

# REVISTA DE DERECHO INTERNACIONAL ECONOMICO

ASPECTOS JURIDICOS DE LAS RELACIONES  
ECONOMICAS INTERNACIONALES

---

*Número 0*

*Segundo Semestre de 1995*

LOS SIGNOS DISTINTIVOS EN LA DECISIÓN 344

*Hildegard Rondón de Sansó*

EL ACUERDO ANTIDUMPING DE LA OMC

*Gary N. Horlick y Eleanor C. Shea*

EL DUMPING SOCIAL: COMPETENCIA REGULATORIA  
Y COMERCIO INTERNACIONAL

*Jorge Castro Bernieri*

DOCTRINA ADMINISTRATIVA: DECISIONES DE LA  
COMISIÓN ANTIDUMPING Y SOBRE SUBSIDIOS  
Y SU SECRETARÍA TÉCNICA

*Noemi Fischbach*

REVISTA DE DERECHO  
INTERNACIONAL ECONÓMICO  
ASPECTOS JURÍDICOS DE LAS  
RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES

---

EQUIPO EDITORIAL

Jorge Castro Bernieri  
Noemí Fischbach Hirshbein  
Samantha Sánchez Miralles

Antonio Silva Aranguren  
DIRECTOR

CONSEJO ASESOR

John H. Jackson, Miembro  
Honorario

Raúl Arrieta Cuevas

Robert Bottome

Allan R. Brewer-Carías

Gonzalo Capriles

Elsa Cardozo de Da Silva

Imelda Cisneros

Luis Cova Arria

Luis Henrique Farías Mata

Hector Faúndez Ledezma

Humberto García Larralde

Gary N. Horlick

Janet Kelly

Eloy Lares Martínez

Carmelo Lauría Lesseur

Gustavo Linares Benso

Roberto G. MacLean

Moisés Naím

Pedro París Montesinos

John Pate

Belén Ramírez Landaeta

Judith Rieber de Bentata

Armando Rodríguez García

Laura Rojas

Hildegard Rondón de Sansó

Maxim Ross

Adolfo Salgueiro

Magdalena Salomón de Padrón

Abdón Suzzarini

Adolfo R. Taylhardat

Gustavo Urdaneta Troconis

La edición del presente número de la REVISTA ha sido posible gracias al apoyo institucional de la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (Funeda). Nuestro agradecimiento a Funeda y, en particular, a Belén Ramírez Landaeta, su Presidente, a Giovanna Conace y a Sandra Corrales.

---

ISSN: 1315-9992

© Revista de Derecho Internacional Económico

Portada, Diagramación y Artes Finales: Gráficas Funeda

---

*Saludo la creación de esta nueva revista. En el momento que vivimos, es particularmente crítico publicar y conjugar el análisis de políticas con el pensamiento de los académicos y de los profesionales, sobre las relaciones económicas internacionales. Esto es especialmente cierto en el hemisferio occidental, por sus dinámicos y rápidos cambios.*

John H. Jackson  
Miembro Honorario del Consejo Asesor de la  
REVISTA DE DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO.  
Profesor Hessel E. Yntema de Derecho,  
Universidad de Michigan



## INDICE

Aspectos Fundamentales de los Signos Distintivos en el Marco Global de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Hildegard Rondón de Sansó .....	5
El Acuerdo Antidumping de la OMC. Gary N. Horlick y Eleanor C. Shea .....	59
El Dumping Social. Competencia Regulatoria y Comercio Internacional. Jorge Castro Bernieri .....	104
Doctrina Administrativa. Decisiones de la Comisión Antidumping y sobre Subsidios (y de su Secretaría Técnica) Noviembre de 1992 - marzo de 1995. Noemí Fischbach .....	121





## PRESENTACION

1. Las relaciones entre Estados y entre sus respectivos habitantes, en variadísimos aspectos, son cada vez más crecientes, y en el ámbito de las operaciones económicas lo observamos constantemente. Notamos como los vínculos comerciales internacionales son cada día mayores, constatándose la existencia de fenómenos de globalización y comunitarismo, que se contraponen -a pesar de ciertas tesis que pretenden restarle fuerza a los mismos- al clásico concepto de soberanía estatal.

*La Revista de Derecho Internacional Económico: Aspectos Jurídicos de las Relaciones Económicas Internacionales*, cuyo número introductorio presentamos ahora, espera servir de espacio para la discusión de este tema, desde diversos ángulos -cónsonos también nosotros con un espíritu de globalización del estudio científico-, en particular desde los puntos de vista jurídico, político y económico. Se desea, de esta forma, no centrar la atención en los aspectos de interés meramente jurídico -a pesar de ser, como su nombre lo indica, una revista de Derecho- pues así como hemos afirmado la existencia de un aumento en el intercambio internacional, vivimos también hoy una permanente interrelación entre distintas disciplinas científicas y técnicas, que hasta hace poco se encontraban distanciadas. Se olvidaba que no es posible el análisis de los fenómenos de la realidad sin tomar en cuenta factores que están fuera del objeto de las mismas y de sus métodos de investigación, lo que hoy está afortunadamente casi superado.

Después de una separación injustificada, se reúnen entonces para tratar una misma materia los estudiosos del Derecho, la Política Pública y la Economía para, en conjunción de esfuerzos, posturas teóricas y conocimientos prácticos, lograr la uniformidad en el análisis de una realidad en la que, como en tantas otras, se exige

permanentemente claridad en las normas que se dicten para regularla y en los planes que se diseñen, en tutela de la seguridad que toda persona desea garantizarse al emprender cualquier labor. Además, la complejidad que la vida moderna le ha dado a las relaciones económicas -que se acrecienta en el plano internacional por la disparidad de culturas y lenguas, entre otras cosas- aconseja, pues de lo contrario existe el riesgo seguro del error, el conocimiento de nociones típicas de cada una de las disciplinas que hemos mencionado, aunque no sean de la especialidad de quien aborde el análisis.

2. La justificación de una revista especializada en este tema -como en cualquier otro caso de publicaciones especializadas- es evidente: permitir la divulgación de los trabajos de las personas que se dediquen al estudio serio de una disciplina, haciendo posible la confrontación de ideas y aumentando la producción escrita en ella, que es el más eficaz medio de difusión que conocemos. Por otra parte, se cumple otra función que justifica la edición de una revista como esta: lograr un acercamiento a la materia objeto de la publicación por parte de personas no iniciadas o de escasa experiencia en ella, pero que desean buscar solución a determinados problemas hallados en un momento dado o alcanzar un nivel mayor de conocimiento. Ambos objetivos -de la mano- son de por sí legitimantes de toda publicación de esta clase y se ponen de relieve cuando, además, no existe ninguna otra con ese mismo objeto en el país.

3. En la *Revista* se encontrarán trabajos, doctrina administrativa y jurisprudencia sobre cualquier aspecto que tenga relación con el Derecho Internacional Económico: regulaciones económicas internacionales, como en el caso del comercio de bienes y servicios; propiedad intelectual e industrial; inversiones extranjeras; dumping; régimen de subsidios; prácticas obstaculizantes de la libertad económica; es decir, materias que pueden tener incidencia en el Derecho Internacional y el Comunitario. No existen límites preconcebidos para el tratamiento de los temas de cada trabajo a publicar, guiándose sólo la *Revista* por criterios de metodología científica en su elaboración.

En tres secciones se dividirá el contenido del material de cada número de la *Revista*. En la primera parte se realizará la inclusión de trabajos doctrinales. En la segunda se sistematizará la

doctrina administrativa emanada -en el área de nuestro interés- de los órganos nacionales con competencia en el control de las relaciones económicas internacionales, particularmente de la Comisión Antidumping y Sobre Subsidios. En esta sección se halla, quizás, la esencia de la revista, pues es de importancia cada vez más reconocida el conocimiento de la doctrina que se produce en tales organizaciones especializadas. En la tercera parte se reseñarán relevantes sentencias, venezolanas o extranjeras, que hayan tratado sobre los diferentes temas mencionados, precedidas preferentemente de un análisis de contenido. En este número introductorio presentamos tres estudios -sobre los signos distintivos en la Decisión 344, sobre el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio y sobre el dumping social, respectivamente- y la primera entrega de la doctrina administrativa de la Comisión Antidumping y su Secretaría Técnica.

4. La *Revista* publicará dos tipos de textos: artículos solicitados y contribuciones espontáneas. En esta forma, el equipo editorial podrá solicitar artículos, los cuales pueden ser inéditos o haber sido publicados previamente y, en este último caso, se contará obviamente con la debida autorización de quien posea los derechos sobre el texto respectivo. Además la revista agradece todas las contribuciones espontáneas que se envíen, en la certeza de que serán debidamente consideradas, aun cuando no se asume responsabilidad alguna respecto de su publicación.

Las contribuciones particulares -que deberán ser inéditas y estar redactadas en español- serán recibidas por el equipo editorial de la *Revista*. Este hará una revisión preliminar de la contribución presentada y luego la remitirá a tres árbitros, miembros del Consejo Asesor, escogidos de acuerdo al tema del artículo presentado. A los árbitros corresponderá la decisión final respecto de la publicación, bastando la opinión favorable de dos de ellos.

