

DUMPING Y SUBSIDIOS EN LOS ESPACIOS INTEGRADOS

por SILVINA GOTTIFREDI

SUMARIO

- I. Introducción
- II. La eliminación intrazona de los regímenes antidumping y antisubvenciones
- III. Marco normativo del comercio desleal en Argentina
- IV. Instituciones y legislación para el comercio desleal en el MERCOSUR
- V. Los antecedentes de la Unión Europea, el NAFTA y el acuerdo entre Australia y Nueva Zelanda
- VI. Unión Europea
- VII. NAFTA
- VIII. The Australia-Nueva Zelanda Agreement for Closer Economic Relations (ANZACER)
- IX. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

El tratamiento de las prácticas de dumping y subvenciones en los acuerdos de integración económica regional constituye un punto de gran debate en la actualidad. La problemática está centrada fundamentalmente en la aplicación de estos mecanismos de protección para el comercio entre los socios comerciales, si bien también existen diversas propuestas para modificar, e incluso eliminar, los acuerdos sobre dumping y subvenciones de la OMC en el comercio multilateral.

Por dumping se entiende toda exportación a un precio inferior al de venta en el mercado interno, o a los costos totales de producción. La OMC exige que este precio doméstico debe ser comparable al de exportación, reflejando "operaciones comerciales normales" de un producto similar destinado al consumo en el país exportador. En la práctica, equivale a vender a precios diferenciados en distintos mercados (discriminar precios) o a precios que no cubren todos los costos de producción.

Las firmas discriminan precios por múltiples razones, entre las que figuran las siguientes:

a) porque cuentan con algún poder de mercado en el país de origen (por mayores aranceles, costos de transporte o prácticas anticompetitivas), lo que les permite cargar un mark-up sobre costos superior en ese mercado, e inferior en los mercados externos. El requisito es que los mercados estén separados, esto es, no deben existir posibilidades de arbitrar;

b) porque persiguen alcanzar economías de escala;

c) porque pretenden penetrar y testear nuevos productos y mercados (dumping promocional);

d) porque atraviesan períodos recesivos o de exceso de capacidad (dumping cíclico);

e) porque buscan eliminar a los competidores en el mercado de exportación por medio de prácticas depredatorias sobre los precios (dumping predatorio);

f) porque llevan adelante una estrategia global de precios bajos y cierre (foreclosure) del mercado de origen (dumping estratégico). Como

efectos directos sobre el bienestar general de esta práctica se contemplan las restricciones sobre las ventas de los productores afectados en el mercado interno; la disminución de las oportunidades de invertir en Investigación y Desarrollo, "learning-by", y capital físico y humano; y la posibilidad del ejercicio del poder monopólico; o g) porque cuentan con algún tipo de subvención específica estatal.

Además de alguna de estas razones, las empresas pueden vender a precios inferiores a sus costos de producción si cuentan con un objetivo de maximización de ventas (antes que de beneficios), aun sin la intención explícita de eliminar competidores, y/o porque los precios acordados en los contratos a futuro no alcanzan, *ex post*, a cubrir dichos costos.

II. LA ELIMINACIÓN INTRAZONA DE LOS REGÍMENES ANTIDUMPING Y ANTISUBVENCIONES¹

Un enfoque sostiene que, dada la remoción de los aranceles nominales intrazona, la existencia de los instrumentos antidumping y antisubvenciones distorsiona la competencia entre las empresas de los Estados miembros de un área económica integrada, y en consecuencia se aconseja su reemplazo liso y llano (con o sin período de transición) por leyes de defensa de la competencia. La integración completa de los mercados opera, en los hechos, como la desaparición de las fronteras nacionales, donde se eliminan todos los derechos aduaneros.

Bajo este análisis, el antidumping y los derechos compensatorios son visualizados como mecanismos que protegen a los competidores, a diferencia de las leyes *antitrust*, que preservarían la competencia.

En los mercados integrados, la desaparición de los aranceles nominales y las ventajas de costos de transporte desvanecen la protección del mercado interno del exportador y, de este modo, se debilitan los incentivos a discriminar precios en los distintos mercados.

De acuerdo con este enfoque, la discrimina-

ción de precios y las ventas por debajo de costos se resuelven aplicando políticas de competencia (si se visualiza poder de mercado, o intenciones predatorias y estratégicas) en el país exportador o, si se trata del dumping cíclico y promocional, logran ser corregidas por el mismo mercado. Los mecanismos antidumping y compensatorios, en consecuencia, deben reemplazarse por la aplicación de leyes de defensa de la competencia en los mercados de exportación.

Estos argumentos, de carácter general, podrían verse reforzados en las áreas económicas integradas por algunas provisiones contempladas en los acuerdos de la OMC. El artículo XXIV sobre arreglos comerciales regionales se interpreta con frecuencia como un medio alternativo al concepto genérico del intercambio libre multilateral hacia el objetivo final de reducir barreras y aumentar el comercio internacional. El parágrafo 8 (b) de este artículo, en especial, requiere que todos los aranceles y demás regulaciones restrictivas sean eliminadas "sobre sustancialmente todo el comercio" dentro de las zonas de libre comercio y áreas económicas integradas.

Una posible interpretación en tal sentido es que también los mecanismos antidumping y antisubvenciones deberían ser eliminados, en particular al considerar que las cláusulas de Nación Más Favorecida (NMF) y las concesiones arancelarias se encuentran en la primera parte de los acuerdos de la Ronda Uruguay del GATT, referidos a obligaciones internacionales, en tanto las disposiciones de la Parte II, de las que forman parte los arreglos comerciales regionales, integran una especie de código de conducta diseñado para proteger dichas concesiones arancelarias.

