importaciones provenientes de Países No Miembros; las razones para ello son:

a.- Cada Estado Miembro tiene plena soberanía para regular sus relaciones comerciales internacionales con terceros países y no supeditarlo a normas comunitarias, manteniendo sus normas nacionales, entre ellas las normas antidumping.

b.- Si bien por el ALCA se constituirá un mercado ampliado, no se trata de una unión aduanera o de un mercado común, por lo que se mantienen los aranceles para las importaciones de terceros países, a las cuales tampoco les serán de aplicación los beneficios de la eliminación de normas antidumping.

c.- Cada Estado decide soberanamente aplicar su propia normativa nacional (p.e. normas sobre aranceles y normas antidumping) al comercio con países de la extra zona del Acuerdo de integración. La existencia de una norma comunitaria aplicable respecto al comercio con Países No Miembros no es necesaria en los procesos del tipo zona de libre comercio ya que en ellos solo se busca regular el comercio intra zona.

---

[274] Las prácticas anticompetitivas que solo tengan efectos nacionales serán controladas y sancionadas por las autoridades nacionales, las que tengan un efecto comunitario que implique afectar el comercio entre Miembros o al interior del mercado ampliado suponen un control basado en el ordenamiento jurídico comunitario y en los órganos u organismos supranacionales; esto supone una existencia paralela con competencias claramente diferenciadas, sin impedir que entre los dos tipos de autoridades se materialice una mutua cooperación.

d.- Las exportaciones de terceros países, No Miembros, pueden dirigirse solo a un País o a varios Países Integrantes, siempre con la condición de cumplimiento de las normas de origen (los bienes importados de terceros países no pueden circular libremente al interior de la zona de libre comercio sin un grado de transformación que lo convierta en bien de origen comunitario). En caso que las exportaciones solo tengan como destino final a un solo Miembro, debe defenderse la industria nacional mediante la aplicación de la norma nacional antidumping por parte de las autoridades nacionales del país importador.

En las zonas de libre comercio, se podría optar por procedimientos antidumping comunitarios aplicando una normativa supranacional. Sin embargo, cada Miembro mantiene una dualidad de relaciones comerciales, las relaciones con otros Miembros y las relaciones con terceros. En las zonas de libre comercio no se han adoptado políticas comerciales ni aduaneras comunes, es por ello que cada Estado tiene plena libertad de aplicar su normativa nacional antidumping.

El modelo de Australia y Nueva Zelanda (zona de libre comercio) es un ejemplo de como no es necesario adoptar un reglamento comunitario antidumping y que se puede mantener la legislación nacional al respecto, sin la intervención de una autoridad comunitaria. El modelo de la Unión Europea es un ejemplo de adopción de un ente comunitario antidumping ya que se trata de un mercado común, ello debido a que sus Miembros han optado por una política comercial y aduanera común.

Para el ALCA, nos inclinamos por mantener los procedimientos antidumping nacionales, única y exclusivamente para las importaciones provenientes de terceros países No Miembros. Este proceso solo plantea constituir una zona de libre comercio, por lo que no se puede obligar a los futuros Estados Parte a perder soberanía y dejar en manos de autoridades supranacionales las investigaciones y sanciones de prácticas antidumping.

No obstante lo señalado, nada impide que la opción de un procedimiento comunitario antidumping pueda plantearse y que se suscriba un reglamento antidumping comunitario, ello dependería de lo que se acuerde en el Tratado ALCA. Una normativa comunitaria antidumping sería un elemento adicional al modelo de zona de libre comercio.

Si bien las autoridades nacionales deberán controlar el comercio al interior del país y que no traspase las fronteras (comercio de bienes en una provincia o entre provincias o entre Estados federales), ello no impedirá que ellas compartan información sobre el actuar de las empresas instaladas en sus territorios, o que la compartan con la autoridad comunitaria. El intercambio de información al interior del ALCA estará regulado y condicionado a lo dispuesto en las normas comunitarias y/o nacionales.

4.2.8. Cooperación entre autoridades nacionales y comunitarias

El ALCA no solo será una zona de libre comercio, también será el más grande proceso de integración que se haya creado, no solo por el volumen del comercio que generará (concentrado mayormente en los países de Estados Unidos, Canadá, México y Brasil) sino también porque agrupará a varios países (mucho más que el número de actuales Miembros de la Unión Europea) y bloques subregionales.

Este proceso será complejo debido a las distintas regulaciones nacionales y comunitarias, el número de ofertantes y demandantes, y por la amplitud del espacio geográfico del mercado ampliado. En la práctica será difícil el control del comercio tanto al interior del mercado ampliado como respecto de sus relaciones con el exterior.[275]

---

[275] Como lo señaló uno de los documentos del Banco Mundial, la globalización genera un gran mercado que hace difícil la aplicación de las normas nacionales y la actuación de los entes de cada Estado.

