

LAS PRÁCTICAS DESLEALES EN ESTADOS UNIDOS, CANADÁ Y MÉXICO

Jorge WITKER

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Panorama jurídico en los tres países.* III. *La estructura administrativa en los tres países.* IV. *Las partes interesadas en los tres países para iniciar el procedimiento.* V. *Subvenciones o subsidios.* VI. *Subvenciones "Upstream" o indirectas.* VII. *Programas regionales.* IX. *Derechos compensatorios, derechos anti-dumping y cuotas compensatorias.* X. *Daño material. Prueba del daño.* XI. *El sistema del tratado bilateral Canadá-Estados Unidos.* XII. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, debo reconocer que el concepto de "prácticas desleales" es muy amplio, pues comprende un conjunto de comportamientos mercantiles, privados y públicos, que se realizan para deformar mercados que tienen por objeto dar competitividad artificial a productos y servicios en mercados externos que dañan y perjudican a productores de bienes idénticos o similares. El uso de marcas paralelas, la subfacturación o sobrefacturación, las transacciones cautivas entre empresas vinculadas (transnacionales), conforman algunas de dichas prácticas. Sin embargo, la presente ponencia está

referida exclusivamente al *dumping* y a las subvenciones, figuras éstas que han logrado un importante desarrollo a nivel de derecho del comercio internacional.

Como sabemos, el *dumping* es una práctica que realizan las empresas privadas, y que opera cuando se vende un producto en un mercado extranjero a un precio más bajo que el establecido en el mercado del país que lo fabrica. Esta discriminación de precios debe ir aparejada de un aumento significativo de las importaciones en el país afectado, importaciones que bajo un nexo de causalidad dañan, perjudican o amenazan de daño a los productores nacionales de mercancías idénticas o similares.

Por su parte, las subvenciones o subsidios son prácticas ejercitadas por los Estados y gobiernos, a través de las cuales otorgan apoyos fiscales, financieros, cambiarios, crediticios, etcétera, a productos de exportación, que pueden venderse en los mercados externos a precios deprimidos, ventas éstas que pueden además perjudicar, dañar o amenazar a productores del extranjero de bienes idénticos o similares.

Para combatir el *dumping* hay un mecanismo defensivo, que los afectados pueden exigir a sus respectivos gobiernos, y que responde al nombre técnico de “derecho arancelario *antidumping*”.

En cambio, para las subvenciones y subsidios se contemplan mecanismos sancionadores parecidos que se denominan “derechos arancelarios compensatorios”, los cuales cumplen la función de equiparar los precios para así establecer una competencia leal entre exportadores y productores nacionales.

Es pertinente señalar que tanto la práctica del *dumping* como la práctica de la subvención, pueden presentarse en

una doble vertiente. Esto es, que algunos productos mexicanos sean acusados en Estados Unidos o en Canadá de *dumping* o subvención. A su vez, otros productos estadounidenses o canadienses pueden ser acusados en México de estar importándose bajo precios desleales.

En este contexto, observamos que hay tres legislaciones que en sus propios mercados regulan estas prácticas, y que la respectiva autoridad nacional aplica esa legislación con criterios subjetivos no necesariamente transparentes y neutrales.

Antes de hacer una descripción sumaria de estas legislaciones, convendría mencionar los esfuerzos que a nivel internacional ha desarrollado el GATT en la materia. En efecto, un Código *Antidumping* acordado en la Ronda de Tokio del GATT, regula la práctica del *dumping*, y los tres países del futuro Tratado Trilateral de Libre Comercio lo han suscrito, de tal suerte que este marco normativo debiera, en general, servir para neutralizar en parte las inclinaciones nacionalistas que naturalmente se den en este tipo de controversias.

En materia de subvenciones o subsidios, existe otro instrumento denominado Código de Subvenciones y Derechos Compensatorios, que a la fecha ha sido suscrito por Canadá y Estados Unidos. México, pese a su compromiso de suscribirlo en el protocolo de adhesión al GATT de 1986, no lo ha hecho, por lo que ha manejado el problema de las subvenciones o subsidios a través de un acuerdo sobre prueba de daño, con carácter bilateral, que rige con los Estados Unidos de América. Esta omisión, creemos, debe salvarse a la brevedad posible, como lo ha hecho ya Canadá, dado que el Código ofrece mayores posibilidades en materia de sub-

sidios regionales que el acuerdo vigente con Estados Unidos.

