

CONSIDERACIONES ACERCA DE LOS EFECTOS DAÑOSOS DEL DUMPING Y SUS IMPLICANCIAS

Daniel Schmerler Vainstein*

En el presente artículo se aborda como tema central el relativo al daño a la Rama de la Producción Nacional como elemento necesario a constatar para habilitar a las autoridades a que neutralicen la práctica del dumping originada por la introducción al país de productos subvaluados fabricados en el extranjero.

*A tal fin, se desarrolla un enfoque crítico, respecto de las manifestaciones de daño previstas en la normativa sobre la materia, con especial énfasis en las dos variantes de perjuicio con mayor dificultad de probanza: i) La Amenaza de Daño (o daño potencial) a la industria nacional y ii) El Retraso Importante en la creación de la Rama de la Producción Nacional. El análisis contenido en este documento se respalda además, en diversa jurisprudencia nacional e internacional sobre la temática aquí tratada.***

* Abogado. Vicepresidente de la Comisión de Procedimientos Concursales de INDECOPI en Lima Norte. Secretario Técnico de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN.

** Sumilla redactada por el autor.

I. INTRODUCCIÓN

Luego de la finalización de la Segunda Guerra Mundial en el año 1945, los gobiernos de diversas naciones ingresaron en una etapa de cuestionamiento de diversos aspectos del orden mundial hasta entonces establecido y de planteamiento de nuevas ideas. Uno de los temas que se advirtió que requería una nueva forma de organización fue el relativo al manejo de las relaciones comerciales internacionales; es así como, en el marco de la Conferencia de La Habana, celebrada en 1947, se aprobó el Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (conocido también como GATT, que es el acrónimo del nombre de dicho acuerdo en idioma inglés: *General Agreement on Tariffs and Trade*), acuerdo multilateral diseñado para proveer un marco regulatorio y generar un foro para negociar reducciones arancelarias al comercio entre naciones¹.

En el artículo VI del GATT, titulado “Derechos Antidumping y Derechos Compensatorios” se estableció que “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”. Ulteriormente, este tema fue materia de un amplio desarrollo a través del Acuerdo Relativo a la Aplicación del artículo VI del GATT aprobado por la Organización Mundial de Comercio-OMC (en el presente artículo, haremos referencia a este último instrumento denominándolo como el Acuerdo Antidumping).

Para entrar en materia, debemos definir en primer término ¿qué se entiende por dumping?

A tal fin, es necesario señalar que la palabra *dumping* proviene del gerundio del verbo inglés *to dump* que significa arrojar fuera, descargar con violencia o vaciar de golpe y que grafica el concepto de “inundación del mercado con artículos de precios rebajados especialmente para suprimir la competencia”². Explicado de modo simple, el dumping puede ser concebido como la “venta de bienes al extranjero a un precio inferior de aquél tenido para la venta de los mismos bienes en el mercado interno en la misma época y circunstancias”³.

Debe tenerse muy presente que en esencia, la práctica del dumping se refiere a la venta internacional de bienes susceptibles de ser producidos o fabricados (no operando dicha figura en cambio para la prestación de servicios) y, por ende, quien ostenta un rol protagónico en la generación de tal comportamiento desleal es el agente exportador. Conforme resalta Cabanellas “(...) El concepto de dumping se centra en la conducta del exportador. Más exactamente, se orienta hacia la calificación de su forma de fijación de precios en el mercado del país importador, a fin de determinar si en ella se encuentra implícito algún tipo de distorsión, con los efectos que supone para la situación de los precios en dicho mercado, en plazo mediano y largo”⁴.

Ahora bien, contrariamente a lo que muchas personas piensan, el dumping no se refiere a la venta de un producto en el mercado de exportación por debajo de su costo de producción. De acuerdo a la explicación de Arroyo Guerra⁵ “En efecto, para determinar la existencia de dumping sólo se atiende

¹ Cabe mencionar que, el GATT se constituyó en un importante antecedente de la Organización Mundial de Comercio (OMC), creada en el año 1994, luego del proceso conocido como la Ronda Uruguay. En el año 1994, la OMC ratificó en esencia el contenido del GATT de 1947.

² WITKER, Jorge y Ruperto PATIÑO. “La Defensa Jurídica contra Prácticas Desleales de Comercio Internacional”. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1987.

³ ALVAREZ AVENDAÑO, Juan Antonio y Claudio LIZANA ANGUIA. “Dumping y Competencia Desleal Internacional”. Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1995.

⁴ CABANELLAS, Guillermo. “El Dumping: Legislación Argentina y Derecho Comparado”. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L. 1981. p. 150.

⁵ ARROYO GUERRA, Javier. “La Regulación Jurídica de las Prácticas Desleales de Comercio Internacional: El Dumping y los Subsidios Gubernamentales”. Tesis sustentada en la Universidad Autónoma de Nuevo León, México. 2003. p. 8.

al hecho de que un exportador esté discriminando entre los precios domésticos y los internacionales, mediante la fijación de uno más bajo para el mercado de exportación. Puede darse entonces, el caso de que un productor venda en todos sus mercados, tanto nacionales como extranjeros, a precios por sobre sus costos de producción, pero sin embargo cometa dumping, si es que sus precios de exportación son inferiores a los precios domésticos o a los precios de exportación a terceros mercados para el mismo bien”.

En ese orden de ideas, la existencia del dumping se identifica cuando el precio de exportación de un producto hacia el mercado interno de un determinado país es menor al valor normal del mismo en su país de origen y/o inferior al precio de introducción del mismo bien al mercado de un tercer país con similares circunstancias comerciales. Esa diferencia entre el valor normal del producto y el precio de exportación con el que aquél se introduce con una cuantía menor al mercado de otro país, constituye precisamente lo que se conoce como el “margen de dumping”, que es la magnitud con que ha operado la discriminación de precios anteriormente aludida (aspecto que resulta de suma utilidad en los procedimientos antidumping en que las autoridades dispongan establecer mecanismos de protección bajo la forma de los denominados derechos antidumping, ya que el citado margen coadyuvará a la cuantificación de tales derechos).

Como se puede advertir, otro aspecto a destacarse respecto a la práctica de dumping incurrida por uno o más exportadores, es que ésta generará un impacto negativo respecto a

un conglomerado de agentes definido, como es el caso de los industriales competidores del mercado nacional en el que se está introduciendo las exportaciones, a los que, para efectos de la normativa especializada se les denomina como Rama de la Producción Nacional. Conforme a lo señalado por el artículo 4.1 del Acuerdo Antidumping⁶, la expresión “Rama de la Producción Nacional” debe ser entendida de modo tal que abarque al conjunto de los productores nacionales de los productos similares o, también, a aquellos cuya producción conjunta constituya una proporción importante de la producción nacional total de dichos productos⁷.

Sobre el particular, no puede negarse que la utilidad del concepto de Rama de la Producción Nacional viene dada por la necesidad de establecer quiénes son los sujetos afectados por una práctica de dumping y, por tal motivo, la normativa de dumping considera que dicho concepto debe ser entendido de modo tal que abarque al conjunto de los productores nacionales de los productos similares. Sin embargo, vale la pena aclarar que el concepto de Rama de la Producción Nacional admite, con adecuada flexibilidad, ser entendido de modo tal que comprenda sólo a aquellos productores nacionales de productos similares, de entre la totalidad de dichos productores, cuya producción conjunta constituya una proporción importante de la producción nacional total de dichos productos (entendiéndose, en el caso de Perú, que tal proporción es importante cuando constituye al menos el 25% de dicha producción nacional⁸).

El dumping no es reprimible *per se*, sino que ello estará más bien supeditado a los

⁶ Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1994:

“Artículo 4.1.-

A los efectos del presente Acuerdo, la expresión “rama de producción nacional” se entenderá en el sentido de abarcar el conjunto de los productores nacionales de los productos similares, o aquellos de entre ellos cuya producción conjunta constituya una proporción importante de la producción nacional total de dichos productos. (...)”.

⁷ Esta misma línea de ideas, valga la aclaración, es recogida por el artículo 20 del Decreto Supremo 006-2003/PCM, Reglamento sobre Medidas Antidumping y Compensatorias.

⁸ Decreto Supremo 006-2003/PCM, reglamento sobre medidas antidumping y compensatorias

“Artículo 21.-

Inicio de la Investigación. Salvo en el caso previsto en el artículo 23, las investigaciones destinadas a determinar la existencia de importaciones a precios de dumping u objeto de subvención, así como los efectos de dichas prácticas desleales de comercio internacional, se iniciarán previa solicitud escrita dirigida a la Comisión, hecha por una empresa o **grupo de empresas que representen cuando menos el 25% de la producción nacional total del producto de que se trate**(...)” [El énfasis es nuestro].

resultados de la investigación que lleven a cabo las autoridades respecto a la afectación que se genere a la Rama de la Producción Nacional (tema central del presente artículo y que desarrollaremos a lo largo de éste). Si se establece que ha existido una práctica de dumping que genera daño a la industria local, la consecuencia será la imposición de los denominados derechos antidumping que se aplicarán a los futuros ingresos de la mercadería al mercado nacional.

Los derechos antidumping, de conformidad con la normativa peruana⁹, son medidas destinadas a corregir las distorsiones generadas en el mercado por las prácticas de dumping y tienen la naturaleza de una multa. Lo que se busca al imponer derechos antidumping a la importación de determinada mercadería es generar un resguardo para el colectivo de productores nacionales; esta protección se logra al hacer ingresar los bienes a un precio de exportación reconstruido, el mismo que (con la inclusión del importe determinado al fijarse los derechos antidumping, agregado al precio de exportación inicial que generaba la práctica del dumping) se iguala o al menos aproxima al valor normal de la mercancía en su país de origen, y permite así que se configure un precio de competencia leal, de modo tal que se neutraliza la vedada práctica en que venía incurriendo el exportador que introdujo su producción al país con margen de dumping.

Sin embargo, es necesario efectuar la salvedad de que, en el caso peruano no procederá la aplicación de derechos antidumping, si es que el margen de dumping es de *minimis* (es decir, poco representativo por implicar una diferencia de menos de 2% entre el valor normal del producto y su precio de exportación al Perú) o si es que el volumen de las importaciones de los bienes objeto de dumping es insignificante (por comprender menos del 3% del ingreso de bienes similares al país)¹⁰.