La realidad actual de los países del continente americano (en lo referente a las instituciones) proporcionará al ALCA un sinnúmero de entes u organismos nacionales especializados en los temas de restricciones a la libre competencia y dumping.

Como ejemplo de los entes nacionales tenemos al INDECOPI en Perú (vía las Comisiones de Libre competencia, Fiscalización de dumping y subsidios y la Sala de defensa de la competencia del Tribunal); en el caso de los Estados Unidos tenemos la Comisión Federal de *Comercio (Federal Trade Commission)*, la Comisión de Comercio Internacional *(International Trade Commission)* el Departamento de Justicia *(Justice Department)* y el Departamento de Comercio *(Commerce Department)*.

Es debido al gran número de entes nacionales especializados y a las relaciones comerciales que se lleven a cabo en el marco del ALCA, que se pone de manifiesto la necesidad de cooperación entre las entidades nacionales de los Miembros.

Como ejemplo de lo indicado en el párrafo anterior, en la actualidad (e incluso antes de la suscripción del NAFTA) las agencias especializadas de los Estados Unidos mantienen relaciones de cooperación administrativa, por investigaciones antitrust, con sus similares de Canadá.

La cooperación (que deberá existir) entre las distintas entidades u órganos nacionales antitrust de los futuros Miembros del ALCA no será fácil. Los Estados deben suscribir compromisos internacionales (Acuerdos específicos o Convenios entre las instituciones estatales) para superar los actuales impedimentos (el temor de pérdida de soberanía y el no deseo de intercambiar información por parte de los entes por falta de experiencia).

Para regular la cooperación al interior del ALCA, deberán tomarse como modelos los Tratados de asistencia legal mutua suscritos entre los Estados; por citar algunos ejemplos tenemos los casos del Tratado de Asistencia suscrito entre los Estados Unidos y Canadá, la realidad de la Unión Europea

(cooperación entre las autoridades nacionales de los Páises Miembros y los órganos comunitarios) o las recomendaciones de la OECD.[276]

Como hemos indicado en el punto 3.3.1.3.7. los organismos o entes nacionales administrativos y judiciales competentes en materia antitrust deben mantenerse, a fin de controlar las prácticas de efectos nacionales, y debe existir cooperación entre ellos. Los entes nacionales además deberán cooperar con los órganos comunitarios que se creen al interior del mercado ampliado americano, tanto para el intercambio de información como para servir de enlace entre los particulares y el órgano comunitario.

La necesidad de cooperación internacional de los Estados en materia antitrust (tanto a nivel nacional como subregional) es reconocida incluso por la propia Organización de Naciones Unidas. En su Informe Anual de 1997 la ONU señala que la cooperación se viene implementando mediante Acuerdos bilaterales de cooperación y en especial mediante Tratados de integración; sobre este último caso señala la rica experiencia de la Unión Europea y las propuestas que se están ejecutando en el NAFTA y el Mercosur.[277]

---

276 «En general, las autoridades encargadas de la competencia en los países industrializados demuestran una mayor interacción con sus contra partes en otros países que las autoridades de los países en desarrollo. Los ejemplos de cooperación son aún más frecuentes entre los países que ya son parte de acuerdos de cooperación bilateral o de Tratados de Asistencia Legal Mutua. Un ejemplo de lo señalado es el caso de los Estados Unidos y Canadá, países que cooperan muy de cerca y frecuentemente en una variedad de asuntos, incluyendo aspectos penales. La cooperación entre los Estados Unidos y la Comisión Europea también ha sido significativa». BANCO MUNDIAL. *Competition Policy in a global economy. Ibídem*, 30.

277 «Está aumentando la cooperación bilateral entre las autoridades de defensa de la competencia, aunque los acuerdos oficiales al respecto sólo comprenden un número relativamente pequeño de países. La mayoría de esas medidas se refieren a la cooperación en materia de intercambio de información. Varios acuerdos bilaterales comportan también el establecimiento de normas básicas relacionadas con la notificación de cualesquiera de las investigaciones en materia de compe-

La cooperación internacional en materia antitrust actualmente ha adquirido mayor importancia, ya que debido al proceso de globalización económica muchas empresas transnacionales participan en distintos países (vía subsidiarias o empresas vinculadas), y realizan prácticas anticompetitivas, tanto en el comercio internacional como en el nacional.

La labor de cooperación supone distintas relaciones entre los distintos órganos:

a.- Relación entre órganos comunitarios sub regionales con los órganos comunitarios propios del ALCA.

b.- Relación entre órganos nacionales con los órganos comunitarios del ALCA.

c.- Relación entre órganos comunitarios sub regionales con los órganos nacionales.

