

DAÑOS Globalización - Estado - Economía, libro colectivo editado por Rubinzal Culzoni, dirigido por Celia Wingarten y Carlos A. Ghersi, Buenos Aires 2000, p. 57.

VI CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE DAÑOS
La solidaridad como eje del Derecho Latino Americano del S.XXI

DAÑOS PRODUCIDOS POR EL DUMPING

Por Efraín Hugo RICHARD ⁽¹⁾

Sumario:

I – INTRODUCCION. II - ¿QUÉ ES EL DUMPING?. III – CLASES DE DUMPING . IV – PRESUPUESTO OBJETIVO. V – EFECTOS DAÑOSOS DEL DUMPING. VI - BASES DE LA IMPUTACION DE RESPONSABILIDAD. VII .EL RECONOCIMIENTO DEL DAÑO EN LA LEGISLACION ANTIDUMPING. VIII - LA NOCION DE DAÑO EN LA LEGISLACION ANTIDUMPING. A. EL DAÑO CAUSADO. B. LA AFECTACION A LA PRODUCCION. IX – MEDIDAS ANTIDUMPING. X – REPARACION DEL DAÑO CAUSADO. XI – CONCEPCION PUBLICISTICA DEL DAÑO EN LA LEGISLACION ANTIDUMPING.

La apertura de la cumbre de la OMC dio lugar a disturbios que simbolizan una creciente oposición a ciertas formas de globalización.

Enrique LACOLLA

¹ Abogado. Profesor Emérito por la Universidad Nacional de Córdoba. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral. Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional de Tucumán. Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Director de su Instituto de la Empresa.

I – INTRODUCCION.

El distinguido jurista y amigo Carlos Ghersi, con sus desafíos –que resultan claramente del título de la convocatoria a este Congreso- y con los temas que nos propone, imponiéndonos una tarea excesivamente pesada, pero al mismo tiempo apasionante, en cuanto nos obliga a incursionar en nuevos planteos. Ya hemos intentando cumplir con esa imposición en anteriores ediciones de este Congreso (*).

Conforme el espacio limitado para la presentación original del tema, sólo nos preguntaremos que es “dumping”, las líneas de acción para combatir los efectos dañosos existentes en el derecho, y que es considerado “daño” para la actuación de esas normas. Pues la particularidad de los daños causados por el “dumping” se enfrenta a través de la noción de daño “importante”, con fines tuitivos diferentes –a nuestro criterio- con la de la legislación civil.

Una ponderación inicial sobre la que no volveremos: la inmediatez en la solución de controversias de los comerciantes no se encuentra resguardada en la actualidad y la legislación antidumping tampoco asegura respuestas inmediatas, olvidando que fue el nudo del nacimiento del derecho comercial como categoría histórica ⁽²⁾, privilegiando la actuación de los grupos económicos que necesitan más consumidores y menos competencia ⁽³⁾.

II - ¿QUÉ ES EL DUMPING?

² Cfme. nto. trabajo en el libro Coordinado por el Prof. Carlos A. Ghersi "DERECHO DE DAÑOS. Economía. Mercado. Derechos personalísimos", Edición Abeledo Perrot, Buenos Aires 3 de junio de 1999 ISBN 950-20-1215-1: en cap. IV "Mercado, contrato y derechos económicos de los contratantes" de pág. 225 a 257 "Impostación actual de los usos y costumbres frente a la ley 17.711 y la tendencia unificante".

³ Cfme. LACOLLA, Enrique *Seattle* en La Voz del Interior del 5.12.99 p. 18 A: “No debe olvidarse que la dictadura del mercado tiene por principal tendencia y única regla abolir al Estado en tanto éste puede sumiistrar una estructura política, social, ideológica o cultura que dé coherencia a la gestión global de la economía y la vida. El mercado, que es regentado por fuerzas que anidan en los países centrales, necesita de consumidores y de policías, no de ciudadanos. De ahí que una de las constantes de la globalización apunte a corromper o adelgazar la estructura del poder estatal, cosa que han logrado bastante bien, si miramos en rededor. De ahí también la necesidad de recuperar el Estado que tenemos quienes formamos la inmensa mayoría, proveyendo a la lucha política de capacidad crítica, de carga ideológica y de voluntad para acometer las reformas necesarias en el cuadro de una sociedades periféricas que no tengan miedo de desconectarse del flujo torrencial de la globalización, para reconstruirse como Estado nación ampliados a escala continental o al menor regional”.

El término dumping deviene del inglés significando en el argot minero ⁽⁴⁾ “acción de verter sobre la era de una mina el contenido de una vagoneta”, derivando del verbo “tu dump”: verter, tirar, inundar ⁽⁵⁾.

Pero se suele implicar la cuestión, refiriéndose a dumping como la práctica de vender a precios diferentes en dos mercados. O sea que la cuestión se vincula fundamentalmente al comercio internacional, aunque puede verificarse en el mercado interno cuando existen zonas con precios o régimen impositivo diverso. Por ello mismo, se limitaba la significación de dumping a subsidios a la exportación, a través de los cuales los gobiernos incentivaban su producción interna en desmedro de empresas radicadas en otros países cuyos mercados eran inundados por aquella. Se caracteriza el dumping, desde este punto de vista limitado, como la maniobra por la cual un productor vende su mercadería en el exterior a precio más bajo del que exige en su propio país con la finalidad de ganar mercado a expensas de la desaparición de la industria local.

Ello lleva a que, en general, se acepte internacionalmente el derecho de los países a enfrentar esas conductas a través de leyes “antidumping” o al establecimiento de derechos de importación diferenciales, configurando una política aduanera proteccionista. De allí la participación en nuestro país de la Subsecretaría de Comercio Exterior, para receptar las denuncias y de la Comisión Nacional de Comercio Exterior para, realizando el trámite correspondiente, aconsejar las decisiones aduaneras a adoptar.