Pese a lo anterior, la regulación de las prácticas desleales sigue dependiendo en una alta proporción de las legislaciones internas sobre la materia en cuestión, el actual Tratado Bilateral Canadá-Estados Unidos lo enfrenta a través de su capítulo 19, el cual será desarrollado con mayor competencia que el autor por la doctora Debra Steger.

II. PANORAMA JURÍDICO EN LOS TRES PAÍSES

El tema de las prácticas desleales en la legislación norteamericana nos remite, en primer término, a la Ley de Tarifas de 1930, que fue actualizada en su título VII, por la Ley de Acuerdos Comerciales Multilaterales de 1979, que incorpora los Códigos de Conducta del GATT antes mencionados. Posteriormente, la Ley de Aranceles y Tarifas de 1984 incorporó nuevas modificaciones a este sistema jurídico; finalmente, se introdujeron normas secundarias en la Ley de 1988, conocida como *Omnibus Trade*. En esta panorámica, tampoco podemos omitir la Ley *Antidumping* de 1921, que en esta específica materia es reproducida en la sección 731 de la mencionada Ley de Tarifas de 1930.

En lo que a Canadá corresponde, su panorama legislativo es más definido, pues sólo la Ley de Medidas Especiales a la Importación de 1984, conocida por sus siglas en inglés SIMA (Special Import Measures Act), regula totalmente las prácticas desleales. Esta ley reglamenta tanto el *dumping* como las subvenciones, y en general podemos afirmar que sigue muy de cerca la normativa de los códigos del GATT en la materia.

En México nuestra panorámica legislativa es formalmente simple, pues también el *dumping* y las subvenciones

están regulados en la Ley de Comercio Exterior de enero de 1987, en su Reglamento sobre Prácticas Desleales de Comercio Internacional de noviembre de 1987, complementados con el Código *Antidumping* que, bajo jerarquía de un tratado internacional, constituye ley positiva mexicana.

De las tres legislaciones antes descritas, la que ofrece más problemas de transparencia y claridad es la norteamericana, que además de presentarse en forma dispersa, sus reformas sucesivas le han ido imprimiendo evidentes rasgos proteccionistas.

III. LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA EN LOS TRES PAÍSES

En Estados Unidos, con la Ley de Acuerdos Comerciales Multilaterales de 1979, se sustrajo la autoridad del Departamento del Tesoro para entregar la competencia a dos distintas agencias administrativas.

Por una parte, la Agencia Internacional de Comercio (ITA), dependiente del Departamento de Comercio, tiene a su cargo la evaluación y determinación de la existencia de *dumping* (comprar los precios de los productos que se importan a la Unión Americana) y la subvención o subsidio, identificando su existencia y evaluando la cuantía de los apoyos de gobiernos extranjeros a productos que se importan a los Estados Unidos.

Por su parte, la Comisión Internacional de Comercio (ITC) es la otra agencia que tiene a su cargo evaluar y determinar el daño o perjuicio que dichas importaciones desleales puedan ocasionar a los productores norteamericanos.

En cuanto a Canadá, el *Deputy Minister* tiene a su cargo la identificación y determinación del *dumping* y la subvención, mientras el Tribunal Canadiense de Comercio Internacional determina el daño material que dichas importaciones ocasionan en los productores de bienes idénticos o similares.

Por lo que hace a México, el sistema administrativo concentra todas las competencias en la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI), dependencia ejecutiva que evalúa el *dumping* y las subvenciones, así como el daño o amenaza de daño. Se agrega un organismo intersecretarial denominado Comisión de Aranceles y Controles al Comercio Exterior, que participa en forma muy suplementaria al momento de fijar una cuota compensatoria definitiva a las importaciones desleales.

De estas estructuras administrativas se pueden desprender algunas reflexiones. La división de funciones existente tanto en Estados Unidos como en Canadá, hace más objetiva la tarea de la autoridad administrativa, puesto que dos cuerpos técnicos independientes analizan y deciden las dos hipótesis que se presentan tanto en el *dumping* como en la subvención. Incluso en la determinación del daño o amenaza de daño, la ITC estadounidense recibe las opiniones de congresistas, sindicatos y otros interesados en el problema en controversia. Por su parte, el tribunal de comercio canadiense en su competencia evaluatoria del daño tiene autonomía reglamentaria y estatutaria para funcionar de manera independiente de la autoridad administrativa. En cambio, la centralización de SECOFI, en el derecho mexicano, ha mostrado ambigüedades, pues generalmente el destino de los productores mexicanos afectados por prácticas desleales extranjeras que-

da en manos de estructuras, que bajo presiones macroeconómicas actúan en forma un tanto lenta para los fines que se persiguen. En nuestro derecho mexicano, sólo la SECOFI es la que determina la suerte de una denuncia contra una práctica desleal de comercio.