5. Como se observa, el Consejo Asesor es fundamental en esta revista, por lo que hemos reunido una notable representación de personas de amplia trayectoria en el área de que se ocupan, con un alto nivel de preparación y que -es fundamental- constituyen un grupo de muy distintos intereses y especializaciones, que permite lograr amplitud de concepciones en la discusión de los trabajos presentados. Es, pues, esta revista la única que cuenta, en el ámbito jurídico venezolano, con un equipo arbitral, lo que es ya un adelanto

en muchas publicaciones extranjeras e, incluso, en algunas nacionales dedicadas a otras materias. Además, para el equipo editorial es de gran valor el Consejo Asesor, pues sirve de instancia de consulta sobre las más importantes decisiones de la *Revista*.

6. Convencido de la actualidad del tema que constituye la especialidad de esta publicación y de la necesidad de un espacio para la aparición de ensayos que lo aborden con criterio científico, así como de la puesta al conocimiento del público- punto central de esta revista- de la doctrina administrativa y la jurisprudencia sobre él, como Director de esta revista -que apenas nace, pero con las mayores esperanzas de continuidad- puedo asegurar la calidad que mantendrá, de la cual este número introductorio es sólo un ejemplo, pues lo garantiza el excelente equipo editorial con que cuenta y el magnífico Consejo Asesor que gentilmente lo apoya.

Antonio Silva Aranguren

# Aspectos Fundamentales de los Signos Distintivos en el Marco Global de la decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena

Hildegard RONDÓN DE SANSÓ<sup>1</sup>

## ESQUEMA GENERAL

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA COMPETENCIA NORMATIVA DE VENEZUELA EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL
- III. LOS SIGNOS DISTINTIVOS EN LA DECISIÓN 344
- IV. EXAMEN COMPARATIVO DEL RÉGIMEN DE LAS MARCAS EN LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y EN LA DECISIÓN 344 DE LA COMISIÓN DEL ACUERDO DE CARTAGENA
- V. RÉGIMEN DE LAS MARCAS NOTORIAMENTE CONOCIDAS

## I. INTRODUCCIÓN

En los momentos actuales el problema de mayor interés en el campo de la propiedad industrial en nuestro país, está constituido por dos materias relativas a los signos distintivos como lo son las referentes al valor que posee el uso previo de las marcas respecto al titular del registro y el concerniente a las marcas notoriamente conocidas. El presente estudio se destina esencialmente a dar una contribución al conocimiento de los mencionados aspectos y plantear las eventuales soluciones posibles al respecto. Ahora bien, a los fines antes señalados, tuvimos que establecer previamente una base de presupuestos generales para la comprensión de tales temas, constituida por el examen de la competencia normativa que corresponde al legislador venezolano frente a las disposiciones derivadas del Acuerdo de Cartagena; así como, su comparación con el de la aún vigente Ley de Propiedad Industrial. Hemos utilizado la expresión que

---

<sup>1</sup> La autora es Profesora Titular de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela, Magistrada de la Corte Suprema de Justicia y Presidenta de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

antecede relativa a la Ley de Propiedad Industrial, por cuanto se está preparando la reforma de dicha Ley e incluso, se ha anunciado por la prensa la aprobación del anteproyecto en primera discusión, constitutivo de una supuesta "*Reforma Parcial de la Ley de Propiedad Industrial*". Hemos estudiado el anteproyecto aludido y pensamos que el mismo, en forma alguna, constituye una "*reforma parcial*", por cuanto modifica sustancialmente el texto vigente, por una parte y, por otra que se aparte en muchos aspectos fundamentales del texto de la Decisión 344, por lo cual, de ser aprobado, será una fuente constante de conflictos.

A fin de dilucidar los aspectos previos que señaláramos, la sinopsis del presente trabajo se plantea en la forma siguiente:

## II. LA COMPETENCIA NORMATIVA DE VENEZUELA EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL.-

### 1.- PREMISA GENERAL:

El primer problema que debe dilucidarse es el de si la normativa nacional cede su primacía a la norma comunitaria, por lo cual, en el sistema que nos rige, sería la Decisión 344 la regla de aplicación principal, que reenviaría a la legislación de cada país miembro del Acuerdo de Integración Sub-Regional Andino la regulación de algunas materias. Indudablemente que, la situación de supletoriedad de la facultad normativa nacional frente a la comunitaria se ubica en el campo de las dudas sobre la vigencia del dispositivo contenido en la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cartagena que exige la regulación mediante Ley formal de todas las materias de reserva legal o que sean contrarias a lo dispuesto en una Ley formal. Planteada como lo fuera la cuestión a través de un recurso de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia en contra del artículo único de la Ley Aprobatoria y, declarado éste sin lugar por estimar la Corte que los alegatos en los cuales se fundara el recurrente eran irrelevantes y, en consecuencia, reafirmada la vigencia del dispositivo impugnado, nos encontramos con una situación que hace surgir todo tipo de dudas. Por una parte, la Ley Aprobatoria condiciona la recepción de las normas comunitarias a su aprobación mediante una Ley formal cuando sean materia de ésta (reserva legal) o de competencia del Poder Nacional (artículo 136 de la Constitución); y, la Corte Suprema de Justicia (en una apretada decisión), ratifica la vigencia de la norma aprobatoria. Por otra parte, la realidad impuesta por

la actuación del Poder Ejecutivo, es la adopción inmediata de las normas comunitarias cualquiera que sea su contenido, como es el caso de la Decisión 344. Indudablemente que, el hecho de que se esté trabajando en la reforma de la Ley de Propiedad Industrial, puede ser la fórmula que elimine la mayoría de las dudas que la aplicación del régimen comunitario plantea, procediéndose a adaptar el texto de la norma nacional a las previsiones de la normativa del Acuerdo de Cartagena.

Ante una situación como la existente en estos momentos y, sin hacer pronunciamiento alguno sobre la vigencia o no del texto de la Ley Aprobatoria, nos vamos a limitar a exponer de inmediato, cuales son las materias que la regla comunitaria deja a la competencia del legislador nacional.

En consecuencia, vamos a hacer la exposición de las facultades normativas de Venezuela como país miembro del Acuerdo de Cartagena, tal como han sido exhortadas por la Decisión 344, siguiendo el mismo orden en que aparecen enunciadas en dicho texto, a menos que la identidad de situaciones nos obligue a referirnos a disposiciones posteriores. Sin embargo, es necesario antes de analizar uno a uno los reenvíos de la Decisión 344 a la Legislación Nacional, replantearnos el problema que la Disposición Complementaria contenida en el artículo 144 hace surgir, por cuanto esta norma contiene una remisión genérica a la ley nacional en *“todos los asuntos sobre propiedad industrial no comprendidos en la presente Decisión”*.

Al efecto, el texto completo del artículo 144 es del tenor siguiente:

*“Los asuntos sobre Propiedad Industrial no comprendidos en la presente Decisión, serán regulados por la legislación nacional de los Países Miembros”*.

La redacción del texto transcrito nos plantea la siguiente duda: 1<sup>o</sup>. - Si el reenvío que el mismo efectúa a la legislación nacional es total y completo, esto es, si siempre y cuando *exista una laguna* en la Decisión, se aplica la legislación nacional; o, 2<sup>o</sup>. - Si el reenvío sólo opera cuando existiendo una laguna en la Decisión, la normativa de la legislación nacional no se contradice ni en la letra, ni en el espíritu con el contenido de dicha

Decisión. Como ejemplo de la diversidad de soluciones a las cuales puede llevarnos el asumir una u otra interpretación, está el problema de la preexistencia o no, a partir de la vigencia de la Decisión en el sistema venezolano, de la protección al usuario de la marca con anterioridad al registro otorgado, lo cual hace nacer en el derecho venezolano la posibilidad de interponer oposición por mejor derecho (artículo 77, ordinal 2º de la Ley de Propiedad Industrial) y la de ejercer acción de nulidad por mejor derecho (artículo 84, ordinal 2º ejusdem).

Al efecto, uno de los puntos técnicos de gran consecuencia práctica en materia de marcas, es el relativo a la naturaleza jurídica del registro de un signo distintivo, cuando se trata de determinar si el mismo es constitutivo del derecho al uso exclusivo o, solo es declarativo de éste. Al efecto, la *naturaleza constitutiva* del registro, implica que es a partir de su otorgamiento cuando nacen las facultades del titular, en cuanto que la *naturaleza declarativa*, reconoce la preexistencia del derecho. El problema no solamente estriba en determinar el momento del nacimiento del derecho de exclusividad en su sentido de poder de exclusión de los terceros, sino de algo más radical como lo es, el propio derecho al uso de la marca.

El sistema venezolano vigente hasta la publicación de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, se podía interpretar que era declarativo, por cuanto el mismo reconocía el previo uso de la marca al prever en el procedimiento para su registro, que el solicitante señalase “*el tiempo durante el cual la marca hubiere estado en uso, si fuera el caso*” (letra “e” del ordinal 1º del artículo 71 de la Ley de Propiedad Industrial). Igualmente, el sistema permitía la oposición por mejor derecho a un registro por parte de un tercero (ordinal 2º del artículo 77 de la Ley de Propiedad Industrial).

Asimismo, la Ley de Propiedad Industrial prevé el ejercicio de la acción de nulidad por mejor derecho en el término de los dos años siguientes a la fecha del otorgamiento del registro a un tercero (ordinal 2º del artículo 84 de la Ley de Propiedad Industrial), entendiéndose por “*mejor derecho*”, el uso previo de la marca, según lo señalara la doctrina y la jurisprudencia.

Algunos autores (Mascareñas) estimaron que el registro en el sistema venezolano, tenía un efecto declarativo que, al vencerse el lapso de dos

años para el ejercicio de la antes mencionada acción de nulidad, se convertía en constitutivo, al ser el único medio en el cual pudiese fundarse el uso exclusivo.