La globalización o planetización económica, a la que nos hemos referido en otros trabajos a estos Congresos ⁽⁶⁾, perfila especiales efectos dañosos que generan estas prácticas. Actualmente la cuestión se desenvuelve dentro de la noción de globalización o planetización

⁴ Cfme. J.F. BESSELER y A.N.WILLIAMS *Anti dumping and Anti-Subsidy Law: The European Communities*, Londres 1986, p. 41. La expresión corresponde a J.P. VIGNAL *Il Régime juridique du dumping*. Centre Universitaire de Recherche Europeenne et Internationale de Grenoble, Universidad des Ciencias Sociales de Grenoble, 1973, pág. 5.

⁵ Cfme..Marta RODRIGUEZ FERNANDEZ *Los derechos antidumping en el derecho comunitario*, Editorial Lex Nova, Valladolid 1999, excelente tesis doctoral que nos ha ilustrado en múltiples aspectos, pág. 25.

⁶ El referido en nota 2.

que la visión economicista de la “organización humana” ha generado, tratando de dismantelar las barreras aduaneras, dejando obsoleta esta legislación (⁷).

Pero el tema es mucho más rico aún, en cuanto a las características que pueden revestir las prácticas modernas del “dumping”, lo que lleva a una visión “clasificatoria”.

III - CLASES DE DUMPING.

Sin espíritu científico, o sea a que la clasificación tenga bases axiológicas, nos permitimos formalizar separaciones meramente descriptivas para mostrar la riqueza de las situaciones que generan efectos dañosos. Los economistas señalan muchas clases de dumping, que escapan a la definición legal de dumping contenida en el artículo VI de la ronda del GATT de 1947. Esta definición se basa en la idea de una discriminación a nivel de los precios

⁷ El Anexo A. de la ley 24425 contiene la **DECLARACION SOBRE LA CONTRIBUCION DE LA ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO AL LOGRO DE UNA MAYOR COHERENCIA EN LA FORMULACION DE LA POLITICA ECONOMICA A ESCALA MUNDIAL artículo 2:**

1. Los Ministros reconocen que la globalización de la economía mundial ha conducido a una interacción cada vez mayor entre las políticas económicas de los distintos países, así como entre los aspectos estructurales, macroeconómicos, comerciales, financieros y de desarrollo de la formulación de la política económica. La tarea de armonizar estas políticas recae principalmente en los gobiernos a nivel nacional, pero la coherencia de las políticas en el plano internacional es un elemento importante y valioso para acrecentar su eficacia en el ámbito nacional. Los Acuerdos fruto de la Ronda Uruguay muestran que todos los gobiernos participantes reconocen la contribución que pueden hacer las políticas comerciales liberales al crecimiento y desarrollo sanos de las economías de sus países y de la economía mundial en su conjunto. 2. Una cooperación fructífera en cada esfera de la política económica contribuye a lograr progresos en otras esferas. La mayor estabilidad de los tipos de cambio basada en unas condiciones económicas y financieras de fondo más ordenadas ha de contribuir a la expansión del comercio, a un crecimiento y un desarrollo sostenidos y a la corrección de los desequilibrios externos. También es necesario que haya un flujo suficiente y oportuno de recursos financieros en condiciones de favor y en condiciones de mercado y de recursos de inversión reales hacia los países en desarrollo, y que se realicen nuevos esfuerzos para tratar los problemas de la deuda, con objeto de contribuir a asegurar el crecimiento y el desarrollo económicos. La liberalización del comercio constituye un componente cada vez más importante del éxito de los programas de reajuste que muchos países están emprendiendo, y que a menudo conllevan un apreciable costo social de transición. A este respecto, los Ministros señalan la función que cabe al Banco Mundial y al FMI en la tarea de apoyar el ajuste a la liberalización del comercio, incluido el apoyo a los países en desarrollo importadores netos de productos alimenticios, enfrentados a los costos a corto plazo de las reformas del comercio agrícola. **Lacolla, en trabajo citado, subraya en relación al encuentro de Seattle: “El encuentro ha tenido asimismo el mérito de desnudar, de poner en evidencia ante las cámaras, la vergonzosa realidad de un planeta cuyas desigualdades se profundizan incesantemente en razón de ingenierías administrativas que escapan a todo control democrático, reproduciendo a la escala del globo las ingenierías sociales tan caras al stalinismo y a los totalitarismos de toda laya que han castigado al mundo en el siglo 20”.**

practicados en dos mercados diferentes y no en la de una venta para la exportación a un precio inferior al precio de coste. Así se considera, desde este punto de vista de “falso dumping” al dumping social, al dumping de cambios o al dumping monetario.

Desde un punto de vista cualitativo temporal puede clasificarse el dumping en: a) depredador, cuando el producto es vendido por el productor para eliminar competidores y ganar el control del mercado extranjero, a un precio reducido por un breve tiempo, como discriminación temporal del precio, para luego elevarlo cuando ha eliminado la competencia. b) Persistente, cuando el vendedor extranjero introduce la mercadería a precio diferencial al que lo vende en su país, por eliminación de ciertos gastos generales, y c) Ocasional cuando el vendedor coloca excedentes esporádicos a menor precio en el mercado extranjero (⁸).

Quedan fuera de la definición internacional, el dumping de servicios, que consiste en precios menores de servicios para la exportación que los que se cobran en el mercado interno (p.ej. dumping de flete). También el dumping de cambios, con la utilización de dos tipos de cambio para estimular las exportaciones. Y también el dumping social, que originariamente se vinculaba a trabajos realizados en prisiones y a muy bajo precio, y ahora a exportaciones originadas en países con condiciones laborales extremas, con salarios muy reducidos y ausencia de derechos sociales. Se extiende la exclusión al dumping ecológico, o sea a las exportaciones de países que comercializan los productos a bajo precio por la falta de controles o de cargas fiscales por el nivel de contaminación con el que producen.

IV – PRESUPUESTO OBJETIVO.

Conforme la ley 24.176 y en Anexo I, convenio que aprueba, la **DETERMINACION DE LA EXISTENCIA DE DUMPING** se fija en el **artículo 2:** “1. A los efectos del presente Código se considerará que un producto es objeto de dumping, es decir, que se introduce en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, cuando su precio de exportación al exportarse de un país a otro, sea menor que el precio comparable, en el

⁸ Cfme. RODRIGUEZ FERNANDEZ, ob. cit. Pág. 31.

curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador....”.

