

EL PROBLEMA DEL DAÑO CAUSADO A LOS EXPORTADORES POR LOS DERECHOS ANTIDUMPING

Franco Lammoglia Ordiales

1. Introducción

El dumping ocurre cuando una empresa exporta un producto a un precio inferior a su valor normal (normalmente el precio de venta en su mercado nacional). Es una forma de discriminación de precios entre mercados distintos. Cuando el dumping causa daño a la industria nacional del país importador, las reglas de la Organización Mundial de Comercio (OMC) permiten al país importador imponer medidas antidumping para contrarrestar el impacto del dumping, después de una investigación hecha con arreglo al Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo Antidumping). Los procedimientos antidumping, internos o en el plano internacional, fueron establecidos para evitar las prácticas desleales en el comercio. Estas prácticas suelen distorsionar los mercados de los países, desequilibrando el comercio al buscar obtener ventajas ilegales.

Uno de los objetos del procedimiento antidumping es determinar la cuantía de esa distorsión, es decir, el porcentaje del precio que está simulado. Sin embargo, el procedimiento antidumping puede generar prácticas desleales. Se actualiza un proteccionismo ilegal cuando la determinación de los derechos antidumping resulta de un procedimiento que no es compatible con el Acuerdo Antidumping. Los derechos ilegales causan un daño injustificado a los exportadores, el cual no tiene medio de reparación o prevención.

El objeto de este capítulo es hacer un análisis del procedimiento antidumping seguido en la OMC con el fin de ubicar los daños generados a la industria exportadora durante este procedimiento. El presente trabajo pretende ubicar estos daños, analizarlos y buscar la forma de prevenir una situación de proteccionismo causado por la determinación de derechos antidumping incompatibles con el Acuerdo Antidumping. El fin es incorporar en el marco normativo de la OMC una figura que sea compatible con el Acuerdo Antidumping y que permita la prevención de estos daños, la cual llamaré la Suspensión de Derechos Antidumping con Garantía (SDAG). Al hacer a la SDAG compatible con el Acuerdo Antidumping se facilitará su adopción por los Miembros, ya que no necesitará de una reforma integral de los textos normativos de la OMC. Para garantizar esta compatibilidad, es vital entender los antecedentes de la organización para conocer los objetivos con que fue creada y cómo los mismos han ido evolucionando.

La compatibilidad es muy importante, ya que la SDAG pretende ser incorporada al Acuerdo Antidumping o al Entendimiento sobre la Solución de Diferencias. Para lograrlo he optado por una figura que paralice la aplicación de los derechos antidumping. Al paralizar los efectos, los daños a la industria exportadora nunca se causarían, cumpliendo el fin de la propuesta del presente capítulo. Sin embargo, esta suspensión de la aplicación de los derechos deberá conllevar una garantía que cubra los daños al Miembro importador en el caso de que la medida antidumping sea compatible con el Acuerdo Antidumping.

La SDAG será el resultado de una fusión de los dos tipos de derecho imperantes en el mundo: el derecho civil y el “*common law*”. Del primero tomaré la suspensión del acto reclamado y del segundo la orden de *injunction*. La hipótesis de este trabajo es la siguiente: La suspensión de los derechos antidumping, durante el procedimiento seguido ante la OMC y con una garantía (contra garantía) impediría el daño a la industria exportadora de ser incorporado al texto del Acuerdo Antidumping.

En la segunda sección se analiza la organización y el procedimiento para demostrar la compatibilidad de la propuesta con ésta. Se examina la propuesta en el contexto de los principios del Acuerdo Antidumping y algunos de la OMC, para que su adopción dentro del marco de esta organización sea factible. Para poder hacer éste análisis describiré brevemente los antecedentes de la organización y de la regulación antidumping. Asimismo, especificaré los principios que se incorporaron al sistema normativo de la OMC y cómo se relacionan éstos con las disposiciones del Acuerdo Antidumping. Finalmente, se analiza el antidumping y su naturaleza, para limitar los alcances que podrá tener la propuesta.

En la tercera sección de este capítulo se analiza el concepto de daño y el daño causado a la industria exportadora, así como su relevancia. El objetivo es demostrar que de la investigación antidumping puede resultar un daño derivado de un actuar ilegal y que como tal debería ser reparado o compensado. Se identificará el daño causado a la industria exportadora para ubicar la importancia de la problemática que busca solucionar. Asimismo se analizará la problemática implícita de un derecho en frontera que se causa cuando el procedimiento continúa “*sub iudice*”.

En la cuarta sección se expondrán las ventajas que tiene la suspensión del acto reclamado sobre la reparación del daño, denotando cuál de ambas resulta mas compatible con el Acuerdo Antidumping, en alcance a los fines del presente capítulo. En las secciones quinta y sexta se especificarán los detalles específicos de la medida. Se busca adecuarla para simplificar el proceso de adopción con el establecimiento de un procedimiento específico para la suspensión, utilizando la regulación existente en el derecho mexicano y estadounidense. Al final del presente capítulo se presenta una enmienda al texto del Acuerdo Antidumping. La enmienda esta estructurada en el lenguaje y formato utilizado por los negociadores en las Rondas de negociaciones multilaterales, a efecto de que se facilite su adopción.

2. La OMC y la regulación antidumping

(a) Antecedentes y principios de la OMC y de la regulación antidumping

La OMC no fue creada sino hasta 1995, pero los antecedentes de la misma nos ayudarán a entender la complejidad de la adopción de reformas o nuevos acuerdos, dentro de la organización. Estos antecedentes también nos permitirán comprender la manera en que se relacionan los principios, fines y objetivos con los acuerdos vigentes en la actualidad.

Desde los primeros intentos por desarrollar un marco jurídico multilateral para el comercio internacional, en la conferencia de Bretton Woods,¹ los Miembros² han

¹ Cfr. Organización de las Naciones Unidas, *Conferencia Monetaria y Financiera de Bretton Woods*, New Hampshire, Estados Unidos, 1º de julio de 1944.

² Los Miembros son referentes a los Miembros del GATT y posteriormente de la OMC.

establecido un fin en común, un interés general: incrementar el comercio entre ellos.³ Pero los países Miembros no lograron crear una organización internacional que pudiera cumplir estos fines.⁴ A pesar de ello, en 1947 en Ginebra, Suiza, se acordó la creación de un tratado multilateral denominado Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT por sus siglas en inglés). El GATT tomó el lugar de instrumento imperante en el comercio internacional por 47 años, desde 1948 hasta el establecimiento de la OMC en 1995.⁵

El GATT fue firmado por 23 Miembros. Establecía un sistema multilateral de comercio que tendía a la liberalización a través de Rondas de negociación multilateral. Los Miembros tuvieron que hacer frente a diversos problemas, derivados de la carencia de personalidad jurídica propia del GATT y del hecho de que su aplicación era provisional y existía ambigüedad respecto de la autoridad para tomar decisiones.⁶ Esta situación llevó a los Miembros a regresar a las negociaciones.

Después de muchos años, la solución a los problemas del GATT fue alcanzada en la Ronda Uruguay (1986-94) por la cual se creó la OMC, integrando al primero como parte fundamental de los textos jurídicos de la OMC. Respecto del antidumping objeto de estudio de este capítulo, la primera negociación se presentó en la Ronda Kennedy, donde se introdujo el Acuerdo Antidumping al GATT. Posteriormente en la Ronda Tokio, los negociadores intentaron alcanzar acuerdos en materia de barreras no arancelarias, sin éxito.

(b) El antidumping y la discriminación de precios

El dumping o la discriminación de precios ocurre cuando se introduce en el mercado foráneo, un producto a un precio inferior a su valor normal, cuando su precio de exportación sea menor que el precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador. Ahora bien, si además esa discriminación causa un daño a una rama de producción nacional del país importador, y si se cumplen ciertos requisitos⁷, éste último tiene la posibilidad de imponer derechos antidumping para compensar esta distorsión en los precios.

Los países empezaron a introducir legislación antidumping desde la creación del artículo VI del GATT de 1947. En el texto de dicho artículo los Miembros acordaron sólo condenar las prácticas de dumping y no establecer una prohibición de éstas.⁸

³ Cfr. Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum and Petros C. Mavroidis, *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*, Oxford University Press, New York, 2003, pp.1-14.

⁴ La Organización Internacional de Comercio nunca entró en vigor por la renuencia del Congreso estadounidense, ver, Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum and Petros C. Mavroidis *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*, Oxford University Press, New York, 2003 pp.1-14.

⁵ Idem.

⁶ Cfr. Jackson, John H., *Designing and Implementing Effective Dispute Settlement Procedures: WTO Dispute Settlement, Appraisal and Prospects*. In *The WTO as an International Organization*, Chicago, University of Chicago Press, 1998, pp. 161-180

⁷ Véase el Acuerdo Antidumping, artículo 4..

⁸ Cfr. Organización de las Naciones Unidas, "World Trade Organization, Dispute Settlement 3.6 Antidumping Measures"; *United Nations Conference On Trade And Development*, Nueva York y Ginebra, 2003. http://www.unctad.org/en/docs//edmmisc232add14_en.pdf, 16 de junio de 2006.

A continuación se transcribe la primera frase del primer párrafo del texto del artículo VI del GATT de 1947, para su mejor comprensión:

Artículo VI: GATT-Las partes contratantes reconocen que el dumping, que permite la introducción de los productos de un país en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, es condenable cuando causa o amenaza causar un daño importante a una rama de producción existente de una parte contratante o si retrasa de manera importante la creación de una rama de producción nacional.

Como se desprende de la lectura de ese artículo, los Miembros no buscaban suprimir las prácticas antidumping sino sólo poder aparejarles una condena, solo se implementarían medidas para disminuir sus efectos distorsionantes cuando se le cause un dano a las ramas de la industria nacional.

Es importante recalcar que el GATT y lo que hoy es la OMC tienen una aproximación al dumping desde la posición del país importador, protegiendo la industria de éste sobre la foránea que ingresa al mercado nacional. Lo anterior, ya que los Miembros han acordado que algunos principios fundamentales de la OMC sean suspendidos para contrarrestar el dumping. Los Miembros le dieron un lugar significativo al derecho de los países importadores a proteger a sus industrias de precios distorsionados, los cuales, como se explicará más adelante, podrían causar un daño relevante a la producción nacional, al trabajo, a la inversión, e incluso podrían incidir en otros factores que tienen una gran relevancia para la estabilidad económica de un país. Ahora analizaremos algunos de estos principios para ver que son suspendidos por las disposiciones del Acuerdo Antidumping. El GATT de 1994 se funda en estos para controlar la racionalidad del sistema de la OMC que regula el comercio entre sus Miembros.

El principio de la nación más favorecida establece un parámetro de no discriminación entre los interlocutores comerciales: cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de cualquier otra parte contratantes o a ellos destinado.⁹ En el Acuerdo Antidumping, los Miembros acordaron suspender excepcionalmente este principio para poder establecer derechos antidumping. Se permite una discriminación en la frontera para remediar una práctica desleal. Este hecho indica que los Miembros consideraban que éstas prácticas eran lo suficientemente relevantes para permitir una discriminación contraria a este principio.

El principio del trato nacional establece para los Miembros la obligación de tratar a los productos de los demás Miembros de igual forma que a los nacionales. Ellos acordaron que los productos importados no estarían sujetos a impuestos u otras barreras comerciales superiores a los aplicados a los productos nacionales, ni recibirían un trato menos favorable que el dado a los productos nacionales.¹⁰ De la misma forma, este principio de no discriminación respecto del mercado interno nos dice que los Miembros, al igual que el principio de la nación más favorecida, vieron como fundamental la igualdad en el comercio. Por lo que, como se vio también con el principio de nación

⁹ GATT, Artículo I.

¹⁰ GATT, Artículo III.

mas favorecida, los Miembros convinieron suspenderlos ante la posibilidad de una práctica desleal como es el dumping.

La razón por la que los Miembros establecieron estas disposiciones, que permiten suspender los principios fundamentales de la OMC, es proteger sus industrias internas de las prácticas desleales. Los Miembros quisieron otorgarse la posibilidad de proteger su industria de la foránea para que del comercio desleal no resulte la desaparición y quiebra de las ramas nacionales. A pesar de esta prioridad de proteger al mercado interno de prácticas desleales, los Miembros reconocieron que de la determinación y posterior aplicación de los derechos antidumping podría derivar un mal uso con el fin de crear nichos de protección. Al dejar en los Miembros la posibilidad de aplicar una discriminación en la frontera, algunos podrían abusar de esta facultad y restringir el acceso de un producto para otorgar beneficios para su rama de producción nacional, en contravención con los fines y principios de la OMC. Por lo anterior, los Miembros detallaron puntualmente los supuestos para determinar el dumping y proceder a la imposición de derechos antidumping, para poder corregir esta distorsión. La regulación interna de las investigaciones se remitió a la regulación de los Miembros, con la limitante de que sus disposiciones deberían ser compatibles con el Acuerdo Antidumping.