La marca, elemento fundamental de la actividad mercantil, siempre estuvo regida por otra parte, por las pautas del Derecho Comercial, para el cual, el uso constituye un elemento fundamental de la actividad de los comerciantes, al punto tal que el Derecho Consuetudinario constituye una fuente principal de su actuación.

Al ser publicada la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, puede considerarse que el sistema impuesto por la misma, pasa a ser constitutivo, por cuanto su artículo 102, señala expresamente que *“el derecho al uso de una marca se adquirirá por el registro de la misma ante la respectiva oficina nacional competente”*. No puede sin embargo, dejar de anotarse que en el artículo 105 de la Decisión 313, expresamente se permite el uso del signo por terceros, siempre que lo *“haga de buena fé y no constituya uso a título de marca”*, en los siguientes supuestos.

- 1º.- Siempre que el uso se limite a propósitos de identificación o de información y no sea capaz de inducir al público a error sobre la procedencia de los productos y servicios, podrá utilizar el propio nombre del titular, domicilio o seudónimo; nombre geográfico; o, de cualquier otra indicación cierta relativa a la especie, calidad, cantidad, destino, valor, lugar de origen o época de producción de sus productos o de la prestación de sus servicios u otras características de éstos;
- 2º.- Cuando esté destinado su uso para anunciar, ofrecer en venta o indicar la existencia o disponibilidad de productos o servicios legítimamente marcados; o, usar la marca para indicar la compatibilidad o adecuación de piezas de recambio o de accesorios utilizables con los productos de la marca registrada.

Nótese que el primer supuesto aludido del artículo 96 de la Decisión 313 que, como veremos, es una norma que aparece con igual redacción en el artículo 105 de la Decisión 344, no alude al uso de la marca, sino que

con una oscura redacción, permite el uso del nombre constitutivo de una marca registrada por parte de tercero. Al efecto, permite el uso de un signo registrado por parte de un tercero sin el consentimiento del titular del registro, siempre y cuando: 1. “no constituya uso a título de marca” y se plantea en las siguientes hipótesis: 1) Se trate del propio nombre, domicilio o seudónimo del usuario; 2) o bien, se trate de un nombre geográfico o de una indicación genérica (especie, calidad, cantidad, destino, valor, lugar de origen, o época de producción de los productos o de la prestación de los servicios); 3) Que el uso se limite a propósitos de identificación o de información; y, 4) Que no sea capaz de inducir al público a error sobre la procedencia de los productos o servicios.

Es evidente que, esta norma es contradictoria, por cuanto permite el uso de un signo obviamente con función distintiva, pero al mismo tiempo, exige que “no constituya uso a título de marca”. La disposición aludida es un ejemplo de una extraña técnica legislativa, ya que enuncia desordenadamente supuestos y excepciones por una parte, y por otra, crea muchas dudas sobre el uso del elemento constitutivo de una marca, pero sin que el mismo tenga el carácter de un signo distintivo. Indudablemente que hay un claro elemento contradictorio en el supuesto.

Regresando al tema específico del carácter del registro se aprecia que, con mayor severidad, la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, señala en forma expresa (artículo 102) que “*el derecho al uso exclusivo de una marca se adquirirá por el registro de la misma ante la oficina nacional competente*”.

Al igual que la Decisión 313, la Decisión 344 permite el uso por parte de los terceros de marcas registradas en forma idéntica (artículo 105 de la Decisión 344).

El hecho concreto es que al entrar en vigencia la Decisión 313 y, en los momentos actuales, con la Decisión 344, el previo uso del signo no se presenta como un elemento determinante a los fines de la obtención del registro; y pareciera que los terceros no podrían impugnar dicho registro una vez otorgado, haciendo valer la prioridad en el uso.

Veamos entonces, qué sucede con el usuario de una marca no registrada que se entera que la misma ha sido solicitada por otra persona.

La Decisión 344, con mejor criterio clasificador que la Ley de Propiedad Industrial Venezolana del año 55, señala como causales que impiden el registro de las marcas dos grandes grupos:

El primero está constituido por elementos que inciden sobre la *novedad* de la marca, esto es, sobre *su intrínseco valor o fuerza distintiva*, o bien, sean contrarias al orden público; y un segundo grupo que incide sobre la *originalidad* de la marca, es decir, que se refiere a aquellos signos que aún siendo novedosos, se prestan a confusión con otros existentes en el mercado, a lo cual se ha denominado también como *novedad relativa*.

Es necesario buscar en la segunda categoría (es decir, la relativa a la falta de originalidad), si en ésta está prevista la situación del usuario de una marca no registrada.

Al efecto, el artículo 83 de la Decisión 344, prohíbe el registro como marcas a "*signos que en relación con derechos de terceros*", puedan inducir a error al público. Las prohibiciones aluden a los siguientes supuestos:

- a) Cuando exista una marca anteriormente solicitada o registrada, si es idéntica o semejante a la solicitada;
- b) Cuando sea idéntica o se asemeje a un nombre comercial protegido por la legislación interna del país miembro;
- c) Cuando sea idéntica o se asemeje a un lema comercial registrado;
- d) Cuando consista en el nombre completo, apellido, seudónimo, firma, caricatura o retrato de una persona natural distinta del peticionario, salvo que acredite su consentimiento.

Como puede apreciarse de lo expuesto, y con excepción del nombre del tercero, la protección de la marca previamente existente, sólo se otorga cuando la misma esté protegida por un registro o una solicitud de registro. Con lo anterior, debe sin embargo, apreciarse la prohibición de registro de la marca que reproduzca, imite o transcriba total o parcialmente a un signo distintivo notoriamente conocido. Esta protección de la marca

notoriamente conocida, es independiente de su registro en el país y además supera el *principio de especialidad*, por cuanto, la prohibición es aplicable “con independencia de la clase, tanto en los casos en los que el signo se destine a los mismos productos o servicios amparados por la marca notoriamente conocida, como en aquellos en los que el uso se destine a productos o servicios distintos” (literal “d” del artículo 83 de la Decisión 344).

De las disposiciones prohibitivas del registro de las marcas, fundadas en el parecido con otras preexistentes, se pone de manifiesto que sólo es relevante el peligro o confusión que pueda crearse con otra anteriormente registrada, salvo que se trate de una marca notoriamente conocida.

¿Qué puede hacer el propietario de un signo no registrado para impedir el registro por parte del solicitante en el actual sistema de la Decisión 344?

Veamos cuál es el procedimiento previsto en la Decisión 344 para el otorgamiento del registro. El mismo se desarrolla mediante las siguientes etapas:

1.- *Solicitud*. - La solicitud ha de llenar una serie de requisitos cuya omisión acarrearía como consecuencia “que no sea admitida a trámite” y no se le asigne fecha de presentación (último aparte del artículo 87).

2.- *Admisión de la solicitud*. - La admisión de la solicitud se produce una vez que la oficina nacional competente examine si se ajusta a los aspectos formales, para lo cual tiene un lapso de quince días hábiles. El examen puede llevar a la oficina a requerir del solicitante, subsane la irregularidad en un lapso de treinta días prorrogables por una sola vez que, vencido inutilmente hará que la solicitud sea rechazada.

3.- *Publicación*. - Se ordenará la publicación por una sola vez. No señala al efecto la Decisión 344, si tal publicación ha de efectuarse en un medio oficial o en la prensa,

4.- *Presentación de observaciones*. - Durante los treinta días hábiles siguientes a la publicación, “cualquiera persona que tenga legítimo interés, podrá presentar observaciones al registro de la marca solicitada”. Señala

la Decisión 344 que “*se entenderá que también tendrá legítimo interés para presentar observaciones en los demás países miembros, tanto el titular de una marca idéntica o similar para productos o servicios, respecto de los cuales el uso de la marca pueda inducir al público a error, como quien primero solicitó el registro de esa marca en cualquiera de los Países Miembros*” (aparte único del artículo 93).

**5.- Admisión de la Observación.**- Corresponde a la oficina nacional competente determinar si la observación formulada puede o no ser tramitada. Al efecto, no pueden ser tramitadas las observaciones comprendidas en los siguientes supuestos:

- a) Observaciones presentadas extemporáneamente.
- b) Observaciones fundadas en una solicitud de fecha posterior a la de la solicitud de registro que se tramita.
- c) Las que se funden en convenios y tratados no vigentes en el país miembro donde se tramita.
- d) La falta de pago de la tasa de tramitación.

Si la observación no está incurso en ninguna de las causales precedentemente señaladas, se la notifica al solicitante para que dentro de 30 días transcurridos desde la fecha de su notificación haga valer alegatos que tenga en su contra.

**6.- Decisión de la Observación.**- Vencido el lapso para la presentación de los alegatos del solicitante de la marca, la oficina nacional competente deberá decidir si concede o niega el registro de la marca, mediante resolución correspondiente.

**7.- Examen de Registrabilidad.**- El examen de registrabilidad se efectúa si no se hubiesen presentado observaciones dentro del lapso de treinta días hábiles siguientes a la publicación. El resultado del examen se formalizará en el otorgamiento o denegación de registro.