La estructura de la norma impone que en el párrafo 2 se refiera a que se entenderá que la expresión "producto similar" ("like product"), o a la importación a través de tercer país (ap.3), cuando el producto similar no sea objeto de ventas en el curso de operaciones comerciales normales en el mercado interior del país exportador (ap.4) o (ap. 5) cuando no exista precio de exportación, o cuando, a juicio de las autoridades autorizadas, el precio de exportación no sea fiable por existir una asociación o un arreglo compensatorio entre el exportador y el importador o un tercero, se generan normas presuncionales destinadas a generar una comparación equitativa entre el precio de exportación y el precio interior del país exportador, que es el presupuesto objetivo de una maniobra de “dumping” o sea de la antijuridicidad.

El ***Decreto N° 2121 de fecha*** . 30 de noviembre de 1994. reglamentario de la ley 24176 en el TÍTULO I formula DEFINICIONES, y en el CAPITULO I sobre DUMPING Y SUBVENCION “ARTICULO 1°.- Se considera que un producto es objeto de dumping, cuando se introduce en el mercado nacional a un precio inferior al valor normal de un producto similar destinado al consumo en el país de origen o de exportación, en el curso de operaciones comerciales normales.

ARTICULO 2°.- Se entenderá que existe subvención, a los fines del presente reglamento, cuando exista una contribución financiera de un gobierno o de un organismo público del país de exportación o de origen, de modo tal que la misma represente un beneficio en favor del productor o del exportador. Sin perjuicio de la generalidad de lo precedente, existirán tales contribuciones cuando:

1. La práctica de un gobierno u organismo público implique una transferencia directa de fondos, como donaciones, préstamos y aportes de capital, o bien se trate de posibles transferencias directas de fondos o de pasivos, por ejemplo, garantías de préstamos,
2. Se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otros casos se percibirían, por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales,

3. Se proporcionen bienes o servicios que no sean de infraestructura general o se compre bienes, y
4. Exista alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios.

Existirá también subvención cuando la contribución financiera provenga de una entidad privada que sea utilizada por un gobierno u organismo público para efectuar contribuciones que no difieran en la práctica de las normalmente otorgadas por los gobiernos u organismos públicos.

No será considerada como una subvención la exoneración en favor de un producto exportado, de los derechos e impuestos que graven el producto similar cuando éste se destine al consumo interno, ni la remisión de estos derechos o impuestos en un importe que no exceda de los totales adeudados o abonados.”

V – EFECTOS DAÑOSOS DEL DUMPING.

La finalidad de las prácticas de “dumping” es insertar en otro mercado los excedentes productivos de un país, sea que le sobren o se decida fabricar más para mejorar el nivel social interno, forzando su recepción en aquel otro mercado, al que ingresa a un precio menor en virtud de situaciones especiales: subvenciones, menores costos artificiales o sociales.

El efecto económico es de expansión de la empresa y del país que vende, y de aparente confort y disminución de precio para el consumidor del territorio extranjero en el que se introduce, pero con quebrantamiento de las empresas de este último país, que aunque reduzcan sus costos no podrán competir con aquella (no existe libre competencia ni mercado igualitario), por lo que a largo o a corto plazo deberán concursarse o liquidarse –véase el traslado de industria automotor a Brasil desde nuestro país-, afectando las fuentes de trabajo, ingresos impositivos para el presupuesto nacional, etc., y de existir legislación concursal inadecuada que demore su presentación en concurso o quiebra (⁹) contagiarán su cesación de pagos a proveedores, financistas, etc., generando más quiebras, aumentando el costo del

⁹ Cfme. Nto. *Insolvencia societaria y responsabilidad*, en *Jurisprudencia Argentina* (Conmemoración de su 80º Aniversario) 1919-1998, pág.380.

dinero, etc. . El daño es exponencial y baste ver lo que ha ocurrido en nuestro país por una apertura del mercado sin el necesario análisis y antidotos contra las prácticas internacionales que convirtió a los fabricantes en importadores, en desmedro del mercado del trabajo y de la recaudación impositiva, y del sistema previsional. Ello so pretexto de rebaja de los precios internos y beneficio coyuntural de los consumidores.

Dos condiciones existen para que puedan configurarse maniobras de dumping: a) existir competencia imperfecta, o sea que las empresas impongan los precios y no que los tomen del mercado, y b) que los mercados se encuentren segmentados, o sea que los consumidores no pueden comprar bienes dedicados a la exportación (¹⁰).

VI - BASES DE LA IMPUTACION DE RESPONSABILIDAD.

Recordemos los presupuestos generales de la responsabilidad civil, genéricamente aplicables en cuanto no exista incompatibilidad, cuales son:

- a. La autoría, o sea la conducta de los cedentes reprochable, positiva en el caso.
- b. La antijuridicidad que, en el caso en análisis que es el dumping o el presupuesto objetivo de la diferencia de precios señalada, quién pretende la atribución de responsabilidad debe allegar los medios de convicción idóneos para poner en evidencia la culpa del exportador, pues en ella radica el incumplimiento: no cumplir con la conducta apropiada, prudente, diligente, tergiversando el plan de prestación que es objeto del deber jurídico calificado (Rivera). Debe acreditarse que el exportador no realizó la actividad comprometida o realizó la actividad prohibida (Otaegui).
- c. El factor de atribución que es la culpa, que -conforme al art. 512 C.C. “consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. En el caso la representación de la conquista del mercado por la diferencia de precios con la que operan.

¹⁰ Cfme. P.R. KRUGMAN y M.OBSTELD *Economía internacional. Teoría y política* (traducción J. Tumo y otros) Editorial Mc Graw Hill, Madrid 1994, pág. 163.

d. El daño que debe ser cierto, por oposición a eventual o conjetura, actual y subsistente, o sea que el daño que se reclame debe ser un detrimento patrimonial cierto y no meramente hipotético o conjetural (Orgaz). Y en este radica fundamentalmente la noción de daño en el derecho civil con la de daño en el derecho público antidumping.

e. Relación causal entre la conducta imputable y el daño efectivo, generando la consideración de la “causa adecuada”, imponiendo que el juez (u órgano de aplicación en el caso) se retrotraiga mentalmente hasta el momento de la acción, para formular así el juicio acerca de si la acción era o no idónea para la producción del daño.