Antes de entrar en materia, estimamos

oportuno mencionar que en el caso del Perú, la autoridad nacional competente para aplicar las normas que regulan los instrumentos de defensa comercial para corregir las distorsiones que las prácticas desleales de comercio internacional generan en la competencia (incluidos los procedimientos de investigación en materia de dumping), es la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios, órgano funcional perteneciente al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Es pertinente indicar además que las decisiones que expida dicha Comisión, son pasibles de apelación para ser resueltas en segunda y definitiva instancia administrativa por la Sala de Defensa de la Competencia¹¹ del Tribunal del INDECOPI.

II. EL DAÑO COMO ELEMENTO NECESARIO PARA LA REPRESIÓN DEL DUMPING

Tal como ya hemos adelantado, no basta la sola existencia de una práctica de dumping en los actos de comercio internacional para que la misma sea reprimida, sino que de forma necesaria, ésta debe ocasionar un daño a la Rama de la Producción Nacional. Se entiende al daño, en el marco de la legislación antidumping, como aquél deterioro que sufre una industria nacional por efectos del dumping de los productos importados.

Con notoria precisión, Guillermo Cabanellas indica que “la investigación relativa al daño trata de evaluar como la baja de precios, constitutiva del dumping, repercute sobre la actividad local, de forma tal que afecte su posibilidad de reacción en el futuro, al revertirse la situación de baja de precios”¹².

En la nota al pie número 9 del Acuerdo Antidumping se indica que para efectos de los alcances de la normativa contra las prácticas de dumping se considerará como daño a:

- a) Un daño importante causado a una rama de producción nacional;

⁹ Artículo 46 del Decreto Supremo 006-2003-PCM, norma mediante la que se aprobó el Reglamento del Acuerdo Antidumping.

¹⁰ Así lo establece el artículo 44 del Decreto Supremo 006-2003-PCM.

¹¹ En la actualidad, el rol de segunda instancia del citado Tribunal en temas de competencia (exceptuando lo relativo a Protección al Consumidor) recae en la Sala de Defensa de la Competencia Número 1.

¹² CABANELLAS, Guillermo. Op. cit. p.151.

- b) Una amenaza de daño importante a una rama de producción nacional; o
- c) Un retraso importante en la creación de esta rama de producción.

Similar alcance acerca del contenido del concepto daño se encuentra en el artículo 15 del Decreto Supremo 006-2003-PCM¹³ y en el artículo 18 de la Decisión 456 de la Comunidad Andina.

A su vez, cabe mencionar que en el artículo 9 del Decreto Supremo 133-91-EF¹⁴, redactado en términos aparentemente más restrictivos, se indica que podrá establecerse derechos antidumping a la importación de todo producto a precio de dumping, cuando ella cause, o amenace causar, perjuicio a una producción en el Perú.

Es menester señalar que, de conformidad con el criterio establecido por la propia Organización Mundial del Comercio, cuando las autoridades competentes investiguen la posible existencia de una práctica de dumping, deben tener presente, en lo que al daño concierne, lo siguiente¹⁵: “(...) cuando el término “daño” aparece en el Acuerdo Anti dumping sin calificación, abarca todas las formas de daño –el daño importante efectivo o la amenaza de daño importante– así como el retraso importante en el establecimiento de una rama de producción.

Al aplicar esta definición al párrafo 1 del artículo 3, resulta claro que toda investigación de daño, ya se trate de daño importante efectivo, amenaza de daño o retraso importante comprenderá un examen objetivo: (i) del volumen de las importaciones objeto de dumping y del efecto de éstas en los precios de productos similares en el mercado interno y (ii) de la consiguiente repercusión de esas importaciones sobre los productores nacionales de esos productos”.

Por otro lado, es el párrafo 4 del artículo 3 el que rige “el examen de la repercusión de las importaciones objeto de dumping sobre la rama de producción nacional”. En resumen, por lo tanto, los factores del párrafo 4 del artículo 3 deben examinarse en cada investigación, independientemente de la manifestación o forma particular de daño que sea objeto de una investigación determinada.

En lo que respecta al volumen de las importaciones, la autoridad competente deberá tener en cuenta si ha habido un aumento significativo de éstas, tanto en términos absolutos o en relación con la producción o el consumo del país importador. En cuanto al impacto sobre los productores nacionales, la autoridad investigadora debe tener en consideración si ha habido una significativa subvaloración de precios de las importaciones objeto de dumping en comparación con el precio de un producto similar del país importador, o si el efecto de tales importaciones es hacer bajar de otro modo los precios en medida significativa o, impedir en la misma medida, la subida de precio que en otro caso se hubiera producido.

Lo anterior debe ser entendido como los factores a tomar en cuenta para la determinación del daño, esto es, si se registró un aumento considerable de las importaciones objeto de dumping en el mercado peruano y si por tales efectos, es decir los del dumping, los precios de estas importaciones disminuyeron y se ubicaron por debajo de los precios nacionales y de los de productos de otras procedencias, de tal forma que hayan obligado a los productores nacionales de bienes similares a disminuir sus precios o a mantenerlos en un nivel inferior a los que se hubiera observado en ausencia de tales prácticas.

Otro factor importante para determinar la existencia del daño es el concerniente a si el crecimiento de las importaciones objeto

¹³ Reglamento sobre medidas antidumping que regula en el Perú las disposiciones previstas en el Acuerdo Antidumping de la OMC, así como los procedimientos de investigación tramitados en el Perú por prácticas de dumping en los productos exportados hacia el Perú originarios o procedentes de países miembros de la OMC.

¹⁴ Reglamento de los procedimientos de investigación por prácticas de dumping en el Perú respecto de productos originarios o procedentes de países que no son miembros de la OMC. Nótese además que este dispositivo antecede en tres años al Acuerdo Antidumping de la OMC.

¹⁵ La cita corresponde al Informe WT/DS211/R emitido con fecha 8 de agosto de 2002 por el Grupo Especial designado por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC a solicitud de Turquía, a efecto de evaluar las medidas antidumping definitivas aplicadas por las autoridades de Egipto a las barras de refuerzo de acero procedentes de Turquía. p. 34.

de dumping y sus precios han provocado un deterioro en los principales indicadores de la industria nacional, tales como la caída en las ventas, de la producción, una disminución en la utilización de la capacidad de producción instalada, efectos negativos en el flujo de caja, del crecimiento, de la capacidad de reunir capital o inversión, del nivel de empleo y de las utilidades¹⁶.

El ordenamiento jurídico peruano, siguiendo la pauta de la generalidad de las normas existentes en el contexto internacional, requiere que el daño, en cuanto condición necesaria para la imposición de derechos antidumping, sea una de las características importantes. No puede dejar de observarse, sin embargo, que una vez analizado el concepto de daño, la distinción entre daños importantes y aquellos otros que tendrían una naturaleza menos relevante aparece como un aspecto de difícil identificación, es decir, el análisis nos muestra que o bien el dumping ha afectado la rentabilidad del sector supuestamente perjudicado, o ésta se mantiene sobre el nivel necesario para impulsar el curso de la producción a mediano y largo plazo. En algunas ocasiones, podrá recurrirse a la utilización de la pauta legal referida a la magnitud del daño para descartar ciertas pretensiones de imponer derechos antidumping.

De modo bastante razonable, el Acuerdo Antidumping en su numeral 3.5 establece que de forma necesaria, deberá acreditarse que ha sido directamente por efecto y consecuencia de la práctica del dumping enunciados en

los párrafos previos, que se ha generado un daño a la Rama de la Producción Nacional. La demostración de una relación causal entre las importaciones objeto de dumping y el daño a la industria nacional se basará en un examen de todas las pruebas pertinentes de que dispongan las autoridades.

Para tal fin, las autoridades deberán examinar rigurosamente además, otros factores de los que tengan conocimiento, distintos de las importaciones objeto de dumping, que al mismo tiempo pudiesen perjudicar a la Rama de la Producción Nacional, de modo que, de identificarse daños causados por esos otros factores, no se habrán de atribuir entonces responsabilidades a los importadores de mercadería objeto de dumping.

Entre los factores distintos al dumping cuyo análisis puede resultar pertinente, figuran el volumen y los precios de las importaciones no vendidas a precios de dumping, la contracción de la demanda o variaciones de la estructura del consumo, la competencia entre productores nacionales y extranjeros, la evolución de la tecnología y los resultados de la actividad exportadora y la productividad de la Rama de la Producción Nacional. Nótese que de constatare que el perjuicio sufrido por el colectivo de productores locales es atribuible a causas ajenas al dumping, entonces la consecuencia probable será la desestimación de la denuncia, lo que implica que no se impondrá derecho o medida antidumping alguno respecto al agente que introdujo la mercadería al país (aun cuando hubiese un margen de dumping identificado)¹⁷.

¹⁶ Tal como lo propone el numeral 3.4 del Acuerdo Antidumping, con el que además coinciden el artículo 17 del Decreto Supremo 006-2003-PCM y el artículo 19 de la Decisión 456 de la Comunidad Andina.

¹⁷ A modo de ejemplo, cabe citar el caso de la investigación iniciada en octubre del año 2009 por la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios del INDECOPI en atención al pedido formulado por la empresa productora peruana Corporación Rey S.A. a efecto de que se aplique derechos antidumping definitivos sobre los cierres de cremallera procedentes de Taiwán. La Comisión rechazó la solicitud y dio por terminado el caso mediante Resolución 224-2010/CFD-INDECOPI emitida el 22 de diciembre de 2010, al no haberse determinado daño a la Rama de la Producción nacional como consecuencia de las importaciones. Entre las consideraciones de la Comisión para adoptar su decisión estuvieron las siguientes:

- Durante el período de investigación, las importaciones taiwanesas de cierres de cremallera experimentaron una reducción de su volumen.
- Las citadas importaciones, además, sufrieron una reducción en su participación en el mercado, al bajar de 31% en el año 2006 a 19% en el año 2009.
- Si bien durante el período de investigación, las importaciones objeto de dumping ingresaron al Perú por debajo del precio de venta de la Rama de la Producción Nacional, esta última logró incrementar ligeramente, del 2006 al 2009, sus precios de venta.
- Se advirtió la existencia de factores distintos a las importaciones objeto de dumping que podían explicar el deterioro experimentado en los indicadores económicos de la Rama de la Producción Nacional, tales como la caída de las ventas de la denunciante Corporación Rey S.A., así como la contracción de la demanda nacional de cierres de cremallera y que afectó, incluso en mayor medida, a las importaciones taiwanesas investigadas.