El concepto ente de enlace debe comprender a todo órgano, organismo, entidad o institución que se relacione o investigue prácticas restrictivas de la libre competencia o dumping. Bajo este concepto también se debe comprender a las oficinas de

---

tencia, las consultas y la cooperación para aplicar las disposiciones de la legislación en la materia, inclusive compromisos de cortesía internacional [...].
Las actividades de cooperación a nivel regional suelen desarrollarse en el contexto de los planes regionales de integración [...]. El mejor plan integrado a este respecto es la Unión Europea, en cuyo marco los Países Miembros han acordado normas comunes en materia de competencia y tienen un órgano común que se ocupa de ésta. En la OECD no son nuevas las actividades de cooperación acerca de las políticas comerciales restrictivas [...]. También se están desplegando esfuerzos en el contexto de otros acuerdos regionales como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el MERCOSUR y el Tratado sobre la Carta de la Energía.
En el plano multilateral, el conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, aprobado en el marco de la UNCTAD, es hasta la fecha el único instrumento multilateral que abarca todos los aspectos de ese control». ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. *Informe de 1997 sobre las inversiones en el mundo. Empresas transnacionales, estructura de los mercados y política en materia de competencia. Panorama general* pp. 47-48.

Aduana de cada uno de los Miembros del ALCA, ya que ellas constituyen una fuente importante de información sobre el comercio internacional.

La relación de cooperación supondrá que los entes se apoyen en la labor de investigación mediante los siguientes actos:

1.- Realización de notificaciones (exhortos).

2.- Solicitud, acopio y remisión de informaciones.

3.- Realización de ciertas diligencias probatorias.

4.- Intercambio de criterios de investigación así como de las resoluciones administrativas y/o judiciales.

5.- Intercambio de la información proveniente de pólizas de importación y certificados de supervisión.

El intercambio de información debe ser recíproco. Las autoridades nacionales o comunitarias deberán garantizar su confidencialidad, si así fue calificada por la empresa que la proporciona y no la divulgarán mas allá de los ámbitos de las autoridades administrativas o judiciales comunitarias o nacionales.

La confidencialidad de la información será relativa, ya que la información reservada será de conocimiento solo de las distintas autoridades nacionales y comunitarias (entre las cuales se de el intercambio).

Por último debemos también anotar las consideraciones expuestas anteriormente al referirnos al intercambio de información en cuanto al inicio de investigaciones antidumping por parte de las autoridades nacionales. La cooperación debe retomar lo dispuesto en el artículo 16.4 del Acuerdo sobre dumping de 1994, y a su vez debe permitirse que se notifique a cualquier Miembro de la OMC no solo la imposición de los derechos definitivos o provisionales, sino también el inicio de las investigaciones. Nosotros consideramos que no solo la OMC

debe recibir dichas comunicaciones sino que los Miembros pueden celebrar Convenios para el intercambio.

4.2.9. Reglas de origen

Al interior del mercado ampliado del ALCA, se comercializarán bienes producidos por industrias ubicadas en Países Miembros y en No Miembros. Para poder distinguir los distintos bienes, el modelo de integración americano deberá contar con reglas de origen.

Los beneficios de la integración, como la libre circulación de bienes y el trato nacional, solo serán para los Estados Parte del Tratado. Los beneficios no se extenderán a otros países. Las reglas o normas de origen sirven para limitar los beneficios y otorgarlos solo a los bienes de origen comunitario.

Mediante este tipo de normativa (como ya indicamos cuando nos referimos a la Comunidad Andina), se controla el comercio de bienes entre los Países Miembros, diferenciando los bienes según el grado de transformación y si proviene de la región o de la extra zona. Los beneficios de la integración, como la eliminación de aranceles y de los derechos antidumping (como proponemos), sólo serán respecto de bienes importados de un Estado Parte y de acuerdo a las condiciones de la propia norma de origen.

Las reglas de origen representan una restricción o condición a la libre circulación de bienes al interior de la zona de libre comercio ALCA, pero es una restricción necesaria para que los beneficios de la integración se restrinjan a los Países Miembros.

Usualmente, estas normas exigen que para que un bien sea considerado como de origen comunitario se acredite un porcentaje de componentes comunitarios (p.e. 60 ó 40% de componentes materiales o mano de obra proveniente de uno de los Países Miembros). En otros casos, las normas de origen pueden exigir que por efectos de la mano de obra nacional pro-

duzca un salto o cambio en las partidas arancelarias (p.e. se importa tela y se exportan ternos).

Un problema detectado con relación a las reglas de origen son los casos de los insumos y/o materias primas importados de terceros países (No Miembros del ALCA), los cuales podrían ser exportados a precios dumping. Estos bienes podrían ser aprovechados por un industrial comunitario de la zona americana, quien luego de un proceso de transformación daría lugar a un nuevo bien (salto en las partidas arancelarias entre la materia prima y el producto final). El bien final comunitario, producido con materia prima a precios dumping, sí gozaría de los beneficios dados por las reglas de origen.