VII . EL RECONOCIMIENTO DEL DAÑO EN LA LEGISLACION ANTIDUMPING.

La existencia de daño sólo puede ser evaluada, en caso de dumping por el ente de aplicación, y si la Comisión determina la inexistencia del daño se impide la aplicación de tributos antidumpin y compensatorios (art. 20 Dto. 766/94). Adviértase que no existe una relación contractual entre el legitimado activo para promover un procedimiento antidumping, sino que la cuestión es extracontractual, tanto en la aplicación de estas medidas como en la eventual reclamación de un daño concreto.

Halperin (¹¹) sostiene que difícilmente se lograra una revisión jurisdiccional de una decisión que imponga o deniegue las medidas antidumping por la vía del amparo, porque conforme la jurisprudencia dominante sólo procede cuando la ilegalidad del acto es “manifiesta”. Por ello, si la Comisión concluyera que no existe daño relevante, pese a la cuestión ser de interés general, el Gobierno nacional no podría dictar una medida de salvaguardia.

Los indicadores del daño, que debe evaluar la Comisión, a tenor de la reglamentación (art. 12): empleo de mano de obra, capacidad utilizada, tasa de retorno de la inversión, etc.. En la Ronda Uruguay se amplía esa concepción evaluando todos los factores e índices económicos que influyan al estado de esa producción, incluyendo la disminución potencial de

¹¹ Cfme. Marcelo HALPERIN *Función asignada a la Comisión Nacional de Comercio Exterior en la aplicación de Derechos Antidumping, compensatorios y salvaguardias* en La Ley Actualidad del 18 de agosto de 1994, nota 7.

la misma, sobre el cash flow, el empleo, los salarios, el crecimiento, la capacidad de reunir capitales o la inversión, y en caso de la agricultura si el gobierno ha debido hacer crecer los planes de apoyo (puntos 3.5 y 15.4 de los Códigos antidumping y de subvenciones y derechos compensatorios).

La irrevisibilidad de las medidas administrativas es tanto más manifiesta en los procedimientos diferenciados cuando el acto lesivo, calificado de dumping, proviene de otro país del Mercosur y ello respondiera a las políticas fijadas de común acuerdo; en cuyo caso podría ser aplicable la Resolución del llamado Grupo Mercado Común, Sección Nacional” (B.O. 20 de abril de 1993) que impone a los particulares una denuncia ante su Estado para que éste asuma o no la defensa de la situación, lo que podría permitir sostener que excluiría la situación del régimen de la legislación antidumping.

El reclamo de los particulares dentro de las relaciones del Mercosur deben hacerla ante su Sección Nacional del Grupo Mercado Común que puede declararla no relevante, declaración que podría hacer el Grupo, o que los expertos que deben intervenir consideren que no es razonable, o que pese a declararse razonable no sea atendida. Se han formulado preguntas frente a esta situación ⁽¹²⁾: ¿Cabe alguna responsabilidad al Estado argentino que en el primer caso desestimó la petición de un particular creyendo que no era importante? ¿Le cabe alguna responsabilidad cuando después de una decisión favorable no lo llevo a arbitraje? Sosteniéndose que el particular puede recurrir al sistema judicial o administrativo del país. ¿Es que la justicia llegará siempre tarde? ⁽¹³⁾. Recuérdese que el reclamo de medidas antidumping esta reservado a las asociaciones que nuclean a ramas de la actividad productiva.

VIII – LA NOCION DE DAÑO EN LA LEGISLACION ANTIDUMPING.

¹² Cfme. ALEGRIA, Héctor *La solución de controversias en el Mercosur* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, n° 1 p. 419.

¹³ Cfme. nta. publicaciones en el libro Coordinado por el Prof. Carlos A. Ghersi "DERECHO DE DAÑOS. Economía. Mercado. Derechos personalísimos", Edición Abeledo Perrot, Buenos Aires 3 de junio de 1999 ISBN 950-20-1215-1: en cap. I "Estado, Poder Judicial y Derecho de Daños" de pág. 71 a 87 "La reparación de daños y el acceso a la justicia (visión de un comercialista)"

Además de la práctica específicamente sancionada como dumping, para la aplicación de las medidas antidumping, es necesario que se configure el daño o perjuicio, específicamente en el marco estricto delimitado por la norma legal. El elemento del perjuicio es el aspecto menos desarrollado en la normativa antidumping, en especial las disposiciones referidas al nexo causal que debe existir entre dumping y perjuicio y al cálculo del margen del perjuicio ⁽¹⁴⁾.

Ese perjuicio debe ser “importante” ⁽¹⁵⁾, si bien implica una concepción amplia excediendo del perjuicio concreto generado a la industria nacional, comprendiendo la amenaza de que el mismo se produzca, o que se haya generado un retraso significativo en la creación de dicha industria nacional, con motivo de las prácticas desleales. El daño severo se define en el acuerdo como un menoscabo general significativo en la posición de una industria nacional. La amenaza de daño severo significa daño severo que es claramente inminente ⁽¹⁶⁾. Pero la amenaza de perjuicio no ha sido apreciada en la práctica ⁽¹⁷⁾.

No cualquier perjuicio autoriza la aplicación de esas normas. Y un punto para meditar es la posibilidad de una acción por daño del productor local contra el exportador que realiza un acto de “dumping”. Los repertorios no la reflejan, ¿pero por qué no?

Como en la estructura de la responsabilidad, el nexo causal entre el dumping y los perjuicios debe existir. El perjuicio se vincula a la determinación de que se entiende por producción nacional. Y ello por cuanto se descarta de ese concepto las empresas vinculadas o controladas con el exportador o el importador. La noción de control que incorporamos en aquella relatoría en que nos vinculamos a estos Congresos ⁽¹⁸⁾, vuelve a tener importancia. La idea de vinculación es la de descartar la legitimación pasiva cuando “existan razones para creer o sospechar que, como consecuencia, la misma podría llevar al productor afectado a comportarse de forma distinta a los productores no vinculados”. En “el ejercicio de la facultad

¹⁴ RODRIGUEZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 229.