Como puede apreciarse, el procedimiento para el registro de la marca se ventila en su totalidad por la vía administrativa, sin que exista

previsión alguna, como es el caso de la existente en la ley venezolana, que suspenda el procedimiento administrativo para que sea el juez quien decida sobre el mejor derecho del oponente sobre el solicitante a la titularidad de la marca. No hay por otra parte, reenvío de la Decisión 344 a la legislación nacional sobre la regulación del procedimiento, por lo que es la propia decisión la que determina las modalidades del mismo. En vista de lo anterior, pareciera que la oposición por mejor derecho existente en el sistema de la ley venezolana de 1955, en los casos en los cuales el oponente no tiene registrada su marca, ha desaparecido.

En efecto, en la Ley de Propiedad Industrial venezolana, el oponente titular de un registro anterior, ventila su oposición ante la autoridad administrativa; pero, si carece de dicho registro, el medio para hacer valer su pretensión es la oposición por mejor derecho que se ventila ante los tribunales. No puede deducirse del texto de la decisión 344, la posibilidad de un alegato en contra del registro de una marca, fundado en el uso del signo por parte de un tercero con anterioridad a la solicitud, salvo que se trate del legítimo titular de una marca notoriamente conocida por disposición expresa del artículo 83, letras d) y e) ambos in fine.

Cabe preguntarse entonces, a quién corresponde determinar la titularidad de una marca notoriamente conocida, cuando la misma sea alegada; y la respuesta es que será la oficina nacional competente (oficina administrativa) que se pronuncie al respecto y no el juez.

Ahora bien, una duda de mayor gravedad es la que surge respecto al organismo que puede decidir si la oposición por mejor derecho subsiste en la legislación venezolana a la luz de la Decisión 344.

La solución no pareciera sencilla. Por una parte, el recurso de interpretación por ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, no es posible ejercerlo por faltar una disposición expresa en la Decisión 344 o, en la Ley de Propiedad Industrial de 1955 que así lo establezca, lo que de acuerdo a la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, constituye un requisito impretermitible de admisibilidad del recurso.

Otra posibilidad sería el ejercicio de la interpretación prejudicial prevista en el Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de

Cartagena (artículos 28 y siguientes). Al efecto, la norma citada, indica que corresponderá al antes mencionado tribunal, interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros.

En tal caso, correspondería a los jueces de instancia o a la Corte Suprema de Justicia de Venezuela elevar la interpretación de oficio o a petición de partes.

En vista de que, de conformidad con el artículo 30 del referido Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, *“el Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso”*, la cuestión prejudicial debería limitarse a solicitar la interpretación del artículo 102 que determina que es el registro la forma de adquisición del derecho sobre la marca.

Al efecto, debería plantearse si la norma del artículo 102 de la Decisión 344, permite a quien haya hecho uso de la marca previamente a la solicitud de registro, ejercer ante los tribunales una acción para el reconocimiento del uso frente al titular de la solicitud interpuesta. Igualmente, la interpretación prejudicial podría recaer sobre el alcance del artículo 143 de la Decisión 344, respecto a la frase en la misma contenida de que los países miembros, mediante sus legislaciones nacionales o acuerdo internacionales *“podrán fortalecer los derechos de propiedad industrial conferidos en la presente Decisión”*. La interpretación estaría dirigida a determinar si el reconocimiento del derecho al uso, significa un fortalecimiento de los derechos de propiedad industrial. Un escollo enfrenta al anterior planteamiento en la frase del artículo 143, de que se trata no de cualquier derecho de propiedad industrial, sino de los derechos conferidos en la presente Decisión y justamente, la Decisión excluye el derecho al uso.

Finalmente, consideramos que la Corte Suprema de Justicia de Venezuela podría conocer de la negativa del Registrador, ratificada por el Ministro de Fomento a remitir el expediente de solicitud de una marca a los tribunales para que en éstos se debata la titularidad del signo.

En todo caso, el pronunciamiento versaría exclusivamente sobre la oposición por mejor derecho.

El problema de la acción de nulidad por mejor derecho, podría plantearse ante la Corte Suprema de justicia mediante una regulación de jurisdicción, si el juez ante el cual se propone, decidiera que el poder judicial carece de jurisdicción para pronunciarse sobre el registro otorgado y que esa es una materia que compete exclusivamente al órgano administrativo.

Al conocer del recurso de regulación de jurisdicción, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, podría hacer un pronunciamiento al respecto.

No puede dejar de observarse respecto a la naturaleza declarativa o constitutiva del registro que, el último proyecto de Ley de Propiedad Industrial preparado por el Ministerio de Fomento, Dirección Sectorial Servicio Autónomo Registro de la Propiedad Industrial (SARPI) olvidando aparentemente el texto de la Decisión 344, señala en su artículo 80 que el derecho a la marca se adquiere por el uso, agregando que quien se crea con derecho a su registro, deberá solicitarlo ante el Instituto Venezolano de la Propiedad Intelectual. Asimismo, el proyecto ratifica el valor del uso, exigiendo del solicitante que indique (ordinal 4º) el tiempo durante el cual, la marca ha estado en uso y mantiene la existencia de una acción por mejor derecho que, puede ejercerse bien dentro de los 30 días siguientes a la fecha de publicación de la solicitud de registro en el Boletín de la Propiedad Industrial, o bien, dentro de los 6 meses siguientes contados a partir de la concesión de la patente al solicitante (artículo 24, referente al procedimiento de las patentes al cual reenvía en forma expresa el artículo 84 relativo a las marcas).

La situación no es clara, por cuanto el problema del valor que tiene el uso previo de la marca y la naturaleza del registro no son cuestiones marginales que puedan encuadrar en la prohibición del artículo 144 de la Decisión 344 (Disposiciones Complementarias) según el cual *“los asuntos sobre Propiedad Industrial no comprendidos en la presente Decisión serán reguladas por la legislación nacional de los Países Miembros”*. En efecto, no se trata de una simple laguna de la Decisión 344, sino de una diferente

calificación jurídica, ya que en la norma comunitaria, el registro es constitutivo y, en la actual ley nacional es declarativo.

Expresado lo anterior, de la interpretación que se dé, depende el alcance de la potestad normativa del legislador nacional. En nuestra opinión, la interpretación para hacer coherente el sistema integracionista y unificar al máximo el de los países del área debería ser en el sentido más restringido, esto es, en el de que la facultad normativa nacional se ejerce siempre y cuando no atente contra el espíritu del sistema previsto en la Decisión.

## 2.- ENUNCIACIÓN DE LAS FACULTADES NORMATIVAS EN EL ORDEN CONTENIDO EN LA DECISIÓN 344.

Las facultades normativas de Venezuela como país miembro del Acuerdo de Cartagena, en materia de propiedad industrial, expresamente exhortados por la Decisión 344, pueden enunciarse en la forma siguiente:

### *1) Normas relativas a las invenciones ocurridas bajo relación laboral.-*

En forma indirecta, el artículo 10 de la Decisión 344 asigna a la legislación nacional el régimen de la titularidad de las invenciones surgidas de una relación de trabajo. En efecto, la norma citada, señala que cualquiera que sea la naturaleza del empleador estatal, el mismo puede ceder parte de los beneficios económicos de las innovaciones a sus empleados-inventores, para estimular la actividad de investigación, de acuerdo con las normas del respectivo país, todo ello sin perjuicio de lo establecido en la legislación nacional, correspondiente sobre el régimen de las invenciones en la legislación laboral. El artículo 10 dice textualmente al efecto, lo siguiente:

***Artículo 10.- “Sin perjuicio de lo establecido en la legislación nacional de cada País Miembro, en las invenciones ocurridas bajo relación laboral, el empleador estatal, cualquiera que sea su forma y naturaleza, podrá ceder parte de los beneficios económicos de las innovaciones en beneficio de los empleados inventores, para estimular la actividad de investigación, de acuerdo con las normas del respectivo país.***

***Las entidades que reciban financiamiento estatal para sus investigaciones, deberán reinvertir parte de las regalías que reciben para la comercialización de tales invenciones, con el propósito de generar fondos continuos de investigación y estimular a los investigadores, haciéndolos partícipes de los rendimientos de las innovaciones, de acuerdo con la legislación nacional vigente de cada País Miembro”.***

Con tal disposición se reconoce por una parte, que el régimen laboral de las invenciones es de competencia de la legislación nacional y, por otra, se crea en el patrono, persona de derecho público, la facultad de ceder parte de los beneficios obtenidos a los empleados inventores. De acuerdo con la norma facultativa transcrita, la cesión podría hacerse a nuestro ver, tanto a priori en el contrato de trabajo, como a posteriori, esto es, una vez producida la invención. En este segundo caso, la cesión debería someterse a las reglas de la adjudicación de bienes públicos, para que no se infrinjan las normas presupuestarias ni las que rigen en materia de Salvaguarda del Patrimonio Público.

***2) Facultad reglamentaria de los Países Miembros de la forma de los depósitos en los casos en que los mismos se refieren a materia viva.-***

El artículo 13, letra “C” del la decisión 344, faculta a los Países Miembros para reglamentar la forma en que se harán los depósitos en los casos en que la solicitud de patente verse sobre la materia viva, en la cual la descripción no pueda detallarse suficientemente. La facultad atribuida alude a regular la instrumentación de los depósitos, señalando la necesidad y oportunidad en que deben ser efectuados, su duración, reemplazo y suministro de muestras. Al efecto, el artículo 13, letra “C”, señala textualmente lo siguiente:

***Artículo 13.- “Las solicitudes para obtener patentes de invención deberán presentarse ante la oficina nacional competente y deberán contener: (...Omissis...)***

***C) La descripción clara y completa de la invención en forma tal que una persona versada en la materia pueda ejecutarla.***

***Para las invenciones que se refieren a materia viva, en las que la descripción no puede detallarse en sí misma, se deberá incluir el depósito de la misma en una institución depositaria autorizada por la oficinas nacionales competentes. El material depositado formará parte integrante de la descripción. Los Países Miembros reglamentarán la instrumentación de los depósitos, incluyendo, entre otros aspectos, la necesidad y oportunidad de hacerlos, su duración, reemplazo y suministro de muestras. Los Países Miembros podrán reconocer como instituciones depositarias a centros de investigación localizados en el territorio de cualquiera de ellos”.***

Como puede apreciarse, la norma transcrita faculta también, a los Países Miembros para señalar como depositarios a centros de investigación ubicados en cualquiera de ellos. La idea era, como se puede apreciar, la de permitir la centralización de las oficinas depositarias cuando las patentes versan sobre la materia viva.