Como ejemplo del problema descrito en el párrafo anterior, analicemos un hipotético caso:

Tela para confeccionar ternos (lanilla) es importada en condiciones dumping de China por una empresa ubicada en un Miembro (p.e. Colombia), luego el empresario exporta ternos hacia otro (p.e. Perú). En este caso el exportador colombiano se ha beneficiado del dumping en las materias primas y ha podido ofrecer en el mercado ampliado de la región americana ternos a precios menores que los exportados por otros industriales del ALCA; sin tener que pagar aranceles ni ser sujeto de derechos antidumping.

En nuestro ejemplo el exportador colombiano tampoco sería sujeto de investigaciones antitrust ya que sus costos totales son cubiertos. El costo de la materia prima es reducido, debido al precio dumping de la tela procedente de China y ello origina que el producto final sea más barato, en comparación con ternos de industrias de otros Miembros del ALCA que no empleen materia prima importada a precios dumping.

El ejemplo planteado en el párrafo anterior es uno de los riesgos de la integración, ya que los insumos o materias primas en condiciones dumping podrían ser aprovechados por empresas ubicadas en los Países Miembros, y transformados en pro-

ductos comunitarios. Los Estados Parte del ALCA deberán sopesar entre premiar la mano de obra comunitaria o temer la importación de materias primas de No Miembros. Las normas de origen deberán premiar, a nuestro criterio, el alto valor agregado de la industria nacional de un País Integrante.

El Tratado que establezca el ALCA podría permitirle a sus futuros Miembros formular excepciones o listas de bienes que no gozarían de los beneficios particulares del proceso de integración. Sobre la base de las excepciones, cada Estado tendría la posibilidad de mantener aranceles o las normas antidumping para el comercio regional entre Miembros para ciertos bienes. No obstante lo señalado, lo deseable, para aprovechar los beneficios del mercado ampliado, es que las excepciones fuesen mínimas o no existiesen.

Las listas de excepciones no son una novedad en los Acuerdos internacionales, en especial en los Tratados comerciales (p.e. tenemos el Tratado NAFTA). Cada Estado en ejercicio de su soberanía y autonomía puede decidir qué sectores son de su interés y luego optar por «proteger» algunas de sus industrias nacionales. El Perú, al negociar la suscripción del ALCA, podrá decidir proteger sus industrias nacionales de textiles y de calzado, para lo cual mantendría tanto los aranceles como la posibilidad de usar las normas antidumping.

Conclusiones

1. Los fines de las normas antitrust no solo incluyen la protección de los consumidores, sino que tiene propósitos más amplios, ya que comprende al sistema económico en general y a los agentes ofertantes y demandantes. Las normas antitrust protegerán a los competidores, sean estos productores nacionales o importadores.

   Las normas antitrust, debido a la amplitud de sus finalidades, con algunas modificaciones (por ejemplo, los criterios objetivos de precios del artículo 2 del Acuerdo contra Dumping de 1994), pueden substituir a las normas antidumping. Prueba de ello es la existencia de distintos proyectos de Códigos antitrust internacionales y lo que se verifica en el ámbito de la Unión Europea. Entre los cambios está la aplicación extra territorial de las normas antimonopolio (lo cual es reconocido actualmente en diversos ordenamientos nacionales).

2. En el caso de exportaciones a precios por debajo del costo (discriminaciones internacionales de mercados por el precio) podrían aplicarse las normas antitrust nacionales, ya que si bien el acto de exportación se origina en el exterior, los efectos acontecen en el mercado del importador. Es por ello que la legislación sobre restricciones a la libre competencia de dicho país debe aplicarse.

3. Para los procesos de integración regional proponemos la sustitución de normas antidumping por normas antimonopolio.

Las normas antitrust comunitarias que deberían adoptarse serían aplicadas al comercio entre Países Miembros. En los casos del comercio con Países No-Miembros cabe la posibilidad de mantener las normas antidumping nacionales o comunitarias, ello depende del tipo de proceso de integración. Las razones para nuestra propuesta son las siguientes:

En los procesos de integración existe el principio del trato nacional entre los Miembros, en virtud del cual se otorgan beneficios mutuos. Los productores ubicados en los Países Miembros deben ser tratados de la misma manera, por lo que solo cabe aplicar las normas antimonopolio tanto al ofertante nacional como al comunitario. El mantenimiento de las normas antidumping nacionales para las relaciones comerciales entre Países Miembros representa el incumplimiento de este principio.