Conforme explica Abdías Sotomayor "Según las normas vigentes del GATT sobre la materia, no se impondrán derechos antidumping si no existe relación entre el margen de dumping y el daño a los productores nacionales; si el daño se debe a otras causas o a varias causas no habrá sanción, es decir que no existe dumping por el solo hecho de haberse acreditado un margen de dumping¹⁸".

Posteriormente el mismo autor refiere que un elemento que no es analizado por las normativas internacional, ni nacional, es el factor atributivo de responsabilidad de las acciones o decisiones del exportador en materia de dumping¹⁹. Nos preguntamos qué factor se debe utilizar, el objetivo de la actividad riesgosa o el factor subjetivo basado en el dolo (consciencia y voluntad) del exportador. Para las normas antidumping, ésta práctica representa la ejecución de una actividad desleal en el comercio internacional, actividad que en principio tiene todas las condiciones o potencialidades para provocar un daño a los competidores. La actividad es riesgosa, ya que el GATT y las normas nacionales han considerado al dumping como una práctica mercantil condenable, en la medida que genere un daño o incluso una amenaza de daño. La realización de esa práctica no es permitida, por lo que es ilegal salvo disposición en contrario (por ejemplo, en el caso de la regla de minimis) y por tanto se rige por un factor atributivo objetivo.

Lo anterior implica que, no resultará relevante para efecto del análisis de la autoridad competente, la identificación de elementos subjetivos como la intencionalidad del exportador, sino que de manera absolutamente objetiva se deberá evaluar si la práctica de dumping incurrida al introducir la mercancía al mercado nacional ha tenido consecuencias nocivas directas sobre la Rama de la Producción Nacional.

III. LA AMENAZA DE DAÑO OCASIONADA POR LA PRÁCTICA DE DUMPING

La amenaza de daño puede ser definida como la probabilidad predominante de que las importaciones investigadas materia de dumping tendrán como efecto la generación próxima de un daño a la Rama de la Producción Nacional, perjuicio que a la fecha de evaluación de las prácticas comerciales no se ha concretado, pero cuya inminencia es altamente previsible.

Conforme señala Andrade "En principio, para que exista dumping, debe acreditarse un daño objetivo a la industria del país importador. Sin embargo, en la actualidad, se acepta también que no exista un daño real, bastando la amenaza del mismo para que exista dumping. Consideramos que incluir al daño potencial como elemento que configura al dumping, es más eficaz a fin de combatir dicha práctica –de presentarse la misma– antes de que ésta genere un daño real. Así pues, la inclusión de la mera amenaza de daño, cumple un importante papel preventivo²⁰".

En efecto, la identificación de la existencia de una práctica de dumping en un mercado, cuya realización pone en riesgo a la industria local, y la posibilidad de enfrentar esa práctica mediante una actuación anticipatoria (sin tener que esperar hasta que el daño se materialice) de las autoridades, constituye una importante herramienta al servicio del adecuado comportamiento de los agentes involucrados en las relaciones de comercio internacional.

Respecto a la determinación de la existencia de la amenaza de daño, el Acuerdo Antidumping establece en su numeral 3.7 que ésta "se basará en hechos y no simplemente en alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas. La modificación de las circunstancias que daría lugar a una situación en la cual el dumping causaría un daño deberá ser claramente prevista e inminente²¹". El propio

¹⁸ SOTOMAYOR VERTIZ, Abdías. "Normas Antidumping y Antitrust en los Procesos de Integración". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2003. p. 31.

¹⁹ SOTOMAYOR VERTIZ, Abdías. Op.cit. p. 32.

²⁰ ANDRADE CHIRINOS, Renzo Elio. "Análisis Crítico de las Medidas de Defensa Comercial ante Prácticas que Afectan a la Industria Nacional en el Comercio Internacional desde la Perspectiva del Análisis Económico – Salvaguardias". Lima: Tesis sustentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2007. p. 35.

²¹ Es oportuno mencionar que disposiciones de muy similar contenido se encuentran en el artículo 19 del Decreto Supremo 006-2003-PCM y en el artículo 22 de la Decisión 456 de la Comunidad Andina.

Acuerdo, plantea como ejemplo que un supuesto para que las autoridades establezcan derechos antidumping, es que identifiquen que existan razones convincentes para creer que en el futuro inmediato habrá un aumento sustancial de las importaciones del producto a precios de dumping.

En el mismo numeral del Acuerdo Antidumping se agrega que "Al llevar a cabo una determinación referente a la existencia de una amenaza de daño importante, las autoridades deberán considerar, entre otros, los siguientes factores:

- a) Una tasa significativa de incremento de las importaciones objeto de dumping en el mercado interno que indique la probabilidad de que aumenten sustancialmente las importaciones;
- b) Una suficiente capacidad libremente disponible del exportador o un aumento inminente y sustancial de la misma, que indique la probabilidad de un aumento sustancial de las exportaciones objeto de dumping al mercado del Miembro importador, teniendo en cuenta la existencia de otros mercados de exportación que puedan absorber el posible aumento de las exportaciones;
- c) El hecho de que las importaciones se realicen a precios que tendrán en los precios internos el efecto de hacerlos bajar o contener su subida de manera significativa, y que probablemente hagan aumentar la demanda de nuevas importaciones; y
- d) Las existencias del producto objeto de la investigación."

En el párrafo final del citado numeral se establece un concepto fundamental cuando se analiza un supuesto de amenaza de daño: Ninguno de los referidos factores por sí solo bastará necesariamente para obtener una orientación decisiva, pero todos ellos apreciados en conjunto habrán de generar de modo indefectible la conclusión acerca de la inminencia de nuevas exportaciones a precios

de dumping y de que, a menos que se adopten medidas de protección, se producirá un daño importante a la Rama de la Producción Nacional.

Por ello mismo en el numeral 3.8 del Acuerdo Antidumping se proclama que, en lo que respecta a los casos en que las importaciones objeto de dumping amenacen causar un daño, la aplicación de las medidas antidumping se examinará y decidirá con especial cuidado.

En relación con este tema, la especialista costarricense Velia Govaere Vicarioli comenta que "la jurisprudencia del GATT/OMC considera revisar los casos de dumping basados en amenaza de daño con especial consideración, por lo que una solicitud de inicio de investigación basada en este rubro, debe demostrar la amenaza de daño en forma particularmente justificada"²².

De lo expuesto queda claro que el rigor probatorio y de análisis de los supuestos de amenaza de daño a causa de las prácticas de dumping, resulta más exigente y complejo en comparación a aquellos otros casos en que lo que se evalúa es el daño ya efectivamente materializado, dado que en el supuesto de la amenaza, lo que se presenta es un análisis prospectivo acerca de las probabilidades de que el perjuicio a la industria local se concrete, que ciertamente tiene un contenido con cierto (y no poco significativo) margen de incertidumbre respecto a su ulterior concreción como afectación nociva al conglomerado productor nacional.

Una mención aparte merece el reglamento aprobado en el Perú mediante Decreto Supremo 133-91-EF en cuyo artículo 9, párrafo final se establece que "Se entiende que hay amenaza de perjuicio cuando las importaciones retrasen sensiblemente el establecimiento o desarrollo de una producción en el Perú". Dicha disposición entremezcla las figuras de la amenaza de daño (desarrollada en el presente acápite) con la del retraso sensible (será materia del acápite siguiente de este trabajo), que en realidad tienen naturaleza distinta, difiriendo además con los conceptos sobre dichos temas establecidos en los instrumentos internacionales sobre la lucha contra el

²² GOVAERE VICARIOLI, Velia Helen. "Introducción al Derecho Comercial Internacional". San José de Costa Rica: Universidad Estatal a Distancia. 2007. p. 91.

dumping que se expidieron posteriormente, como son el Acuerdo Antidumping de la OMC (aprobado en 1994) y la Decisión 456 de la Comunidad Andina (emitida en 1999).

Por otro lado, si bien hemos señalado ya que la determinación de la existencia de la amenaza de daño como efecto de las prácticas de dumping implica una evaluación especialmente meticulosa y rigurosa respecto a lo que sucede con las otras manifestaciones dañosas, no debe perderse de vista sin embargo que, cuando se evalúa una práctica de distorsión de precios en el tráfico comercial internacional como el dumping, debe existir una plena identificación de los efectos perjudiciales sobre la industria nacional en función a la naturaleza del daño. Así, podrían darse casos en que se investigue en simultáneo la existencia de daño y de amenaza de daño, y que se descarte la ocurrencia del primero, pero en cambio, se verifique la inminencia de lo segundo.

A modo de ejemplo respecto de lo manifestado en el párrafo precedente, podemos revisar el caso de la investigación sobre dumping seguida en el marco de la Comunidad Andina²³ a pedido de la empresa Biofilm S.A. de Colombia respecto a las importaciones peruanas de películas de polipropileno biorientado transparente – PPBT efectuadas por Grupo Inteplast Ltda. que a decir de la denunciante afectaban la participación de las exportaciones colombianas en el mercado peruano. Al analizar dicho caso, las autoridades establecieron lo siguiente:

“Que la empresa Biofilm manifiesta que la práctica de dumping realizada por la empresa Inteplast la obligó a abandonar el mercado peruano en el período desde 1999, por lo que, a efecto de maximizar la utilización de su capacidad productiva, debió incursionar en otros mercados, con una caída en su utilidad y en sus márgenes de rentabilidad;

Que, con base en la información disponible, la Secretaría General observa que la empresa Biofilm mantuvo durante todo el período de investigación, una utilización de su capacidad instalada del cien por ciento. Sin embargo, la causa para que la empresa colombiana haya abandonado parcialmente el mercado peruano no podría ser la práctica de dumping aplicada por Inteplast, por cuanto se observa que dicha práctica empezó a producirse con posterioridad a la caída de las importaciones peruanas provenientes de la empresa Biofilm; (...).