Esta evolución de las reglas antidumping en el GATT y en la OMC ha sido progresiva. Desde 1947 se ha tocado el tema en las diversas reuniones, pero hasta 1958 el Secretariado del GATT realizó un estudio de las disposiciones antidumping que los Miembros habían incorporado en su derecho interno. En 1960 se estableció un grupo de expertos, el cual tuvo una gran ingerencia en el desarrollo de la materia, ya que en su informe se posicionaron sobre partes del texto del artículo VI del GATT que eran ambiguas, estableciendo la interpretación de algunos de los conceptos.¹¹

Desde los principios del comercio internacional, los Miembros buscaron acuerdos para la regulación específica de la materia antidumping, como lo fue el Acuerdo sobre Prácticas Antidumping, que fue acordado en la Ronda Kennedy. Sin embargo, este Acuerdo nunca entró en vigor debido a que los Estados Unidos se negaron a firmarlo, por lo que no creo interés entre los otros países.¹²

En la Ronda de Tokio, celebrada en 1980, los avances en el antidumping fueron muy relevantes y se establecieron criterios sobre la determinación del dumping y de los daños. También en esta Ronda se establecieron criterios básicos para el procedimiento, así como las garantías procesales que debían ser otorgadas durante la investigación.¹³

¹¹ Cfr. Organización de las Naciones Unidas, “World Trade Organization, Dispute Settlement 3.6 Antidumping Measures”; *United Nations Conference On Trade And Development*, Nueva York y Ginebra, 2003, http://www.unctad.org/en/docs//edmmisc232add14_en.pdf, 17 de junio de 2006.

¹² Cfr. Organización Mundial de comercio, “Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio” en *Conferencia de negociaciones comerciales de 1964-67 acta final*; Ginebra; 1994., http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/prewto_legal_s.htm, 9 de noviembre de 2006.

¹³ Cfr. Organización Mundial de Comercio, *Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio* (Signatura del documento LT/TR/A/1) y *Acuerdo relativo a la Interpretación y Aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio* (Signatura del documento LT/TR/A/3), Tokio, 1979, http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/prewto_legal_s.htm, 9 de noviembre de 2006.

Sin embargo, a pesar de los alcances logrados, las medidas no vinculaban a las partes, sino que sólo establecían un marco general de actuación que debía ser seguido. Se alcanzaron avances pero no fue una regulación detallada. El acuerdo sólo aplicaba entre las partes firmantes, que eran apenas 27 países. Esta situación sólo cambiaría con la introducción de la OMC y el requisito de adhesión de los Miembros a los acuerdos que la integran.¹⁴

El texto del artículo VI nunca fue derogado. Sigue regulando las medidas antidumping. Sin embargo, la forma en que se debía entender el contenido de éste cambió, debido a un nuevo acuerdo sobre la implementación del artículo VI que es conocido en la práctica jurídica comercial como Acuerdo Antidumping.¹⁵ El artículo VI y el Acuerdo Antidumping funcionan conjuntamente. El Órgano de Apelación estableció que ambos son parte del mismo acuerdo, el de la OMC, solo que el último detalla la aplicación del primero.¹⁶

(c) La naturaleza del antidumping

Conforme los países Miembros fueron alcanzando nuevos acuerdos y se fueron reduciendo los tipos arancelarios, las prácticas antidumping fueron en escalada, a raíz de la apertura y aumento en el comercio. Los Miembros reconocieron que el texto del artículo VI resultaba insuficiente para regular los procesos de investigación y la determinación de los derechos antidumping.¹⁷ El texto era insuficiente, como resultado de la vaguedad y ambigüedad con la que fueron acordados sus términos, con conceptos que no tenían una delimitación lógica y consensual de los alcances o significado de los mismos. Ejemplo de esto es el criterio de daño importante o de rama de producción nacional, el cual tenía como resultado que los procedimientos antidumping fueran inseguros y poco objetivos.

Estas lagunas podían dar lugar a prácticas injustas, generando incertidumbre entre los particulares, permitiendo que los Miembros aplicaran libremente los procedimientos de investigación o determinación de derechos antidumping que estimaran pertinentes. Pero al modificar este texto y delimitar sus términos, los Miembros destacaron la finalidad del procedimiento antidumping. Dicha finalidad no es prohibir el dumping sino hacer del comercio una práctica justa, donde los daños generados por beneficios indebidos puedan ser prevenidos a través de este procedimiento.

Si damos lectura a lo establecido por el artículo VI del GATT y al artículo I.1 del Acuerdo Antidumping, podemos ver que ambos se limitan a condenar las distorsiones en los precios. Sin embargo no las prohíben, y al no hacerlo se puede entender que los Miembros quisieron condenar el dumping como un daño susceptible de ser compensado, es por esto que imponen una cuota para compensar el precio y no una prohibición de acceso al mercado.

¹⁴Cfr. Organización Mundial de Comercio, *Antidumping, subvenciones, salvaguardias: casos imprevistos, etc.*, http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/10ben_s/10b02_s.htm, 14 de noviembre de 2006.

¹⁵Cfr. Organización Mundial de Comercio, *Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio*, Ginebra, 1994, http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/19-adp_01_s.htm, 14 de noviembre de 2006.

¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Ley Antidumping de 1916, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, adoptado el 26 de septiembre de 2000.

¹⁷ Cfr. Organización Mundial de Comercio, *Las 10 ventajas*, página web de la OMC, http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/10ben_s/10b02_s.htm, 14 de noviembre de 2006.

Al tener los Miembros como meta la liberación comercial, deberán alcanzar acuerdos donde se disminuyan los obstáculos para entrar a los mercados, como lo son las barreras comerciales y las normas técnicas. Asimismo, deberán evitar disposiciones que modifiquen los precios de entrada al mercado que no sean compatibles con el Acuerdo Antidumping, como en el caso del establecimiento de derechos antidumping o cuotas compensatorias.¹⁸

En virtud del artículo 18.1 del Acuerdo Antidumping, las disposiciones del artículo VI del GATT relativas al dumping se aplican a cualquier medida que se adopte en respuesta a situaciones en las que concurren los elementos constitutivos del dumping.¹⁹ El artículo VI, y en particular su párrafo 2, leído juntamente con el Acuerdo Antidumping, limita las resoluciones que podrán ser adoptadas por dumping a: la imposición de derechos antidumping definitivos, la adopción de medidas provisionales y los compromisos relativos a los precios. Por consiguiente, en la medida en que se establecen medidas concretas contra el dumping, como son por ejemplo los procedimientos civiles y penales, así como las sanciones que éstos llevan aparejadas, dicho ordenamientos incrementarán su incompatibilidad con el párrafo 2 del artículo VI y el Acuerdo Antidumping.²⁰

(d) El daño y su reparación en el plano internacional

La reparación del daño causado por una conducta ilegal es un tema que ha sido relevante para todos los sujetos internacionales, al punto que la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas, se ha abocado a realizar un proyecto para regular esta materia. El artículo 1 de dicho proyecto establece el principio fundamental que establece que la responsabilidad de pagar los daños o compensarlos deriva de todo hecho internacionalmente ilícito realizado por un Estado.²¹ Esta conducta ilícita, que se traduce en una acción u omisión por parte de un Estado en violación a sus obligaciones internacionales, fue abordada desde la Corte Permanente Internacional de Justicia.²² En nuestros días, la Corte Internacional de Justicia ha reconocido y posicionado el principio de reparación de daño como parte vital del derecho internacional. También se le ha dado relevancia en casos como el de personal diplomático y consular de los Estado Unidos en Teherán.²³

Esta máxima que establece que “todo daño ilegal deberá ser reparado o prevenido” es un principio que justifica la aplicación de una medida compensatoria o preventiva ante un acto ilegal. Como sucede en la determinación de los derechos antidumping a los

¹⁸ Es importante señalar que en México sólo se usa el término cuota compensatoria, siendo que en otros países se hace la diferenciación entre las aplicables al dumping y las aplicables al subsidio, por lo que en el presente trabajo, en razón de que exclusivamente se ciñe al procedimiento antidumping ante la OMC, se utilizará el término derechos antidumping, que es el usado en dicho Acuerdo.

¹⁹ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Ley Antidumping de 1916, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, adoptado el 26 de septiembre de 2000, párrafo 126.

²⁰ Ibidem, párrafo 137.

²¹ Cfr. Aurelio Pérez Giralda, “El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de los estados, al final del camino”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, número 4, 2002, <http://www.reei.org/reei4/PerezGiralda.PDF>, 27 de octubre de 2006.

²² Cfr. Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso fosfatos en Marruecos*, Serie A/B, N° 74 (1938), [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.38.D.275.1988.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.38.D.275.1988.Sp?Opendocument), 27 de octubre de 2006.

²³ Cfr. Corte Internacional de Justicia, *Reports Of Judgments, Advisory Opinions And Order, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran, Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 3.*, <http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6291.pdf>, 16 de octubre de 2006.

exportadores con precios distorsionados. Esta solución compensatoria es deducible de la misma racionalidad de la medida. Asimismo se puede desprender del cuerpo normativo del Acuerdo Antidumping, en particular del artículo VI. En el texto de éste, se establece el requerimiento de relación causal entre el daño y el dumping, ya que se busca que el dumping tenga una relación estrecha con el daño para que sea el derecho antidumping el que prevenga dicho daño de manera compensatoria.

El resultado de esta relación debe ser individualizado e identificado para cada uno de los exportadores sujetos a la investigación, ya que el daño que deberá de ser compensado o prevenido deberá de corresponder al exportador que lo causó. De lo contrario, los Miembros no hubieran detallado de manera tan precisa las formas de determinar los daños o la disposición respecto del dumping “*de minimis*”. Los derechos antidumping no tendrían que ser por el monto del margen de dumping o inferiores a estos, sino que hubieran permitido que se establecieran derechos por encima del margen para desincentivar esta práctica.

Lo que se busca es encontrar un daño real que justifique el establecimiento de una medida compensatoria que lo prevenga. De otra forma sería un obstáculo al comercio, contradictorio con los principios esenciales de la OMC. El procedimiento antidumping fue creado con estos fines, que se prevengan estos daños sin restringir el comercio.

El derecho de la OMC no impone la obligación a los Miembros de tener un marco jurídico para imponer derechos antidumping, ni de imponer derechos antidumping. No obstante, si un Miembro quiere imponer derechos antidumping, tiene que hacer una investigación y seguir las reglas de la OMC.²⁴ Además, las medidas antidumping permitidas por el Acuerdo Antidumping son el único recurso permitido para contrarrestar el daño causado por un dumping.²⁵ Estas medidas son las medidas provisionales (artículo 7), los compromisos relativos a los precios (artículo 8) y los derechos antidumping (artículo 9). Los Miembros de la OMC pueden estructurar sus sistemas para la investigación del dumping de la manera que deseen, siempre que no estén en conflicto con el Acuerdo Antidumping.²⁶

Las disposiciones que regulan el procedimiento antidumping ayudan a que entre los países se actualicen los acuerdos alcanzados en las rondas de negociaciones. El mismo comercio y los conflictos que derivan de él llevan a los países poner en funcionamiento el sistema creado para la solución de sus diferencias. Esto ayuda a que se incorporen criterios interpretativos dentro de la OMC, ayudando a que sea más dinámico el sistema. Con la práctica de este sistema y procedimientos antidumping el comercio mundial tiende a ser más libre, dejando a la competitividad de cada mercado su factibilidad económica y no las prácticas desleales o proteccionistas que distorsionan el comercio.

Estas prácticas son desleales en el entendido que los productores de determinado producto, en miras a incrementar la competitividad de su producto respecto de los de los demás, pueden maquillar sus precios para que su producto sea más barato que el

²⁴ Véase el Acuerdo Antidumping, artículo 1. Véase también Czako, Human y Miranda, A Handbook on Anti-Dumping Investigations, página 2.

²⁵ Acuerdo Antidumping, artículo 18.1. Véase también Czako, Human y Miranda, A Handbook on Anti-Dumping Investigations, página 3.

²⁶ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Examen por extinción: acero resistente a la corrosión, WT/DS244/R, adoptado el 9 de enero de 2004, párrafo 158.

producto con el que compiten. Estas conductas por parte de los productores tienen el efecto de distorsionar el mercado, ya que ante la disminución de los precios de productos importados, la rama de producción nacional pierde competitividad. Esto provoca reducciones en las ventas y la disolución en el mercado, lo cual puede resultar en un cierre de la industria, o la suspensión temporal o definitiva de algunos de sus procesos de producción.

(e) El objeto de estudio

Para encontrar el objeto de estudio de este capítulo, es importante remitir al acuerdo alcanzado por los Miembros respecto de la regulación interna de la investigación antidumping. Durante estos procedimientos, al exportador objeto de la medida se le puede causar un daño derivado de derechos antidumping infundados. También por largos periodos se puede ocasionar una disminución en las ventas, reducciones a la producción, recortes de personal, endeudamiento y al extremo podría ocasionar la quiebra o bancarrota de la industria. Este daño es generado cuando el precio del bien exportado está distorsionado, es decir, con dumping, lo que justifica su aplicación. Sin embargo, si los derechos antidumping fueron determinados en un procedimiento de investigación incompatible con el Acuerdo, estaríamos ante la presencia de un daño derivado de una conducta ilegal.