¹⁵ RODRIGUEZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 228.

¹⁶ Cfme. MARZORATTI Osvaldo J. *Derecho de los negocios internacionales* 2ª edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires 1997, pág. 161

¹⁷ RODRIGUEZ FERNANDEZ, ob. cit. pág. 253.

¹⁸ Not. *Fraccionamiento de la responsabilidad frente a consumidores y terceros a través de los contratos de colaboración* en “Los derechos del hombre. Daños y protección a la persona” libro colectivo Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 1997 p. 265 y ss..

de apreciación, examinar si deben excluir del sector económico de la comunidad a los productores que tengan vínculos con los exportadores o los importadores o que sean ellos mismos importadores del producto de dumping”, apreciación que debe formalizar el órgano jurisdiccional ⁽¹⁹⁾

Pero, como venimos anticipando, es condición previa a la adopción de una medida antidumping, la demostración de que el dumping genera un perjuicio importante a la industria local. En tal supuesto se califica –excluyéndolo- al “dumping ocasional”, salvo que se acredite un perjuicio “importante”. Se considera perjudicial el “dumping de los países con comercio de Estado” ⁽²⁰⁾, pues intentan hacerse de divisas a cualquier precio, o el dumping cíclico o de excedentes periódicos, o el dumping estratégico para obtener con medidas de fuerza posición en mercados importantes.

La concepción del daño es amplia incluyendo al eventual o conjetural, actual y subsistente, o sea que el daño que se reclame debe ser un detrimento patrimonial cierto o meramente hipotético o conjetural. Excede así la concepción clásica del art. 1068 C.C. “Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades”. Entendemos que debe extenderse, y la normativa antidumping lo permite, al concepto de “chance” introducido por la moderna doctrina jusprivatista. Se trata del efecto del dumping sobre el desarrollo futuro de las industrias locales, pero la legislación antidumping va más allá cuando se refiere al atraso en la

¹⁹ Cfme. Sentencia del TJCE “Rico/Consejo”, Rec. P. 1-1400, apartado 49, y, reproducido en idénticos términos, en la Sentencia del TJCE en “Matushita Electric/Consejo”, Rec. P. 1-1843, apartado 62.

²⁰ SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Quinta ampliada) de 25 de septiembre de 1997 En el asunto T-170/94, considerando 129.: “Además, en el marco de esa línea de acción, se presume que, por regla general, en los países de comercio de Estado los exportadores no son independientes de la influencia del Estado y que uno de los objetivos de esa política es evitar que se eludan los derechos antidumping. En efecto, si se prohibiera a las Instituciones calcular el margen de **dumping** teniendo en cuenta las exportaciones de las sociedades que no hayan cooperado en la investigación, las autoridades de los países de comercio de Estado podrían, en caso de apertura de una investigación antidumping, ordenar al exportador que tenga los precios de exportación más altos que coopere con las Instituciones comunitarias y prohibir a los demás exportadores que lo hagan. De este modo podrían asegurarse de que a todos los exportadores implicados en el **dumping** se les aplicaría un derecho antidumping igual al margen de **dumping** establecido para el exportador que tuviera el margen más bajo (véase la sentencia Climax Paper/Consejo, citada en el apartado 39 *supra*, apartado 130).

instalación de esa industria, situación en la que no se identifica un particular afectado, sino un “país o región” afectado.

Dos factores son los que suelen tenerse en cuenta para determinar la existencia de un “perjuicio importante”, y sobre la base que esa apreciación es para determinar si se adopta las medidas antidumping (gravedad o importancia que se mide en relación al interés público a tutelar, más que en orden al daño causado a un productor).

- a. Evolución del volumen de las importaciones y efecto de las importaciones sobre los productos locales.
- b. Efectos de las importaciones sobre las industrias locales (presentes o futuras).

Se trata de probar la existencia de un perjuicio material o la existencia de una amenaza de perjuicio o una recesión en la situación de la industria local (²¹).

A. EL DAÑO CAUSADO. Respecto al primer factor se trata de valorar la cuota del mercado que asume la importación sospechada. En este punto debe tenerse en cuenta el porcentaje en el mercado libre, excluyendo de la ponderación al mercado cautivo que no sufre el efecto de aquella importación.

El art. 3° del Anexo A de la ley 24.176 **DETERMINA LA EXISTENCIA DE DAÑO**: “1. La determinación de la existencia de daño a los efectos del Artículo VI del Acuerdo General se basará en pruebas positivas y comprenderá un examen objetivo: a) del volumen de las importaciones objeto de dumping y su efecto en los precios de productos similares en el mercado interno, y b) de los efectos consiguientes de esas importaciones sobre los productores nacionales de tales productos...”.

Evidentemente no estamos frente a la idea de daño y su causalidad, sino de “gravedad” del daño, no para su resarcimiento, sino para la adopción de medidas cautelares. o a su conclusión.

²¹ Cfme. Edwin A. VERMULST, Paul A. WAER y Lourdes CATRAIN *Introducción al Derecho comunitario en materia de antidumping* en Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid 1991, pág. 74 y ss., en especial p. 93.

Sigue el art.3ª “3. El examen de los efectos sobre la producción que se trate, incluirá una evaluación de todos los factores e índices económicos pertinentes que influyan en el estado de esa producción, tales como la disminución actual y potencial del volumen de producción, las ventas, la participación en el mercado, los beneficios, la productividad, el rendimiento de las inversiones o la utilización de la capacidad; los factores que repercutan en los precios internos; los efectos negativos actuales o potenciales en el flujo de caja ("cash flow), las existencias, el empleo, los salarios, el crecimiento, la capacidad de reunir capital o la inversión. Esta enumeración no es exhaustiva, y ninguno de estos factores aisladamente, ni varios de ellos reunidos bastarán, por sí mismos, para obtener una orientación decisiva....”.