Que, en conclusión, con base en la información disponible, no se aprecia que las importaciones peruanas de PPBT provenientes de la empresa Inteplast y objeto de prácticas de dumping, hayan ocasionado un perjuicio importante a la rama de la producción colombiana de dicho producto; Que, adicionalmente, la empresa Biofilm manifestó que la práctica investigada estaría amenazando causarle un perjuicio importante al haber entrado en operación, en julio de 2001, su tercera línea de producción de película de polipropileno destinada principalmente a la exportación. Dicha amenaza se produciría en la medida en que la estrategia de mercado de la empresa Biofilm contempla su consolidación como proveedor en el mercado andino de película de polipropileno biorientado, por lo que las importaciones peruanas provenientes de la empresa Inteplast estarían afectando su proyección de crecimiento y niveles de inversión; (...).

Que, según información proporcionada por la empresa Inteplast, en el año 2001 ésta dispuso de una capacidad instalada no utilizada del 24%. Asimismo, la Secretaría General en su visita de verificación a la empresa Biofilm pudo verificar que la tercera línea de producción de PPBT se encontraba operativa;

Que la Secretaría General no dispone de información respecto de la evolución de las

²³ La fuente de referencia en este caso es la Resolución 672 emitida con fecha 14 de noviembre de 2002 por la Secretaría General de la Comunidad Andina. Mediante dicha resolución se decidió “Estimar parcialmente con lugar la solicitud de la empresa Biofilm S.A y, en consecuencia, establecer, por un período de tres años, un derecho antidumping de US\$ 0,15 por cada kilogramo de las importaciones que realice la República del Perú de película de polipropileno biorientada transparente termosellable por una o ambas caras, con una cara tratada o sin tratamiento, con espesor superior a quince micras, comprendida en la subpartida NANDINA 3920.20.00, y utilizada por el segmento de la conversión para fabricar empaques, incluidos los empaques flexibles, para productos alimenticios, de panadería, galletería, pastas, harinas, granos, dulcería, café, condimentos, *snacks*, entre otros, no incluyendo la sobreenvoltura de las cajetillas para cigarrillos, que sea producida, distribuida o vendida por el Grupo Inteplast o su División AmTopp de Estados Unidos de América.”

ventas de la empresa Inteplast en sus demás mercados de PPBT, por lo que considera que, independientemente de la evolución del volumen y de los precios de las importaciones peruanas del producto objeto de investigación provenientes de la empresa Inteplast, en el último trimestre de análisis, la empresa estadounidense está en capacidad de incrementar los volúmenes de su producción y de sus ventas al mercado peruano;

Que, no se dispuso de información de la empresa Inteplast respecto de sus inventarios; Que, **en conclusión, no se observa una relación de causa-efecto entre la práctica de dumping y el perjuicio importante alegado** por la rama de la producción colombiana de PPBT, en especial, a aquella destinada a la exportación al Perú. **Sin embargo, sí se observa una amenaza de perjuicio a dicha rama de la producción** por la estrategia de precios de PPBT en el mercado peruano implementada por la empresa Inteplast a partir de su reingreso al mercado peruano (...) y por su capacidad de producción y exportación al Perú". [El énfasis es nuestro].

Continuando con el tema de la amenaza del daño como efecto de las prácticas de dumping, podemos referir que en tiempo relativamente reciente, las autoridades peruanas de INDECOPI tuvieron a su cargo la investigación de un caso particularmente interesante como es el de la solicitud planteada en el mes de agosto de 2007 por la empresa nacional Cementos Lima S.A. (en adelante, Cementos Lima) para la aplicación de derechos antidumping sobre las importaciones de cemento gris producido por Cemex Dominicana S.A. (en lo sucesivo, Cemex), originario de República Dominicana²⁴.

La solicitante pidió la aplicación de derechos antidumping a las importaciones de cemento gris producido por Cemex, alegando que tales importaciones amenazan causar daño a la industria nacional. Al respecto, Cementos Lima precisó que el producto investigado recién ingresó al mercado peruano en julio de 2007, por lo que a la fecha de la presentación de la solicitud, los indicadores económicos de la empresa denunciante no reflejaban aún un daño efectivo.

Con la finalidad de determinar la existencia de una posible amenaza de daño a la Rama de la Producción Nacional, sobre la base de un análisis prospectivo, INDECOPI evaluó los indicadores económicos de la industria nacional y, además, factores tales como la tasa de crecimiento de las importaciones objeto de dumping, la capacidad libremente disponible del exportador Cemex (así como su posibilidad de aumento), y la posibilidad de que las importaciones fueren una disminución de los precios o impidan la subida de éstos en el mercado interno.

Al efectuar su análisis, INDECOPI evaluó lo siguiente:

- Entre el año 2004 y el 2007, Cementos Lima, así como la empresa peruana Cemento Andino S.A. (que se adhirió a la solicitud de aquella) habían experimentado una mejora en sus indicadores económicos y financieros. Además, habían incrementado su producción, lo que se tradujo en mayores ventas.
- En el citado período, Cementos Lima experimentó un alza en su rentabilidad, así como una mejora en sus utilidades operativas.
- Los indicadores referidos al uso de la capacidad instalada, empleo e inversiones, también se mostraron favorables durante el periodo de investigación, tanto para Cementos Lima como para Cemento Andino S.A. Asimismo, ambas empresas programaron planes de inversiones destinados a ampliar y modernizar los procesos productivos.

Adicionalmente, INDECOPI pudo determinar que, como efecto de la crisis financiera y la desaceleración del mercado de Estados Unidos de Norteamérica, era previsible que la economía de la República Dominicana (principal mercado atendido por la empresa investigada) reduzca su crecimiento en el año 2009. Por tanto, la demanda interna

²⁴ El expediente fue tramitado por la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios bajo Expediente 065-2007-CDS, habiéndose resuelto el caso en primera instancia mediante Resolución 055-2009/CFD-INDECOPI de fecha 7 de abril de 2009, la cual fue confirmada por el Tribunal de INDECOPI mediante Resolución 1778-2010/SC1-INDECOPI.

dominicana de cemento se contraería significativamente, con lo que, las ventas de Cemex en dicho mercado se reducirían. A su vez, ello podría determinar que la capacidad libremente disponible de Cemex para exportar cemento se amplíe, en especial a sus principales mercados de exportación.

Los referidos mercados principales externos a los que se dirige Cemex, conforme identificó INDECOPI, son los de Haití (país colindante a República Dominicana en el que se venían efectuando significativas inversiones en infraestructura) y Perú en el que se estimó que el sector construcción mantendría un crecimiento importante. La estimación de INDECOPI fue que las exportaciones de cemento gris de Cemex podrían alcanzar a cubrir el año 2009 algo menos del 4,5% de la demanda interna peruana.

En razón de las consideraciones detalladas en los párrafos precedentes, INDECOPI desestimó la solicitud de imposición de derechos antidumping a Cemex, declarándola infundada, señalando lo siguiente:

“(…) pese al incremento de las importaciones de cemento dominicano y el menor precio de comercialización de dicho producto, la Rama de Producción Nacionales se mantiene sólida y registra una situación económica favorable, evidenciada por el crecimiento de la producción, ventas, utilidades y productividad. Si bien Cementos Lima proyectó que sus ventas caerían en 16% en el año 2008 respecto a lo registrado en el año 2006, se ha comprobado que en el primer semestre de 2008 éstas se incrementaron 43.2% respecto a las registradas en similar periodo en el año 2006, lo cual no sólo no muestra daño o amenaza de daño a la Rama de Producción Nacional, sino que revela que la rama ha crecido y ha obtenido mayores ventas y utilidades al año siguiente de presentada la denuncia.

De otro lado, como se ha explicado en acápites previos, se ha determinado que resulta previsible que, ante la desaceleración del mercado dominicano en el año 2009, Cemex incremente su capacidad exportadora hasta 1 066 millones de toneladas, con lo cual, podría exportar al Perú volúmenes que representen el 4,42% del mercado peruano en dicho periodo. De igual manera, se ha determinado que resulta previsible que el

precio de comercialización del producto importado se reduzca, pudiendo incluso alcanzar el precio de S/. 14,51 nuevos soles por bolsa de 42,5 Kg., atendiendo a la rebaja del arancel a la importación de cemento de 12% a 0% en el año 2007.

En tal sentido, si se considera que la participación del mercado de las importaciones denunciadas podría aproximarse a 4,42% en el año 2009, e incluso un porcentaje menor en los años siguientes, a medida que el mercado interno dominicano se recupere, no es posible concluir que existe una amenaza de daño importante e inminente a la Rama de Producción Nacional. Ello, en atención a que, a pesar del incremento de los volúmenes enviados al Perú, las importaciones dominicanas mantendrían una reducida participación en el mercado que no podría significar una amenaza de daño importante, al menos, no de manera inmediata o inminente como lo establece el Acuerdo Anti-dumping. Asimismo, aun cuando el precio del producto importado se pudiese reducir hasta S/. 14,51 nuevos soles por bolsa de 42,5 Kg., frente a la reducida participación de mercado que podrían alcanzar dichas importaciones en el año 2009, no resulta previsible e inminente que el precio de la Rama de Producción Nacional se vea afectado.

En consecuencia, a pesar de haberse demostrado la existencia de dumping, no se concluye que exista una amenaza de daño importante a la Rama de Producción Nacional en los términos establecidos en el artículo 3.7 del Acuerdo Anti-dumping, incluso considerando el cambio previsible de circunstancias analizado en los acápites precedentes”.

Sin perjuicio de lo señalado, resulta por demás interesante la salvedad expresada por INDECOPI al emitir su decisión, que consignamos a continuación: “Finalmente, no puede dejar de indicarse que la decisión adoptada a través de este pronunciamiento se basa en el análisis de los distintos indicadores económicos y financieros de la industria nacional, así como en un estudio prospectivo de hechos previsibles e inminentes que podrían producirse en el mercado nacional de cemento gris. En tal sentido, nada obsta para que, de producirse cambios significativos en los hechos que

sirven de base al presente pronunciamiento, la industria nacional pueda invocar en su oportunidad la aplicación de medidas de defensa comercial que correspondan conforme al marco normativo que rige la Organización Mundial del Comercio”.

En otras palabras, de identificarse circunstancias que pudiesen, en el marco de una futura investigación, contribuir a la identificación de una práctica de dumping similar a la investigada en el mismo mercado analizado, que cumpla con el requisito de generar una amenaza de daño a la industria nacional, ello será pasible de motivar la imposición efectiva de derechos antidumping.