En la regulación actual antidumping ningún daño a la industria exportadora se puede compensar o prevenir. Pero en el caso de que la investigación antidumping haya sido incorrecta o incoherente con las disposiciones del Acuerdo Antidumping se estarían aplicando derechos a pesar de ser ilegales. El daño se generará y el mismo no podrá ser reclamado por el exportador, ni reparado, ni siquiera después de obtener una resolución favorable en el procedimiento de solución de controversias de la OMC. Es en este punto donde reside el objeto de este capítulo, el cual es la búsqueda de una figura que pueda evitar que se ocasione este daño o en su caso se compense. Cabe apuntar que en esta investigación se está dando prioridad al objetivo de evitar el daño, ya que el resarcimiento de este generaría cargas para los países del mercado importador. Lo anterior haría compleja la adopción de la figura, ya que implicaría una carga por el mal ejercicio de un derecho por parte de los Miembros, abriendo la posibilidad a oposiciones en contra de la figura.

Pretendo que la figura sea lo más compatible con el derecho de la OMC, que incluya ciertos elementos que faciliten su adopción al marco de esta organización. Para lograrlo usaré, en la medida de lo posible, terminología de los Acuerdos de la OMC. En virtud de lo anterior me he inspirado en la figura del Juicio de Amparo en el derecho mexicano y la orden de *injunctio* en el *common law*. Se plantea la suspensión de los derechos antidumping a través de un recurso excepcional y urgente que lleve aparejado una garantía para cubrir los posibles daños generados al país importador, de resultar legítima la investigación. En las próximas secciones señalaré cuáles fueron los motivos que me llevaron a considerar que esta medida sería la más conveniente para cumplir con los fines del presente capítulo. Asimismo, señalaré las fuentes usadas para integrar el texto que será usado en la media, así como las cualidades y ventajas que darán a la suspensión de los derechos antidumping.

El Acuerdo Antidumping considera como dumping a la introducción en el mercado foráneo de un producto a un precio inferior a su valor normal, cuando su precio de exportación sea menor que el precio comparable, en el curso de operaciones

comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador. En virtud del mismo Acuerdo Antidumping y del artículo VI del GATT de 1994 los países podrán imponer derechos antidumping para remediar esta discriminación de precios. Lo anterior siempre y que previamente se realice una investigación de conformidad con las disposiciones del Acuerdo Antidumping, en la que se determine que existe un dumping, así como si existe un daño importante causado a una rama de producción nacional del producto similar en el mercado del país importador; y si existe una relación causal entre estos.

El artículo 1 del Acuerdo Antidumping establece lo siguiente:

Artículo 1.-Principios.- Sólo se aplicarán medidas antidumping en las circunstancias previstas en el artículo VI del GATT de 1994 y en virtud de investigaciones iniciadas²⁷ y realizadas de conformidad con las disposiciones del presente Acuerdo. Las siguientes disposiciones regirán la aplicación del artículo VI del GATT de 1994 siempre que se tomen medidas de conformidad con las leyes o reglamentos antidumping.

En el caso de que los derechos hayan sido determinados dentro de un procedimiento que sea incoherente o incompatible con el artículo VI del GATT de 1994 o con el Acuerdo Antidumping, se causa un daño a la industria exportadora, derivado de una conducta ilegal, el cual nunca será reparado.

Es necesario definir la metodología a usar para la construcción de la figura, a efecto de que se facilite su adopción. Para lograrlo se analizará a las distorsiones en los precios, específicamente, al procedimiento de investigación y su posterior solución de controversias en el marco de la OMC. Además de la descripción del procedimiento de investigación, intentaré encontrar los puntos del Acuerdo Antidumping que al ser vagos abren la posibilidad de imponer derechos antidumping inconsistentes con la OMC. Respecto del procedimiento antidumping bajo la OMC, haré un análisis de la definición de daño usada en el texto del Acuerdo Antidumping. Asimismo, buscaré el momento procesal en el que podría ser ingresada la medida y cómo se relacionará ésta con el procedimiento.

Este análisis se limitará al procedimiento referido en el texto del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC que regula el procedimiento ante el Órgano de Solución de Diferencias. El estudio de las fallas o puntos débiles de las disposiciones internas de México, o de cualquier otro país, resultaría en vano. Lo anterior, ya que el Acuerdo Antidumping deja a la libertad de cada miembro ciertos elementos de la investigación, limitándose a establecer un marco a seguir. Existen demasiadas y distintas disposiciones internas que no pueden ser analizadas de manera exhaustiva en un trabajo como el presente.

3. Investigación y determinación de derechos en el Acuerdo Antidumping

Ahora bien, a manera de introducción a la institución jurídica que pretendo analizar en el presente proyecto, he decidido apegarme a la cosmovisión del procedimiento a analizar, lo cual ayudará a asemejarnos al lenguaje utilizado en la OMC y facilitará la construcción de la institución que pueda solucionar el problema. La investigación o

²⁷ En el Acuerdo se entiende por “iniciación de una investigación” el trámite por el que un Miembro inicia o comienza formalmente una investigación según lo dispuesto en el artículo 5.

procedimiento antidumping interno, como lo regula el Acuerdo Antidumping constará de 2 etapas, la iniciación de la investigación y el procedimiento para determinar las medidas antidumping.

(a) Iniciación de la investigación

En general, la iniciación del procedimiento está regulada en el artículo 5 del Acuerdo Antidumping, el cual establece las condiciones esenciales para iniciar una investigación. Este precepto establece que la investigación deberá iniciarse vía una solicitud escrita presentada previamente a la iniciación, la cual será solicitada por “la rama de producción nacional o en nombre de ella”. Asimismo, deberán acompañar a la solicitud las pruebas de la existencia de dumping, el daño y la relación causal entre estos. Para estos fines deberán remitir información respecto del producto objeto de la investigación; respecto de la rama de la producción o industria nacional; sobre los sujetos dentro de la relación comercial, es decir exportadora e importadora; así como información financiera de las industrias involucradas.

Respecto de la iniciación el Acuerdo Antidumping permite iniciar una investigación siempre y cuando una rama de producción nacional haga la petición correspondiente, en cumplimiento del artículo 5.1 de dicho acuerdo. En el artículo 5.2 del Acuerdo, los Miembros establecieron la condición de acompañar esa petición con las evidencias que estén a su alcance, respecto del dumping, del daño material y la relación causal entre estos.

El artículo 5.3 no regula en específico el acto que debe emitir la autoridad, estableciendo una laguna que deberá ser llenada a través del criterio de la autoridad nacional. Se deja en estas autoridades nacionales la evaluación respecto de la suficiencia de las evidencias presentadas con la solicitud, sin limitar el examen de la exactitud y pertinencia de las pruebas. Los Miembros son libres para determinar si las mismas son suficientes para justificar la iniciación de una investigación. Por lo tanto el Acuerdo Antidumping delega a los Miembros la libertad de decidir respecto de la iniciación de la investigación. Lo anterior, como se ha visto en numerosos paneles (*Guatemala – Cemento I*,²⁸ *Guatemala – Cemento II*,²⁹ *México – Jarabe de maíz*³⁰ y *México – Tuberías de acero*³¹) abre la posibilidad dar un mal uso a esta disposición. Esto es así porque pueden iniciarse investigaciones que desde la solicitud pudieron ser detenidas por no contar con los elementos requeridos en el Acuerdo.³²

Otro de los requisitos en la investigación antidumping es que la solicitud deberá contar con el apoyo de los productores de la rama nacionales cuya producción conjunta represente más del 50 por ciento de la producción total del producto similar producido

²⁸ Informe del Grupo Especial, *Guatemala – Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México*. DS60, adoptado el 25 de noviembre de 1998, con las constataciones y conclusiones revocadas por el informe del Órgano de Apelación.

²⁹ Informe del Grupo Especial, *Guatemala – Medida antidumping definitiva aplicada al cemento Portland gris procedente de México*, DS156, adoptado el 17 de noviembre de 2000.

³⁰ Informe del Grupo Especial, *México – Investigación antidumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa procedente de los Estados Unidos*, DS132, adoptado el 24 de febrero de 2000.

³¹ Informe del Grupo Especial, *México – Derechos antidumping sobre las Tuberías de acero procedentes de Guatemala*, DS331, adoptado el 27 de julio de 2007.

³² Cfr. Organización de las Naciones Unidas, “World Trade Organization, Dispute Settlement 3.6 Antidumping Measures”; United Nations Conference On Trade And Development, Nueva York y Ginebra, 2003, http://www.unctad.org/en/docs//edmmisc232add14_en.pdf, 18 de agosto de 2006 ,

por la parte de la rama de producción nacional que manifieste su apoyo o su oposición a la solicitud.³³ No obstante, no se iniciará ninguna investigación cuando los productores nacionales que apoyen expresamente la solicitud representen menos del 25 por ciento de la producción total del producto similar producido por la rama de producción nacional. La violación de este precepto suele ser irremediable retroactivamente, lo cual nos da cuenta que una violación durante el procedimiento puede generar un daño irreparable.

Por lo tanto desde el inicio de la investigación se puede causar un daño a la industria exportadora, el cual durará durante todo el proceso seguido ante la OMC. Esto puede permitir que se genere un daño derivado de una investigación incompatible con el acuerdo, el cual no será reparable o compensado. Este daño puede generar costos altísimos para los exportadores que pudieran resultar en el cierre de la empresa, sus ramas de producción o la disolución de su posición en el mercado de importación.

(b) Proceso de investigación

Una vez iniciada la investigación se prosigue con el proceso. Durante éste, las autoridades investigadoras tratarán de recabar y analizar las pruebas necesarias para poder determinar el dumping, el daño y la relación causal entre estos. Los Miembros podrán determinar derechos antidumping provisionales durante la investigación o una vez que haya finalizado ésta, derechos definitivos siempre que resulte procedente. Sin embargo, puede acontecer que la autoridad investigadora determine derechos provisionales sin tener un fundamento o una justificación, lo que incrementaría el daño irreparable a la industria exportadora.

Lo mismo pasaría si el miembro investigador llega a encontrar que las pruebas no comprueban un dumping suficiente o un daño que este causalmente relacionado a éste. Como lo determina el artículo 5.8, la autoridad investigadora debería dar por terminada la investigación en el momento en que se percaten de esta situación. Sin embargo, en algunos casos los Miembros continúan con la investigación a pesar de que, por ejemplo, el dumping es inferior al 2%.³⁴

Otro tipo de requisitos, como son el de una notificación debida del término para finalizar la investigación, el interés jurídico que las partes deben tener, la publicidad que debe ser dada, la confidencialidad y otros derechos, pueden ser englobados en las garantías durante el procedimiento. Estas garantías, de no ser otorgadas, causaran un daño irreparable, ya que no podrán restituir el monto pagado en razón de los derechos antidumping, a pesar de que el Grupo Especial o en su caso, el Órgano de Apelación determine que la investigación contraviene al Acuerdo Antidumping. Por lo tanto, el análisis particular de cada una de estas disposiciones será visto como un todo, tratado como garantías dentro del proceso.

Ahora bien, aparte de los temas mencionados en el párrafo anterior, el Acuerdo Antidumping establece en sus artículos 6 y 12 los elementos del debido proceso. El Órgano de Apelación hizo una buena ubicación de los mismos en su informe en *Tailandia – Vigas doble T*:

³³ Acuerdo Antidumping, artículo 5.4.

³⁴ Referido en el Acuerdo Antidumping, como *de minimis*.

El artículo 6 (titulado “Pruebas”) establece un marco de obligaciones procesales y de debidas garantías de procedimiento que, entre otras cosas, exige que las autoridades investigadoras revelen determinadas pruebas, durante la investigación, a las partes interesadas. El párrafo 2 del artículo 6 dispone que las partes en una investigación “tendrán plena oportunidad de defender sus intereses”. El párrafo 9 del mismo artículo dispone que, antes de formular una determinación definitiva, las autoridades “informarán a todas las partes interesadas de los hechos esenciales considerados que sirvan de base para la decisión.

[...]

De manera análoga al artículo 6, el artículo 12 establece un marco de obligaciones procesales y de debidas garantías de procedimiento que se relacionan, en particular, con el contenido de una determinación definitiva. El párrafo 2.2 del artículo 12 exige, en particular, que la determinación definitiva contenga “toda la información pertinente sobre las cuestiones de hecho y de derecho y las razones que hayan llevado a la imposición de medidas definitivas”, así como “los motivos de la aceptación o rechazo de los argumentos o alegaciones pertinentes de los exportadores e importadores”. El artículo 12, como el artículo 6, establece importantes obligaciones procesales y de debidas garantías de procedimiento.³⁵

El Órgano de Apelación describe las obligaciones que genera cada artículo del Acuerdo Antidumping, identificando las violaciones que pueden acontecer en el mismo. Los exportadores pueden sufrir muchos daños o detrimento de sus derechos, sin tener una posibilidad de repararlos o evitarlos.