III. MARCO NORMATIVO DEL COMERCIO DESLEAL EN ARGENTINA

Argentina adhirió en 1992 a los acuerdos sobre dumping, subvenciones y derechos com-

1. Ricardo. R Delgado, "Una propuesta OMC-plus para los mecanismos de defensa comercial contra las prácticas desleales en el mercado ampliado", marzo 1999.

pensatorios del GATT por medio de la Ley 24.176. En ella, se aprobaron los resultados de la Ronda Tokio y entró en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial el 30 de Octubre de 1992.

A través del Decreto 2121 del 30 de noviembre de 1994, el Poder Ejecutivo Nacional estableció las normas reglamentarias y de implementación de la Ley 24.176. El mismo, define los conceptos involucrados en la investigación (daño, dumping, subvención, valor normal y otros), así como autoridades a cargo de la aplicación del conjunto de reglas, requisitos de la petición, secuencia y plazos de la investigación, y lineamientos para la adopción de medidas.

La Ley 24.425 sancionada en diciembre de 1994 y publicada en el Boletín Oficial el 8 de enero de 1995, legisló la adhesión de la Argentina a los acuerdos alcanzados en la Ronda Uruguay del GATT, firmados en Marrakech el 15 de abril de 1994.

El Decreto 1326 sancionado en 1998 reglamentó la Ley 24.425. Esta normativa acortó plazos, simplificó procedimientos y trasladó del particular al Estado la responsabilidad de aportar información internacional para investigar maniobras de dumping o subsidios. También incorporó una descripción del procedimiento para revisar las resoluciones que impusieron medidas definitivas.

IV. INSTITUCIONES Y LEGISLACIÓN PARA EL COMERCIO DESLEAL EN EL MERCOSUR

El primer paso para la reforma institucional es armonizar la legislación y procedimientos referentes a competencia desleal en los países miembros, teniendo como marco lo dispuesto por la Ronda Uruguay del GATT. Esto dará unidad de criterio en la toma de decisiones, además de sujetarse al estándar mundialmente aceptado. Se debería considerar también el uso de los estándares de políticas de competencia en el comercio extrazona, para evitar el posible abuso de acciones antidumping.

En el ámbito del espacio económico europeo y del acuerdo comercial entre Nueva Zelanda y Australia, se abandonó el uso de medidas

antidumping y compensatorias intrazona, en favor de nuevas reglas comunes de política de competencia entre sus miembros. Esta política debe ser tomada por el MERCOSUR donde la integración ya lograda lo permita, ya que con políticas de competencia se atacan las causas del dumping y mejora la competitividad de la industria doméstica. Los bienes y productos exceptuados de la apertura o en listas especiales deberían ser tratados como provenientes de extrazona mientras dure la transición.

El Reglamento 7/93 aprobado por el Consejo del Mercado Común, estableció las disposiciones aplicables a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping o de subsidios provenientes de países no miembros del Mercado Común del Sur. Este Reglamento es sólo una aproximación a la legislación necesaria, define conceptos como dumping, valor normal y precio de exportación, pero no hace mención de procedimientos ni de organismos competentes. Tampoco reglamentó sobre el tratamiento a cuestiones intrazona, que en la actualidad representan un gran porcentaje de las denuncias. Por ejemplo, en el período 1995-96, en Argentina, los productos brasileños representaron aproximadamente el 30% de las denuncias. Las acciones antidumping y compensatorias intrazona están permitidas por resolución 123/94 del Grupo Mercado Común, hasta el momento en que exista un acuerdo de fijar reglas comunes de defensa de la competencia interna. La legislación básica sobre defensa comercial, en particular el tratamiento del dumping y de las subvenciones, estuvo integrada desde el comienzo por las normas internas de cada Estado Parte: la Resolución 108/94 adoptada por el Protocolo de Ouro Preto determinó que los socios comerciales aplicarían sus legislaciones nacionales sobre prácticas desleales de comercio y salvaguardia para el comercio extrazona "hasta tanto se aprueben los reglamentos comunes, manteniendo informada a la CCM". Asimismo, en las investigaciones por dumping intrazona (Resolución 129/94) se prorrogó el procedimiento sobre intercambio informativo (Resoluciones 63/93 y Directiva 5/95) hasta la aprobación del Estatuto Común sobre Defensa de la Competencia. Por su parte, se definió que las investiga-

ciones por dumping intrazona se registrarían por las legislaciones nacionales hasta la entrada en vigencia del Reglamento Común respecto de exportaciones de terceros países, que se aplicaría también para el comercio intra-MERCOSUR.

En 1997, la Decisión del Consejo Mercado Común N° 11/97 aprobó 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". El reglamento, con ciertos matices, incorpora todos los recaudos establecidos en la OMC, resultando detallado en la determinación del margen de dumping y escasa-mente preciso en cuanto a la prueba del daño causado por las importaciones con dumping. Con todo, avanza en una definición importante, cual es la de la producción doméstica del MERCOSUR, entendiéndola como "el conjunto de los productores regionales de los productos similares o aquellos de entre ellos cuya producción conjunta constituya una proporción importante de la producción total de dichos productos en el MERCOSUR" (artículo 27, Sección V).

Se encuentra aprobado, además, el "Reglamento Relativo a la Aplicación de Medidas de Salvaguardia a las Importaciones Provenientes de Países no Miembros del Mercado Común del Sur" (Decisión CMC N° 17/96) y el reglamento interno del Comité de Defensa Comercial y Salvaguardias (CDCS), que —de acuerdo al CMC— organismo de aplicación del régimen desde el 1° de enero del 2000.