En relación con esto último, resulta apropiado mencionar que en el supuesto opuesto, es decir cuando se ha dispuesto la efectiva aplicación de derechos antidumping (y no solamente para casos de amenaza de daño, sino en general para todo caso de práctica de dumping con consecuencias dañosas de cualquier índole para la industria nacional) será posible efectuar una revisión futura de tales sanciones impuestas como medio de corrección al precio (dumping) de ingreso de una mercadería específica procedente del exterior.

Así, conforme establece el numeral 11.2 del Acuerdo Antidumping, “Cuando ello esté justificado, las autoridades examinarán la necesidad de mantener el derecho, por propia iniciativa o, siempre que haya transcurrido un período prudencial desde el establecimiento del derecho anti dumping definitivo, a petición de cualquier parte interesada que presente informaciones positivas probatorias de la necesidad del examen (...). En caso de que, a consecuencia de un examen realizado de conformidad con el presente párrafo, las autoridades determinen que el derecho anti dumping no está ya justificado, deberá suprimirse inmediatamente”.

De igual forma, el artículo 59 del Decreto Supremo 006-2003-PCM, reglamento peruano para la aplicación del recién citado Acuerdo Antidumping, prevé que “Luego de transcurrido un período no menor de doce (12) meses²⁵ desde la publicación de la Resolución que pone fin a la investigación, a pedido de cualquier parte interesada o de oficio, la Comisión podrá examinar la necesidad de mantener o modificar los derechos anti dumping o compensatorios definitivos vigente²⁶. Al evaluar la solicitud la Comisión tendrá en cuenta que existan elementos de prueba suficientes de un cambio sustancial de las circunstancias, que ameriten el examen de los derechos impuestos²⁷”.

²⁵ En este aspecto hay notoria semejanza de la reglamentación nacional peruana con la normativa andina, toda vez que la Decisión 456 en su artículo 70 señala que “Durante el período de vigencia de los derechos definitivos, la Secretaría General podrá iniciar un examen a solicitud de cualquier parte interesada, cuando se presenten pruebas suficientes de un cambio en las circunstancias que dieran origen a los derechos definitivos. Las solicitudes de examen presentadas bajo lo previsto en el presente artículo sólo serán admitidas si ha transcurrido un período de al menos un año, desde la imposición de la medida definitiva, y siempre que el solicitante aporte pruebas suficientes de la necesidad o conveniencia de dicho examen”.

²⁶ Un ejemplo, interesante del examen respecto a la necesidad de mantener o no derechos antidumping, se puede observar en el caso de la solicitud presentada en el mes de noviembre de 2007 ante INDECOP por la Asociación Brasileira de Industria Textil y Confección (ABIT) a fin de que se inicie un procedimiento de examen por cambio de circunstancias para determinar si correspondía o no mantener los derechos antidumping definitivos establecidos en el primer semestre del año 2006 respecto a las importaciones de tejidos tipo denim procedentes de la República Federativa de Brasil.

En dicho caso, INDECOP en ambas instancias, mediante resoluciones 086-2009/CDF-INDECOP del 26 de mayo de 2009 y 2980-2010/SC1-INDECOP del 3 de noviembre de 2010, determinó suprimir los derechos antidumping, por las siguientes consideraciones:

- En los últimos años se produjo una notoria disminución de la importación de denim brasileño al Perú, la cual no se debe principalmente a los derechos antidumping aplicados.
- El precio del denim brasileño se ha incrementado superando ampliamente el precio al que proveedores de otros países ofrecen ese producto al Perú y al mundo.
- La mayor parte de la producción del denim brasileño se ha destinado principalmente a su mercado interno, habiendo disminuido significativamente la exportación de dicho país hacia el mundo.
- No existe probabilidad que el daño a la Rama de la Producción Nacional se repita en caso se supriman los derechos antidumping, porque al momento del examen las importaciones brasileñas de denim hacia el Perú han disminuido ostensiblemente y difícilmente se incrementarán.

²⁷ El artículo 28 del Decreto Supremo 133-91-EF contiene una disposición similar que refiere que luego de transcurrido un “período prudencial” se podrá examinar la necesidad o no de que se mantengan los derechos definitivos impuestos.

Se nos plantea la siguiente inquietud: Siendo que los derechos antidumping definitivos pueden ser establecidos, entre otros supuestos, cuando exista una amenaza de daño a la industria nacional, y considerando que, tal amenaza se identifica en el caso que sobre la base de un conjunto de hechos y un análisis de tipo económico respecto a ellos, se determine una probabilidad significativa de que la práctica de dumping puedan generar un impacto perjudicial sobre la producción en nuestro país, ¿qué sucedería entonces sí, luego de fijados los derechos antidumping, no se confirman los presupuestos sobre cuya base la autoridad determinó que se presentaría la amenaza o si, en todo caso, aparecen otros elementos no contemplados que podrían tener incidencia relevante sobre el análisis, eventualmente variando la conclusión inicial de la existencia de la amenaza hacia una apreciación distinta?

El tema no es de fácil solución, por cuanto, conforme hemos comentado ya, de acuerdo a la normativa vigente toda revisión de los derechos antidumping establecidos (sin importar el tipo de daño en que se haya sustentado el análisis de las autoridades) podrá solicitarse recién luego de transcurrido al menos un año desde su fijación; asimismo, el tiempo de evaluación acerca de la existencia de circunstancias que pudiesen justificar una variación o supresión de los derechos antidumping impuestos puede abarcar un período prolongado²⁸.

Consideramos que debería plantearse la posibilidad de establecer una metodología particular para los casos en que se establezcan derechos antidumping sustentados en una amenaza de daño a la Rama de la Producción Nacional, de modo que tales derechos no tengan una naturaleza “definitiva” sino que puedan revisarse con mayor flexibilidad (sin esperar un año desde su establecimiento) y de modo célere en aquellos casos en que, de oficio o a iniciativa de parte, se advierta que no se ha concretado uno o más de los elementos que sustentaron la predicción que condujo a inferir que se produciría

una amenaza de perjuicio a la industria local. Caso contrario, podría suceder que, aun a sabiendas que el análisis que llevó a la conclusión de que se produciría una amenaza de daño ha fallado, se continúe aplicando los derechos antidumping, lo que finalmente terminaría generando una afectación pero no a la industria local, sino a los agentes exportadores externos, por indebida aplicación de los citados derechos; tales exportadores inclusive, eventualmente podrían buscar que el Estado Peruano los indemnice a consecuencia de haber mantenido frente a ellos y a sabiendas, medidas antidumping por una amenaza de daño que finalmente no se configuró (que era lo que las autoridades en principio habían estimado al culminar sus investigaciones).

IV. EL RETRASO SENSIBLE COMO EFECTO DAÑOSO DEL DUMPING

Las normas de lucha contra las prácticas de dumping que afectan el normal desarrollo de las operaciones de comercio internacional, establecen que son tres las posibles manifestaciones de daño a la industria nacional susceptibles de motivar la imposición de derechos antidumping al agente exportador; ya hemos tratado ampliamente en el presente artículo el tema del daño importante manifiesto, así como el relativo a la amenaza de daño importante. En el presente apartado vamos a centrarnos en el tema del retraso sensible.

En efecto, en la nota al pie número 9 del Acuerdo Antidumping, relacionada con el capítulo de dicho cuerpo normativo titulado “Determinación de la existencia de daño”, se detalla que cuando se haga mención al término “daño” la referencia alcanzará “(...) un daño importante causado 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 énfasis es nuestro].

Semejante idea contiene el artículo 15 del Decreto Supremo 006-2003-PCM que

²⁸ Así, por citar solamente un ejemplo, en el caso de los tejidos denim brasileños mencionados en la nota al pie número 27 del presente artículo, la primera instancia del INDECOPi tomó dieciocho meses para efectuar su evaluación (desde noviembre de 2007 en que se presentó la solicitud de parte hasta mayo de 2009 en que se emitió la resolución de supresión de derechos) y el Tribunal un tiempo similar (su resolución se expidió en el mes de noviembre de 2010).

establece que “Corresponde a la Comisión determinar la existencia de daño, amenaza de daño o **retraso sensible a la creación de una rama de producción nacional, causado como consecuencia de las importaciones objeto de dumping(...)**” [El énfasis es nuestro].

Como se advierte, las disposiciones normativas son sumamente escuetas en cuanto se refiere a la variante del daño originado por la práctica de dumping a la que se conoce como retraso importante o sensible a la Rama de la Producción Nacional.

No obstante ello, debemos señalar que a nuestro entender, cuando se analiza tal supuesto del retraso sensible, la autoridad competente debe concentrarse en evaluar en su investigación la potencialidad de desarrollo de la industria nacional al momento en que comenzaron las importaciones materia de denuncia, con el objeto de establecer si estas últimas tienen algún efecto negativo sobre la proyección de evolución de las empresas locales con actividades en ciernes.

Coincidiendo con esta idea, Velia Govaere Vicarioli²⁹ señala que la idea del retraso sensible “(...) hace referencia a la posibilidad de crecimiento y desarrollo de una ‘industria infante’ que debe competir con productos similares importados en condiciones de dumping. Ante pruebas concretas del establecimiento de un nuevo sector de la producción, la Autoridad puede proceder a la apertura de una investigación en contra de las importaciones objeto de dumping a fin de asegurar el establecimiento de esa nueva rama de producción”.

No existe consenso entre los especialistas acerca de los parámetros que determinan los límites del supuesto del retraso sensible. Quizás ello se deba a que esta es la manifestación dañosa menos frecuente en los casos de dumping (o la menos alegada por los industriales locales cuando menos), no solamente en nuestro país sino a nivel de todo el orbe.

Así, para Cabanellas el concepto común a todas las figuras de daño que hemos tenido oportunidad de apreciar es “(...) el de una actividad productiva que se desarrolla en el país. Sólo cabe aclarar respecto de este elemento que en el caso analizado dicha actividad no debe haberse iniciado a la fecha en que se inicie la investigación, pues en caso contrario las figuras relevantes del daño serán las incluidas en (...)”³⁰ los supuestos de daño o amenaza de daño, más ya no en el de retraso sensible.

De forma coincidente con lo mencionado en el párrafo precedente, Ortiz Herrán opina que “Al hablarse de retraso sensible se está haciendo referencia a una producción nacional que aún no se ha iniciado, futura, pero que está en montaje y que se ve afectada por el dumping”³¹.