4. El procedimiento de solución de diferencias en el Acuerdo Antidumping

Las normas y procedimientos del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) se aplican conjuntamente con el artículo 17 del Acuerdo Antidumping en materia de solución de diferencias.³⁶ Los Miembros pueden impugnar el establecimiento de medidas antidumping, siempre que consideren que la determinación final les causa un detrimento a los beneficios que les otorga el Acuerdo Antidumping, o bien cuando consideren que el cumplimiento de los objetivos o fines del Acuerdo está siendo impedido.³⁷ Para solucionar la diferencia, los Miembros deberán coordinar una serie de reuniones para alcanzar una solución. Este tiempo, durante el cual se reúnen los Miembros para intentar alcanzar una solución mutuamente convenida, es conocido como el periodo de consultas. En caso de que en el periodo de consultas los Miembros no hayan alcanzado una solución mutua, podrán acudir al Órgano de Solución de Diferencias, el cual integrará un grupo especial que escuchará a las partes y emitirá una serie de recomendaciones. Es importante señalar que para poder empezar con el procedimiento de solución de diferencias referentes al Acuerdo Antidumping, éste último exige que la

³⁵ Informe del Órgano de Apelación, Tailandia – Derechos antidumping sobre los perfiles de hierro y acero sin alear y vigas doble T procedentes de Polonia, WT/DS122/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001, párrafos 109-110.

³⁶ Informe del Órgano de Apelación, Guatemala – Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México, WT/DS60/AB/R, adoptado 25 de noviembre de 1998.

³⁷ Cfr. Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum y Petros C. Mavroidis, *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*, Oxford University Press, New York, 2003. cap. 13, pp. 302-336.

medida impugnada sea: una determinación final de dumping, el acuerdo en compromiso relativo a precios o por la determinación de una medida provisional.³⁸

Otro de los puntos esenciales del procedimiento de solución de controversias en la OMC, que es requisito para acudir al Órgano de Solución de Diferencias, es la personalidad procesal, es decir, la capacidad de ser parte en el procedimiento. Esta personalidad está reservada para los Miembros, ya que son éstos los únicos que pueden iniciar el procedimiento de solución de diferencias ante el Órgano de Solución de Diferencias. Esto implica una problemática para los exportadores, ya que tendrán que convencer a su gobierno para iniciar el procedimiento. Sin embargo, las estadísticas determinan que la mayoría de los casos que llegan hasta el punto de iniciación suelen ser casos fundados y con una alta probabilidad de obtener un fallo favorable a sus intereses.³⁹ Estos datos nos indican que, en la mayoría de los casos, los Miembros que intentan impugnar cualquiera de las tres medidas suelen tener un buen caso con elementos suficientes para demostrar violaciones al Acuerdo. Esto da indicios de que los exportadores suelen ser objeto de medidas incompatibles con el Acuerdo. Esto justifica que se equilibre el procedimiento, que ambas partes tengan medios para compensar sus daños o evitarlos.

El artículo 9.1 del Acuerdo Antidumping establece que el procedimiento de investigación será regulado por el derecho interno de cada Miembro. Sin embargo, en el artículo 18.4 los Miembros convinieron establecer la obligación de modificar sus disposiciones antidumping para que sean compatibles con el Acuerdo Antidumping. Todos los Miembros de la OMC están obligados a poner su legislación antidumping en conformidad con el Acuerdo Antidumping y a notificar dicha legislación al Comité de Prácticas Antidumping. El Comité no “aprueba” ni “desaprueba” las legislaciones de los Miembros. Éstas se examinan en su marco y los Miembros formulan preguntas y mantienen deliberaciones sobre la conformidad de la aplicación de la legislación nacional de un determinado Miembro con las prescripciones del Acuerdo Antidumping.

Ahora bien, para poder impulsar la integración de la suspensión propuesta en este capítulo, en las siguientes secciones se tocarán dos temas fundamentales para cumplir este objetivo. Estos puntos se refieren al concepto de daño, tomando las definiciones y conceptos usados en el Acuerdo Antidumping, y al momento procesal donde podría solicitarse la institución, para que no afecte el curso del procedimiento. La terminología del Acuerdo Antidumping es importante, sin embargo difícil de adecuar para una figura que no tiene comparativo en el derecho de la OMC. Es por esto que en caso de que los términos no sean suficientes, se buscará que estos sean compatibles con el Acuerdo Antidumping.

5. Análisis detallado de la funcionalidad del antidumping en relación con los daños

(a) El daño irreparable a la industria exportadora

Uno de los problemas que conlleva el procedimiento antidumping es la desventaja en la que se encuentra el exportador o la industria exportadora que es objeto de los derechos

³⁸ Informe del Órgano de Apelación, Guatemala – Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México, WT/DS60/AB/R, adoptado 25 de noviembre de 1998.

³⁹ Cfr. Organización de las Naciones Unidas, “World Trade Organization, Dispute Settlement 3.6 Antidumping Measures”; *United Nations Conference On Trade And Development*, Nueva York y Ginebra, 2003, http://www.unctad.org/en/docs//edmmisc232add14_en.pdf, 21 de junio de 2006.

antidumping. Sabemos que el dumping puede ser usado de una manera proteccionista, garantizando barreras comerciales a determinadas industrias. Queda claro el problema principal que sufren los exportadores es que, a pesar de que el establecimiento del derecho aún no es firme, tendrán que cubrirlo y, a pesar de demostrarse ilegal, no podrán acudir a solicitar la reparación de los daños y perjuicios. Estos pagos, realizados para que los productos puedan ingresar al país, constituyen un daño irreparable, por que el mismo no se puede remediar.

La Suspensión de Derechos Antidumping con Garantía (SDAG) tendrá pocas probabilidades de llegar a ser parte del Acuerdo Antidumping si no tiene un carácter excepcional. Los Miembros no buscarán agregar una nueva instancia al procedimiento antidumping, ya que de hacerlo, perdería la finalidad del procedimiento que es la de prevenir los daños de la industria nacional frente a la exportadora. Entonces, el daño irreparable tiene que ser tal que ponga en riesgo a la industria exportadora, que ponga en riesgo su viabilidad económica o que dilapide o diluya la participación de esta en el mercado de importación, es decir que trasciendan de manera relevante sobre la economía de la industria exportadora.

(b) El concepto de daño

El concepto a desarrollar, que es vital para la incorporación de la SDAG al derecho comercial internacional, es el concepto de daño. La importancia de este concepto radica en que el fin próximo de este capítulo es reparar o prevenir el daño de la industria exportadora. Todo daño causado injusta o ilegalmente deberá de ser compensando por la parte que incumplió o violentó los acuerdos alcanzados por los Miembros, es decir, quien causó el daño. Sin embargo, no necesariamente utilizaremos la forma en que este concepto de daño es usado en el Acuerdo Antidumping, ya que el mismo no aporta la excepcionalidad que requiere la SDAG. Por lo tanto, se analiza el procedimiento antidumping para ubicar si existen disposiciones en éste que puedan ser importadas a la SDAG.

En el Acuerdo Antidumping se entiende por daño un daño importante a una rama de producción nacional, una amenaza de daño importante a una rama de producción nacional, o un retraso importante en la creación de esta rama de producción. El artículo 3.1 del Acuerdo Antidumping dispone que la determinación de la existencia de daño se basará en pruebas positivas y comprenderá un examen objetivo: (a) del volumen de las importaciones objeto de dumping y del efecto de éstas en los precios de productos similares en el mercado interno y (b) de la consiguiente repercusión de esas importaciones sobre los productores nacionales de tales productos. El artículo 3.1 es una disposición de alcance general, que establece una obligación fundamental y sustantiva que un Miembro debe cumplir al determinar la existencia de daño e informa las obligaciones más detalladas de los párrafos siguientes. Estas obligaciones se refieren a la determinación del volumen de las importaciones objeto de dumping y su efecto sobre los precios (artículo 3.2), las investigaciones de importaciones procedentes de más de un país (artículo 3.3), la repercusión de las importaciones objeto de dumping sobre la rama de producción nacional (artículo 3.4), la relación causal entre las importaciones objeto de dumping y el daño (artículo 3.5), la evaluación de la producción nacional del producto similar (artículo 3.6) y la determinación de la existencia de una amenaza de daño importante (párrafos 7 y 8 del artículo 3).⁴⁰

⁴⁰ Tailandia – Vigas doble T, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 106.

El Órgano de Apelación ha determinado que el concepto de daño contenido en el Acuerdo Antidumping es de menor alcance que el concepto de daño que aplica para las medidas de salvaguardia. El criterio relativo al “daño grave” que figura en el Acuerdo sobre Salvaguardias es más estricto que el criterio relativo al “daño importante” establecido en el Acuerdo Antidumping, el Acuerdo SMC y el GATT.⁴¹ Esto es así por que el grado de daño que se requiere para el antidumping debe ser mucho menos exigente que el concepto de daño en las salvaguardas, ya que las primeras atacan el comercio injusto y las segundas el comercio justo.⁴² Una se justifica en si misma (dumping), la otra solo por las circunstancias que le acompañan.

De estas disposiciones incorporaré a la SDAG el requisito de que el examen de los daños tenga que basarse en pruebas positivas. Asimismo, utilizaré el nexo causal para integrar la relación que deberá de existir entre el daño causado a la exportadora que solicita la suspensión y la aplicación de los derechos antidumping. Estos daños y la forma en que serán cubiertos serán analizados más adelante cuando se trate la garantía, pieza fundamental de la SDAG que cubre los daños de la industria nacional y que deberá exhibirse para que proceda la suspensión de los derechos antidumping.

El presente trabajo no pretende que durante el procedimiento de solución de diferencias de la OMC se haga una cuantificación del daño causado a la industria exportadora. Esos daños no son relevantes porque lo que se busca es que se prevengan no que se resarzan. Intentar que el daño a la industria exportadora sea reparado, como se explicará más adelante, es algo muy difícil de lograr y es incompatible con la predilección de la rama nacional sobre la foránea respecto a los daños, por lo que en este capítulo se buscara otra forma de evitar éste.

Lo importante es que el daño a la industria exportadora sea excepcional. Imponerle a la SDAG un límite de trascendencia para su otorgamiento ayudará a que la medida sea adoptada por los países Miembros, ya que limita el acceso a la SDAG y evita que la misma sea una herramienta para prácticas desleales. Para integrar este concepto de daño excepcional tomaré algunos elementos de la suspensión y de la orden de *injunctio*, para elevar el daño a irreparable, inminente y trascendente. Lo anterior hace a la SDAG excepcional, ya que de no juntar estas características no existiría la posibilidad de solicitarla.

Lo que se pretende es que la participación en el mercado o la viabilidad económica de la industria exportadora no se vean amenazadas o disminuidas por el proteccionismo del país importador. Es esta práctica comercial injusta, por el establecimiento de derechos antidumping incompatibles con el Acuerdo Antidumping, la que se pretende evitar. Los daños que no son irreparables ni inminentes no tienen mayor relevancia para este trabajo y deben ser entendidos como los costos normales de la práctica comercial internacional.

⁴¹ Estados Unidos – Cordero, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 124. Véase también Estados Unidos – Gluten de trigo, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 149.

⁴² Cfr. Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum y Petros C. Mavroidis, *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*, Segunda Edición (New York: Oxford University Press, 2006), capítulo 12 y Bradley J. Condon, *El Derecho de la Organización Mundial de Comercio: Tratados, Jurisprudencia y Práctica* (London: Cameron May, 2007), capítulo 11.

(c) El daño a los exportadores: inminencia y trascendencia

Es importante recalcar la trascendencia de este daño, ya el capital y la fuerza de trabajo de las industrias altamente exportadoras dependen del éxito que tengan sus productos para ingresar y ser comercializados en un mercado foráneo. Es por esto que la variación en los costos de acceso al mercado de otro país puede causar un daño que es trascendental e irreparable y puede generar la eliminación de una rama de producción nacional del país exportador o de su participación en su mercado de exportación. Además de estos casos, muchas otras empresas tienen una gran parte de su capital invertido en ramas destinadas a la exportación. Esto hace que la viabilidad comercial de las mismas se encuentre comprometida a las variaciones de sus precios de venta en el mercado foráneo. Son estos riesgos, de pérdidas de capital significativo, de empleos y de posición en el mercado, los que pueden llevar a la inestabilidad económica o incluso a la bancarrota de una empresa. Esta trascendencia que pueden tener los daños es la que intento eliminar con la SDAG—que un acto incompatible con el Acuerdo Antidumping no pueda resultar en la pérdida de una fuente de empleo y capital.

Sin embargo, para que la SDAG sea más compatible con el Acuerdo Antidumping y siguiendo el criterio de excepcionalidad que tracé para el presente capítulo, considero que el daño deberá ser inminente. Significa que el exportador deberá de demostrar, sin lugar a dudas, que el daño será causado. Para demostrar la inminencia del daño, no es necesario presentar nuevos elementos probatorios o modificar el procedimiento actual. El Acuerdo Antidumping permite que los elementos para cuantificar los daños sean proporcionados por los Miembros. Incorporando este principio, los exportadores presentando su contabilidad con proyecciones a futuro, siempre que estén acordes a la los principios de contabilidad seguidos en el país de origen, podrían comprobar la inminencia de estos daños. Considero esta la mejor forma, ya que los libros contables pueden ser una prueba factible de cómo, a raíz de la imposición de los derechos antidumping, se podría suscitar el daño trascendente. Una carga contable tan grande que supere el grueso de sus activos la pondría en un estado de insolvencia, presupuesto que tiende a la bancarrota.