IV. LAS PARTES INTERESADAS EN LOS TRES PAÍSES PARA INICIAR EL PROCEDIMIENTO

En Estados Unidos las partes interesadas pueden ser los productores, los comerciantes o distribuidores, los sindicatos involucrados y otros grupos sociales, como los ecologistas, pero sólo los productores representativos del sector están facultados para iniciar un procedimiento en contra de una práctica desleal.

En Canadá no existe restricción o requisito alguno para que productores, distribuidores, sindicatos, etcétera, puedan denunciar esas prácticas desleales, pues en realidad sólo se exige que tengan una mínima representatividad.

En México son parte interesada los productores que representan como mínimo el 25% de la producción nacional de los bienes afectados por importaciones desleales, dejándose también la capacidad procesal a las cámaras o asociaciones de productores. No hay otras partes legitimadas en forma expresa para iniciar el procedimiento en el derecho mexicano.

Sin embargo, como la ley contempla la posibilidad de que SECOFI actúe de oficio, nuestra opinión es que los sindicatos, las cooperativas y demás entes del sector social, pueden denunciar sin mayores requisitos.

En este contexto, creemos que es más amplio el derecho a accionar el procedimiento, en las legislaciones

canadiense y estadounidense, pues allí se les reconoce expresamente a los sindicatos una legitimidad procesal justificable, pues se trata de productores afectados por importaciones desleales, ya que los trabajadores son también productores.

V. SUBVENCIONES O SUBSIDIOS

En materia de subvenciones o subsidios, la legislación estadounidense no ofrece un concepto unívoco. Utiliza cuatro ejemplos para describir un subsidio:

- 1) Provisión de capital, préstamos y garantías fuera de los parámetros comerciales.
- 2) Provisión de bienes y servicios a precios preferenciales.
- 3) Concesión de recursos o condonación de deuda para cubrir pérdidas de operación para una industria específica.
- 4) La asunción de cualquier costo o gasto de manufactura, producción o distribución. A su vez, la ley remite a la lista de ejemplos anexos al Código del GATT de la materia.

Por su parte, Canadá, en la sección 2 de la SIMA, afirma que la subvención incluye cualquier beneficio comercial o financiero que se ha acumulado o que será acumulado, directa o indirectamente, a personas dedicadas a la producción, fabricación (manufactura), procesamiento, compra, distribución, transportación, venta exportación o importación de bienes, como resultado de cualquier esquema, programa, práctica o cosa hecha, preveída o implementada por el gobierno de un país distinto del de Canadá, pero que no

incluye el monto de cualquier derecho aduanal o carga fiscal interna impuesta a bienes por el gobierno del país de origen o país de exportación del cual los bienes, debido a su exportación del país de exportación o país de origen, ha sido exenta o ha sido o será relevada por medio de reembolso.

Resumiendo lo anterior, la sección 2 (1) de la SIMA determina qué programas de gobierno serán sujetos de compensación por subsidio: aquellos que provean un beneficio comercial o financiero, que constituyan un costo al gobierno que proporciona el programa y que sean aplicables.

Los “bienes subvencionados” son definidos de la siguiente manera en la misma sección:

- a) Bienes respecto de la producción, fabricación (manufactura), procesamiento, compra, distribución, transportación, venta, exportación o importación de la cual una subvención ha sido o será pagada, otorgada, autorizada o de otro modo proveída, directa o indirectamente, por el gobierno de un país distinto del de Canadá, y
- b) Bienes de los cuales un gobierno, distinto del de Canadá, se deshace asumiendo la pérdida, e incluye cualesquiera bienes en los que, o en la producción, fabricación (manufactura), procesamiento, los bienes descritos en los párrafos a) y b) son incorporados, consumidos, usados o empleados de otra manera.

En cuanto a México, el monto de la subvención será el que SECOFI determine con motivo del beneficio re-

cibido y susceptible de ajustarse mediante las deducciones que la parte interesada solicite y justifique.

VI. SUBVENCIONES "UPSTREAM" O INDIRECTAS

Estados Unidos. Las subvenciones serán aquellas otorgadas a los insumos que confieran un beneficio competitivo y tengan un efecto significativo en el costo del producto final. El beneficio existirá si el productor pagó por el insumo un precio inferior al normal. El criterio del beneficio se aplica conforme al porcentaje de la subvención, y se basa en los siguientes supuestos: que sea de más del 5%, de menos del 1%, o del rango intermedio.