Esto es así por cuanto, para los referidos autores, el mencionado retraso comprende tan sólo a los proyectos de creación de industria nacional, más no en cambio a las empresas nativas efectivamente constituidas y operativas que podrán estar involucradas, en todo caso, dentro de los alcances del daño o de la amenaza de daño. Para este sector de la doctrina, el concepto del retraso sensible se circunscribe únicamente entonces a casos en que la industria local no ha iniciado aún la producción, abarcando en cambio a aquellos otros supuestos en que los empresarios han ejecutado una serie de actos previos necesarios tendientes a la gestación y próxima puesta en marcha del negocio.

En contradicción a esta postura, podemos encontrar que existen otras percepciones acerca de los alcances de la figura del retraso sensible. Así, de acuerdo a una jurisprudencia de procedencia norteamericana referida por Ortiz Herrán³² acerca del retraso sensible³³ “Esta modalidad de perjuicio no es común, pero se ha dado por ejemplo en el caso del bacalao seco (*dried salted cod fish*) procedente de Canadá, en donde la Comisión del

²⁹ CABANELLAS, Guillermo. Op. cit. p. 91.

³⁰ CABANELLAS, Guillermo. Op. cit. p. 174.

³¹ ORTIZ HERRAN, Mario. “Mecanismo Antidumping: Reglamentación y Prácticas”. Santa Fe de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 1994. p. 197.

³² Conforme ya adelantamos, sin embargo, más allá de hacer alusión a esta jurisprudencia, Ortiz Herrán maneja el concepto de que el retraso sensible solamente aplica para supuestos de industrias proyectadas que aún no desarrollan operaciones.

³³ ORTIZ HERRAN, Mario. Op. cit. pp.197-198.

Comercio Internacional delimitó la utilización de esta figura en los siguientes términos: (i) la aplicación del sistema de retraso material no está limitada a industrias que aún no han empezado la producción, sino que se extiende también a nuevos medios que han iniciado producción, pero que todavía no han estabilizado sus operaciones; (ii) porque el intento de establecer una nueva industria es inherentemente único, la determinación de cuando el establecimiento de una industria está materialmente retrasado debe hacerse sobre una base caso por caso; y (iii) en casos en los cuales haya una empresa que aún no ha empezado la producción, debe haber indicios suficientes de que la industria ha hecho un compromiso sustancial para comenzar la producción”.

En el análisis del citado caso del bacalao canadiense se consideró que el retraso importante no comprendía solamente a las industrias próximas a comenzar operaciones, sino que se extendía también a aquellas otras que encontrándose ya ejecutando el proceso productivo, no habían logrado alcanzar aún una situación estable en cuanto a niveles de participación en el mercado del producto específico.

Nos adherimos a esta última forma de entender la figura del retraso sensible, por cuanto creemos que la realidad de la industria local que empieza a producir es muy distinta a la de aquella otra que encontrándose ya situada en el mercado, es desplazada del mismo y ve reducida su participación, en razón de la práctica de dumping incurrida por el exportador (supuesto en el que, lo que se presenta es un daño material o efectivo). En cambio, cuando se trata la problemática del retraso importante, la distorsión que se enfrenta es una de naturaleza tan severa que lo que genera la práctica del dumping es la imposibilidad de que la industria nacional incursione en un nuevo mercado en el que no ha tenido participación previa, bloqueándole el acceso al mismo; justamente lo que se busca a través de la intervención de las autoridades en esos casos, es corregir mediante el establecimiento de derechos antidumping, la obstrucción a la intervención

de empresas locales en nuevos rubros, permitiendo más bien que éstas ingresen al mercado en condiciones de leal competencia con los operadores extranjeros.

Esa parece ser, por demás, la posición asumida también por la Comunidad Andina en la Decisión 456, único entre los cuerpos normativos de lucha antidumping comentado a través del presente artículo, que contiene expresiones indicativas acerca de los alcances de la figura del retraso importante³⁴. En el artículo 23 de la referida norma se señala lo siguiente:

“Para la determinación de la existencia de un retraso importante en la creación de una producción nacional, se deberá evaluar el potencial de producción nacional para el momento en que comenzaron o se hicieron inminentes las importaciones supuestamente objeto de dumping, a fin de establecer si tales importaciones tuvieron un efecto negativo en lo que debió haber sido el desarrollo de ese potencial. A tal efecto, se deberán considerar, entre otros, los siguientes factores:

- a) Proyecciones de resultados frente al resultado real;
- b) La utilización de la capacidad productiva;
- c) El estado de los pedidos y las entregas;
- d) La situación financiera; y
- e) Cualquier otro factor relevante.”

Conforme plantea la norma andina, cuando se enfrenta un caso de dumping en el que lo que se pretende corregir es el retraso sensible en la creación de una Rama de la Producción Nacional, entre los aspectos que se analizan se encuentran los resultados reales obtenidos por la industria local, el uso de la capacidad productiva por parte de dicha industria, así como el estado de sus pedidos y entregas, aspectos que en su totalidad se refieren indudablemente a empresas que ya vienen desarrollando operaciones (pues no sería posible evaluar esos elementos en una empresa que se encuentra tan sólo en situación de proyecto). Por tanto, cuando menos en el ámbito de la Comunidad Andina, la normativa antidumping nos lleva indefectiblemente a concluir que el retraso

³⁴ A diferencia de lo que sucede con el Acuerdo Antidumping y con la reglamentación nacional peruana, ambos sumamente escuetos en lo que a este tema concierne.

sensible se puede presentar no solamente en industrias proyectadas sino también en aquellas otras que han empezado a operar en un nuevo segmento de mercado sin lograr alcanzar aún un posicionamiento en el mismo.

No obstante ello, la imprecisión que existe en la mayoría de normas respecto de los alcances del concepto de retraso sensible, permite que se presenten interpretaciones significativamente divergentes, lo que origina que las autoridades actúen con un mayor margen de discrecionalidad, circunstancia que a su vez incide en reducir la predictibilidad de las decisiones que se adoptarán al fiscalizar casos de prácticas nocivas de dumping en el comercio internacional. Ello ocurrió por ejemplo en el caso de la imposición por parte de Corea del Sur de derechos antidumping a las importaciones de resinas poliacetálicas procedentes de los Estados Unidos de América y del Japón³⁵, que vamos a comentar a continuación.

En 1988, el mercado coreano de las resinas poliacetálicas se abastecía exclusivamente mediante importaciones. La empresa Korea Engineering Plastics (denominada en adelante KEP) terminó de construir en septiembre de 1988 una planta para fabricar 10 000 toneladas anuales y comenzó a producir resinas poliacetálicas sobre todo para el mercado nacional. En un año aproximadamente, KEP incrementó su producción hasta casi la plena capacidad y su cuota del mercado nacional de resinas poliacetálicas pasó de menos del 1% en 1988 al 47,7% en 1989 y al 60,8% en el primer trimestre de 1990. A su vez, la cuota de las importaciones en el mercado coreano del mismo producto sufrió una disminución consiguiente y la de las importaciones provenientes de las compañías objeto de la investigación antidumping pasó del 60% aproximadamente en 1988 a alrededor de un tercio en 1989 y posteriormente a una

quinta parte en el primer trimestre de 1990. En este período los precios de las resinas poliacetálicas importadas y de producción nacional disminuyeron en el mercado coreano. En junio de 1990, KEP construyó otra planta de una capacidad de producción anual de 10 000 toneladas y aumentó así a 20 000 toneladas su capacidad de producción total anual.

El 8 de mayo de 1990, KEP presentó una solicitud de investigación antidumping contra dos productores de los Estados Unidos³⁶ y un productor del Japón³⁷, aduciendo que éstos exportaban a Corea del Sur resinas poliacetálicas a un valor inferior al normal y causaban daño importante a la producción nacional. La Comisión de Comercio de Corea determinó que las importaciones objeto de dumping de resinas poliacetálicas investigadas, habían causado daño importante a la producción nacional en el sentido del artículo 10-1 de la Ley de Aduanas de Corea del Sur³⁸. Atendiendo a ello, en enero de 1992, los Estados Unidos solicitaron el establecimiento de un Grupo Especial de conformidad con los términos del GATT, a fin de que evalúe la investigación antidumping efectuada por Corea del Sur.

Ante el referido Grupo Especial, la representación de los Estados Unidos manifestó que resultaba deficiente la imputación de retraso sensible a la industria nacional efectuada por las autoridades coreanas debido a que, parecía ilógico considerar a una empresa como si no fuese una rama de producción “establecida”, pese a que se había convertido en el único y principal productor y de que le correspondía la mayor parte de todas las ventas que se realizan en el mercado³⁹. Además, Estados Unidos adujo que la conclusión referida a que no se había establecido la producción nacional solamente proporcionaba una indicación mínima de que el retraso sensible constituía

³⁵ Las referencias sobre este procedimiento han sido obtenidas del documento denominado ADP/92 obrante en la página web de la Organización Mundial de Comercio. En: www.wto.

³⁶ Las citadas empresas son E.I. du Pont de Nemours, Inc. y Hoechst Celanese Corp.

³⁷ La referida empresa es Asahi Chemical Industry Co. Ltd.

³⁸ El texto de dicho artículo 10-1 de la Ley de Aduanas es el siguiente: “En los casos en que las importaciones de bienes extranjeros para la venta realizadas a un precio inferior al valor normal causen o amenacen causar un daño importante a una producción nacional o **retrasen sensiblemente la creación de una producción nacional** (denominados en adelante en el presente artículo “daño importante, etc.”) podrá imponerse un derecho si se considera necesario para proteger la producción de que se trate ...” [El énfasis es nuestro].

³⁹ Esto de acuerdo a los indicadores de producción de resinas poliacetálicas en Corea del Sur durante los años 1989 y 1990 antes comentados, en los que se aprecia un crecimiento en la participación de la empresa coreana KEP.

el criterio adecuado, en lugar de la existencia de daño actual o amenaza. En opinión de Estados Unidos, la Comisión de Comercio de Corea debió constatar también que la rama de producción se encontraba retrasada o frenada, y que las importaciones habían sido la causa de esa situación, para poder sostener la hipótesis del retraso sensible.