***3) Facultad de establecer requisitos adicionales para la solicitud de las patentes y de los diseños industriales.-***

La solicitud de patente según lo dispone el artículo 14 debe ser acompañada en el momento de su presentación por:

*“a) los poderes que fueren necesarios.*

*b) Copia de la primera solicitud de patente en el caso en que reivindique prioridad, señalándola expresamente; y,*

*c) Los demás requisitos que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros”.*

A su vez, el artículo 61 en materia de solicitudes de diseños industriales establece lo siguiente:

***Artículo 61.- “A la solicitud deberán acompañarse, en el momento de su presentación, los poderes que fueren necesarios y los demás requisitos que se establezcan en las legislaciones nacionales de los Países Miembros”.***

De allí que, la Decisión 344 deja a la legislación nacional la regulación de los requisitos para las solicitudes de los derechos de exclusividad en materia de patentes, dibujos, modelos industriales y modelos de utilidad.

La Ley de Propiedad Industrial venezolana, es bastante minuciosa en lo que atañe a los requisitos que ha de llenar la solicitud de patente, y es así como su artículo 59, señala todos los elementos que han de figurar en la indicada solicitud y los documentos que deben acompañarlo. Estas disposiciones son comunes a los dibujos y modelos industriales.

***4.- Facultad de reglamentación de las publicaciones de las solicitudes de patentes y de diseños industriales.-***

La Decisión 344 deja a la competencia de cada País Miembro reglamentar el régimen de las publicaciones de las solicitudes de patentes (artículo 23) y de las solicitudes de diseños industriales (artículo 63). En efecto, el trámite de la solicitud de patente, en general, se desarrolla someramente en la siguiente forma: 1º Presentación de la solicitud; 2º Admisión de la solicitud y examen de forma de la solicitud (dentro de los quince días hábiles siguientes a la presentación); 3º Formulación de las observaciones al interesado a fin de que éste responda o complemente su escrito en los treinta (30) días siguientes a su notificación; y, 4º Publicación de la solicitud. La publicación debe realizarse, dentro de los dieciocho (18) meses contados a partir de la presentación de la solicitud o de la prioridad reivindicada y una vez terminado el examen de forma. El régimen de esta publicación corresponde a la reglamentación que establezca el País Miembro.

En los momentos actuales, la publicación se rige por la Sección IV, Capítulo Segundo del Reglamento de la Decisión 313, dictado por Decreto N° 1887 del 15 de abril de 1993, al cual se aludirá en la oportunidad en que se analice el procedimiento de las patentes. Está planteada la colisión entre la Ley de Propiedad Industrial y el indicado Decreto N° 2887, respecto a lo cual, nos remitimos a la materia antes señalada.

***5.- Facultad de establecer el procedimiento para las oposiciones a las solicitudes de patentes.-***

El artículo 25 de la Decisión 344, ubicado en la Sección IV, relativa al trámite de la solicitud de las patentes, deja a los Países Miembros, el establecer el procedimiento para oponerse a las solicitudes de patentes y, asimismo, el establecimiento de sanciones a las oposiciones temerarias. La norma de la Decisión no utiliza la expresión “oposiciones”; pero, es indudable que a ella se refiere el artículo 25, cuando alude a las “observaciones fundamentadas que pueden desvirtuar la patentabilidad de la invención”. Estimamos que el artículo 25, a pesar de que reenvía a la legislación nacional la regulación del procedimiento, sin embargo, se basta a sí mismo por lo que atañe a la materia, ya que establece los plazos y la oportunidad de las oposiciones. Al efecto, el artículo señala:

***Artículo 25.- “Dentro del plazo de treinta días hábiles siguientes a la fecha de la publicación quien tenga legítimo interés, podrá presentar, por una sola vez, observaciones fundamentadas que pueden desvirtuar la patentabilidad de la invención, de conformidad con el procedimiento que al efecto disponga la legislación nacional del País Miembro. Las observaciones temerarias podrán ser sancionadas si así lo disponen las legislaciones nacionales”.***

***6.- Facultad de señalar el procedimiento que ha de regir para la obtención de licencias obligatorias.-***

El artículo 50 en su último aparte señala que, el procedimiento para obtener licencias obligatorias, será el que establezca la legislación de cada País Miembro. Esta norma se presenta en contradicción con el dispositivo

de la Sección VII “*Del régimen de las licencias*” (del Capítulo I “*De las patentes de invención*”), por cuanto toda la Sección no hace otra cosa que regular a las licencias sobre las patentes y en forma especial, a la licencia obligatoria. Es conveniente recordar al efecto que, por *licencia obligatoria*, se entiende el acto de una autoridad pública que obliga al titular de una patente a permitir la explotación de la misma por parte de un tercero mediante el pago de una regalía. Los motivos establecidos en la Decisión 344 para el otorgamiento de la licencia obligatoria, son los siguientes: 1º Como sanción al titular de la patente que no ha procedido a su explotación en los tres (3) años contados a partir de su concesión, o de los cuatro (4) años a partir de la correspondiente solicitud (se computará el lapso que resulte mayor). En tales casos, el solicitante de la licencia obligatoria, debe demostrar que no ha obtenido una licencia contractual “*en condiciones razonables*”. Por su parte, el titular de la patente puede justificar el incumplimiento de su obligación de explotar con una excusa legítima, dentro de las cuales, se incluyen las razones de fuerza mayor o de caso fortuito, de acuerdo con las normas internas de los Países Miembros; 2º Por razones de interés público, de emergencia o de seguridad nacional. Para que tales razones resulten relevantes, es necesario que exista una declaratoria previa por parte de la autoridad gubernamental de su existencia, correspondiendo a la oficina de patentes, otorgar las licencias que le sean solicitadas (artículo 46); 3º Para favorecer la libre competencia. Este particular supuesto está previsto en el artículo 47 de la Decisión 344, en el cual se señala que la oficina en materia de libre competencia, puede otorgar licencias, tanto a petición de parte, como de oficio “*cuando se presenten prácticas que no correspondan al ejercicio regular del Derecho de Propiedad Industrial y afecten la libre competencia, en particular, cuando constituyan un abuso de la posición dominante en el mercado por parte del titular de la patente*”; 4º Cuando se trate de las llamadas “*invenciones o patentes dependientes*”, esto es, cuando el titular de una patente no pueda explotarla sin el empleo de una patente anterior aún vigente. Para que proceda el otorgamiento de la licencia obligatoria, es necesario que el titular de la patente dependiente haya solicitado una licencia contractual sin poder obtenerla “*en condiciones razonables*”. Estas licencias que se otorgan para el supuesto de patentes dependientes, sólo proceden si la invención reivindicada en la segunda patente supone un avance en la primera patente. De ser otorgada, el titular de la primera patente tendrá derecho a una “*licencia cruzada*” en condiciones razonables para explotar la invención reivindicada en la segunda patente.

Los anteriores son los amplios supuestos que permiten la existencia de una licencia obligatoria, sistema a través del cual, se atiende a tres (3) razones diferentes: 1.- A impedir la existencia de patentes ociosas, vieja práctica de las empresas transnacionales que fuera denunciada ante los organismos internacionales como una de las manifestaciones fundamentales de la ineficacia del sistema de patentes. La falta de explotación de las patentes se trató de impedir mediante la declaratoria de su caducidad, como fuera el caso de la previsión existente al respecto, en la Ley venezolana (artículo 17, letra “c”); 2.- La posibilidad de otorgar las llamadas “*patentes de mejora de invención*”, que presuponen la existencia de una patente anterior aún no extinguida, esto es, en vigencia; y, 3.- Las urgentes razones de interés público que obliguen al uso inmediato para fines vinculados con el Estado o para fines que interesan al Estado de patentes no caídas en el dominio público.