4. La libre circulación de bienes en el interior de los Países Miembros constituye otro principio, tanto para el comercio internacional como para los procesos de integración. Este se ve afectado por las normas nacionales antidumping de los Miembros. Si bien el libre comercio internacional de bienes (según las normas del GATT) tiene como excepción la imposición de derechos antidumping, ello puede ser modificado en los procesos de integración vía la concesión de privilegios (por ejemplo el Tratado Chile y Canadá).

5. Para que en un proceso de integración pueda verificarse una sustitución de las normas antidumping por las normas antitrust comunitarias, estas últimas deben establecer un control de prácticas que tenga un efecto comunitario. Por ello debe de existir: un control de fusiones de empresas, actos de abuso de posición de dominio, concertaciones o acuerdos anticompetitivos originados al interior (o fuera) del mercado ampliado y los subsidios cruzados.

   Las normas sobre restricciones a la libre competencia deben modificar el criterio de las ventas por debajo del costo y consi-

derar no solo las ventas por debajo del costo variable promedio, sino también las ventas por debajo del costo total promedio.

6. Las discriminaciones internacionales como el dumping, se deben en parte a la ausencia de un Código Antitrust Multilateral y a una falta de control en los mercados domésticos de los exportadores que realizan el dumping (p.e. Bangladesh, Malasia e Indonesia carecen de normativas antimonopolio). Deben controlarse las causas del dumping (vía normas antitrust aplicadas en el país del exportador) y no sus efectos (vía normas antidumping aplicadas en el país del importado.

   En nuestra opinión, la adopción de un Código Antitrust Multilateral podría significar la solución de muchos problemas, ya que se evitarían las distorsiones internacionales de precios tanto en el comercio de bienes como de servicios.

7. En la Comunidad Andina existen contradicciones e inconsistencias legislativas ya que mantiene normas antidumping (nacionales y comunitarias) y normas antitrust (nacionales y comunitarias), y no ha optado por la eliminación del dumping intra comunitario. Ello a pesar de que el modelo busca constituir un mercado común similar al de la Unión Europea.

   La Decisión 285 condena las prácticas monopolísticas en el comercio entre Miembros, si es que una empresa cuenta con una posición de dominio en el mercado ampliado. La Decisión 456 condena expresamente el dumping intra comunitario atribuible a una empresa ubicada en un País Miembro (empresa que podría tener incluso una posición de dominio en la subregión o en parte de ella).

   Las normas comunitarias se aplican simultáneamente con las normas nacionales; por lo que coexisten dos ordenamientos jurídicos y dos tipos de autoridades (la Secretaría General y las autoridades nacionales como el INDECOPI).

   La Comunidad Andina debería eliminar la figura del dumping

intracomunitario y adoptar un modelo similar al de la Unión Europea. Las normas antidumping deberían ser sustituidas por normas antitrust comunitarias (eliminación de la Decisión 456 y aplicación solo de la Decisión 285 con sus respectivas reformas).

El nuevo ordenamiento jurídico andino debería estructurarse de la siguiente manera: normas antitrust comunitarias (para el comercio entre Miembros), normas antidumping comunitarias (para el comercio internacional con No Miembros) y normas nacionales antimonopolio (para el comercio intra país o sin efectos comunitarios).

8. La sustitución de normas comunitarias conlleva el establecimiento de entes u órganos comunitarios que controlen el comercio al interior del proceso de integración. La creación de los entes comunitarios significa una pérdida parcial de soberanía de los Estados, pero ello redunda en beneficio del mercado ampliado, y de los consumidores y productos comunitarios.

   La Unión Europea constituye un ejemplo no solo de la sustitución de las normas antidumping por las normas antitrust, sino también de la creación de entes supranacionales con autonomía. La Comisión y el Tribunal de Justicia deciden en función de intereses comunitarios, por lo que en algunos casos favorecen a los ofertantes y en otros a los demandantes.

   Las normas antitrust nacionales significan el reconocimiento de los intereses particulares de cada Estado. Ello subsiste siempre que no se oponga a los intereses comunitarios plasmados en normas comunitarias originarias o derivadas.

Bibliografía

1. LIBROS

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: A policy at war with itself.* Nueva York: *The Free Press*, 1993.

BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil.* 10.ª edición, Madrid: Editorial Tecnos, 1994.

CABANELLAS, Guillermo. *El Dumping. Legislación Argentina y Derecho Comparado.* Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1981.

CASES PALLARES, Luis. *Derecho administrativo de la defensa de la competencia.* Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1995.

DE LA PUENTE LEÓN, José Antonio. «El Dumping en el marco de la Libre Competencia». Tesis para obtener el título de abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho. Lima, 1998.

DI GIOVAN BAUTISTA, Ileana. *Derecho internacional económico y relaciones económicas internacionales.* Buenos Aires: Abeledo–Perrot, 1992.