Canadá. La SIMA define de manera incompleta a estas subvenciones como los bienes subvencionados que son incorporados, consumidos, usados o empleados en otros bienes.

Tanto la ITA como el *Deputy Minister* están investidos de un poder extensivo de discreción al tratar un asunto relacionado con las subvenciones.

México. No se contemplan en la legislación.

VII. PROGRAMAS REGIONALES

Estados Unidos. Los programas regionales serán sujetos de derechos compensatorios si son preferenciales, esto es, si otorgan un beneficio preferencial a una industria o a una región geográfica. Los programas regionales que no violen *de facto* o *de iure* la regla de la disponibilidad general no serán sujetos de derechos compensatorios.

Canadá. La SIMA considera a los programas regionales como no dirigidos y los exceptúa de derechos compensa-

torios que beneficien a una región que por sus características geográficas o meteorológicas sea la única que podría beneficiarse de dicho programa.

La ITA y la CIT concuerdan en que los programas serán sujetos de derechos compensatorios si violan *de facto* o *de iure* la “regla de disponibilidad general”.

México. No contempla programas regionales.

VIII. DUMPING

Estados Unidos. La regla fundamental para determinar el *dumping* es la venta por un valor menor del justo. Este supuesto se lleva a cabo cuando el precio del producto en el mercado extranjero es superior al precio del producto similar en los Estados Unidos. En esta definición de *dumping* se establece una medida ultraproteccionista, ya que sustituye la figura internacional del “valor normal” por la del “precio en los Estados Unidos”. Sin embargo, lo que los estadounidenses llaman *dumping* técnico no es sujeto de derechos *antidumping* por no considerarse anticompetitivo ni injusto. A semejanza de las subvenciones, son aplicables algunos ajustes.

Canadá. Para determinar el *dumping*, el valor normal de los bienes ha de exceder el precio de exportación, siendo el margen del *dumping* la diferencia entre el valor normal y el precio de exportación.

México. Siguiendo la línea internacional, el *dumping* se determina como la importación de mercancías idénticas o similares a un precio inferior a su valor normal. El margen de *dumping* también será la diferencia entre el valor normal y el precio de importación.

IX. DERECHOS COMPENSATORIOS, DERECHOS ANTIDUMPING Y CUOTAS COMPENSATORIAS

Estados Unidos y Canadá. Los derechos compensatorios son una medida internacionalmente aceptada para contrarrestar el efecto dañino, perjudicial o nocivo que las importaciones subvencionadas hayan causado, causen o puedan causar a la producción nacional de bienes o productos similares. Los derechos compensatorios se imponen por una cantidad igual y no mayor a la subvención neta (Estados Unidos) o al monto de la subvención (Canadá). Los derechos *antidumping* tienen el mismo principio, pero éstos son aplicados al *dumping*, y son impuestos por una cantidad igual y no mayor al margen de *dumping*. Las propias investigaciones reciben sus nombres de estas figuras.

México. La cuota compensatoria es una figura netamente mexicana y que opera como una medida de regulación o restricción a productos importados en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional. Parecería que el legislador mexicano aplicó la simplificación administrativa para obtener una figura al dos por uno, pues ésta abarca tanto el *dumping* como a la subvención. A diferencia de los derechos compensatorios y de los derechos *antidumping*, que tienen carácter único, la cuota compensatoria puede ser provisional o definitiva. En caso de *dumping*, la cuota compensatoria será igual a la diferencia entre el precio menor y el comparable en el país exportador, y en caso de subvención será equiparable al monto del beneficio otorgado, o ambos de una manera conjunta. Sin embargo, surge una discrepancia aparente entre la ley y su reglamento, pues mientras la ley dice lo arriba expuesto,

el reglamento menciona que la cuota compensatoria provisional no será mayor pero “sí menor” al margen de *dumping* o monto de la subvención, y en el caso de la cuota compensatoria definitiva, añade que no será mayor al margen de *dumping* o monto de la subvención, pero “cabe la posibilidad de que sea inferior”, todo esto a consideración de la SECOFI. Tal vez esta discrecionalidad es para que la Secretaría tome en cuenta, y de manera indirecta, el interés público.

Hay que hacer notar la diferencia con el criterio de los Estados Unidos, que no toma en cuenta el mejoramiento o beneficio sino la cantidad acumulada.