En el 2002 se firmó el Acuerdo antidumping MERCOSUR CMC/DEC 22/02 Disciplinas para los procedimientos y reglas para investigaciones antidumping y sobre subvenciones en el comercio intrazona, que trata uno de los vacíos que debían cubrirse en esta área.

El acceso libre a los mercados de los socios comerciales se construye, entre otros elementos, a partir de estructuras de incentivos que —en el ámbito nacional— sean simétricas para las exportaciones en todos los Estados Partes. Este es uno de los déficit más marcados que presenta el MERCOSUR en la actualidad, y que lo aleja del camino seguido en otros acuerdos de integración, en particular en la Unión Europea.

La problemática se ha agudizado en la déca-

da de 1990, a partir de la divergencia con relación al tratamiento de los subsidios en la Argentina y Brasil, los socios principales del acuerdo regional. Mientras el gobierno argentino recorrió algunos beneficios promocionales vigentes, Brasil implementó sucesivas medidas de estímulo directo tanto en el financiamiento de las exportaciones como en términos de incentivos fiscales para la localización de nuevas inversiones.

Es de resaltar que en el Tratado de Asunción de 1991 y en los protocolos posteriores los Estados Partes del MERCOSUR se han comprometido a no incentivar las exportaciones intrazona con excepción de la devolución o exención de impuestos indirectos y de los regímenes aduaneros especiales, con ciertas restricciones. En cuanto a los subsidios para exportaciones extrazona, en tanto, se acordó cumplimentar con las reglas de la OMC, absteniéndose de aplicar incentivos cambiarios y posibilitando el uso de mecanismos como el draw back y la admisión temporaria.

Por su parte, los acuerdos de integración establecieron para el comercio intrazona que los socios podrán otorgar financiamiento de largo plazo únicamente sobre las exportaciones de bienes de capital, y en condiciones y tasas de interés compatibles con los niveles internacionales. En las sucesivas rondas de negociación regional, Brasil mantuvo la postura que de existir asimetrías en el uso de las líneas oficiales de crédito en cada estado miembro, éstas deben ser analizadas por el comité técnico encargado de las políticas públicas que distorsionan la competitividad.

En lo atinente a los efectos de estas subvenciones sobre la posibilidad de instrumentar un régimen común intrazona, la disparidad de criterios entre Brasil y el resto de los socios del MERCOSUR entorpece en la actualidad la elaboración del Reglamento Común sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias para productos de extrazona. Brasil pretende implementar un proyecto restrictivo y con múltiples requisitos en estas investigaciones.

A este conflicto se adiciona, entre otros, el problema de cómo encarar la internación de las normas creadas por el MERCOSUR a las dife-

rentes legislaciones nacionales en materia de dumping y subvenciones. En tal sentido, la revisión de los antecedentes internacionales permite observar que el bloque regional plantea un modelo de integración peculiar, que no dispone de instituciones supranacionales como la Unión Europea, ni de una aplicación extraterritorial de normas relativas a la competencia al estilo de la asociación entre Australia y Nueva Zelanda. Por el contrario, los estados miembro optaron por un proceso de decisión intergubernamental como mecanismo de articulación de las políticas comunes, en particular la comercial.

En esa dirección, el Protocolo de Ouro Preto de diciembre de 1994 creó –como parte constitutiva de la estructura institucional– la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM), que es el "órgano encargado de asistir al Grupo Mercado Común" y al que "le 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" (Sección III, artículo 16, Protocolo de Ouro Preto). Entre otras funciones, se le atribuye la regulación de las políticas de defensa comercial, como el antidumping y el régimen antisubvenciones. En particular, el Comité Técnico N° 6 es el organismo dependiente de la CCM que tiene la misión de elaborar los reglamentos comunes sobre dumping, subvenciones y salvaguardias.

Conviene puntualizar que la experiencia internacional resalta la importancia de un aparato institucional eficaz en el desarrollo de las políticas de defensa comercial entre los socios; en especial, es preciso establecer los procedimientos para su definición e implementación, así como prever la resolución de los conflictos. En este último caso, el Protocolo de Ouro Preto

contiene un Anexo denominado "Procedimiento General para Reclamaciones ante la Comisión de Comercio del MERCOSUR", donde se establece que el Estado Parte hará su planteo por cuestiones de dumping y/o subvenciones ante la Presidencia pro-tempore de la Comisión, la que decidirá sobre la cuestión. De no existir consenso, la CCM elevará las distintas alternativas, así como el dictamen de un Comité Técnico, al Grupo Mercado Común (GMC), para lograr la resolución. Si aún así prevalecieran diferencias, se recurrirá al Capítulo IV del Protocolo de Brasilia de 1991, que establece un Tribunal Arbitral ad-hoc que adoptará la decisión final.

Es importante señalar la experiencia que ha dejado plasmada el tribunal arbitral del MERCOSUR en su cuarto laudo de 2001 que ha establecido varios elementos de valor doctrinal y también ha definido situaciones prácticas, que merecen unos breves comentarios². En primer lugar, al no aceptar al pedido brasileño de que las medidas antidumping fueran levantadas, se benefició un sector de la producción agroindustrial argentina que estuvo perjudicado por motivos internos, sufriendo la prolongada recesión del mercado local, y externos por los efectos sobre las exportaciones brasileñas de políticas económicas y cambiarias diferentes a las locales.