La idea de causalidad campea en el ap.4 del mismo art. 3ª “4. Habrá de demostrarse que, por los efectos del dumping las importaciones objeto de dumping causan daño en el sentido del presente Código. Podrá haber otros factores que al mismo tiempo perjudiquen a la producción, y los daños causados por ellos no se habrán de atribuir a las importaciones objeto de dumping”.

La particular idea de daño en la legislación antidumping se confunde con la de peligro de daño, propia de las acciones que facultan la adopción de medidas precautorias y no de reparación del daño efectivamente causado.

El CAPITULO III del Dto. 2121/94 centra el tema de nuestra preocupación DAÑO Y CAUSALIDAD, el daño lo define en el ARTICULO 7º.- Los derechos antidumping o compensatorios no serán aplicables si no existe daño ocasionado por las importaciones del producto objeto de la investigación.

Se entenderá por daño a los fines del presente artículo:

1. Un daño o perjuicio importante causado a una producción nacional,
2. Una amenaza de daño importante a una producción nacional, y
3. Un retraso sensible en la creación de una producción nacional.

ARTICULO 8º.- La determinación de la existencia de un daño importante causado a la producción nacional, a los efectos del presente reglamento se basará en pruebas positivas y comprenderá un examen positivo:

1. Del volumen de las importaciones objeto de dumping o subvencionadas y su efecto sobre los precios de productos similares en el mercado interno, y
2. De los efectos consiguientes de esas importaciones sobre productores nacionales de tales productos. ...”

No basta la constatación de la existencia de la maniobra de dumping, sino su calificación como contraria al interés nacional, al interés público, no sólo por el daño concreto delimitado en el inc. a), sino un daño eventual, un peligro (incs. b y c). No se trata de una concepción de reparación de daño propia del derecho privado, sino una visión publicística del daño, que por ello incorpora la noción de “daño importante” o “daño severo” para habilitar la aplicación de normas excepcionales dentro del libre comercio internacional. El art. 9^a califica la amenaza de daño a la producción nacional ⁽²²⁾ y el art. 10^a referido al desarrollo de esa industria inexistente en el ámbito local ⁽²³⁾, son nociones concretas de interés público, ajenas a la concepción del daño en el derecho civil, que por tanto se canalizan por medidas precautorias y no reparatorias del daño:

La mezcla entre interés privado e interés público, se advierte en la necesidad de promover el procedimiento antidumping por una asociación del rubro de la producción ante la autoridad de

²² ARTICULO 9°.- La Autoridad de Aplicación competente entenderá que existe una amenaza de daño importante a una producción nacional, cuando tal amenaza sea real y cierta y cuando el daño sea inminente. A tal efecto tomará en cuenta las siguientes circunstancias, entre otras posibles:

1. El incremento en la participación de las importaciones sujetas a investigación, en el mercado nacional, aunque no existiere todavía un daño importante causado a la producción nacional,
2. Sobreproducción, exceso de capacidad o acumulación de existencias del producto sujeto a investigación, en el país de origen o de exportación, con la posibilidad de su exportación a la REPUBLICA ARGENTINA, y
3. La acumulación en la REPUBLICA Argentina de existencias del producto sujeto a investigación, aun si el mismo no ha sido todavía vendido en el país.

²³ ARTICULO 10.- A los efectos de determinar si existe o no un retraso sensible en la creación de producción nacional, la Autoridad de Aplicación competente deberá evaluar la potencialidad de la producción nacional al momento en que comenzaron las importaciones, o fueren inminentes, con el objeto de establecer si tales importaciones tuvieron un efecto negativo sobre la evolución de ese potencial. La Autoridad de Aplicación competente deberá considerar entre otros los siguientes aspectos:

- a) Capacidad efectiva en construcción,
- b) Certeza del financiamiento para la capacidad en construcción,
- c) Estado de las órdenes y despachos, y
- d) La situación financiera general.

aplicación, demostrando la relación de causalidad entre la maniobra de dumping (factor objetivo) y la existencia de daño importante, o de su eventualidad manifiesta (²⁴).

Existe también la posibilidad de que puedan considerarse acumulativamente varias denuncias de dumping, para en una valoración acumulativa entender la existencia de “perjuicio importante”, porque el interés tutelado es el “interés nacional” y no el daño concreto.

La valoración del perjuicio debe ser formalizada en relación a todos los exportadores, pues el perjuicio en la producción nacional se identifica a través de todas esas conductas que, individualmente podrían no tener entidad de perjuicio importante, pero si lo alcanzan al investigarse la totalidad de las conductas de los exportadores o importadores.

El perjuicio importante debe evaluarse con la apreciación global de los efectos causados por todas las importaciones sospechadas, y por tanto el importe del derecho antidumping debe tener en cuenta ese efecto global, aunque no corresponda directamente a la acción de cada exportador o importador.

B. LA AFECTACION A LA PRODUCCION. Como hemos visto, también debe considerarse dentro del perjuicio importante los efectos sobre la industria local. Este tema se vincula también a la causalidad de los efectos dañosos, entre la conducta del importador y el efecto directo sobre un legitimado activo para reclamar la aplicación de las sanciones antidumping. Juega aquí la afectación por dumping anteriores a la industria local, los efectos sobre su caja, salarios, nivel de empleo. Los efectos devastadores sobre la pequeña y mediana empresa están a la vista, incluso deberá evaluarse la contracción de la demanda, generada por un exceso de oferta y de liquidez de la comunidad, frente a la producción local no colocable en ese mercado

²⁴ Ello se advierte en el ARTICULO 11.- A los fines del presente reglamento, se debe demostrar, a satisfacción de la Autoridad de Aplicación competente, y de conformidad con la ley y este reglamento, que existe una relación causal entre la importación del producto bajo estudio y cualquiera de los siguientes aspectos:

1. La existencia de daño material a la industria nacional del producto similar tal como se indica en el artículo 8° de este reglamento,
2. La amenaza de daño importante a la industria nacional del producto similar, tal como se indica en el artículo 9° de este reglamento, y
3. El retraso sensible en el inicio de una producción nacional tal como se indica en el artículo 10 de este reglamento.

alterado. Obviamente que el cuestionado por conductas de dumping podrá probar que esos efectos fueron generados por otras causas distintas a la importación cuestionada.