X. DAÑO MATERIAL. PRUEBA DEL DAÑO

Estados Unidos. La prueba del daño la lleva a cabo la ITC, y es la misma para las investigaciones por derechos compensatorios y derechos *antidumping*; sin embargo, sólo los países firmantes del Código sobre Subvenciones y Derechos Compensatorios o de compromisos semejantes con los Estados Unidos gozan de la prueba del daño, a menos que la mercancía en cuestión esté libre del pago de impuestos aduanales. Los factores a tomar en cuenta son el volumen de las importaciones, el efecto en los precios nacionales, el impacto a los productores nacionales y las menguas que se presenten.

Canadá. La prueba del daño es aplicable a las investigaciones por derechos *antidumping* y derechos compensatorios, sin importar el país exportador o de procedencia de los bienes similares.

México. La prueba del daño es aplicable a los países que otorguen la misma prueba respecto de las mercancías que México exporte a aquellos países. De algu-

na manera esto se asemeja al criterio de los Estados Unidos.

XI. EL SISTEMA DEL TRATADO BILATERAL CANADÁ-ESTADOS UNIDOS

Para enfrentar las disparidades legales y administrativas existentes en las legislaciones estadounidense y canadiense, el tratado bilateral que rige en la zona norteamericana de libre comercio desde el 1o. de enero de 1989, establece dos principios fundamentales: *a)* el compromiso de ambos países de establecer en un plazo de siete años una legislación común para la zona, y que derogue las legislaciones federales internas que brevemente describimos más arriba, y *b)* sustraer de las instancias judiciales internas, los recursos que proceden en contra de las resoluciones definitivas de las agencias administrativas, tribunales establecidos en las actuales legislaciones sobre la materia. En efecto, en este último caso, el capítulo 19 del tratado señala un procedimiento destinado a someter a la competencia de un papel binacional formado por cinco miembros de ambos países con competencia para revisar las resoluciones que expidan las agencias administrativas.

El nuevo sistema binacional aplicable a casos *antidumping* y de derechos aancelarios compensatorios debe reducir las demoras y los costos para las empresas privadas en la impugnación de las decisiones de las agencias de comercio internacional a través de los tribunales.

El compromiso de ambos países de trabajar conjuntamente para el desarrollo e implementación de un nuevo sistema de leyes sobre comercio es un importante paso para la relación bilateral de comercio, así como

respecto a la Ronda de Uruguay sobre negociaciones comerciales multilaterales.

El establecimiento de nuevos canales formales de comunicación entre los dos gobiernos, previamente a la aprobación de una nueva legislación comercial, debe aportar un mecanismo de alerta inicial para conflictos potenciales. La creación de una Comisión Comercial Canadá-Estados Unidos con la capacidad para nombrar paneles de arbitraje, con capacidad para emitir decisiones obligatorias o paneles de expertos para arbitrar o resolver disputas específicas, son un paso nuevo importante en las relaciones comerciales entre estos dos países.

Si bien los mecanismos de resolución de conflictos del TLC no son perfectos, podrían evolucionar hacia una institución bilateral más permanente y con autoridad en el futuro. El diseño de un conjunto de instituciones que administren el nuevo tratado comercial y que resuelvan disputas, requiere alcanzar un equilibrio muy delicado entre el propósito y los objetivos del TLC y las preocupaciones de los gobiernos sobre la cesión de soberanía —en términos de la toma de decisiones— a un cuerpo supranacional.

El TLC, por su naturaleza, es un documento evolutivo. Algunas de sus reglas —sobre leyes *antidumping* y derechos arancelarios compensatorios, propiedad intelectual, comercio de servicios, servicios financieros, compras gubernamentales, y agricultura, por ejemplo— estarán sujetas a futuras negociaciones y desarrollo. Exigencias políticas y económicas requerirán que las reglas e instituciones se modifiquen a través del tiempo para enfrentar las condiciones cambiantes en ambos países.

XII. CONCLUSIONES

Como hemos visto, al suscribir el Tratado Trilateral de Libre Comercio, México deberá armonizar en distintos planos, tanto su estructura administrativa como su legislación interna en materia de prácticas desleales que, como vimos en párrafos anteriores, se aleja mucho de la mecánica de sus socios, y deberá además asumir compromisos legales importantes para hacer viable en el derecho mexicano las originales decisiones de los paneles binacionales establecidos en el mencionado artículo 19 del Tratado Canadá-Estados Unidos.