En cuanto a los aspectos relacionados con la jurisdicción en el ámbito del MERCOSUR, según palabras de la Dra. Czar de Zalduendo³, el fallo destaca el compromiso de los Estados Partes respecto de la eliminación de las restricciones a la circulación interna de mercaderías reiterando, como lo había hecho en 1999 el primer Laudo ("*Licencias no automáticas*") que los países del Mercosur no pueden aplicar restricciones no arancelarias en su comercio recíproco, salvo que estén expresamente autorizadas por normas vigentes sobre excepciones. Conviene señalar que no en vano el jurista uruguayo que

2. Laudo del Tribunal de Arbitraje "ad hoc" del MERCOSUR del 19 de junio de 2001 convocado para dirimir la controversia entre Argentina y Brasil sobre la aplicación que el primero había hecho de las medidas antidumping en relación con las exportaciones de pollos enteros provenientes de Brasil a través de la Resolución del Ministerio de Economía argentino N° 574/00.

3. Susana Czar de Zalduendo, "Cuarto laudo del Mercosur ¿se afianza la jurisdicción?", artículo publicado en la revista "El Derecho" del 31 de agosto de 2001.

presidió este Tribunal ha sido el mismo que el del caso "Licencias".

Por otra parte, los árbitros explican muy cuidadosamente el alcance de la normativa Mercosur, deteniéndose a analizar sus características en cuanto a la necesidad de incorporarla a los ordenamientos jurídicos internos. De esta manera marcan las diferencias con el Derecho Comunitario europeo que, en nuestro ambiente jurídico, ha sido muchas veces objeto de paralelismos que conducen a interpretaciones erróneas.

Asimismo, es destacable la evaluación que efectúa el Tribunal acerca de las relaciones entre la normativa de integración y las reglas multilaterales de comercio de la OMC, indicando que éstas no se transforman en norma Mercosur si no son objeto de incorporaciones expresas. La superposición y, especialmente, la supremacía de un ordenamiento sobre el otro es también un tema de equívocas interpretaciones. El Tribunal de Justicia europeo hace tiempo que viene haciendo prevalecer las reglas especiales del acuerdo regional de integración, por sobre las normas generales de GATT/OMC.

Por último en cuanto al núcleo de la controversia, el Tribunal adoptó una solución que implica afianzar los compromisos en el Mercosur. La línea argumental seguida se orienta a que, si bien no hay normas cuatripartitas vigentes sobre dumping intrazona existen obligaciones asumidas en el propio Tratado de Asunción sobre libre circulación de bienes que deben ser cumplidas. Y, aunque los países puedan aplicar sus respectivas legislaciones nacionales todavía, hasta que el dumping pueda ser sustituido por normas de defensa de la competencia, no se les admite emplear esas normas internas de manera arbitraria, ni violatoria del principio de libre circulación.

V. LOS ANTECEDENTES DE LA UNIÓN EUROPEA, EL NAFTA Y EL ACUERDO ENTRE AUSTRALIA Y NUEVA ZELANDA

El tratamiento de las prácticas de dumping y subvenciones en los principales acuerdos de integración económica a escala internacional plantea varias aristas de interés desde la óptica del

MERCOSUR. Por un lado, no se postula un modelo único para tratar estas prácticas, adoptándose en cada caso un enfoque particular atendiendo a objetivos de integración regional también específicos. En líneas generales, puede afirmarse que la decisión política del nivel de integración deseado en un comienzo (desde una zona de libre comercio y liberalización de inversiones, como el NAFTA, hasta la unión monetaria en el caso de la Unión Europea) define el modelo. Así, mientras el NAFTA mantiene estos mecanismos de defensa comercial entre los socios, la Unión Europea los reemplazó por la aplicación directa de políticas de competencia, al igual que sucede en la asociación comercial entre Australia y Nueva Zelanda.

Por otra parte, cuando se optó por la eliminación de estas legislaciones en el comercio intrazona se previeron etapas de transición de extensión variable, en un reconocimiento implícito de las dificultades de armonización de las estructuras productivas en zonas económicas sin aranceles.

VI. UNIÓN EUROPEA

La experiencia europea de integración resulta el modelo más cercano a la completa eliminación de las barreras económicas y políticas entre naciones autónomas. A partir de enero de 1999, se configuró una unión monetaria entre los países miembro y se avanza ya hacia la consolidación de la unión política, con un parlamento común.

Dentro de este contexto, en la actualidad la UE no dispone de legislaciones antidumping y antisubvenciones entre sus miembros. El tratamiento de estas prácticas, sin embargo, atravesó por diversas etapas de transición hasta alcanzar su eliminación completa en el comercio intracomunitario, y su reemplazo por leyes de preservación de la competencia. Asimismo, la adopción de organismos supranacionales con poder excedente a las decisiones de los países miembro, así como de políticas comunes (siendo la más importante la comercial) con instrumentos legales y un presupuesto común, posibilitaron consolidar el proceso de integración regional.

El Tratado de Roma de 1958 fue el origen de

esta integración secuencial. Entre aquel año y 1969 los 6 miembros originales contaron con la posibilidad de aplicar sus propias legislaciones antidumping y antisubvenciones, tanto contra terceros países como al interior de la Comunidad Económica Europea (CEE). A partir de 1962, además, se establecieron consultas en el marco de la Comisión de la CEE antes de la aplicación de medidas protectivas intracomunitarias.