Otro factor de ponderación del “perjuicio importante” es la existencia de una “amenaza de perjuicio” (25). El punto parece de importancia capital, por la actitud de los gobiernos de sólo considerar el perjuicio real y efectivo, y no estar a los efectos claramente previsibles o inminentes que justificaran la adopción de medidas antidumping. La historia de nuestro país, el exceso de importaciones con dudoso valor de origen, subvaluadas a los efectos del pago de los derechos de importación y la inundación del mercado han generado claros efectos de caja al estado y a los particulares en el cierre y quiebra de la industria mediana y pequeña.

Un perjuicio evaluable para la adopción de medidas antidumping es el “retraso significativo en la creación de una industria local”, aspecto que no aparece a la fecha aplicado por la jurisprudencia comunitaria, la más rica en la ponderación de las medidas antidumping.

El margen del perjuicio ingresa dentro del factor causalidad, pues es esencial demostrar que existe una relación directa de causalidad entre las condiciones en que se ha llevado a cabo la exportación investigada como productora de los efectos dañosos o negativos sufridos por los productores locales (art. 11ª del Dto.2121). La relación de causalidad para determinar el margen o cuantificación del daño es fundamental pues es la que permite a los órganos de aplicación graduar la cuantía de los derechos antidumping, como límite máximo.

²⁵ * SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA UE (Sala segunda ampliada) de 28 de octubre de 1999 **¡Error! Marcador no definido.** asunto T-210/95, 15. En este fallo se determina, entre otros aspectos: 1. A efectos del presente Reglamento y salvo disposición en contrario, se entenderá por “perjuicio” el perjuicio importante sufrido por la industria comunitaria, la amenaza de perjuicio importante para esa industria [...] 2. La determinación de la existencia de perjuicio se basará: a) en un examen objetivo del volumen de las importaciones objeto de **dumping** y del efecto de las mismas en los precios de productos similares en el mercado interno; y b) en los efectos de esas importaciones sobre la industria de la Comunidad. 5. El examen de los efectos de las importaciones objeto de **dumping** sobre la industria comunitaria afectada incluirá una evaluación de todos los factores e índices económicos pertinentes que influyan en el estado de dicha industria [...] 6. Será necesario demostrar que, por todos los criterios que se mencionan en el apartado 2, las importaciones objeto de **dumping** causan un perjuicio a efectos del presente Reglamento. En concreto, esto implicará la demostración de que el volumen y los niveles de precios mencionados en el apartado 3 son responsables de un efecto en la industria comunitaria, tal como se prevé en el apartado 5, y que este efecto se produce en un grado tal que permite calificarlo como “perjuicio importante”. “Se trata de verificar la causalidad, a la que nos hemos referido.

IX – MEDIDAS ANTIDUMPING.

La legislación, con marcado tinte de derecho público y administrativo, atiende al daño futuro con medidas “antidumping”, tomando en cuenta el daño causado como elemento para adoptarlas, que son prácticamente medidas cautelares, no de reparación del daño, si bien tienen que tener equivalencia ⁽²⁶⁾.

El Dto. 766/94 creó la Comisión Nacional de Comercio Exterior, con autoridad de análisis, investigación y regulación de la determinación del daño material a la producción nacional (art. 1º) esencialmente en las cuestiones suscitadas por denuncias de deslealtad comercial internacional (dumping o subvenciones aplicadas sobre productos provenientes de otros países) o por reclamos por la aplicación de salvaguardias.

Ese decreto reconoce la diferencia entre los tributos defensivos (derechos antidumping y compensatorios) y las salvaguardias.

Los tributos defensivos ⁽²⁷⁾ son aplicados cuando la autoridad administrativa considera probados tres elementos: la figura del dumping o de la subvención, según el caso; la determinación del perjuicio “importante” a una rama de la producción nacional, y la relación de causalidad entre la práctica desleal y el perjuicio demostrado. Ello se corresponde al carácter ilícito de las referidas prácticas incorporadas a nuestro país por la ley 24.176. En cambio, las salvaguardias son medidas a través de las cuales se restringe el ingreso de bienes al territorio aduanero de un país, suspendiendo por un término prefijado y bajo ciertas condiciones (de consulta y de preservación de cupos), las preferencias, concesiones o beneficios pactados en dichos acuerdos. Las salvaguardias no replican a un ilícito, como en el caso del dumping o subvenciones, sino que constituyen un instrumento destinado a paliar los

²⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA UE(Sala Quinta ampliada) deL 29 de enero de 1998 En el asunto T-97/95, Sobre el perjuicio 65. En esta fase del razonamiento es preciso analizar las alegaciones presentadas por la demandante en su segundo motivo y relativas al perjuicio sufrido por la industria comunitaria. Según dichas alegaciones, la medida antidumping adoptada por las Instituciones va mucho más lejos de lo necesario para eliminar el perjuicio...

²⁷ Cfme. Marcelo HALPERIN *Función asignada a la Comisión Nacional de Comercio Exterior en la aplicación de derechos antidumping, compensatorios y salvaguardias* en La Ley Actualidad del 18 de agosto de 1994.

perjuicios ocasionados a la actividad productiva interna por circunstancias no previstas al negociar la apertura comercial.

En la determinación del daño, el Dto. 766 fija a la Comisión un rol muy preciso (art. 20), y los informes y decisiones adoptadas por el Directorio son “el único medio para acreditar” la existencia o inexistencia de daño o perjuicio.

Conforme la ley 24.176 los particulares con intereses legítimos podrán solicitar la aplicación de las disposiciones no contempladas en el Código Aduanero, pero al mismo tiempo generando ciertas exigencias. Destacándose las siguientes: a. la obligación para las autoridades nacionales de aplicación de considerar distintos factores a los previstos en el art. 717 del C.Aduanero a fin e establecer si se cumple la relación de causalidad entre las importaciones cuestionadas y el daño que se invoca, b. una condición de mínima representatividad exigida a los productores nacionales para reconocerles legitimación, y c. La obligación de notificar al gobierno del país exportador interesado con anterioridad a la apertura de la investigación, d. Plazos mínimos de espera antes de adoptar medidas provisionales.