Ahora bien, tal como se señalara inicialmente, la Sección VII del Capítulo Primero, regula tanto el régimen de las licencias en general, esto es, el régimen de las licencias facultativas o contractuales como el de las licencias obligatorias. Respecto a las licencias obligatorias, se establecen las siguientes reglas: 1º Los supuestos taxativos en los cuales las mismas pueden ser otorgadas. Estos supuestos ya los hemos enunciado pormenorizadamente desarrollando el texto de la Decisión 344; 2º La necesidad de que el procedimiento se efectúe con carácter contradictorio, debiendo iniciarse con la notificación del titular de la patente al cual se le acuerda un lapso de sesenta (60) días hábiles, a partir de la misma para que haga sus alegatos; 3º Se establece la facultad de la oficina nacional competente para fijar el monto de las regalías en base a la amplitud de la explotación y de otros elementos de juicio que el tercer aparte del artículo 43 señala pormenorizadamente; 4º Se señala que a pesar de la reclamación que hiciera alguna de las partes sobre el monto de la compensación establecida, ésta no incidirá sobre la obligación establecida, ni tendrá en general, efectos suspensivos sobre la misma; 5º Se prevé la modificación de las condiciones establecidas en las licencias, tanto a solicitud de titular de la patente, como del licenciataria, cuando así lo exigiesen las nuevas circunstancias sobrevenidas, o bien, cuando el particular hubiese otorgado una nueva licencia en condiciones más favorables; 6º Se determina la obligación del licenciataria de explotar la invención, salvo que se justifique por no hacerlo en base a razones legítimas; 7º Se establecen disposiciones comunes a todas las licencias obligatorias (artículo 49) cualquiera sea su

origen, las cuales son sustancialmente las siguientes: A. Su carácter no exclusivo e intransferible, a menos que la transferencia se realice con la propia empresa y con el consentimiento del titular de la patente; B. Su ámbito que no es otro que abastecer el mercado interno del país concedente y; C. Su carácter revocable a reserva de la debida protección de los intereses del licenciataria, cuando hubiesen cesado las circunstancias que le dieron origen.

Expresado lo anterior, es indudable que es muy poco lo que queda a la regulación de los Países Miembros. Al efecto, en el actual sistema venezolano, además de la disposición genérica del artículo 4º de la Ley de Propiedad Industrial que exige el registro de todas las cesiones de derechos de Propiedad Industrial, para hacerlas oponibles a terceros, la única norma reguladora de las licencias en general y con ello de las licencias obligatorias es el Decreto N° 2887 del 15 de abril de 1993, constitutivo del Reglamento de la Decisión 313, aún vigente. En este Reglamento se establecen, en los artículos 27 al 31, algunas normas sobre las licencias obligatorias que, en una forma u otra, aluden a los procedimientos relativos a la figura mencionada. Así, el artículo 27, precisa la necesidad del solicitante de la licencia obligatoria ante el Registro de la Propiedad Industrial, de demostrar el haber solicitado del titular de la patente una licencia contractual sin haber podido obtenerla en condiciones y plazos razonables. El artículo 28 por su parte, señala como excusas legítimas del titular de la patente de su no explotación, el caso fortuito, la fuerza mayor, o la causa extraña no imputable al mismo. El artículo 29, indica los elementos que debe aportar el solicitante de la licencia obligatoria para fundamentar su pretensión. Señala al efecto que, le corresponde acompañar las pruebas de lo alegado y especificar los medios con que cuente para la producción industrial efectiva de la invención patentada. Señala el indicado artículo 29 que, presentada la solicitud, el Registro de la Propiedad Industrial abrirá un expediente y notificará la solicitud al titular para que le dé contestación en un lapso de dos (2) meses a partir de la notificación. Una vez contestada la solicitud o transcurrido el lapso previsto para ello, se faculta al Registro de la Propiedad Industrial *“para realizar las audiencias que considere necesarias a fin de resolver la concesión de la licencia”* y procederá finalmente, a acordar o denegar la solicitud.

El artículo 30 del Decreto N° 2887 del 15 de abril de 1993, señala que el anterior procedimiento se hará aplicable a las licencias por

dependencia de patentes. El artículo 31, por su parte, alude a las licencias que se otorguen por razones de interés público, en caso de emergencia o de seguridad nacional.

Insistimos en consecuencia, en nuestra afirmación de que es muy poco lo que queda por regular a la legislación nacional en materia de procedimiento para el otorgamiento de las licencias obligatorias.

***7.- Facultad de los Países Miembros de establecer las causas que justifican la falta de explotación de la patente, a los fines de la licencia obligatoria.-***

El artículo 42, primera parte, deja a la legislación de cada País Miembro el señalamiento de las “excusas legítimas” que puede hacer valer el titular de la patente, respecto a la cual se solicita una licencia obligatoria por falta de explotación. Señala así el artículo 42 lo siguiente:

***Artículo 42.- “Vencido el plazo de tres años contados a partir de la concesión de la patente, o de cuatro años contados a partir de la solicitud de la misma, el que resulte mayor, la oficina nacional competente podrá otorgar una licencia obligatoria para la producción industrial del producto objeto de la patente o el uso integral del proceso patentado, a solicitud de cualquier interesado que no haya obtenido una licencia contractual en condiciones razonables, sólo si en el momento de su petición, la patente no se ha explotado en los términos que establecen los artículos 37 y 38 de la presente Decisión, en el País Miembro donde se solicite la licencia, o si la explotación de la invención ha estado suspendida por más de un año.***

***La licencia obligatoria no será concedida si el titular de la patente justifica su inacción con excusas legítimas, incluyendo razones de fuerza mayor o caso fortuito, de acuerdo con las normas internas de cada País Miembro.***

***El titular de la licencia obligatoria deberá pagar al titular de la patente una compensación adecuada.***

***Quien solicite una licencia obligatoria, deberá probar que tiene capacidad técnica y económica para realizar la producción industrial del producto objeto de la patente o el uso integral del proceso patentado”.***

Como puede apreciarse, la legislación comunitaria fija los límites de las razones de justificación del titular de la patente de su no explotación, en razón de lo cual, la legislación nacional sólo podría ejemplificar los supuestos que encajen en el caso fortuito o la fuerza mayor.

***8.- Potestad de consagración de las acciones reivindicatorias e indemnizatorias en materia de patentes.-***

El encabezamiento del artículo 51 de la Decisión 344 establece lo siguiente:

***“El titular o quien se considere con derecho a una patente de conformidad con la presente Decisión, podrá iniciar las acciones reivindicatorias e indemnizatorias que le confiera la legislación nacional del respectivo País Miembro”.***

Este artículo está situado en la Sección VII (“*De la protección legal de la patente*”).

La Ley de Propiedad Industrial venezolana no consagra acciones civiles para la defensa del derecho a la patente, ya que la denominada acción por mejor derecho (artículo 17, letra “a”), efectivamente no beneficia al titular de la patente, sino a los terceros. Ante la anterior situación que contrastaba, por ejemplo, con un sistema como el de la Ley Sobre el Derecho de Autor, consagratorio de específicas acciones civiles para la tutela de los derechos que regula, la doctrina venezolana estimó que en materia de Propiedad Industrial se podía ocurrir a las acciones generales previstas en el Código Civil, por lo cual, tanto la acción reivindicatoria como la indemnizatoria para la protección de las patentes, se sometían a las condiciones y procedimientos de la norma indicada, salvo en lo referente a la prescripción, respecto a la cual, se ajustaba a la temporalidad del acto

administrativo concesorio (10 años máximo). No existe en nuestro sistema, en consecuencia, una normativa específica para la protección civil de las patentes, por lo cual constituye, una novedad absoluta el contenido de la Sección VIII que entre otras cosas, consagra las siguientes acciones: 1º La acción reivindicatoria en beneficio de quien hubiese perdido la propiedad de la patente o se considerase con derecho a su titularidad; 2º La acción indemnizatoria que corresponde al titular de una patente cuyo objeto es utilizado indebidamente por un tercero o al titular de una invención patentada indebidamente a nombre de un tercero; 3º La acción de daños y perjuicios a favor del titular de la patente contra quien hubiese explotado el objeto de la misma, después de la fecha de publicación de la solicitud patente; 4º La acción de infracción por el uso indebido del procedimiento o el producto objeto de la patente.

***9.- Facultad de establecer disposiciones tributarias para el mantenimiento de la vigencia de la patente o del procedimiento para su obtención.-***

El artículo 53 de la Decisión 344 establece:

***“Para mantener vigente la patente o, en su caso, la solicitud de patente en trámite, deberán pagarse las tasas periódicas, de conformidad con las disposiciones de la oficina nacional competente”.***

El artículo que antecede, forma parte de una serie de normas de análoga naturaleza cuya legitimidad en el sistema venezolano es discutible, por cuanto asigna la competencia de fijar las tasas de mantenimiento de las patentes o del procedimiento de las solicitudes a un organismo administrativo, esto es, a la “*oficina nacional competente*” que, de conformidad con la Disposición Final Única, es el “*órgano administrativo encargado de la Propiedad Industrial*”. Si bien es cierto que, de acuerdo con el Decreto N° 2661 del 26 de noviembre de 1992, el Registro de la Propiedad Industrial es un servicio autónomo sin personalidad jurídica, regulado en consecuencia con el Decreto N° 71921 del 31 de octubre de 1991, tales entes no poseen facultad alguna para fijar tasas, función ésta que de conformidad con el artículo 224 de la Constitución, debe ser ejercida mediante Ley formal. En consecuencia, colide la norma atributiva de competencia con el principio de legalidad tributaria.

Este mismo problema se va a plantear con toda su rigidez en el artículo 145, correspondiente al Capítulo VIII (*“Disposiciones Complementarias”*), en el cual se señala lo siguiente:

***“Las oficinas nacionales competentes podrán establecer las tasas que consideren necesarias para la tramitación de los procedimientos a los que hace referencia la presente Decisión”.***

En la norma transcrita se pone de relieve, como se señalara en todas su gravedad, el problema del establecimiento de tasas por parte de organismos administrativos. Estimamos que la solución estará en la Ley que fije específicamente las tasas derivadas de los servicios de propiedad industrial, facultando al Ejecutivo para sus aumentos en la proporción que la misma Ley contemple, de acuerdo con el proceso inflacionario (Reglamento habilitado o por habilitación). En todo caso, según el sistema venezolano no podría ser el organismo administrativo, el que fije las tasas por sí mismo, ni aún cuando opere mediante la figura de un instituto autónomo o de un servicio autónomo sin personalidad jurídica como lo es actualmente sino que, su determinación siempre ha de ser por vía legal, pudiendo el Ejecutivo Nacional por reglamento habilitado (Presidente de la República en Consejo de Ministros) señalar las variaciones.