En cuanto a las prácticas de dumping, el Artículo 91 del Tratado definía para los miembros fundadores de la CEE que *"Si durante el período de transición, la Comisión, por aplicación de un Estado Miembro o por cualquier otra parte interesada, encuentra que se practica dumping dentro del mercado común, notificará a la persona o personas que realizan estas prácticas con el propósito de ponerles fin. De continuar las prácticas, la Comisión autorizará al Estado Miembro injuriado a adoptar medidas protectivas, en las condiciones y detalles que determinará la Comisión."*

Las medidas existentes entre los socios comunitarios fundadores debían ser eliminadas en un plazo máximo de 5 años, y en todos los casos antes de la finalización de la transición, en el año 1969.

El segundo párrafo de este artículo contiene la denominada *cláusula boomerang*, cuyo propósito era contrarrestar los efectos del dumping posibilitando la reexportación "libre de cualquier arancel, restricción cuantitativa o medidas con efecto equivalente". De este modo, se facilitaba el arbitraje entre mercados y, en los hechos, la cláusula actuó como un elemento disuasivo para el dumping intra-CEE.

En cuanto al régimen antisubvenciones, la CEE consideró desde un comienzo que toda ayuda estatal que distorsionara o amenazara distorsionar la competencia favoreciendo la producción de ciertos bienes, y afectara el comercio entre los estados miembros, era incompatible con el mercado común y, por lo tanto, estaba prohibida. Las ayudas concedidas por algún Estado Miembro a alguna actividad o sector productivo están sujetas actualmente a la autorización de la Comisión Europea, de modo que se vuelven innecesarios los derechos compensatorios intracomunitarios.

En forma paralela, en el año 1960 siete economías europeas no adscriptas inicialmente a la CEE (Austria, Dinamarca, Noruega, Portugal, Suecia, Suiza y el Reino Unido) crearon la Asociación Europea de Libre Comercio (*The European Free Trade Agreement*). En particular, el Acuerdo posibilitaba la aplicación de medidas antidumping y compensatorias entre sus miembros, y –al igual que en la CEE– con el fin de promover el incremento del comercio de los socios, se instrumentó la *cláusula boomerang*.

Seis años más tarde, los socios de la EFTA tomaron la decisión de notificar y proceder a consultas durante las investigaciones entre miembros, así toda vez que se modificaran las legislaciones nacionales sobre prácticas de defensa comercial.

Al mismo tiempo, fue creado el Consejo de la EFTA como el organismo de administración comercial común y de solución de controversias; pronto este órgano se consideró un foro eficiente de resolución no sólo de las prácticas de dumping y subsidios sino también de otras conductas empresarias vinculadas a la defensa de la competencia (como el abuso de posición dominante en mercados concentrados). El éxito del Consejo, de acuerdo a algunos autores, se debió a que los socios EFTA estaban dotados de un similar poderío económico (Marceau, 1994).

Por su parte, y como etapas preliminares a la integración completa de Europa, a comienzos de la década de 1970 se negociaron en forma bilateral los llamados Acuerdos de Libre Comercio entre la CEE y la EFTA. Estos convenios constituyeron zonas de libre comercio por las cuales los socios EFTA aceptaron todas las reglas comunitarias en relación a la libre movilidad de bienes, servicios, capital, personas y competencia.

Los acuerdos mantuvieron la posibilidad de aplicar derechos antidumping y compensatorios, y en tal sentido, la CEE impuso una cantidad importante de derechos antidumping contra varios socios EFTA (que en especial afectaron a Suecia). El único requerimiento previo a la aplicación de medidas era aportar al *Joint Committee* –organismo supranacional encargado de la administración comercial entre los miembros– toda la información relevante requerida para

examinar la situación.

En la práctica, la CEE ignoró estos procedimientos previstos en los Acuerdos con el EFTA, y aplicó en forma discrecional los derechos antidumping y compensatorios.

Cabe resaltar, por su parte, que tanto en el EFTA como en los acuerdos EFTA-CEE, el tratamiento de las prácticas distorsivas de la competencia intrazona, entre las que se encontraban el dumping y las subvenciones, contuvo diversas prescripciones contra los abusos de posición dominante y los acuerdos restrictivos, aun cuando no fueron previstas obligaciones ni procedimientos de resolución de controversias. Las consultas entre miembros procedían antes del inicio de las investigaciones. Asimismo, en ninguno de estos acuerdos los miembros adaptaron sus leyes internas de competencia.

Más tarde, con la conformación del Área Económica Europea (AEE) se aceleraron los tiempos para la creación del mercado común, y como primer resultado comenzaron a sucederse cambios de miembros en los acuerdos. En 1973, Dinamarca y el Reino Unido abandonan el EFTA y se incorporan formalmente a la CEE. En 1986 ingresan España y Portugal.

El AEE eliminó las medidas antidumping entre los miembros, sin estipular un período de transición, excepto para los nuevos socios (de 3 años) (Artículo 26 del AEE y Protocolo 13).

En su avance hacia el mercado común, Europa estructuró un conjunto de provisiones sobre prácticas restrictivas del comercio interno a fin de permitir que las firmas estuviesen sujetas a un tratamiento simétrico e igualitario. El remplazo final del sistema antidumping por reglas supranacionales de competencia fue el paso más significativo en esa dirección, de acuerdo a los lineamientos de los artículos 85 y 86 del Tratado.

En cuanto a la jurisdicción aplicable al comercio intracomunitario, en la actualidad la Unión Europea sigue los lineamientos del Artículo 56 del Tratado, que provee dos métodos de asignación, dependiendo del tipo de práctica restrictiva considerada. Para el abuso de posición dominante, los miembros comunitarios aplican las leyes nacionales, en tanto que para los casos de acuerdos horizontales entre empresas resuel-

ve la Comisión de la UE si se trata de un socio proveniente de la EFTA. Si no se alcanzara consenso sobre la autoridad jurisdiccional, se convoca al *Joint Committee* y luego el caso es resuelto finalmente por la Corte Europea.