Respondiendo a tales cuestionamientos, Corea del Sur dijo que el artículo VI del GATT no decía nada con respecto a las circunstancias que justificaban una conclusión positiva de que la producción nacional había sufrido un retraso sensible. En consecuencia, las autoridades investigadoras poseían necesariamente facultades discrecionales administrativas sumamente amplias, que el Grupo Especial debía procurar especialmente no contradecir. Adicionalmente, Corea del Sur mencionó que la misma novedad de la empresa significaba que KEP no se había “establecido” en el verdadero sentido del término, y que los deficientes resultados financieros que había obtenido en sus primeros dos años indicaban que la Comisión de Comercio de Corea podía fácilmente llegar a la conclusión de que la viabilidad competitiva de KEP, así como su capacidad para sobrevivir a pesar de un dumping considerable, no habían sido demostradas. Esto es, de acuerdo a su evaluación, se había constatado que KEP aún no había llegado al nivel de “operaciones estables”, es decir, a un umbral de rentabilidad razonable, encontrándose por tanto amenazado el surgimiento de la industria nacional coreana⁴⁰. De igual modo, según el parecer de las autoridades coreanas, también respaldaba la conclusión de que la empresa aún no se había establecido, la circunstancia de que KEP era un nuevo productor con

escasos antecedentes operativos y que elaboraba solamente un producto, razón por la cual dependía exclusivamente de él para la obtención de ingresos y beneficios.

Luego de evaluar los argumentos de los representantes estadounidenses y coreanos, el Grupo Especial observó que, según el análisis de rentabilidad hecho por la autoridad coreana, parecía posible llegar a una conclusión de existencia de retraso sensible en la creación de una producción siempre que una industria ampliase su capacidad de producción del producto similar^{41 42}.

De acuerdo a lo señalado por el referido Grupo Especial, se estaría abriendo una tercera opción interpretativa respecto a los alcances del concepto de retraso importante a la industria local, puesto que, en adición a la tesis de que solamente aplicaría a empresas que se encuentran en calidad de proyecto aún inoperativo, y a aquella otra de acuerdo a la que el supuesto del retraso comprende además a las industrias en fase inicial de operación en nuevos rubros que no han alcanzado aún un nivel de estabilidad o solidez, se sumaría la opción de la industria que ya está operando pero que al buscar ampliar su línea productiva (“ensanchamiento de planta”) encuentra obstáculos para su mayor posicionamiento, posiblemente derivados del ingreso de productos similares extranjeros introducidos al país en condición de dumping.

En nuestra opinión, la alternativa de la ampliación de línea productiva afectada por una práctica de dumping, normalmente debería ser evaluada más bien bajo los supuestos de daño importante o amenaza

⁴⁰ En efecto, la Comisión de Comercio de Corea al adoptar su decisión el 24 de abril de 1991, había concluido que “(...) Aunque el volumen de las importaciones objeto de dumping ha disminuido en casi la mitad desde que la producción nacional inició sus operaciones, si las importaciones objeto de dumping siguen haciendo bajar el precio interno será imposible que la producción nacional logre unos beneficios razonables y, por consiguiente, la producción nacional seguirá sufriendo un empeoramiento de sus condiciones financieras”. Asimismo, la Comisión de Comercio de Corea señaló que si bien la participación en el mercado y la tasa de utilización de la capacidad de KEP tendían a indicar que la empresa ya estaba establecida, la situación financiera de la misma revelaba que no podía “considerarse que verdaderamente había alcanzado una fase segura”.

⁴¹ La alusión es a la ampliación de capacidad operativa de la empresa KEP en atención al “ensanchamiento” de su línea de producción de resina poliacetálica de 10 000 a 20 000 toneladas anuales.

⁴² Sin embargo, es menester acotar que, el Grupo Especial no abordó de forma categórica la cuestión de si en el caso concreto se había presentado un retraso sensible en la creación de una Rama de la Producción Nacional, debido a que advirtió que las autoridades coreanas habían incurrido en un defecto de trámite, dado que existía una discrepancia entre el marco temporal utilizado para el examen de los beneficios y las existencias y el marco de tiempo considerado para el examen del volumen de las importaciones objeto de investigación y los efectos de esas importaciones en los precios.

de daño importante, según se presenten las circunstancias. Como ya hemos referido en el presente artículo, consideramos que lo que se debe evaluar en el supuesto del retraso sensible, es el impedimento para que la industria local logre alcanzar una posición mínima competitiva, supuesto que difiere del que ha sugerido el Grupo Especial (en el caso concreto de las resinas poliactéticas de Corea del Sur se mencionaba que se había producido una reducción de precios a causa del dumping generado por las importaciones japonesas y norteamericanas, lo que sería más bien una señal de una afectación a un negocio ya en marcha y con cierto nivel de estabilidad).

Como efecto de lo analizado en el presente apartado, consideramos que no debe soslayarse la importancia de definir en el corto plazo, de manera uniforme a nivel internacional y sobre la base de algún instrumento normativo supranacional impulsado por la Organización Mundial de Comercio - OMC, cuales son los alcances y límites de la figura jurídica del retraso sensible, de modo que, existan reglas más claras y accesibles en ese rubro para los agentes intervinientes en operaciones de comercio internacional.

Tal como habíamos adelantado, en la experiencia internacional no son muchos los

casos de dumping en que se haya alegado e identificado el perjuicio a la industria nacional en la modalidad de retraso sensible. No obstante ello, en el Perú, en época relativamente reciente se ha tramitado un procedimiento respecto a dicha materia, que comentamos a continuación. Se trata del caso seguido ante INDECOPI relativo al pedido planteado en el mes de marzo de 2009 por la empresa productora nacional Industrias del Espino S.A. (en adelante, Industrias del Espino) para la aplicación de derechos antidumping sobre las importaciones de biodiesel⁴³ originario de los Estados Unidos de América⁴⁴.

Al evaluar el daño, INDECOPI refirió que "(...) la industria nacional recién inició su producción en los últimos meses de 2008. En ese sentido, **el daño que en este caso refiere registrar la industria local califica dentro del supuesto de retraso importante en la creación de la Rama de Producción Nacional** previsto en el Acuerdo Anti dumping, **debido a que el inicio de las actividades productivas de la industria nacional de biodiesel ha coincidido con el ingreso de las importaciones de biodiesel estadounidense a precios dumping, no existiendo un período de análisis previo respecto del cual se pueda realizar una comparación** con la situación verificada en la Rama de Producción Nacional" [El énfasis es nuestro].

⁴³ El biodiesel es un combustible líquido que se obtiene de fuentes lípidas naturales, mediante el procesamiento de aceites vegetales o grasas animales, que puede cumplir un rol sustituto respecto del diesel obtenido del petróleo.

Si bien existen antecedentes de la existencia del biodiesel desde la segunda mitad del siglo XIX, éste no fue desarrollado de forma amplia debido al predominio de la industria del petróleo y sus derivados. Sin embargo, desde 1990 en adelante, se retomó el interés de la industria por este producto, abriéndose muchas plantas procesadoras de biodiesel en países diversos de Europas (Alemania, Suecia, República Checa); Asimismo, en la citada década de los 90's, los grandes fabricantes de autos franceses (Renault y Peugeot) certificaron los motores de sus vehículos para que trabajen parcialmente con biodiesel.

En el Perú, en el año 2003, se promulgó la Ley 28054 –Ley de Promoción del Mercado de Biocombustibles–, a fin de "diversificar el mercado de combustibles, fomentar el desarrollo agropecuario y agroindustrial, generar empleo, disminuir la contaminación ambiental y ofrecer un mercado alternativo en la Lucha contra las Drogas". Posteriormente, en el año 2007 se aprobó el Decreto Supremo 021-2007-EM –Reglamento para la Comercialización de Biocombustibles–, a través del que se estableció la obligatoriedad de que el diesel que se venda en el mercado nacional cuente necesariamente con un porcentaje (definido en la citada norma) de biodiesel en su composición.

Es en atención a las características del contexto internacional y a los estímulos normativos referidos en los párrafos precedentes, que en los últimos años se generó el espacio para el surgimiento de una nueva industria antes inexistente en el Perú, como es precisamente la del biodiesel (en la que incursionó la empresa nacional Industrias del Espino S.A., denunciante en el caso bajo comentario sobre práctica de dumping y retraso sensible a la Rama de la Producción Nacional).

⁴⁴ El expediente fue tramitado por la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios bajo Expediente 034-2009-CFD, habiéndose resuelto el caso en primera instancia mediante Resolución 116-2010/CFD-INDECOPI de fecha 22 de junio de 2010, la cual fue confirmada por el Tribunal de INDECOPI mediante Resolución 1672-2011/SC1-INDECOPI de fecha 26 de octubre de 2011.

Adicionalmente, INDECOPI agregó que “Atendiendo a lo expuesto, y con la finalidad de determinar si la Rama de Producción Nacional está sufriendo un retraso importante en su creación, se ha evaluado en qué medida la industria nacional de biodiesel tiene un potencial de desarrollo que podría verse afectado por el ingreso de importaciones de biodiesel estadounidense a precios dumping. Adicionalmente (...) se ha analizado el volumen de las importaciones objeto de dumping y el efecto de éstas sobre los precios internos, así como la consiguiente repercusión de tales importaciones sobre la situación de la Rama de Producción Nacional, para lo cual se ha analizado la evolución de los principales indicadores económicos de la rama durante el período de análisis”.

Al emitir su pronunciamiento, INDECOPI efectuó un reconocimiento expreso acerca de la inexistencia de normas propias para el tratamiento del tema del retraso sensible, en la medida que conforme dicha entidad indicó, para emitir su resolución tomó como referencia al ya antes comentado artículo 23 de la Decisión 456 de la Comunidad Andina de Naciones⁴⁵ y a una publicación⁴⁶ de la OMC.

En el caso bajo comentario, INDECOPI identificó que:

- El nivel de producción registrado por las empresas⁴⁷ de la Rama de la Producción Nacional (7 563 toneladas de biodiesel) había sido significativamente reducido en relación con la demanda nacional de biodiesel (aproximadamente 39 mil toneladas).
- Las empresas que integran la Rama de la Producción Nacional registraron una tasa de utilización de la capacidad instalada de apenas 5% en promedio, habiendo tenido, incluso, que paralizar

su producción entre los meses de febrero y abril de 2009 como consecuencia del incremento del nivel de inventarios (acumulación de existencias o “stock”).