***10.- Facultad de establecer la caducidad del registro de una marca por falta de pago de las tasas.-***

La caducidad del registro de las marcas opera, según la Decisión 344, por la ausencia de la solicitud de renovación dentro del período legal, incluido el de gracia. Igualmente está previsto en el artículo 114, único aparte, la caducidad por falta de pago de las tasas *“en los términos que acuerde la legislación nacional del País Miembro”*. Esta norma está ratificada en lo dispuesto en el artículo 99 de la Decisión 344, que establece lo siguiente:

***“La renovación de una marca deberá solicitarse ante la oficina nacional competente, dentro de los seis meses anteriores a la expiración del registro. No obstante, el titular***

*de la marca gozará de un plazo de gracia de seis meses contados a partir de la fecha de vencimiento de registro, para solicitar su renovación acompañando los comprobantes de pagos respectivos, si así lo disponen las legislaciones internas de los Países Miembros. Durante el plazo referido, el registro de marca o solicitud en trámite, mantendrán su plena vigencia.*

*La renovación no exigirá la prueba de uso de la marca y se otorgará de manera automática, en los mismos términos del registro de cuyo vencimiento se trata. Ello no obsta, sin embargo, el derecho del titular a renunciar posteriormente aparte o a la totalidad de los productos o servicios amparados por dicha marca”.*

La misma facultad es mencionada en el artículo 141 en materia de denominaciones de origen. De allí que, la facultad expuesta se vincula a la antes analizada de establecer las tasas de servicio, sólo que en la norma transcrita, la misma es asignada genéricamente a la “legislación” del País Miembro, lo cual no plantea los problemas anotados respecto a la reserva legal.

#### *11.- Facultad de determinación del régimen de los lemas comerciales.-*

Los lemas comerciales son las palabras, frases o leyendas utilizadas como complemento de una marca. Se trata en consecuencia, de marcas accesorias. Según el artículo 118 de la Decisión 344, los Países Miembros podrán registrar como marcas los lemas comerciales, de conformidad con sus respectivas legislaciones nacionales. Debe señalarse que la Sección VIII del Capítulo Quinto (“*De las marcas*”) regula a los lemas comerciales con mayor amplitud que la escueta disposición contenida en la Ley venezolana, ya que indica lo siguiente: 1º El concepto de lema comercial como marca accesoria; 2º La necesidad de que la solicitud de registro especifique la marca solicitada o registrada con la cual el lema ha de usarse; 3º La prohibición de registro de lemas comerciales “*que contengan alusiones a productos o marcas similares o expresiones que puedan perjudicar a dichos productos o marcas*”; 4º La naturaleza accesoria del lema comercial que se revela en la necesidad de que su transferencia se efectúe conjuntamente con la marca al cual se asocia y el hecho de que su

vigencia depende del signo principal; y, 5º La aplicación supletoria del régimen de las marcas en general a los lemas comerciales.

***12.- Facultad de regulación de los requisitos de las solicitudes de registro de las marcas colectivas.-***

Las marcas colectivas son definidas por el artículo 123 de la Decisión 344, como aquéllas que sirven para distinguir el origen o cualquier otra característica común de los productos o de los servicios de empresas diferentes que utilizan la marca bajo el control del titular.

Según el artículo 125 de la Decisión 344:

***“La solicitud de registro deberá indicar que se trata de una marca colectiva e ir acompañada de:***

*a) Copia de los estatutos de la asociación, organización o grupo de personas que solicite el registro de la marca colectiva;*

*b) Copia de las reglas que el peticionario de la marca colectiva utiliza para el control de los productos o servicios;*

*c) La indicación de las condiciones y la forma cómo la marca colectiva debe utilizarse en los mismos;*

*d) Los demás requisitos que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros”:*

La Ley de Propiedad Industrial venezolana nada contempla sobre las marcas colectivas; pero, el Decreto N° 2887 del 15 de abril de 1993 (Reglamento de la Decisión 313), sí alude a las mismas, señalando que en su solicitud *“deberán incluirse dos ejemplares del Reglamento de uso y copia certificada del documento constitutivo de la asociación o sociedad, según lo exigido por la normativa aplicable a cada caso”* (artículo 42, único aparte). Lo anterior nada agrega de nuevo a las exigencias de la Decisión 344. En Venezuela falta experiencia en materia de esta institución, en razón de lo cual, no ha existido hasta ahora, necesidad de regular su régimen. No podemos menos que señalar que, en el anteproyecto de la

Ley de Propiedad Industrial que preparamos en el año de 1984, bajo los auspicios del Registro de Propiedad Industrial y la Oficina Mundial de Propiedad Industrial, dedicamos todo un Capítulo a la regulación de las marcas colectivas (arts. 262 a 273).

***13.- Facultad de regulación de los nombres comerciales.-***

El artículo 128 de la Decisión establece:

***“El nombre comercial será protegido por los Países Miembros sin obligación de depósito o de registro. En caso de que la legislación interna contemple un sistema de registro se aplicarán las normas pertinentes del Capítulo sobre Marcas de la presente decisión, así como la reglamentación que para tal efecto establezca el respectivo País Miembro”.***

Esta norma nos plantea la posibilidad de eliminar el registro de las denominaciones comerciales, lo cual resolvería el problema de la coexistencia del mismo, otorgado por el Registro de la Propiedad Industrial, con los correspondientes registros mercantiles, que es uno de los más graves que confronta la materia.

***14.- Facultad de regulación de los requisitos específicos para el registro de las denominaciones de origen.-***

El artículo 129 de la Decisión 344 define a las denominaciones de origen en la siguiente forma:

***“Se entenderá por Denominación de Origen, una indicación geográfica constituida por la denominación de un país, de una región o de un lugar determinado, o constituida por una denominación que sin ser la de un país, una región o un lugar determinado se refiere a un área geográfica determinada, utilizada para designar un producto originario de ellos y cuyas cualidades o características se deben***

*exclusiva o esencialmente al medio geográfico en el cual se produce, incluidos los factores naturales y humanos”.*

Por su parte, el artículo 135 de la Decisión 344 al señalar el procedimiento para el registro de las denominaciones de origen, indica:

*“Admitida la solicitud, la oficina nacional competente analizará, dentro de los treinta días hábiles siguientes, si cumple con los requisitos previstos en el presente Capítulo y con aquellos establecidos por las legislaciones internas de los Países Miembros, siguiendo posteriormente el procedimiento relativo a publicación de la solicitud y presentación de las observaciones previsto para el registro de marcas de la presente Decisión”.*

La legislación venezolana nada establece hasta ahora, sobre la protección de las denominaciones de origen, salvo las prohibiciones de registro como marca de las que pueden crear confusión sobre el origen geográfico de los productos.

#### *15.- Régimen de los recursos administrativos en materia de denominaciones de origen.-*

El artículo 136 de la Decisión 344 establece:

*“La vigencia de la declaración que confiera derechos exclusivos de utilización de una denominación de origen, estará determinada por la subsistencia de las condiciones que la motivaron, a juicio de la oficina nacional competente, la cual podrá declarar el término de su vigencia si dichas condiciones no se han mantenido. No obstante, los interesados podrán solicitarla nuevamente cuando consideren que se han restituido las condiciones para su protección, sin perjuicio de los recursos administrativos en las legislaciones internas de cada País Miembro”.*

La norma anterior plantea la duda de si podrá o no aplicarse el régimen general de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos a la materia.

### III. LOS SIGNOS DISTINTIVOS EN LA DECISIÓN 344

La Decisión 344 no ubica a las “marcas” dentro de su noción genérica de signos distintivos sino que directamente las trata como una categoría independiente y autónoma en el Capítulo V que se subdivide en nueve (9) Secciones, que desarrollan la materia en la siguiente forma: requisitos para el registro (Sección Primera); procedimiento de registro (Sección Segunda); derechos conferidos por la marca (Sección Tercera); cancelación de registro (Sección Cuarta); nulidad de registro (Sección Quinta); caducidad del registro (Sección Sexta); licencias y transferencias comerciales (Sección Séptima); lemas comerciales (Sección Octava); y, marcas colectivas (Sección Novena).

Como puede apreciarse, el mencionado Capítulo V de la decisión 344, alude tan sólo a las *marcas individuales*, salvo la última Sección (Sección Novena) que alude a las marcas colectivas.

El Capítulo VI regula el nombre comercial y el Capítulo VII las denominaciones de origen.

De esta sistemática precedentemente expuesta, podemos puntualizar los siguientes aspectos del régimen de las marcas en la Decisión 344.

1º El legislador no concibió la figura genérica de “*signos distintivos*” de la cual pudiesen derivar las especies de marcas individuales; marcas colectivas, marcas principales; marcas accesorias; marcas de productos y servicios y, marcas de establecimiento, sino que el término “*marca*” es el que constituye el género que comprende a las marcas individuales (de producto y de servicio), a los lemas comerciales y a las marcas colectivas.

2º En una primera sección se contemplan las condiciones para el registro de las marcas; el procedimiento para su obtención; el contenido del derecho acordado por el registro; la extinción del registro (cancelación del registro, nulidad y caducidad); y, el régimen de transferencia de las marcas.