En los hechos, por razones de practicidad e incluso políticas, las cortes nacionales son las que resuelven en la gran mayoría de los casos los problemas internos de competencia entre los miembros comunitarios, bajo el paraguas de legislaciones muy armonizadas y con escasas diferencias de criterio.

En esa dirección, el llamado efecto directo de las provisiones del Tratado en favor de peticionantes privados asegura una aplicación agresiva de las leyes de competencia en el territorio comunitario.

El modelo europeo de integración se articuló en base a una ley única —y de jurisdicción supranacional— de competencia, que reemplazó al régimen antidumping y antisubvenciones entre miembros, requiriendo una autoridad también supranacional que garantizara la aplicación de la legislación en los territorios de los socios.

Una de las lecciones que arroja esta experiencia es que la eliminación del régimen antidumping entre miembros requiere estar precedida de condiciones de mercado relativamente similares en los socios, a fin de evitar que las empresas enfrenten un tratamiento asimétrico en las distintas legislaciones.

En cuanto a la representatividad para formular denuncias y participar de las investigaciones (*standing*) en casos de defensa de la competencia (intrazona) como por dumping y subvenciones (extrazona), la Unión Europea en la actualidad otorga participación a los productores peticionantes, a los exportadores y a los importadores. Sin embargo, la regulación de las prácticas restrictivas a la competencia al interior de la Comunidad sólo puede ser llevada adelante por los estados miembros, y las industrias afectadas no cuentan con otro recurso que aportar información y argumentos a sus gobiernos.

El método aplicado por la UE para resolver los conflictos internos de competencia se basa en una delegación positiva de legislación (*positive comity*), por el cual el miembro comunitario cuya industria está dañada por alguna prácti-

ca restrictiva solicita al socio comercial donde se radica la empresa exportadora que aplique su propia ley de defensa de la competencia. Este modelo de asignación de jurisdicción plantea algunas limitaciones para su adopción fuera de la Unión Europea (Morgan, 1996). Si bien puede disminuir las disputas sobre la aplicación de diferentes estándares (se aplican los del miembro exportador), parece improbable que sea capaz de eliminarlas por completo, sobre todo en aquellas áreas económicas en la que los socios presentan estándares muy disímiles. Además, enfrenta un evidente problema de incentivos, ya que la investigación por prácticas anticompetitivas dentro del mercado integrado es llevada adelante por un socio comercial que, al menos en el corto plazo, obtiene ventajas de la exportación (divisas y más empleo). Este inconveniente podría resolverse mediante un fuerte mecanismo de solución de controversias, pero —nuevamente— como la mayoría de las investigaciones por prácticas anticompetitivas se juzgan según la "regla de la razón", sigue existiendo la posibilidad de abusos discrecionales en el esquema.

Por otra parte, es preciso determinar qué sucede si el país importador no acepta los resultados de las investigaciones y, asimismo, si se prevén mecanismos de protección temporaria a la industria durante el período de investigación.

Cabe resaltar, asimismo, que a comienzos de la década de 1990, la Comunidad Económica Europea firmó acuerdos bilaterales de asociación con Polonia, la ex Checoslovaquia y Hungría donde se mantienen reglas antidumping por 10 años y se establece un período de consultas previo a la apertura de las investigaciones de 30 días. Además, las ex economías socialistas deben cumplir con reglas estrictas de competencia.

Por último, en la aplicación de derechos antidumping y compensatorios a países extracomunitarios, merece señalarse que el Consejo de la UE está obligado a limitar el nivel de derechos definitivos al necesario para eliminar el daño a la industria comunitaria (regla del derecho más bajo). Asimismo, existe el denominado Interés Comunitario, por el cual se debe probar que existe interés de la UE para aplicar dere-

chos antidumping, o de elevarlos hasta el margen de dumping, si se concluyó que un derecho inferior removía el daño causal.

VII. NAFTA

El *North American Free Trade Agreement* constituye una zona de libre comercio entre los Estados Unidos, Canadá y México que mantiene el régimen antidumping y antisubvenciones entre los socios. El esquema general de integración escogido incluyó cronogramas decrecientes de los aranceles nominales, reglas de valoración, normas de defensa comercial, armonización de reglas sanitarias, coordinación técnica y de estándares, y reglas de origen para preservar las preferencias por los bienes producidos en la zona.

En el Artículo 1502.3 del Tratado, los socios acordaron evitar toda actitud coordinada de poder de mercado por parte de los exportadores, rechazando a la vez la posibilidad de las empresas de subsidiar en forma cruzada entre los mercados interno y externo y de depredar en el mercado importador.

Las provisiones del Tratado del NAFTA constituyen un sistema de obligaciones estatales que no otorgan derechos particulares a las firmas, aun cuando, a diferencia de la Unión Europea, está previsto el inicio de consultas y del proceso de arbitraje cada vez que existen denuncias de alguna industria regional.

Asimismo, no existe una agencia o cuerpo político común que sirva de foro de discusión y resolución en cuestiones de dumping y otros actos abusivos de exportadores con posición dominante. En particular, las legislaciones antidumping y antisubvenciones son aplicadas de manera individual, y para el comercio intrazona funcionan tribunales binacionales en la resolución de los conflictos. El antecedente inmediato de estos tribunales es el acuerdo alcanzado en 1984 entre Canadá y los Estados Unidos en el inicio de las negociaciones por una zona de libre comercio; por entonces, se encomendó a este tribunal la función de garantizar una aplicación "justa" de las leyes antidumping y antisubvenciones en cada país.