- Pese a contar con una capacidad de producción que le habría permitido abastecer la demanda total de biodiesel, la Rama de la Producción Nacional apenas alcanzó una participación de 16.3% en el mercado interno, mientras que el 83.7% restante fue captado por las importaciones, principalmente aquéllas originarias de los EE.UU. Debido a ello, la industria nacional mantuvo un alto nivel de inventarios.
- La Rama de la Producción Nacional realizó sus ventas a un precio promedio (US\$ 961 por tonelada) inferior al costo promedio de producción (US\$ 1 217 por tonelada), lo que generó que la misma registrara un margen de utilidad negativo de 27% (US\$ 256 por tonelada).
- Las empresas de la industria nacional enfrentan una situación financiera desfavorable, que se refleja en un alto nivel de endeudamiento y una reducida capacidad para afrontar el pago de las deudas contraídas para la puesta en marcha del negocio de biodiesel.

Atendiendo a todo ello, INDECOPI concluyó acertadamente que la Rama de la Producción Nacional había experimentado un daño importante por retraso en su creación y desarrollo. Por ese motivo impuso derechos antidumping definitivos⁴⁸ “(...) a fin de evitar que las importaciones de biodiesel originario de los EE.UU. a precios dumping sigan causando un daño importante a la naciente industria nacional de biodiesel, impidiendo su consolidación y desarrollo”.

⁴⁵ Disposición que resulta solamente de aplicación para conflictos entre agentes de países integrantes de los países que conforman dicho acuerdo, no así para casos de discrepancia entre el Perú y terceros países, como sucedió en el asunto del biodiesel en que el otro país involucrado fue los Estados Unidos de América

⁴⁶ El libro en mención se titula “A Handbook on Antidumping Investigations”, cuyos autores son Judith Czako, Johann Human y Jorge Miranda.

⁴⁷ Durante la investigación se determinó que, además de la solicitante Industrias del Espino, también componía la rama de productores nacionales la empresa Heaven Petroleum Operator S.A.

⁴⁸ Los derechos antidumping impuestos a las importaciones estadounidenses de biodiesel fueron del orden de US\$ 212 por tonelada.

Como se puede apreciar, el criterio que ha seguido INDECOPI en su experiencia reciente en temas de dumping, ha sido el de considerar que el retraso sensible como supuesto de daño no comprende solamente a las industrias próximas a comenzar operaciones, sino que se extiende también a aquellas otras que encontrándose ya en operación, no han alcanzado aún una situación estable en cuanto a niveles de participación en el mercado.

V. CONCLUSIONES

- La práctica del dumping, en razón de la que un producto extranjero ingresa al mercado local a un precio inferior a su valor normal, será reprimible por parte de las autoridades nacionales competentes en la materia, siempre que dicha actuación comercial genere daño a la industria nacional. De verificarse luego de un proceso de investigación (y considerando las excepciones expuestas en el presente artículo), la existencia de dumping y de daño, así como la relación causal de aquél respecto a éste, las autoridades podrán adoptar medidas correctivas a través de la imposición de derechos antidumping a los productos extranjeros, lo que implica que los bienes importados ingresarán al país a un precio de exportación reconstruido (suma del importe de los derechos antidumping y del precio de exportación inicial que generaba la práctica del dumping), de modo tal que se neutraliza la práctica de dumping en que estuvo incurriendo el exportador.
- Para poder reprimir una práctica de dumping resulta indispensable que se identifique y evalúe el elemento del daño a la industria nacional. La investigación relativa al daño se orienta a indagar como es que la reducción de precios de la mercancía extranjera, constitutiva del dumping, afecta la actividad productiva local. De acuerdo a los principales instrumentos normativos nacionales e internacionales, el daño tiene 3 posibles manifestaciones: (i) Daño importante causado a una Rama de la Producción Nacional; (ii) Una amenaza de daño importante a la citada Rama; y, (iii) Un retraso importante o sensible

en la creación de la Rama de la Producción Nacional.

- Cuando se evalúa el daño que la práctica de dumping puede estar causando a la Rama de la Producción Nacional, necesariamente se constatará si se ha afectado o frenado la posición competitiva de los industriales nacionales que operan en el mercado del producto específico, a cuyo fin se prestará atención a los elementos esenciales que permiten determinar la existencia del daño: (i) El volumen de las importaciones objeto de dumping (si se ha incrementado o no) y (ii) El efecto de éstas en los precios de productos similares en el mercado interno y se analizará la repercusión de esas importaciones sobre los productores nacionales (en especial si la consecuencia fue que los productos de éstos bajen de precio o no puedan incrementarse en todo caso). Adicionalmente, otro factor determinante para establecer la existencia del daño es el concerniente a si el crecimiento de las importaciones objeto de dumping ha provocado un deterioro en los principales indicadores de la industria nacional, tales como la caída en las ventas, de la producción, una disminución en la utilización de la capacidad de producción instalada, efectos negativos en el flujo de caja, del crecimiento, de la capacidad de reunir capital o inversión, del nivel de empleo y de las utilidades.
- Sin perjuicio de lo señalado en la conclusión anterior, las autoridades deberán examinar rigurosamente además, otros factores de los que tengan conocimiento, distintos de las importaciones objeto de dumping (caso del volumen y los precios de las importaciones no vendidas a precios de dumping, la contracción de la demanda, variaciones de la estructura del consumo, la evolución de la tecnología y la productividad de la industria nacional), que al mismo tiempo pudiesen perjudicar a la Rama de la Producción Nacional, de modo que, de identificarse daños causados por esos otros factores, no se deberá de atribuir entonces responsabilidades

a los importadores de mercadería objeto de dumping, ni se deberán fijar por tanto en tal caso derechos antidumping.

- Un elemento que no es tratado por la normativa nacional ni internacional, es el relativo al factor atributivo de responsabilidad de las acciones o decisiones del exportador que incurre en la práctica de dumping, en el sentido de si se debe emplear en el análisis de las autoridades investigadoras un criterio objetivo (la actividad es riesgosa y punible por si misma) o el factor subjetivo basado en el dolo (consciencia y voluntad) del exportador. De acuerdo a la práctica uniforme que hemos advertido en la jurisprudencia de diversos países, incluido el Perú, el dumping y sus efectos de perjuicio a la industria local son evaluados de acuerdo a un factor totalmente objetivo.
- La amenaza de daño es entendida como la probabilidad predominante de que las importaciones investigadas materia de dumping tendrán como efecto la generación futura de un daño a la Rama de la Producción Nacional, perjuicio que a la fecha de evaluación de las prácticas comerciales no se ha concretado, pero cuya inminencia es altamente previsible, razón que justificará la intervención anticipada de las autoridades. No obstante ello, hay que tener presente que, el rigor probatorio y de análisis requerido para los supuestos de amenaza de daño, resulta mayor al que se utiliza para aquellos otros casos en que lo que se evalúa es el daño ya efectivamente materializado, dado que en el supuesto de la amenaza, lo que se presenta es un análisis prospectivo acerca de las probabilidades de que el perjuicio a la industria local se concrete, lo que ciertamente tiene un contenido con cierto margen de incertidumbre respecto a su ulterior concreción como afectación nociva a la Rama de la Producción Nacional.
- Es totalmente factible que en una misma investigación de prácticas de dumping, se evalúe la presencia de

más de una manifestación de daño y que incluso, la conclusión respecto a cada una de ellas sea divergente. Así, en la experiencia internacional, se han visto casos en que se ha descartado la ocurrencia de un daño importante a la industria nacional, y en cambio, se ha advertido la existencia de una amenaza de daño a la Rama de la Producción Nacional.

- En nuestra opinión, debería plantearse la posibilidad de establecer una metodología particular para los casos en que se establezcan derechos antidumping sustentados en una amenaza de daño a la Rama de la Producción Nacional, de modo que tales derechos no tengan una naturaleza "definitiva" sino que puedan revisarse con mayor flexibilidad y rapidez, cuando se advierta que no se ha concretado uno o más de los elementos que sustentaron la predicción que condujo a inferir que se produciría una amenaza de perjuicio a la industria nacional, sin tener que esperar a que transcurra el período de un año que exige la normativa vigente, sin excepción, para todos los supuestos de daño. Caso contrario, podría suceder que, aun a sabiendas que el análisis que llevó a la conclusión de que se produciría una amenaza de daño ha fallado (por no verificarse en tiempo ulterior que se hayan concretado algunas de las premisas que llevaron a predecir tal peligro), se continúe aplicando los derechos antidumping, lo que finalmente podría terminar generando una afectación a los agentes exportadores del producto extranjero, por indebida aplicación de los citados derechos a su mercadería.
- El supuesto del retraso sensible o importante como efecto dañoso de la práctica de dumping, se refiere a aquellos casos en que la importación de un producto específico por debajo de su valor normal, afecta el potencial de desarrollo de la industria nacional que de forma inicial ha incursionado en un mercado nuevo (el de la fabricación del producto materia de dumping), antes inédito en el territorio nacional. La investigación en contra de

las importaciones objeto de dumping tiene por finalidad asegurar que la nueva Rama de la Producción Nacional se establezca adecuadamente y pueda operar en condiciones normales.

- Existen posturas discordantes respecto a los alcances que deben entenderse comprendidos dentro del concepto de retraso sensible a la Rama de la Producción Nacional. Así, para algunos especialistas, el retraso importante se circunscribe únicamente a casos en que la industria local no ha iniciado aún la producción, abarcando por ende solamente aquellos supuestos en que los empresarios han ejecutado una serie de actos preparatorios tendientes a la creación y próxima puesta en marcha del negocio. Otra postura en cambio, con la que nosotros coincidimos (y que ha sido acogida también en la reciente y escasa experiencia jurisprudencial nacional

acerca del tema específico), entiende que la figura del retraso sensible no comprende solamente a las industrias próximas a comenzar operaciones, sino que se extiende también a aquellas otras que encontrándose ya ejecutando el proceso productivo (probablemente en el período inicial de incursión al correspondiente negocio), no han alcanzado aún estabilidad en el mercado del respectivo producto. Urge por tanto que se defina, de manera uniforme a nivel internacional y sobre la base de algún instrumento normativo supranacional impulsado por la Organización Mundial de Comercio, o cuando menos en la normativa reglamentaria nacional, cuales son los alcances y límites de la figura jurídica del retraso sensible, de modo que, existan reglas más claras y predecibles en ese rubro para los agentes intervinientes en operaciones de comercio internacional.