Los tres elementos de daño—irreparable, inminente y trascendente—garantizan que la suspensión no será usada a discreción, otorgándole el carácter excepcional. Siempre se le dará primacía a los daños nacionales que a los foráneos.

(d) La determinación y aplicación de derechos antidumping “*sub iudice*”

Como se expuso anteriormente, al concluir la investigación y en caso de que la autoridad investigadora determine que existe dumping y que causa un daño de acuerdo a las disposiciones del Acuerdo Antidumping, esta podrá establecer derechos antidumping. El problema es que estos derechos deben ser cubiertos por el exportador desde la resolución de la investigación hasta que finaliza el procedimiento ante la OMC, en su caso, causando daños durante todo este tiempo a los productos del exportador sujetos a los derechos. Aunado a esto, los derechos se encuentran *sub iudice*⁴³ sin tener una plena certeza sobre su compatibilidad con el Acuerdo Antidumping. Todavía resta que un órgano de control supranacional les practique este examen. Como se ve, esta es otra desigualdad respecto de los exportadores. La importancia de la suspensión es que paraliza los pagos hechos en virtud de la determinación de dumping hasta el momento en que sean revisados por un panel. Al suspender el pago de las cuotas, cubriéndolas

⁴³ Cuando aún no se ha resuelto el fondo de la controversia.

con una garantía, las cargas procesales de origen se eliminan y permiten una igualdad formal en el procedimiento, manteniendo la preferencia de la industria nacional al darles la posibilidad de contrarrestar los efectos de la suspensión con la exhibición de una contra garantía.

6. Diseño de una figura que prevenga los daños

Este trabajo propone la SDAG, a efecto de prevenir el daño trascendental, irreparable e inminente a una empresa exportadora, siempre que existan pruebas objetivas de tal daño. La SDAG está basada en mecanismos e instituciones existentes en las dos ramas de derecho con más auge, el derecho civil y el common law. Utilizar estas fuentes de derecho facilitará su adopción, ya que son figuras que han funcionado en el derecho interno de muchos Miembros de la OMC y que siguen funcionando hasta la fecha. Tal vez tengan ciertas diferencias, pero el principio básico es el mismo. Esto genera que estas figuras tengan una aceptación amplia por los Miembros, ya que las mismas no son excluyentes entre sí, sino que son compatibles en el principio suspensivo.

(a) Problema implícito de la reparación del daño

Como se dijo con anterioridad, el problema principal que se tiene en la OMC, es que el daño que se le genera a la industria exportadora no puede ser compensado o reparado. Del mismo texto del Acuerdo Antidumping se puede derivar una preferencia para la reparación de los daños a las ramas de producción del Miembro importador sobre la industria foránea que llega a su mercado. Está encaminado a dar la mayor seguridad y protección a las industrias nacionales. Por lo anterior, sería muy difícil lograr que los Miembros aceptaran una reforma al Acuerdo Antidumping que dilapidase estas concesiones concedidas a la rama de producción nacional.

La reparación del daño se encuentra imposibilitada por ser incompatible con lo acordado en el mismo Acuerdo Antidumping. Además implica una carga para los Miembros que deberán de resarcir los daños. Por lo tanto resultaría difícil su incorporación al Acuerdo Antidumping, al ser una carga para todos los Miembros. Por lo tanto, se ha decidido optar por la suspensión del pago de los derechos garantizando el monto estimado de los mismos, más los daños que se generen a la rama de producción nacional por esta suspensión. Ahora se practicará una comparación entre la reparación del daño y la suspensión de los derechos antidumping, con el fin de demostrar que la segunda tiene más ventajas que la primera.

(b) Reparación del daño vs. Suspensión de los derechos

Ambas figuras son medios para alcanzar un fin. Buscan que un daño se resarza. Sin embargo, la forma en que cumplen con sus fines es distinta. La reparación del daño se da siempre que el daño ya se haya causado, por lo que es inútil para resarcir daños irreparables. La suspensión paraliza el estado de las cosas antes de que se causen estos daños, lo cual permite que los daños irreparables no se causen.

Una de las desventajas de la reparación del daño es su incompatibilidad con el texto del Acuerdo Antidumping y con las concesiones obtenidas por los países Miembros respecto de su rama de producción nacional. Otra desventaja radica en la naturaleza de la reparación; la cual la hace insuficiente para el cumplimiento de los fines del presente trabajo de investigación. Los daños irreparables no encuentran solución con esta medida.

La suspensión tiene varias ventajas. Una de las más importantes es que no cambia el estado del procedimiento; es decir, desde el momento en que se solicita la suspensión se sigue por un procedimiento conjunto, que se tramita por cuerda separada. Así se le suele definir en el derecho mexicano a los procedimientos accesorios a un principal, que se tramitan de manera conjunta sin afectar al procedimiento principal o de fondo. Esta ventaja hace que la suspensión pueda agregarse al procedimiento de solución de controversias de la OMC sin tener que realizar un cambio significativo al Entendimiento sobre la Solución de Diferencias. Es importante señalar que cuando se sigue el trámite del procedimiento de esta manera se evita que el recurso pueda ser utilizado para dilatar u obstaculizar el procedimiento principal, una ventaja relevante de este recurso procesal.

La suspensión no implica una acción determinada por parte de los Miembros, ya que durante la iniciación, es decir, cuando se practica el examen de la suspensión provisional, el panel sólo analizará la información que hay en los expedientes. Esto implica una ventaja muy relevante, ya que no implicará cargas procesales para las partes, lo que ayudará a su aceptación por los Miembros. La única acción que podría ser requerida es la de rendir la información para valorar los daños al determinar la garantía. Lo cual no implicará una carga, ya que esta información es parte de la que tienen que rendir los Miembro durante el procedimiento de solución de diferencias referentes al antidumping.

En la reparación del daño el Miembro que impuso la medida tendría que cubrir el daño en su totalidad. Esto implicaría que el Miembro tuviera que restaurar los derechos pagados, más una actualización del monto según los factores financieros del país o el acuerdo de los Miembros. Esta carga extra es necesaria, es decir, el incremento del monto por actualización, ya que de no cuantificarlo no se repararía el daño, sino solo sería una devolución de los derechos. Lo que sitúa a la reparación en franca desventaja frente a la suspensión, ya que estas actualizaciones implican un mayor gasto para los Miembros.

Ahora bien, la suspensión no resuelve el procedimiento; no requiere que los panelistas hagan un análisis del fondo de la diferencia. Los panelistas encargados de otorgar la suspensión sólo tienen que hacer un examen respecto de la capacidad procesal del solicitante y sobre cómo éste da cumplimiento a los requisitos. Al no exigir un análisis respecto de las cuestiones de fondo, se cierra la puerta a que alguno de los panelistas tome una postura respecto de la disputa. Lo que podría derivar en un posicionamiento del panel respecto de una disputa no resuelta, quitándole la posibilidad de imparcialidad a su fallo.

La reparación del daño, al contrario, requiere forzosamente que se resuelva el procedimiento, ya que es una medida resolutive, dictada en el informe final. El daño que se pretende evitar o suspender se sigue causando y al ser este irreparable, a pesar de que se compense económicamente, el daño trascendente se ha causado.

La suspensión tiene el efecto de retroceder en el tiempo, al punto específico donde se impuso la determinación de la cuota provisional o definitiva. Lo que permite situarse en el instante anterior al momento en que se empezó a causar el daño. Ahí, suspende el tiempo, detiene las cosas y mantiene la situación jurídica de las partes. Esta parálisis o suspensión impide que se cause el daño al exportador y garantiza los daños que se

generarán al país Miembro. Deja la puerta abierta para el país importador a solicitar la contra garantía a efecto de que no se causen daños a su industria, lo que se explicará más adelante.

La reparación del daño no es una medida preventiva; sólo puede actualizarse una vez terminado el procedimiento. Igualmente se enfrenta ante el daño irreparable sin poder remediarlo. Es por esto que la medida preventiva de la suspensión es mucho más compatible con el Acuerdo Antidumping, ya que puede prevenir un daño irreparable con la garantía de que los que se causen serán reparados en virtud de ésta. Que ese daño irreparable puede ser causado por la aplicación de un acto ilegal o incompatible con la ley es reconocido por Juventino V. Castro, al decir:

El acto de autoridad puede consumarse mientras el procedimiento transcurre, como en el caso de las derechos compensatorias, en forma que no pueda ya material o jurídicamente reavivársele, o repararse eficazmente el bien o derechos lesionados; de manera que se restablezcan las cosas al estado que guardaban antes de ocurrir la afectación reclamada...o se restituya al agraviado en el pleno goce de sus derechos....⁴⁴

El objeto de esta medida es de alguna forma restarle, de manera transitoria, la fuerza de aplicación a una medida adoptada por el país importador, porque pueden causarse daños que no podrán ser reparados. Los derechos antidumping serán suspendidos mientras su compatibilidad con el Acuerdo Antidumping, así como con sus objetivos y fines, está siendo contendida ante un panel de la OMC. De esta forma se previene el daño irreparable a la industria exportadora y el daño ocasionado por la suspensión de los derechos está cubierto en caso de que no se demuestre la incompatibilidad de las mismas con el Acuerdo Antidumping.

En virtud de lo anterior, considero que la reparación del daño conllevaría más dificultades para su adopción y aplicación al marco normativo de la OMC. Por esto, en este trabajo se plantea que en vez de reparar el daño generado a la industria exportadora, se suspenda la aplicación de los derechos antidumping, garantizando los daños internacionalmente en caso de que el panel determine que la investigación es compatible con las disposiciones del Acuerdo Antidumping.

Ahora bien, se entiende que uno de los problemas de la suspensión es que presupone una mala intención de los Miembros. Sin embargo, la figura sólo busca que un daño trascendental, inminente e irreparable no se cause. Es por esto que el otorgamiento de la suspensión se encuentra supeditado al cumplimiento de requisitos que no tienen nada que ver con el fondo de la cuestión.

(c) Suspensión administrativa del acto impugnado (México)

La finalidad de la suspensión es crear una barrera en contra de la posibilidad de que la autoridad abuse de sus competencias o facultades, es decir que abuse de su poder. Lo anterior, siempre que el acto de abuso se encuentre *sub-iudice*, es decir cuando aún hay incertidumbre si la conducta de las autoridades es válida.

⁴⁴ Cfr. Juventino V. Castro, *La Suspensión del Acto Reclamado en el Amparo*, Quinta edición, Ed Porrúa, México, 2002.

Así lo dice Juventino V. Castro en su libro *La suspensión del acto reclamado en el Amparo*:

Pero como lo que contiene y polariza nuestros afanes e intranquilidades es precisamente lo que podríamos llamar la patología del poder –puesto que la acción de amparo solo procede contra actos de autoridades que se alega contradicen y afectan las garantías constitucionales del accionante- en puridad deberíamos decir que el amparo se enmarca dentro de la problemática del abuso del poder....

...no solamente significa un rechazo a un concepto de poder como un empleo indiscriminado de la fuerza o de la violencia, sino que hace mención a un dominio que implica una relación de mando y obediencia basados en normas jurídicas –y por ello coercitivas-, que presuponen actos volitivos, socialmente aceptados y formalmente estructurados en normas reguladoras.⁴⁵

Este poder, conocido como el “*ius imperium*”, crea una situación de desigualdad entre la autoridad y los particulares. Pero esta desigualdad es necesaria para que las autoridades puedan ejercer sus competencias. Durante el procedimiento, la SDAG ayuda a compensar esta relación desigual para compensar este posible abuso al permitir que durante la revisión de la validez o constitucionalidad de una medida se pueda solicitar la suspensión de la misma.

Ahora bien, es importante definir los efectos de la suspensión. Esto nos ayudará a definir los alcances de la figura propuesta, de donde tomaremos los conceptos que sean compatibles con la OMC. La definición más relevante es la que nos da el mismo lenguaje, la gramatical, ya que en ella se pueden inferir los efectos que la misma produce. A este respecto Genaro Góngora Pimentel establece: “[...] gramaticalmente la palabra suspensión significa detener o diferir por algún tiempo una acción u obra; equivale, pues, a paralizar algo que está en actividad en forma positiva.”⁴⁶ Esta definición nos da algunos alcances que podría tener el concepto de la suspensión. Desde un punto de vista jurídico existen dos efectos en la suspensión. El primero es detener o prevenir la aplicación del acto impugnado, el otro efecto es regresar y mantener las cosas en el estado que se encontraban al momento en que fue dictado o aplicado el acto impugnado. Es decir, el efecto se divide en dos, uno que regresa al momento en el tiempo en que se emitió o aplico el acto impugnado y la detención o el diferimiento de los efectos de la medida impugnada.

En el derecho mexicano, es posible distinguir entre dos tipos de suspensión, como lo dice el ex ministro Góngora,⁴⁷ la que procede de oficio y la que tiene que ser solicitada por la parte. Esta distinción, de ser importada, supondría que habría un caso excepcional que resulte en la necesidad de la medida sin importar si el sujeto al que le beneficiará la haya solicitado o no. Si tomamos la suspensión de oficio y la intentamos incorporar al derecho comercial internacional, podríamos usarla como una concesión que estimularía el crecimiento económico de los países menos desarrollados. Sin embargo, este caso podría generar muchos problemas de aceptación entre los Miembros, ya que la medida sería más compleja, por lo que no será abordada en el presente capítulo.