En la actualidad, se constituyen tribunales

arbitrales ad-hoc integrados por expertos (*panels*) para resolver los conflictos por dumping y subvenciones entre dos países miembro, con la particularidad de que el tercer socio no es consultado (Capítulo XIX del NAFTA). Los miembros se comprometen a reemplazar la revisión judicial de las determinaciones finales por dumping y subvenciones por las resoluciones de este *panel* bilateral, y el artículo 1904, en su punto 9, aclara que el fallo de un *panel* será obligatorio para las partes implicadas.

El procedimiento binacional de revisión judicial plantea dos inconvenientes. En primer lugar, los aspectos a revisar difieren en cada país, con lo cual los exportadores no son tratados en forma igualitaria en cada Estado Parte del Tratado. Por citar un caso, Canadá mantiene cláusulas de interés público en el régimen antidumping, mientras sus socios no, a la vez que México es el único miembro cuya legislación habilita la aplicación de la cláusula OMC de la regla del derecho más bajo para los márgenes de dumping (*lesser duty rule*). En segundo término, los *panels* binacionales crean, en alguna medida, nueva legislación, y demandan por una armonización mayor que la deseada en el propio espíritu del NAFTA; implican, en otras palabras, cesión de soberanía de manera indirecta.

De todos modos, en el Artículo 1504 se establece un *Permanent Working Group on Trade and Competition* encargado de formular recomendaciones en cuanto a la necesidad o no de armonizar las políticas comerciales internas con las leyes de competencia. Este grupo se encuentra analizando, asimismo, las políticas de subsidios, de acuerdo a lo estipulado por el Artículo 1907.2, que indica que los miembros del NAFTA pueden acordar el inicio de consultas para establecer reglas y disciplinas más efectivas en el uso intrazona de subsidios gubernamentales.

Las propuestas de reemplazo del régimen antidumping por la aplicación de políticas de competencia entre los miembros del NAFTA enfatizan que, a diferencia del modelo europeo, no resulta plausible que los Estados Unidos cedan soberanía en la regulación de los precios de las importaciones en su propio territorio en favor de un órgano supranacional independiente. Más aún, señalan que hasta tanto los Parlamen-

tos y las comunidades de negocios nacionales no comprendan que los exportadores deben ser tratados en forma idéntica por todos los socios del NAFTA, la eliminación intrazona del régimen antidumping no será posible (Marceau, 1994).

También se plantean dudas (por razones de soberanía política) acerca de que México y Canadá acepten un régimen similar al de los países europeos de la EFTA, y deleguen a las autoridades administrativas y a la justicia estadounidense la aplicación de las políticas de competencia en el NAFTA.

Se indica, en cambio, que resultaría factible que los Estados Unidos acuerde adoptar un sistema por el cual pueda aplicar su legislación antimonopólica en los otros miembros.

Un punto de conflicto radica en qué socio cuenta con la jurisdicción primaria para aplicar legislación. En principio, cabría que se aplique la ley del territorio donde los efectos de la práctica restrictiva en cuestión tienen lugar. Pero en general estos efectos son múltiples. Por caso, si México aplicara algún tipo de exclusión en su mercado a firmas estadounidenses, éstas podrían contar con capacidad excedente y financiar ventas por debajo de costos en Canadá. Más aún, podría pensarse que estas prácticas de exclusión de México en su mercado constituirían una respuesta racional ante barreras similares impuestas en los Estados Unidos a empresas mexicanas.

VIII. THE AUSTRALIA-NUEVA ZELANDA AGREEMENT FOR CLOSER ECONOMIC RELATIONS (ANZACER)

Australia y Nueva Zelanda firmaron en 1983 un acuerdo de integración económica regional que, en sus comienzos, mantuvo el régimen antidumping y antisubvenciones entre ambos países, estableciendo una transición hasta julio de 1990, cuando fue definitivamente eliminado. Ésta constituye la única zona de libre comercio en la cual la eliminación intrazona no fue acompañada por algún tipo de legislación supranacional o de autoridad que controlara las prácticas comerciales restrictivas al comercio entre los socios.

El criterio decisivo de esta integración se funda en las similitudes en las condiciones de mercado, que implican incluso un mercado laboral común desde el año 1920.

Durante el período de transición, el acuerdo estableció obligaciones muy extensas de consultas y cooperación antes de la imposición de medidas antidumping y compensatorias, y en ciertas circunstancias, consultas entre las industrias de ambos países a fin de analizar las medidas a adoptar; este enfoque se denomina *watch-dog*. En ciertos casos, además, los miembros contaban con la facultad de aplicar medidas de salvaguardia antes del año 1988, con notificación y consulta previa. Estas consultas constituyeron el único medio disponible de solución de controversias, y estuvo prevista la participación formal e informal de las empresas.

En 1988 el Acuerdo fue revisado, adoptándose, entre otros, un Protocolo sobre Aceleración del Libre Comercio de Bienes, por el cual se estableció eliminar los aranceles remanentes, las restricciones cuantitativas y las cuotas en julio de 1990. El Artículo 4° del Protocolo indicó que a esa fecha no se aplicarían nuevas acciones antidumping y que las conductas anticompetitivas estarían sujetas a las leyes nacionales de competencia.

Asimismo, se articuló un sistema por el cual las empresas cuentan con derechos directos para garantizar comportamientos competitivos. De este modo, se extendió la prohibición del uso anticompetitivo del poder de mercado de cada legislación nacional a las empresas del socio. En tal sentido, se modificaron las legislaciones antimonopólicas nacionales para incluir al restante Estado Parte del acuerdo.