ESCALANTE ROMERO, José. *Tratados y Convenios Aduaneros Internacionales.* Lima: Ediciones Joanha, 1992.

INDECOPI. *Preguntas sobre Dumping y Subsidios. La defensa del mercado nacional de las prácticas desleales en el comercio internacional.* Lima: INDECOPI, 1.ª Edición, 1997.

LÓPEZ –JURADO ROMERO DE LA CRUZ, Carmen. *El control jurisdiccional de la actividad comunitaria en materia de dumping y de subvención.* Granada: Universidad de Granada, 1993.

MATTERA, Alfonso. *El Mercado Único europeo. Sus reglas, su funcionamiento.* Madrid: Editorial Civitas, 1991.

MARCEAU, Gabrielle. *Anti dumping and Anti trust Issues in Free Trade Areas.* Londres: Oxford University Press, 2.ª Edición, 1997.

MESSERLIN, Patrick y Brian HINDLEY. *Antidumping Industrial Policy. Legalized protectionism in the WTO and what to do about it.* Washington: The AEI Press–American Enterprise Institute, 1996.

STANBROOK, Clive y Philip BENTLEY. *Dumping and Subsidies. The law and procedures governing the imposition of anti-dumping and countervailing duties in the European Community.* Londres: Editorial Kluwer Law International, 3.ª edición, 1997.

2. ARTÍCULOS

BOUZAS, Roberto. «Mercosur y liberalización comercial preferencial en América del Sur: resultados, temas y proyecciones». [Richard G. Lipsey y Patricio Meller (eds.)]. *En Nafta y Mercosur: Un diálogo Canadiense-Latinoamericano.* Santiago de Chile: Dolmen Ediciones, 1996.

BULLARD GONZÁLES, Alfredo. «¿Dejar competir o no dejar competir? He ahí el dilema». *Revista Thémis* N.° 36. Lima, 1997.

BRUCE, David. «La integración económica. Nueva visión de las Américas: El caso NAFTA». *La nueva visión de América en el siglo XXI, Unidad o Diversidad.* Buenos Aires: Ediciones Universidad del Salvador, 1993.

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

CARRILLO, Carlos. «Lineamientos generales para el análisis del dumping y su efecto en la producción nacional». *Revista Thémis* N.° 33. Segunda Época, Lima, 1996.

DEACON, David y Francisco CABALLERO SAENZ. «Integración Económica y Política de Defensa de la Competencia: Aspectos teóricos y prácticos». Página web del Centro de Formación para la Integración Regional, (20 ene. 1999), <http:// www.cefir.org.uy>.

DEARDEN, Richard G. «Conflictos comerciales y mecanismos de resolución bajo el Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos y Canadá». *Nafta y Mercosur: Un diálogo Canadiénse –Latinoamericano.* Santiago de Chile: Dolmen Ediciones, 1996.

DIEZ CANSECO NÚÑEZ, Luis José. «Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica», en: *Revista Thémis* N°. 36. Segunda Época. Lima, 1997.

«Competencia e Integración en América Latina: Reflexiones sobre su importancia y sobre los temas que deberían ser considerados». *Artículo publicado en la página web del Centro de Formación para la Integración–CEFIR,* (20 ene. 1999), <http: // www. cefir.uy.org>.

ECHAVARRÍA, Juan José. «El G3 en el camino de la integración continental». [Richard G. Lipsey y Patricio Meller (eds.)]. *Nafta y Mercosur: Un diálogo Canadiense –Latinoamericano.* Santiago de Chile: Dolmen Ediciones, 1996.

FOX, Eleanor M. «Harnessing the multinational corporation to enhance third world development–The rise and fall and future of antitrust as regulator». *Cardozo Law Review*, vol. 10, N.° 7, Junio 1989.

GARCÍA PALENCIA, Rafael. «Reglas de competencia en la practica: La Comunidad Europea y el Espacio Económico Europeo». (20 ene. 1999), <http: // www.cefir.uy.org>.www.cefir.uy.org

GARRÉ COPELLO, Belter. «Las soluciones paralelas al Mercosur: El nuevo rol de la ALADI». *Estudios multidisciplinarios sobre el Mercosur*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995.

GOLDMAN Q. C., Calvin S. «Competition policy, economic development and trade liberalization: A business perspective». *Simposio Organizado por la Organización Mundial de Comercio (WTO): Competition policy, economic development and international trade*. Ginebra, 29 de noviembre de 1997.

GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. «El Dumping en el Comercio Internacional». *Revista Thémis* N.° 36. Segunda época, Lima, 1997.

IBARRA PARDO, Gabriel. «Regímenes de competencia y políticas de competencia en América Latina, con especial referencia al Grupo Andino». (20 ene. 1999), <www.cefir.uy.orghttp/ /www.cefir.org.uy>.