⁴⁵ Juventino Castro, *La suspensión del acto reclamado en el Amparo*, Porrúa, México, 2002, p. 1

⁴⁶ Genaro Góngora Pimentel, *La Suspensión en Materia Administrativa*, Séptima Edición, Porrúa, México, 2003, p. 2.

⁴⁷ Idem.

Según la Ley de Amparo⁴⁸, en el derecho mexicano se podrá solicitar la suspensión desde la promoción inicial hasta antes de que se resuelva el litigio, es decir, antes de que se obtenga una resolución que resuelva el fondo de la litis⁴⁹. Una vez solicitada, ésta se debe resolver por cuerda separada, es decir, se inicia un procedimiento paralelo al principal, el cual se resuelve en el acuerdo que recae a la solicitud de la suspensión. La resolución que precede al examen para el otorgamiento de la medida sólo tiene un efecto provisional; el análisis final de la suspensión en definitiva se resolverá en la resolución final de la litis principal. La suspensión paralizará la aplicación de la medida contenida hasta que se revoque en la definitiva o se mantenga así por encontrarse invalidado el acto impugnado.

La suspensión, en caso de que se afecten intereses o derechos de terceros, tendrá que estar acompañada de una garantía para cubrir estas afectaciones. Pero como se puede entender que de la no aplicación de la medida se pueden causar daños a estos terceros que prefieran evitarse, se abre la puerta para contra garantizar la suspensión, retrotrayendo sus efectos. Estas dos figuras aparejadas a la suspensión del acto reclamado en el derecho mexicano serán utilizadas en la integración de la suspensión de los derechos antidumping.

(d) La orden de *injunction*

La orden de *injunction* puede ser definido como una orden de hacer o de no hacer respecto de una acción en específico.⁵⁰ El propósito de la *injunction* es mantener el *status quo*, ya sea previniendo que se actualice un daño que pueda dejar en insolvencia a un individuo o deteniendo la acción de una conducta determinada. Al igual que la suspensión, busca mantener las cosas en el estado en que se encontraban, pero esta sólo regresa al momento en que fue ordenada. La figura de la *injunction* es un medio conocido en el derecho anglosajón como un *equity remedy*. Esto significa que los solicitantes no buscan una retribución económica, sino que se busca que el juez ordene una conducta de hacer o no hacer. El propósito de la *injunction* es mantener el *status quo*.

Durante el procedimiento se practica un examen de igualdad, de balance, para poder otorgar la *injunction*. En éste se analiza la violación a las garantías procesales o de debido proceso del solicitante y la inmediatez de los daños, es decir, se estudia que tan necesaria es la *injunction*. Este análisis de la trascendencia de los daños y su inmediatez será utilizado en la creación de la medida propuesta en este capítulo. Resulta necesario que los daños sean trascendentes, que causen un estado de insolvencia y que no exista duda de que este daño derive de la aplicación del acto que se busca afectar por la *injunction*. También se requiere que se constituya una garantía para cubrir los daños causados por la *injunction*, es decir todos los daños que se le generen al individuo que deberá suspender su actuar o deberá realizar una conducta determinada. Esto refuerza la inclusión de la garantía a la medida, ya que como se ha visto en las dos legislaciones

⁴⁸ México, *Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/20.pdf>, 4 de agosto de 2006.

⁴⁹ Idem, artículo 124.

⁵⁰ Cfr. Thomas R. Bruce y Alexandra Laks, *Injunction*, página de Internet de Cornell Law School, ver <http://www.law.cornell.edu/wex/index.php/Injunction>, 4 de junio de 2006 y Estados Unidos, *Federal Rules of Civil Procedures: rule 65*, página de Internet de Cornell Law School, <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule65.htm>, 6 de julio de 2006.

modelo usadas, la garantía es reconocida en ambas, por lo tanto su aceptación será mayor.

(e) La suspensión de los derechos antidumping

La institución jurídica que planeo integrar es contemplada por estos ordenamientos modelo, es decir, el “*common law*” estadounidense y el derecho civil mexicano. Es por esto que en vez de crear una institución, pretendo tomar los elementos que analicé con anterioridad, agregando algunos puntos propios para facilitar la integración de la medida y considerando los términos y procedimientos de la OMC.

El recurso de suspensión contemplado por los juristas mexicanos busca que el acto de autoridad no pueda consumarse durante el transcurso del procedimiento. El procedimiento comienza con la impugnación del acto hasta el momento en que el tribunal resuelve sobre la validez del mismo. Tiene el fin de prevenir que un acto cuya validez está siendo cuestionada cause un daño irreparable. Esto se logra por que la suspensión crea una parálisis virtual de la cosas, lo cual permite que se mantengan en el estado en que se encontraban al momento de emitirse el acto de autoridad que esta siendo impugnado. La *injunction* contempla estos efectos; de la misma manera se busca suspender una acción determinada para evitar la violación de un derecho. La *injunction* mantiene el *status quo*, por lo que este elemento se integrará a la medida. De la suspensión se tomará el efecto de retrotraer al momento en que se emite el acto. Por lo tanto la suspensión de los derechos antidumping tendrá el efecto de mantener los derechos antidumping pagados en aduana paralizados al momento preciso anterior a la entrada en vigor de la resolución de la investigación. Mantendrá el *status quo* anterior al acto o medida contenida ante la OMC.

La determinación del daño para la industria exportadora tendrá que contemplar que el mismo sea inminente, trascendente e irreparable. Los dos primeros se toman del análisis de la *injunction* y el último se inspira en la suspensión del derecho mexicano. Esto permite hacer un concepto excepcional del daño, que justifique la privación de concesiones para los Miembros cuya industria está siendo supuestamente afectada. Este estado de parálisis deriva de la definición de Juventino V. Castro, quien, hablando de la suspensión, dijo que tiene el efecto de “paralizar temporalmente el proceso”.⁵¹ La parálisis es muy importante, ya que la suspensión de los derechos continuará hasta que en la disputa se resuelva que: (1) El miembro que impugna la medida obtenga una resolución desfavorable por parte del panel de expertos o, en caso de que se halla apelado la resolución, del Órgano de Apelación o (2) En caso de que la resolución sea favorable para el Miembro que impugna, siempre y cuando éste haya aceptado una solución mutuamente convenida o el Miembro impugnado implemente el informe del panel u Órgano de Apelación.

El procedimiento de suspensión de los derechos debe ser un instrumento que fomente la rapidez, eficacia y equidad con que se resuelven los procedimientos. Esto es congruente con otro de los objetos de esta hipótesis: las disputas deben efectivamente resolverse y no prolongarse por incumplimientos o cumplimientos deficientes. La rapidez se obtiene al estimular a la parte que suele alargar el procedimiento, es decir, el Miembro que impuso el derecho antidumping, a buscar una pronta solución. Al no poder cobrar los mismos, dicho Miembro no tendrá un estímulo para mantener el procedimiento vivo.

⁵¹ Cfr. Juventino V. Castro, *Op. cit.*, pág. 16.

Igualmente, en caso de que solicite la contra garantía, se prolonga el procedimiento y tendrá que soportar más costos. La eficacia se protege al hacer al procedimiento antidumping un procedimiento más ágil, donde las partes saben que pueden perder más si no llevan un “caso fuerte”. Esto logra que sólo las diferencias fundadas sean presentadas: acudir al procedimiento con un caso infundado podría implicar costos altos durante la tramitación del mismo. La equidad se obtiene al dar una igualdad procesal a las partes, ya que al liberar del pago de los derechos antidumping a una de la partes, se hace al sistema más justo, ya que no podrá ser utilizado como una presión o barrera comercial. Los exportadores podrán acudir y tramitar el procedimiento con la libertad de que sus derechos antidumping están suspendidos, o en su caso, sus daños están garantizados.

Al quitarle a la autoridad investigadora y a la empresa investigada los beneficios que puede conllevar el prolongamiento del procedimiento—los cuales se generan por la continua aplicación de los derechos o por la no cuantificación de los mismos hasta la revisión definitiva—hace que el mismo procedimiento sea más expedito por la voluntad de las partes. Por lo tanto, al dejar estos beneficios suspendidos, al paralizar los derechos desde un momento antes de que la investigación interna decretó la existencia de daño, dumping y la relación causal de ambos, se logra que ambas partes estén en una paridad mayor de circunstancias y no existe un poderío del Estado frente al particular durante el proceso.

Esta medida es una posible solución al daño causado a la industria exportadora, un daño que es irreparable. La solución planteada busca detener este daño y prevenirlo.

7. El diseño procesal de la SDAG

El diseño o estructura de la SDAG es vital. Si el diseño no es el óptimo puede hacer que la suspensión no sea integrada o que se vuelva un recurso en desuso por no dar resultados. En cambio, si el diseño es eficiente, podría ser propuesta la SDAG para todo el procedimiento de solución de diferencias y no estrictamente al antidumping.

(a) Requisitos para la suspensión

La SDAG tendrá dos etapas. La primera es denominada examen provisional, en la cual se practicará un examen provisional a la solicitud de la suspensión. En dicho examen se analiza que el solicitante se encuentre en la situación jurídica necesaria, es decir, que se halla determinado los derechos provisionales o los derechos definitivos. Además, se examina que el solicitante dé cumplimiento puntual a los requisitos necesarios para otorgar la suspensión de los derechos antidumping. En examen provisional sólo serán analizados estos dos supuestos. Con el simple cumplimiento de los mismos se deberá otorgar la suspensión provisional de los derechos antidumping.

El diseño de la suspensión en el marco normativo de la OMC incluirá la garantía. Ésta deberá ser plenamente resarcitoria, por lo que deberá cubrir los derechos antidumping no pagados, más los daños que se generen a la industria nacional del Miembro importador por la no aplicación de dichos derechos. Con esto se logra que los daños de ambas partes estén cubiertos hasta que se resuelva el procedimiento. De no introducirse esta medida, la industria exportadora seguirá sufriendo de una situación desigual que no podrá ser remediada.

Cabe recalcar que la medida tiene que tener un carácter excepcional. Por lo tanto los requisitos que deberán cumplir los solicitantes serán tales que limiten el acceso a la medida sólo a los que en realidad la necesiten. Esto se logra con la acreditación del daño que tienen que comprobar los solicitantes, así como con el cumplimiento de los demás requisitos. Para poder definir cuáles serían los requisitos que deberán cumplir los solicitantes de la suspensión he decidido analizar los requisitos para la suspensión del acto administrativo en el derecho mexicano y los de la orden de *injunction* del derecho anglosajón.

Los requisitos para la procedencia del recurso o incidente de suspensión en el derecho mexicano son: (1) Que el quejoso lo solicite; (2) Que con la concesión no se causen daños al interés social o al orden público; y (3) Que de no concederse la suspensión se causen daños al quejoso de difícil reparación. Como se puede ver en el derecho mexicano no se requiere que se pruebe que el acto administrativo es ilegal. Tampoco se debe demostrar que el solicitante tenga razón o que pruebe su dicho respecto de las pretensiones de fondo. Sólo necesita acreditar estos requisitos para que se le otorgue la suspensión.

Ésta forma de examinar los requisitos será transportada a la suspensión de los derechos antidumping, la cual será otorgada con la simple solicitud y la acreditación de los requisitos, siendo el quejoso el Miembro que representará a su industrias exportadoras. No es necesario un análisis más profundo, ya que como el solicitante cubrirá todos los daños y prejuicios con la garantía, no hay necesidad de que el otorgamiento sea más limitativo.

Los requisitos del derecho estadounidense para la procedencia de la orden “preliminary injunction” son los siguientes: (1) Hay un derecho “*in esse*” o existe un derecho por proteger y (2) El acto impugnado viola ese derecho.⁵² Como podemos ver, la orden de injunction establece requisitos mucho más laxos que la suspensión del acto administrativo. Para que la orden de injunction sea otorgada, sólo es necesario demostrar ser el legítimo titular de un derecho y probar que el mismo está siendo violado por el acto que se pretende suspender. Sin embargo, existe un problema con la orden de injunction en caso de que quisiéramos agregar sus requisitos tal cual al texto de la SDAG. Este problema radica en la exigencia de ser el titular legítimo de un derecho, ya que los exportadores no son los titulares de éste, sino que la titularidad es exclusiva de los Miembros. Es por esto que ninguna de las dos medidas pueden ser adoptadas como tal en la OMC, pero sí podemos fusionarlas, modificarlas hasta el punto de que sean compatibles con el texto del Acuerdo Antidumping. Al transferir la acción al Miembro, el exportador podrá actuar a través de este para usar la SDAG.

De las disposiciones descritas con anterioridad se puede inferir que ambas figuras presuponen la existencia de un derecho legítimo que debe ser protegido y un acto de una autoridad que violenta este derecho sin tener una causa justa fundada en ley o, teniéndola, es contraria a ésta.