Lo interesante de este modelo de reemplazo del régimen antidumping y antisubvenciones por políticas de competencia (en particular, por las leyes contra la depredación de precios) es que no requiere de cortes comunes ni de una legislación supranacional. La extraterritorialidad de las leyes de competencia fue institucionalizada en cada legislación nacional.

En alguna medida, el esquema resulta factible por dos razones. En primer lugar, porque la actividad comercial entre Australia y Nueva Zelanda no se vincula, en forma sustancial, con

el comercio exterior sino con inversiones y radicaciones directas de firmas y, en segundo término, porque la armonización de otras leyes fundamentales de competencia (sobre cartelización, prácticas de exclusión y fusiones y adquisiciones de empresas) figura en la agenda como una consecuencia natural del incremento en la actividad económica compartida.

Asimismo, no existen virtualmente diferencias estructurales entre ambos socios: poseen lengua, cultura y fundamentalmente leyes muy similares, a punto tal que los sistemas de seguridad social, los beneficios por desempleo y algunos programas sociales son administrados en forma conjunta.

IX. CONCLUSIONES

El dumping es conceptualmente la discriminación de precios en diferentes mercados nacionales.

Aparece como resultado directo de la protección que gozan los exportadores en su mercado, por medio de aranceles y costos de transporte. Estos factores permiten que la firma venda a precios más altos en el mercado interno. Caracterizado por el tiempo de duración, el dumping es ocasional o de largo plazo y por su forma, es recíproco, inverso o predatorio.

Se entiende por subvención en el comercio internacional, a la acción de los gobiernos otorgando beneficios financieros o económicos, teniendo por finalidad que una empresa o industria sea competitiva y pueda incrementar su participación en el mercado externo. También, la acción de un gobierno que induzca a una entidad privada a proveer de beneficios a terceros. La experiencia de otros regímenes sirve para sacar provecho de experiencias fructíferas y aplicarlas con las modificaciones pertinentes al caso MERCOSUR.

La práctica de realizar exportaciones mediante dumping o beneficiadas por subvenciones estatales es considerada desleal en el comercio internacional, y habilita penalizaciones por parte de los países afectados, que se instrumentan mediante derechos antidumping, en el primer caso o derechos compensatorios en el segundo.

A nivel teórico, una hipótesis alternativa es

que las medidas antidumping no eliminan las distorsiones de la economía mundial inherentes a los comportamientos de dumping, y además, introducen una distorsión proteccionista que puede, a la larga reducir el bienestar de los socios comerciales. Esta última distorsión tiene un impacto similar que las políticas de comercio proteccionistas como los aranceles y las cuotas.

El bienestar nacional es ambiguamente afectado por la actividad de dumping. El bienestar del país exportador con dumping tiene dos componentes: el excedente del consumidor en el consumo doméstico, y los beneficios ganados por los productores en las ventas domésticas y externas. Parte de los nuevos beneficios ganados por los productores es una transferencia desde los consumidores, y no será una adición neta al bienestar social. Para aumentar el bienestar, los mayores beneficios por las ventas externas deben exceder la baja en el excedente del consumidor. El bienestar en el país importador es mejorado por el dumping si los beneficios de las firmas que compiten con las importaciones caen, pero sirven como una transferencia a los consumidores en ese país, debido a la posibilidad de conseguir importaciones más baratas.

Para la OMC, se considerará que un producto es objeto de dumping, cuando su precio de exportación sea menor que el precio comparable en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador. Se entenderá por daño, salvo indicación en contrario, un perjuicio importante causado a la producción nacional, una amenaza de daño real e inminente, o un retraso sensible en la creación de un producto nacional.

A partir de la creación de la OMC, las normas multilaterales restringen la capacidad de decisión a nivel nacional, obligando a la uniformidad y homogeneización en el derecho y al cumplimiento de ciertas prácticas en el campo

de la política comercial.

Los ejes de la propuesta para el Mercosur en este trabajo, y en forma sintética, son los siguientes⁴:

1) Las normativas nacionales debieran unificarse, teniendo como referencia la Multilateral, que emanó de la Ronda Uruguay del GATT. También debería unificarse la legislación sobre defensa de la competencia.

2) Se sugiere la delegación en un ente supranacional del tratamiento de cuestiones de dumping y subvenciones hacia extrazona, la delegación supranacional de la política de defensa de la competencia común, que debe sustituir intrazona el tratamiento antidumping y compensatorio.

3) A nivel transitorio, y mientras persistan excepciones temporales de productos, estos deberían tratarse como de extrazona (en rigor no han ingresado al acuerdo), hasta tanto se los incorpore al libre comercio del bloque. Se delegaría en cada país la aplicación de políticas antidumping y compensatorias a este subconjunto hasta tanto persistan las excepciones, y con la normativa común. En la medida en que tales excepciones se desactiven, convergerán estos productos al régimen común supranacional.

4) El bloque, que estaría a salvo de presiones proteccionistas locales contra los socios, debe administrar el trato a extrazona con absoluto respeto de las normas internacionales, por los argumentos de reciprocidad y ventaja mutua que son la base del Sistema Multilateral de Comercio. En tal sentido, el bloque no sería una fortaleza proteccionista sujeta a retaliaciones por el abuso discrecional de sus políticas antidumping y compensatorias.

4. Susana Czar de Zalduendo, "La reglas multilaterales de comercio y los acuerdos regionales de integración ¿oposición o coexistencia de ordenamientos?", seminario sobre el nuevo régimen de comercio internacional, Facultad de Derecho UBA, 26 y 27 de junio de 2001.