MESSERLIN, Patrick A. «Competition Policy and Antidumping Reform». Ponencia presentada en la conferencia *Antidumping and Competition Policy: Complementary or Supplementary* organizada por CASIN del 11 al 12 de julio de 1996.

QUINDIMIL, Manuel Angel. «La regulación internacional del dumping». *Revista Ius et Veritas*, N.° 14, Lima, 1997.

ROSENTHAL, Paul C. «The value of antidumping laws: the case for maintenance of the WTO antidumping regime». *World Trade Organization working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy*, 25 de julio de 1998.

ROSENTHAL, Paul C. y Craig L. SILLIMAN, «The limits of competition law in the current WTO context». Ponencia presentada por el autor en la Conferencia *Anti dumping and Competiton Policy*, organizada por CASIN - Centre for Applied Studies in International Negotiations- llevada a cabo en Ginebra, Suiza los días 11 y 12 de julio de 1996.

RUSHING, Francis W. «Impacto ambiental e Integración regional. El caso de NAFTA (Tratado de libre comercio norteamericano)». *La nueva visión de América en el siglo XXI, Unidad o Diversidad*. Buenos Aires: Ediciones Universidad del Salvador, 1993.

STEWART, Terence P. «Why antidumping laws need not be cloned after competition laws nor replaced by such laws». Ponencia presentada por el autor en la Conferencia *Anti dumping and Competiton Policy*, organizada por CASIN - Centre for Applied Studies in International Negotiations- llevada a cabo en Ginebra, Suiza los días 11 y 12 de julio de 1996.

TSOUKALIS, Loukas. «Competencia e Integración Europea». (20 ene. 1999), <www.cefir.uy.orghttp: // www.cefir.uy.org>.

VÁSQUEZ, María Cristina. «Análisis de algunos aspectos de la integración en el Mercosur, desde el punto de vista del Derecho Administrativo». *Estudios multi disciplinarios sobre el Mercosur*. Autores varios. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995.

WILKINSON, Bruce W. «El Nafta en la economía mundial: lecciones para América Latina». [Richard G. Lipsey y Patricio

Meller (eds.)]. *Nafta y Mercosur: Un diálogo Canadiense - Latinoamericano*. Santiago de Chile: Dolmen Ediciones, 1996.

ZARAGOZÁ AMIEL, José Francisco. «El mercado común del sur (MERCOSUR): Apuntes sobre sus objetivos, estructura, desarrollo y perspectivas». *Thémis – Revista de Derecho*, N.° 37, segunda época, Lima, 1998.

3. ACUERDOS INTERNACIONALES Y DOCUMENTOS

Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio de 1947 (GATT 1947).

Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio de 1994 (GATT 1994).

Acuerdo que crea la Organización Mundial de Comercio (O.M.C.).

Acuerdo Antidumping OMC de 1994.

Acuerdo sobre Subvenciones OMC de 1994.

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

BANCO MUNDIAL. *Competition Policy and Economic reform. An interpretive summary (Política de competencia y reforma económica. Un resumen interpretativo)*. Documento que resume la conferencia llevada a cabo los días 10-13 de julio de 1997 en Rio de Janeiro. Washington, 1998.

Codificación del Acuerdo de Cartagena. Decisión 406. Secretaría General de la Comunidad Andina. Lima, 1997.

Constitución Política del Perú de 1993.

Comunicación de Nueva Zelanda a la Organización Mundial de Comercio, del 25 de noviembre de 1997. Grupo de trabajo sobre interacción entre comercio y política de competencia.

Convenio de la Corte Centroamericana de Justicia de 1992. Página web del Sistema de Integración Centroamericano. (20 ene. 1999), <http: //www.sicanet.org>.

CORPORATION FINANCE. *Competiton and Anti - trust law (Competencia y legislación anti trust)*. London, January, 1992.

Decisión 283 de la Comunidad Andina. Página web oficial de la Comunidad Andina Legislación www.comunidadandina.org. – (20 ene. 1999), <www.comunidadandina.org>.

Decisión 285 de la Comunidad Andina. Página web oficial de la Comunidad Andina Legislación www.comunidadandina.org. – (20 ene. 1999), <www.comunidadandina.org>.

Decisión 453 de la comunidad Andina. Página web oficial de la Comunidad Andina Legislación www.comunidadandina.org. – (20 ene. 1999), <www.comunidadandina.org>.

Decisión 11-97 del Consejo del Mercado Común del MERCOSUR. Organización de los Estados Americanos. Tratados en español. (20 ene. 1999), <http: // www.sice.oas.org>.

Decreto Legislativo 668.

Decreto Legislativo 701 y modificatorias.

Decreto Supremo N.° 043-97-EF.