Para que proceda la SDAG el Miembro deberá probar individualmente, que la o las industrias exportadoras se encuentran en la siguiente situación jurídica específica: (1)

⁵² Estados Unidos de America, Corte de Apelación, Buayan Cattle Co. v. Quintillian, *Saulog v. Court of Appeals*, G.R. No. 119769 18 de septiembre de 1996 (262 SCRA 51) *Arcega v. Court of Appeals* G.R. No 122206 7 de julio de 1997 (275 SCRA 176).

Que le ha sido determinado un derecho antidumping provisional o definitivo y (2) que esta medida haya sido el resultado de una investigación instaurada por uno de los Miembros.

Una vez que se haya comprobado que la situación jurídica de la industria exportadora es la requerida, el panel proseguirá al estudio de los requisitos. El Miembro será el único que podrá probar el cumplimiento de los requisitos. Como se dijo anteriormente, no procederá de oficio, ya que esto podría comprometer la adopción de la figura. Los requisitos que propongo para el otorgamiento de la suspensión, son:

- (1) Que exista la posibilidad o que sobrevenga un daño que sea trascendental, irreparable e inminente; y
- (2) Que exista una relación causal entre éste y los derechos antidumping; o
- (3) Que los derechos que se pretenden suspender deriven del cumplimiento del Miembro al informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, siempre que el Miembro de la exportadora considere que el cumplimiento es insuficiente 1) y sea considerado así por estos Órganos .

Que los exportadores tengan que acreditar un daño tan excepcional hace que la medida no sea usada de forma discrecional buscando una ventaja ilícita. El tercer requisito para que proceda la suspensión va enfocado a impedir que se prolongue el procedimiento y que se mantenga una practica desleal que cree desventajas para los exportadores. Este supuesto acontece una vez terminado el procedimiento, cuando el panel u órgano remite su informe final. En este informe se dan una serie de recomendaciones a las partes para ajustar sus conductas de acuerdo al Acuerdo Antidumping.

El problema sucede cuando la parte que tendrá que ajustar sus medidas o su legislación para hacerlas compatibles con el Acuerdo Antidumping decide no hacerlo. En lugar de ello, cumple con el informe del panel pero no de una manera satisfactoria, con el fin de que continúe la situación desigual. Si el Miembro importador cumple de manera deficiente o insuficiente el informe, el exportador podrá solicitar la suspensión de los derechos hasta que éste cumpla de manera cabal con dichas recomendaciones. Esto desincentivará a que se busque prolongar la disputa en esta parte de su cumplimiento. No habrá un beneficio o una perdida no merecidas para ninguna de las partes; los exportadores sólo cubrirán con garantía, pero el monto del derecho sólo será determinado y cubierto una vez haya cumplido el Miembro importador.

(b) Daño trascendente, irreparable e inminente

Es esencial, para que la medida tome forma y se empiece a dilucidar como una figura procesal, que determinemos los alcances de los elementos del daño, lo que significa cada uno de estos y cómo se relacionan unos con otros.

Daño trascendente

El daño trascendente implica más que un perjuicio económico o un detrimento patrimonial a la empresa. Es necesario que produzca o pueda producir una inviabilidad económica.

Daño inminente

Sólo en caso de que no exista lugar a dudas de que el daño trascendente se causará al exportador, se podrá justificar la suspensión de los derechos antidumping. Sin embargo,

considero que el daño trascendente sólo podría darse dentro del periodo de 15 meses que dura el procedimiento, o en su caso en los meses inmediatos; fuera de este tiempo se perdería la inmediatez.

Daño irreparable

Cabe señalar que todos los daños de la industria exportadora son irreparables en virtud del Acuerdo Antidumping. Este daño debe estar estrechamente ligado con la trascendencia: el daño debe ser de tal forma trascendente que su reparación no podría acontecer, ni aún regresando en el tiempo.

(c) Los sujetos

Es vital para la figura definir quiénes serán las partes involucradas, es decir, quiénes tendrán capacidad jurídica para ser parte dentro del procedimiento.

Solicitantes

Es el Miembro exportador el titular de este derecho subjetivo y sería él quien accionara la maquinaria en contra del derecho antidumping. Siempre con la presencia y estímulo del exportador que coadyuva a su representante.

Autoridad investigadora

Es esta autoridad la que, en caso de que se haya otorgado la suspensión, podrá solicitar la contra garantía para contrarrestar los efectos de ésta. Podrá solicitarla por escrito al grupo especial, y éste convocará a las partes a la audiencia de la contra garantía. Esta audiencia será tratada en los numerales subsecuentes.

En aras de mantener la igualdad procesal en la suspensión, se incorpora la contra garantía, con el fin de que el Miembro importador tenga la posibilidad de proteger su industria. El Miembro importador puede solicitarla siempre que estime que la suspensión tendrá un efecto negativo en su industria, al punto tal que prefiera garantizar los daños al exportador en caso de que su investigación haya resultado incompatible con el Acuerdo Antidumping. Con la incorporación de la contra garantía no se contradice la finalidad de la SDAG. Como ya se mencionó, la contra garantía asegura o garantiza los daños de la industria exportadora. Esto cumple con la finalidad de que el mismo daño sea compensado, prevenido o reparado, pero no con el fin de evitarlo.

Grupo Especial

Queda claro que el presente capítulo apoya que sea el grupo especial el que haga la revisión de la suspensión. Es este órgano el que resolverá la cuestión de fondo. La otra autoridad que podría ser prevista es el Órgano de Apelación, ya que dentro de la estructura de la OMC éste es el otro órgano disponible. Sin embargo, en el entendido de que este órgano es mucho más especializado y su competencia es estrictamente “*de jure*” y que la suspensión no requiere tanto “*expertise*”, propongo que se remita al grupo especial todo lo relacionado con la medida.

(d) Estudio de la suspensión

Para poder otorgar la suspensión, el exportador, a través del Miembro, tendrá que acudir al grupo especial a solicitar la medida a través de un escrito libre en el cual solicite la suspensión y exponga las razones o motivos por los que considera procede la figura. Deberá asimismo anexar las pruebas que comprueben su dicho. El grupo especial deberá analizar de manera puntual si el solicitante está en la situación jurídica

determinada y si cumple con todos los requisitos. Practicará un examen a las pruebas y concluirá si las mismas sustentan los dichos del exportador. Una vez hecho este análisis, el grupo especial deberá posicionarse sobre la suspensión provisional y sobre la garantía

Las pruebas deberán ser expresadas de manera clara. Deberán ser suficientes para acreditar, sin lugar a dudas, los requisitos y la situación jurídica. Las pruebas para acreditar el daño deberán estar expresadas en forma contable y conforme a los principios de contabilidad reconocidos en el país del exportador.

Las pruebas presentadas en la solicitud serán analizadas por el grupo especial, el cual podrá celebrar una audiencia en los siguientes cinco días con la parte solicitante para que se desahoguen las pruebas, y podrá ampliarse tres días más para su resolución.⁵³ El grupo especial tendrá que resolver si los daños se demostraron y si se cumple alguno de los requisitos, en un plazo máximo de tres días.

(e) Audiencia de la garantía y contra-garantía

Este periodo de audiencias es vital para la figura, ya que permite a las partes oponerse a la determinación de una garantía considerada por ellos insuficiente.

En cuanto a la garantía, se analizarán las pruebas que utilizó el Miembro durante la investigación particular practicada a cada exportador, las cuales son rendidas en el procedimiento de fondo. El grupo especial analizará dichos daños y estimará los derechos por los 15 meses que dura el procedimiento. Una vez determinada la cuantía, el grupo especial solicitará que en el término de cinco días el Miembro del exportador que la solicita, presente el billete de depósito o *bond* internacional del exportador que cubra dicha garantía. En caso de que el billete cubra la totalidad del monto de la garantía, será otorgada inmediatamente la suspensión.

El mismo procedimiento se seguirá para la contra garantía. Una vez otorgada la garantía por el grupo especial, éste le notificará al Miembro investigador para que solicite la contra garantía, si así lo desearé. En caso de que desee hacerlo, se convocará la audiencia de la contra garantía. Donde el panel dictará la cuantía de la misma, con una formula sencilla, como: la cuantía de la garantía más los derechos antidumping que serán pagados.

c. Suspensión definitiva

La suspensión provisional paraliza el pago de los derechos durante la tramitación del procedimiento. Durante este periodo, el Miembro importador no podrá hacer efectiva la garantía. Una vez que se emita el informe final del grupo especial, el mismo deberá resolver respecto de la suspensión, y resolverá si la suspensión procede definitivamente, o la suspensión se revoca, y la garantía se pondrá inmediatamente a disposición del Miembro importador, por haber acreditado que su política es compatible con el Acuerdo Antidumping.

Tomando en consideración la forma y estructura del Acuerdo Antidumping, se propone la adición de un párrafo 17.7 al Acuerdo que introduce la figura de la suspensión de los

⁵³ Todos los plazos y términos son tentativos, ya que deberán ser acordados en el marco de las negociaciones del Acuerdo.

derechos antidumping, siempre que se cumplan los supuestos de un daño trascendente, inminente e irreparable a industria exportadora sujeta al pago de los derechos y propone la conversión del párrafo 17.7 actual en el párrafo 17.8.

8. La incorporación de la suspensión al derecho internacional comercial

Otro de los puntos a definir es el momento en que se deberá solicitar la medida. El marco donde se propondrá la medida es durante el procedimiento internacional de solución de controversias ante la OMC. Es claro que si queremos introducirla en los procedimientos internos de investigación de cada país Miembro, se requieren modificaciones a cada una de sus disposiciones internas o derogar el artículo 9.1 del Acuerdo Antidumping. Esto implicaría todo un proceso de reforma y el propósito de este trabajo es disminuir las negociaciones para que la medida sea políticamente más factible para la OMC y sus Miembros.

Como presupuesto para la suspensión, el solicitante tiene que tener una determinación provisional o final de dumping. Asimismo, tiene que haberse llevado a cabo el periodo de consultas sin llegar a una solución mutuamente convenida. Posteriormente, el Miembro del exportador debió iniciar un procedimiento ante la OMC.

La SDAG sería una enmienda al Acuerdo Antidumping, como lo determina el Artículo X del Acuerdo sobre la OMC. La finalidad de este trabajo es diseñar a la SDAG de forma tal que facilite su adopción en la OMC. Asegurar su adopción sería casi imposible de sustentar, ya que implicaría que los negociadores no van a modificar el texto propuesto. Se han tenido en cuenta textos o definiciones que ya hayan sido adoptadas, lo que permite un mayor rango de acción, al ser conceptos y criterios reconocidos y aceptados por todos los Miembros. Esta estrategia evitaría conflictos con las otras normas que regulan la OMC, ya que al utilizar términos o conceptos ya usados en los otros acuerdos se disminuye la posibilidad de que la suspensión sea incoherente con el sistema.

(a) Garantía y contra garantía

La garantía es un seguro que se vuelve exigible cuando los dichos de la parte exportadora no hayan resultado demostrados o cuando los órganos de solución de controversias, es decir, el grupo especial o el Órgano de Apelación, no hayan encontrado una incompatibilidad con el Acuerdo Antidumping. Por lo tanto, la garantía tiene que ser cien por ciento compensatoria y tiene que indemnizar en la totalidad al Miembro cuyas políticas antidumping están siendo examinadas. Esto se logra estableciendo una garantía que sea suficiente para cubrir todos los gastos, daños, perjuicios y cualquier detrimento que pueda ser generado al Miembro que impuso los derechos por la suspensión del cobro de los mismos. Con los daños garantizados el procedimiento continuará sin retrasos. A primera vista este esquema no parece del todo justo, ya que se podría entender que cualquier grupo de empresarios que constituya una rama de producción nacional exportadora podría solicitar la suspensión de sus derechos, con el fin de desequilibrar el comercio y darle una ventaja ilegal a sus productos en el mercado de importación. Sin embargo, las cosas no son así, ya que la medida sólo podrá ser solicitada individualmente, en razón de que cada uno de los exportadores tiene una determinación de derechos propia. Por lo tanto tendrá que llevar un procedimiento individualizado, con la exhibición de la garantía para su caso. Esto dificulta la coalición de la industria, eliminando la intención de suspensiones innecesarias, para incrementar su participación en el mercado de importación.

Es claro que no todos los derechos antidumping son incompatibles con el Acuerdo Antidumping. No siempre se busca proteger a determinada industria. La realidad es que en determinados productos el precio es algo muy subjetivo para poder afirmar que un Miembro tiene el precio de mercado o que otro no lo tiene. Esta situación genera conflictos por detalles simples, por ejemplo sobre la forma en que se supone deben estimarse los precios. Por lo anterior, tal vez la solución no es hacer el sistema perfecto, sino perfectible, dejando que sean las partes las que aporten el elemento que equilibra la relación procesal. La intención es que aseguren su palabra, haciendo de la conducta ilegal un pasivo, aparejando un costo al mantener una postura contraria a los Acuerdos de la OMC, en especial al Acuerdo Antidumping.