La limitación o restricción de las medidas antidumping se advierte en la norma a través de los **COMPROMISOS RELATIVOS A LOS PRECIOS, regulados en el artículo 7:** “1. Se podrán suspender o dar por terminados los procedimientos sin adopción de medidas provisionales o aplicación de derechos antidumping si el exportador comunica que asume voluntariamente compromisos satisfactorios de revisar sus precios o de cesar la exportación a la zona de que se trate a precios de dumping, de modo que las autoridades queden convencidas de que se elimina el efecto perjudicial del dumping...”.

Se permite así “tentar” en el mercado y ante reclamos, dejarlos sin efecto siendo jueces los funcionarios de un sistema estatal en retirada.

La legislación, que trata de asegurar la globalización económica, limita las **MEDIDAS PROVISIONALES** que puedan adoptarse en el **artículo 10:** “1. Sólo se podrán adoptar medidas provisionales después que se haya llegado a la conclusión preliminar que existe dumping y que hay pruebas suficientes de daño...”. No obstante, en reciente

proceso en torno a la importación de pollos de Brasil, se obtuvo una medida autosatisfactiva dictada por un órgano jurisdiccional que aplicó una “salvaguardia”.

El Decreto 1326/98 fija las Normas reglamentarias y de implementación destinadas a la efectiva aplicación de la Ley N° 24.425, que contiene Regímenes Antidumping y Antisubsidios (B.O: 13/11/98)

Conforme al Artículo 1º- son Autoridades de Aplicación a) el MINISTERIO DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS,b) la SECRETARIA DE INDUSTRIA, COMERCIO Y MINERIA del MINISTERIO DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS,c) la SUBSECRETARIA DE COMERCIO EXTERIOR dependiente de la SECRETARIA DE INDUSTRIA, COMERCIO Y MINERIA del MINISTERIO DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS, y d) la COMISION NACIONAL DE COMERCIO EXTERIOR, organismo desconcentrado en el ámbito de la SECRETARIA DE INDUSTRIA, COMERCIO Y MINERIA del MINISTERIO DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS.

El **Art. 3º dispone que** la solicitud de inicio de investigación por dumping o por subvenciones deberá ser presentada por la rama de la producción nacional que se sienta afectada.

El **Art. 26. Autoriza que se adopten** medidas provisionales, de carácter no muy claro: “f) la forma de cuantificación de las medidas provisionales”,

X – REPARACION DEL DAÑO CAUSADO.

Pero en el análisis de la cuestión no se advierte soluciones concretas en torno al daño efectivamente causado. En este punto debe estarse al derecho tradicional de daños, en el marco del derecho internacional privado. Es un tema que no tiene desarrollo en la jurisprudencia consultada.

La legislación antidumping, cuya aplicación es instable por asociaciones de producción, no atiende a intereses particulares, sino a un interés nacional que debería proteger el Estado mismo. La defensa de los particulares deberá canalizarse por los sistemas jurisdiccionales correspondientes, dentro de los presupuestos señalados en el punto VI de este trabajo.

Podría señalarse que, en muchos casos, en el derecho interno se generan maniobras similares a las de “dumping”, pero destinadas concretamente a violar la libre competencia. Son maniobras de tipo monopólico, que como no pueden ser acotadas a través de normas del derecho aduanero, son enfrentadas por normas de lealtad comercial o de derecho de la competencia.

XI – CONCEPCION PUBLICISTICA DEL DAÑO EN LA LEGISLACION ANTIDUMPING.

Concluimos que, la noción de daño o perjuicio en la legislación antidumping, tiene características especiales, donde se mezclan concepciones de derecho privado y público.

Por una parte la instancia de los procedimientos por la industria o rama de la industria afectada marca un tono privatístico. Por otra parte la noción extendida al daño eventual o potencial, pero imponiendo una cuantificación, importa introducir más la noción de medidas precautorias que reparatorias, aunque se vincula la sanción de la autoridad de aplicación, a favor del país, con la valorización de ese daño potencial.

Es que aquí juega la valoración, en una disciplina en desarrollo, con intereses contrapuestos entre los grandes grupos económicos y el desarrollo nacional o regional, de aspectos aparentemente contrapuestos como es un principio extranacional de libertad de comercio (globalización económica y financiera), la industria nacional o regional, los consumidores...

De allí que entendamos que la autoridad de aplicación deberá tener fundamentalmente en cuenta el “interés público” o un “interés nacional” que debe escapar a lo meramente coyuntural para apreciar lo estructural prospectivo, particularmente en la afectación al

desarrollo o nacimiento de la industria nacional, que incorpora otro elemento: el factor empleo, la mano de obra agregada, que son elementos esenciales para el desarrollo social. Se trata de un grado de discrecionalidad evidente que impone su análisis por personas de probada capacidad técnica, pero también compenetrados de una política de Estado clara. Sólo así se podrá evaluar claramente la existencia de “perjuicio importante” y determinar los mecanismos compensatorios correspondientes para evitar la continuidad del daño.

Ello sin perjuicio de alentar, aún oficialmente, la promoción de acciones de los particulares contra el exportador/importador que ha realizado una maniobra de “dumping” para la satisfacción del daño causado conforme los principios tradicionales del derecho privado.

Como siempre, bajo la utopía de que un Estado más pequeño burocráticamente, pero más eficiente, reaccione contra la anomia del sistema (²⁸), atendiendo al interés general, que es el del ciudadano común, que es consumidor y subocupado a la vez, en pro del desarrollo social del país, que si bien no puede estar aislado no puede estar sojuzgado por políticas externas.

Córdoba (R.A.), Diciembre de 1999.

²⁸ LACOLLA, trabajo citado: “La reacción de los manifestantes en Seattle estuvo dirigida, más que contra los contenidos expresos del proceso de globalización, justamente contra eso, contra la anomia del sistema”.