Decreto Supremo N.° 133-91-EF.

DOCUMENTO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Compilación de legislación de la Competencia. América Latina.* Volumen I. Bruselas: Comisión de las Comunidades Europeas. Dirección

General de la Competencia- Dirección A - Política General de la competencia y coordinación, 1996.

DOCUMENTO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Europa de la A a la Z.* Guía de la integración europea. 1996.

Ordenanza de Procedimientos de la Corte Centroamericana de Justicia de 1994. Página web del Sistema de integración Centroamericano. (20 ene. 1999), <http: // www.sicanet.org>.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. *Informe de 1997 sobre las inversiones en el mundo. Empresas transnacionales, estructura de los mercados y política en materia de competencia. Panorama general.*

Protocolo de Defensa de la Competencia en el Mercosur. Organización de los Estados Americanos, tratados en español. (20 ene. 1999), <http: // www.sice.oas.org>.

Protocolo de Ouro Preto. Página web oficial de la Organización de los Estados Americanos (20 ene. 1999), <http: // www.sice.oas.org>.

Protocolo de Brasilia. Página web oficial de la Organización de los Estados Americanos. Normas del MERCOSUR (20 ene. 1999), <http: // www.sice.oas.org>.

Protocolo de Guatemala de 1993. Página web oficial del Sistema de Integración Centroamericano (20 ene. 1999), <http: // www.sicanet.org>.

Protocolo de Tegucigalpa de 1991. Página web del Sistema de integración Centroamericano (20 ene. 1999), <http: // www.sicanet.org>.

Reglamento Antidumping del Mercado Común Centroamericano. Página web oficial del Sistema de integración Centroamericano (20 ene. 1999), <http: // www.sicanet.org>.

Reglamento CE No. 384/96 del Consejo del 22.12.95. Publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas con fecha 06.03.96.

Tratado de Roma de la CEE.

Tratado General de Integración Económica de 1960. Página web oficial del Sistema de Integración de Centroamérica. (20 ene. 1999), <http: // www.sicanet.org>.

Tratado de Libre Comercio del G-3. Página web de la Organización de los Estados Americanos. Tratado en español. (20 ene. 1999), <http: //www.sice.oas.org>.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Página web de la Organización de los Estados Americanos. Tratado en español. (20 ene. 1999),< http: // www.sice.oas.org>.

Tratado de Libre Comercio Chile–Canadá. Fuente: Página web de la Organización de Estados Americanos. Tratados en español. (20 ene. 1999), <http: // www.sice .oas.org>.

Tratado del CARICOM. Fuente: Página web de la Organización de Estados Americanos. Tratados en español (20 ene. 1999), <http: // www.sice.oas.org>.

Impreso en los talleres de
INDUSTRIAL*gráfica* S.A.
Chavín 45 Lima 5 Perú
Email: igsa@bwnet.com.pe
Teléfono: 431-2505
Fax: 431-3601
Enero de 2003

ÚLTIMAS PUBLICACIONES DEL FONDO EDITORIAL Y DEL IDEI

Derecho del Mar. Análisis de la Convención de 1982

Coordinadora: Sandra Namihas

FABIÁN NOVAK,
ALFONSO ARIAS-SCHREIDER,
FERNANDO PARDO, MARISELA SILVA,
JORGE VILLALOBOS, ELVIRA MÉNDEZ,
PATRICIO RUBIO, EDUARDO FERRERO,
TULLIO SCOVAZZI

Adaptando la legislación penal de Perú a la Convención Interamericana contra la corrupción

FELIPE VILLAVICENCIO

La Corte Penal Internacional y las Medidas para su implementación en el Perú

Coordinadora: Elizabeth Salmón

LUIS BRAMONT-ARIAS, CARLOS CARO,
MARÍA DEL CARMEN GARCÍA,
MARÍA DEL CARMEN MÁRQUEZ,
FABIÁN NOVAK, FERNANDO PARDO,
ELIZABETH SALMÓN, CÉSAR SAN MARTÍN,
FELIPE VILLAVICENCIO

Serie Política Exterior Peruana: Las Relaciones entre el Perú y España (1821-2000)

FABIÁN NOVAK

Derecho Internacional de los Refugiados

Editora: Sandra Namihas

EDUARDO ARBOLEDA, JOSE H. FISCHEL
DE ANDRADE, FRANCISCO GALINDO
VÉLEZ, PATRICIO RUBIO CORREA,
JAIME RUIZ DE SANTIAGO

Derecho Internacional Público. Tomo II. Vol. I. Sujetos de Derecho Internacional

FABIÁN NOVAK
y LUIS GARCÍA-CORROCHANO

Solución de diferencias en la Organización Mundial de Comercio

FERNANDO PIÉROLA CASTRO