Para que pueda operar la suspensión deberá cumplirse con el requisito de exhibir la garantía dentro del plazo dado por el grupo especial o, en su caso, en el plazo que acuerden los Miembros en el Acuerdo Antidumping. Con la garantía se deberá cubrir la cuantía no pagada de derechos antidumping que serán suspendidos, así como los daños y perjuicios que genere la no aplicación de éstas a la rama de producción nacional. Ahora bien, existe la posibilidad que el Miembro cuya política esta siendo impugnada pueda contrarrestar los efectos de la suspensión. Ésta consiste en solicitar una contra garantía, por la cual la parte sujeta a suspensión elimina los efectos de ésta. La contra garantía cubrirá el precio de la garantía original, además de los daños que demostró el exportador durante la solicitud de la suspensión.

La contra garantía equilibra la suspensión. En el derecho mexicano se encuentra aparejada a la suspensión del acto administrativo y está a disposición del tercero perjudicado. La razón es que el tercero al que se le afectará con la aplicación de la medida no quede en un estado de indefensión. Por lo tanto, las leyes mexicanas prevén la posibilidad de contrarrestar los efectos de la suspensión con la exhibición de la contra garantía. La contra garantía deberá ser solicitada en el acto subsecuente al otorgamiento de la garantía por el grupo especial. Es hasta ese momento cuando empieza a surtir efectos la suspensión, paralizando las cuotas. Para cuantificar el monto de la contra garantía, el panel tomará los daños que presentó el exportador al solicitar la suspensión, sumándole el monto de la garantía.

La contra garantía no requerirá del cumplimiento de requisitos ni de un examen previo del grupo especial para revisar si deberá otorgarse. La figura deberá ser solicitada por el Miembro cuya medida está siendo contendida en la OMC y deberá ser otorgada siempre que se solicite. El grupo especial determinará la cuantía de la contra garantía de igual forma que se hizo durante la solicitud de la suspensión provisional.

(b) El bono y su emisor

Ahora bien, ya hemos identificado la medida que dota de igualdad procesal a la SDAG y que ayuda a que dicha medida pueda ser aceptada por todos los países Miembros. Dicha medida establece un equilibrio al abrir la posibilidad de paralizar el cobro de un derecho supuestamente incompatible con el Acuerdo Antidumping. Lo anterior, siempre y cuando se garantice, en el caso de que la afirmación de los exportadores sea incierta y que resulte que los derechos son compatibles con el Acuerdo Antidumping. Esta garantía cubrirá los derechos no pagados, además de cubrir los daños causados por la inaplicación de la cuota, y los perjuicios que no fueron percibidos por la suspensión de los derechos antidumping.

Pero para que pueda proceder esta hipótesis es necesario definir quién será el facultado para emitir y responder por la garantía, es decir, quién será el que emita el bono. También es importante determinar quién podrá ser el que constituya la garantía, es decir, a favor de quién saldrá ésta. La suspensión podrá ser solicitada por los exportadores, en el entendido de que la investigación antidumping se ha practicado individualmente. De esta investigación resultó el establecimiento de un derecho individualizado para cada uno. Por ende, los daños son distintos de exportador a exportador. Esto permitirá que la igualdad se mantenga entre los Miembros, ya que el procedimiento no cambia, sino que uno de los exportadores se obliga individualmente con el Miembro a garantizar los daños que causará en caso de que se suspendan los derechos que le fueron determinados.

Ahora bien, resta considerar el problema de definir que sí usar una institución garante u optar por un depósito en garantía. A este respecto, el primer sujeto a analizar, si optamos por una institución garante, es el Miembro que impugna la medida, ya que éste tiene una estrecha relación con sus exportadores y se presupone de todos los Miembros la solvencia necesaria para ser garante de la suspensión. Hasta aquí parece que el Miembro es un candidato fuerte. Sin embargo, en el afán de prever las prácticas desleales de los Miembros que buscan crear ventajas a sus nacionales, es necesario analizar las complicaciones que pueden derivar de esto. Imaginemos la figura en vigor, el exportador tiene una cuota individualizada para su producto, solicita al Miembro que acuda a la OMC y empieza el procedimiento de solución de diferencias.

Cuando solicita el exportador, a través de su Miembro que se le otorgue la suspensión, en caso de que se opte por otorgarla, se podría dar el caso de que la garantía pueda ser vista como un subsidio a la exportación. El país de donde salen los productos exportados podría usar esta figura para evitar que se le cobren derechos antidumping a sus nacionales, lo cual desvirtuaría a la figura y condenaría su funcionamiento. Por lo que considero que es riesgoso que los Miembros retengan esta facultad, ya que podría generar en prácticas desleales y sería contrario a la justificación de la medida.

En la búsqueda por un organismo internacional imparcial que pudiera comprometerse a ser garante del exportador en caso de que el Miembro que lo representa no haya probado sus argumentos, existen varias dificultades. La mayoría de las organizaciones financieras se constituyen vía sus estatutos y sólo pueden actuar en el marco que dicten estos. El Banco Mundial era una opción tentadora, pero él mismo no podría cumplir esta función sin contrariar sus fines y objetivos; además tampoco puede darle el dinero a un particular u obligarse por este.

Ahora bien, ante estos contratiempos cabe hacer la pregunta: ¿pero en realidad es necesario que exista un garante? Lo necesario es la garantía. Se podría exhibir un depósito internacional (*bond*) que cubra la cantidad completa de la garantía. Es decir que el exportador consiga la cantidad monetaria en la que se estimó la garantía de los daños y que la presente al mismo panel vía un billete de depósito, el cual será resguardado por el panel o el grupo de expertos. Podría conseguirlo con una fianza o algún otro instrumento crediticio.

El exportador tendría que desembolsar una cantidad considerable de dinero, lo que podría implicar una carga o una desventaja para él mismo. Sin embargo, esa cantidad

podría ser cubierta por una institución financiera particular que podría emitir dicha garantía. Así quedaría esta relación fuera de la regulación internacional, haciéndola un simple contrato entre particulares.

Respecto de la seguridad de este instrumento, ya quedó en claro que deberá ser depositado ante el panel, el cual lo resguardará hasta que se haya resuelto la disputa. Ahí el billete de depósito permanecerá intacto, durante el procedimiento nadie podrá hacer uso del dinero o cobrar el billete. Sólo una vez finalizado éste y en caso de que la cuota sea compatible con el Acuerdo Antidumping, el billete se entregará al Miembro impugnado para que éste lo cobre.

(c) Naturaleza excepcional de la medida

Se plantea la SDAG como un remedio a los daños generados por las determinaciones de derechos antidumping por parte de las autoridades investigadoras. Sin embargo, este remedio no puede estar disponible en todo momento o bajo cualquier situación. Es vital que la SDAG sea considerada excepcional para evitar que sea utilizado indiscriminadamente por los exportadores, se presente dumping o no. Si no fuera excepcional, la figura perdería mucha de su fuerza, porque sería vista por los Miembros como una herramienta para realizar prácticas desleales y generar ventajas que no corresponden al Acuerdo Antidumping.

Para hacer excepcional la medida es necesario explicar los requisitos de la misma y cómo estos hacen que para su otorgamiento, se tengan que cumplir condiciones excepcionales para que se suspendan los derechos antidumping. Uno de estos requisitos, quizá el más importante, es el del concepto de daño. Como se explicó con anterioridad, se tiene que demostrar que el mismo es trascendente, irreparable e inminente. El daño debe ser trascendental, es decir, tiene que implicar más que el daño material. Tiene que existir un riesgo que pueda afectar las finanzas de la empresa, a grado tal que se ponga en juego la viabilidad económica del exportador. Lo anterior sólo puede ser probado a través de los estados financieros de la empresa, en los cuales se desprenda que existe un riesgo de entrar en un concurso mercantil o procedimiento de quiebra. De otra forma no se podría poner en una balanza los daños a la rama de producción nacional y los daños a la foránea. Los estados financieros deberán ser analizados conforme a los principios de contabilidad que imperan en cada país, lo cual se encuentra reconocida en el Acuerdo Antidumping, artículo 2.2.1.1: “A los efectos del párrafo 2, los costos se calcularán normalmente sobre la base de los registros que lleve el exportador o productor objeto de investigación, siempre que tales registros estén en conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados del país exportador”.

El daño debe ser inminente. Este requisito cuya carga de la prueba recae sobre el solicitante de la SDAG, que en todos los casos es el exportador, exige que se demuestre una relación causal inevitable. El exportador deberá probar, sin lugar a dudas, que de aplicarse los derechos sufrirá ese daño inminente y que éste está ligado causalmente con la aplicación de esos derechos. Para probar la inminencia, el exportador podrá presentar sus estados financieros y proyecciones económicas para demostrar que sus pasivos aumentarán de tal forma que se causará un daño trascendental. Los panelistas deberán hacer un estudio del daño y deberán analizar que el mismo no acontece por otros factores, como por problemas internos del exportador o por cualquier otro tipo de factor ajeno que pudiera amedrentar su situación económica, el Miembro podrá presentar sus argumentos. El daño tiene que ser inminente y trascendente, lo cual lo hace excepcional.

De lo contrario no se justificaría la disminución de las prerrogativas otorgadas a las industrias nacionales. La carga de la prueba recae sobre el solicitante siempre, el cual deberá probar que el daño que se le generará cumple con los tres elementos del daño en la SDAG.

Ahora bien, respecto del daño irreparable he sostenido muchas veces en este capítulo que los daños de la industria exportadora son irreparables sólo por el hecho de que el Acuerdo Antidumping no contempla una reparación para estos. Sin embargo, este requisito no puede ser suficiente para cumplir con este elemento del daño, ya que lo que se busca es que la medida sea excepcional. Por lo tanto, la irreparabilidad del daño está estrechamente ligada con la trascendencia. El exportador tendrá que demostrar que el establecimiento de los derechos incompatibles con el Acuerdo Antidumping causarían un daño irreparable. Este daño comprende más allá que una simple estimación económica. Un daño que no sea reparable retroactivamente y que no pueda ser remediado de forma alguna.

9. Conclusión

Este capítulo abordó el problema de la desigualdad entre el tratamiento de los daños en la rama de producción nacional y el tratamiento de los daños en la industria exportadora. La suspensión de los derechos antidumping es una figura que previene el daño. Los daños se compensarán o se prevendrán para ambas partes.

Grupo de Negociación sobre las Normas

Original: español

**PROPUESTA SOBRE LA SUSPENSIÓN DE LOS DERECHO ANTIDUMPING
CON GARANTÍA DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE
DIFERENCIAS**

Texto propuesto - Acuerdo Antidumping

Se añade el siguiente párrafo 17.7 al Acuerdo Antidumping que introduce la figura de la suspensión de los derechos antidumping, siempre que se cumplan los supuestos de un daño trascendente, inminente e irreparable a industria exportadora sujeta al pago de los derechos y se convierte el párrafo 17.7 actual en el párrafo 17.8.

- 17.7 El Miembro que presentó la petición podrá solicitar al grupo especial la suspensión de los derechos antidumping en lo individual, para la industria exportadora de su mercado que acredite situarse en los siguientes supuestos:
- 1) Que exista la posibilidad o que sobrevenga un daño que sea trascendental, irreparable e inminente⁵⁴ para ese exportador en particular y que exista una relación causal entre éste y los derechos antidumping; o

Que los derechos que se pretenden suspender deriven del cumplimiento del Miembro importador al informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, siempre que el Miembro que solicitó la petición considere que el cumplimiento es insuficiente y sea considerado así por estos Órganos..

- 17.7.1 Para que proceda la suspensión de los derechos antidumping, el Miembro que solicitó esta medida deberá de exhibir ante el grupo especial garantía suficiente para que cubra los efectos económicos negativos⁵⁵ que se originen por la no aplicación de los derechos.
- 17.7.2 Una vez aprobada la garantía por el grupo especial, el Miembro importador podrá solicitar que se retrotraiga el efecto de la suspensión, permitiendo que se apliquen y cobren los derechos antidumping durante el procedimiento de solución de controversias. Lo anterior, siempre y cuando el Miembro importador exhiba una contra garantía que cubra la garantía original y los efectos económicos negativos que serán generados por la aplicación de los derechos.
- 17.8 La información confidencial que se proporcione al grupo especial no será revelada sin la autorización formal de la persona, organismo o autoridad que la haya facilitado. Cuando se solicite dicha información del grupo especial y éste no sea autorizado a comunicarla, se suministrará un resumen no confidencial de la misma, autorizado por la persona, organismo o autoridad que la haya facilitado.

⁵⁴ Para el presente párrafo del artículo 17 del Acuerdo, el concepto de daño no se entenderá en los términos de la nota al pie número 9 del presente Acuerdo, sino que será entendido; por trascendente, que implica más que un perjuicio económico o un detrimento patrimonial a la industria exportadora, que pueda producir o resulte en una inviabilidad económica; por inminente, que no exista lugar a dudas de que el daño trascendente se causará al exportado; y por irreparable, que debe ser de tal forma trascendente que su reparación no podría acontecer, ni aún regresando en el tiempo.

⁵⁵ Por efectos económicos negativos se debe entender aquellos daños importantes causados directamente por la aplicación o no aplicación de los derechos antidumping, y dicho término deberá interpretarse de conformidad con las disposiciones del presente Acuerdo.