3º Además de los puntos precedentemente indicados alusivos al otorgamiento del registro y a las causas de su extinción, se contemplan dos (2) sub-especies particulares de marcas, al efecto, una marca accesoría:

el lema comercial y una marca con características particulares debido a la pluralidad de su titularidad, que es la marca colectiva.

4° El nombre comercial no se encuentra englobado en el Capítulo correspondiente a las marcas en general, sino en uno especial, como si lo está en el sistema venezolano que lo regula bajo la designación de “*Denominación Comercial*”;

5° Las denominaciones de origen no están incluidas como una especie del género constituido por las marcas colectivas sino que tienen su régimen propio.

Planteado este esquema general, veamos el sistema de las marcas en la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

#### CONCEPTO DE MARCA

El artículo 81 de la Decisión 344 define a la marca en la siguiente forma:

***“Se entenderá por marca todo signo perceptible capaz de distinguir en el mercado los productos y servicios producidos o comercializados por una persona de los productos o servicios idénticos o similares de otra persona”.***

Las características de todas las marcas como signos distintivos son en consecuencia las siguientes:

- 1.- Debe ser un signo *perceptible por los sentidos*;
- 2.- Suficientemente *distintivo*;
- 3.- *Susceptible de representación gráfica*;
4. Su objeto es distinguir servicios o productos;
- 5.- El titular es el productor o el comerciante.

El desarrollo de las anteriores características nos revela lo siguiente:

1.- La marca *es un signo perceptible por los sentidos*, pero en forma tal que pueda tener una representación gráfica.

De allí que en el régimen de la Decisión 344 las *marcas sonoras* son admisibles siempre y cuando puedan representarse mediante notas musicales, esto es, ser reproducidas en el pentagrama. En este mismo orden de ideas, no serían marcas los signos olfativos o sensoriales por cuanto si bien, es posible describir a los elementos que los integran, no son susceptibles de transcribirse gráficamente, a los fines del usuario o destinatario de las mismas.

No puede menos que recordarse que originalmente a las marcas se les tenía tan solo como signos *denominativos*, esto es, constituían el nombre o designación que se le daba al producto o servicio o al establecimiento al cual se destinaban, bien tuviesen un significado concreto o bien fuesen “signos de fantasía”, es decir, sin ningún valor semántico preciso. Posteriormente, se admitió como marca a cualquier expresión gráfica, por lo cual, no sólo los nombres, sino también cualquier signo susceptible de representación podía constituir una marca, admitiéndose posteriormente las formas mixtas de marcas denominativas que a la vez presentaban un elemento gráfico emblemático. De allí que, la marca con tal ampliación pasó de ser un signo exclusivamente denominativo a un elemento de captación visual.

La proliferación de productos y las necesidades de la competencia obligan a crear nuevos y más variados signos que, lentamente son admitidos como tales por la doctrina y la jurisprudencia. Tal es el caso de las marcas auditivas o sonoras, integradas esencialmente por un sonido musical; pero se llega incluso a las marcas olfativas a las cuales hiciéramos antes referencia. En los Estados Unidos de América en 1990, la oficina de Patentes y Marcas (Trade Mark Trial and Appeal Board- TTAB) admitió como marca el aroma de un producto, como fue el caso de los hilos de coser y bordar perfumados “Celia Clarke”.

Hoy en día, la tendencia es la de ampliar la noción a todos los signos perceptibles por los sentidos por lo cual puede hablarse de “*marcas sensoriales*”

2.- La segunda característica de las marcas en la Decisión 344 es su *carácter distintivo*, lo cual significa que la marca no pueda estar constituida por las denominaciones o forma con las cuales se designa usualmente el producto o el servicio al cual se destina. Es decir, la marca genérica, o lo que es lo mismo, la designación usual o técnica del artículo, no es idónea para constituir un signo distintivo. De allí que, se prohíbe el registro como marca de los siguientes elementos:

A) De la forma usual de los productos o de sus envases y de las estructuras o características impuestas por la naturaleza a la función del producto o servicio. Respecto a los envases, no puede menos que recordarse que las “*marcas envases*” han sido admitidas por algunas legislaciones, como la ley francesa del 23 de junio de 1857, en la cual se aludía a los “*envoltorios*” y, posteriormente, las del 31 de diciembre de 1964 y 4 de enero de 1991, que expresamente menciona a los “*envases*”. La legislación del Mercado Común (artículo 2º de la Primera Directiva del Consejo del 12 de diciembre de 1988) relativa a la aproximación de los Estados Miembros en materia de marcas y el artículo 4 del Reglamento de la Comunidad Europea N° 40-90 del Consejo del 20 de diciembre de 1993 sobre la marca comunitaria, aceptaron la marca tridimensional con restricciones.

B) De las marcas que consistan exclusivamente en una indicación que esté destinada en el comercio a designar o describir la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, el lugar de origen, la época de producción u otros datos, así como las características o informaciones de los productos o de los servicios para los cuales ha de usarse.

C) De los signos que consistan exclusivamente en una designación o indicación que, en el lenguaje corriente, o en el uso comercial del país, sea el nombre común o usual de los productos o servicios de que se trate; y,

D) De las que consistan en un color, aisladamente considerado, que no se encuentre delimitado por una forma específica.

Debe señalarse sin embargo que, a pesar de ser reacia a admitir la marca constituida por un color; sin embargo, la jurisprudencia de los

Estados Unidos de América, lo hizo en 1985 en el caso “Im re Owens Corning Fiberglasses (222 USPQ 417)”, en el cual el Tribunal de Apelación del Circuito Federal, reconoció el derecho a registrar el color rosado como marca del material aislante vendido por la compañía solicitante del signo.

3.- Las marcas deben ser *originales* en el sentido de que deben tener el poder de distinguirse de las que existan ya en el comercio para distinguir los mismo o semejante productos o servicios.

4.- El objeto de la marca son los productos o servicios, lo cual excluye, conceptualmente, sin que tal exclusión sea atenuada por ninguna norma, a las *marcas de excepción* (que nuestra vigente Ley de Propiedad Industrial prevé en su artículo 28) y, específicamente al “*nombre de arte*”. Este último es el nombre con el cual los artistas se presentan al público, bien se trate de individualidades o de grupos y, en el primer caso de su apelativo auténtico o de fantasía.

5.- El titular de la marca puede ser tanto el productor como el comerciante y por ello se ratifica la exclusión del registro de los signos de excepción por cuanto los mismos pueden pertenecer a cualquier interesado en obtener un derecho de exclusividad, aunque su interés no sea comercial.

Además de los anteriores requisitos, se exige a las marcas *no violar una disposición prohibitiva de la ley*, lo que las convertiría en marcas prohibidas que serán objeto del examen que haremos a continuación.

#### MARCAS PROHIBIDAS

No basta con que una marca tenga las características señaladas para que sea susceptible de registro, sino que es necesario que no se encuentre en una disposición expresa de Ley, porque de hacerlo, se convertiría en una marca prohibida. *Generalmente las prohibiciones están destinadas a impedir que se violen las funciones que la marca posee en el mercado y que son las siguientes:* 1. La función de identificación; 2. La función de la determinación de la procedencia empresarial, fundamentalmente, de la industrial; 3. La función de indicador de procedencia geográfica; 4. La función de propaganda o de presentación del producto a los fines de atraer a la clientela; 5. La función de garantía; 6. La función de indicador de

calidad; y, 7. La conservación de la fe pública que el signo intrínsecamente posee al evocar de inmediato en la mente del consumidor los orígenes del bien que la marca identifica.

De allí que, se entiende como *marca prohibida* a aquella cuyo uso es entredicho por el texto expreso de la Decisión, lo cual deriva de dos elementos fundamentales: 1º Por carecer de valor distintivo, supuesto que alude a la *novedad* del signo que no es otra cosa que su abstracta capacidad distintiva; 2º Porque sin faltarle las características esenciales para constituir marcas; sin embargo, no puede admitirse su uso porque se preste a confusión con otros signos precedentemente registrados (supuesto que alude a la *originalidad*, esto es, a su fuerza distintiva relativa, porque se refiere a su capacidad individualizadora en relación con otros signos).

Las prohibiciones del primer grupo están contenidas en el artículo 82 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y aluden a los siguientes supuestos: 1.- A las formas genéricas de los productos y de sus envases. Esto es, las que fueron impuestas por la naturaleza o determinadas por la función del producto o del servicio al cual la marca se destina (letra "b" del artículo 82). Nótese que la forma usual del producto no puede constituir la marca de ese producto; pero se plantea la duda de si pudiera constituirse en la marca de un producto diferente. ¿Puede considerarse genérica la representación de un morral para distinguir un servicio de correo? De acuerdo con la noción antes expresada sí, por cuanto el morral es el signo de una valija, esto es, de un receptáculo en el cual se trasladan objetos, lo cual se identifica con el medio tradicional con el cual se transporta la correspondencia a través del servicio aludido. Ahora bien, un morral sí podría ser el signo distintivo de un blue jeans, esto es, de esa prenda de vestir usual de nuestra época que se consideró la indumentaria por antonomasia de los vaqueros tejanos. El morral para distinguir el pantalón rústico puede ser evocativo de la actividad trashumante del portador; pero ello no lo identifica con el objeto específico del signo, por lo cual a pesar de ser una forma conocida; sin embargo, puede servir de marca.

De allí que, un signo es genérico sólo en relación con el producto concreto o individualizado a los cuales alude, por lo cual puede no serlo respecto a otros artículos de uso o consumo.

En relación con los *envases*, ya hemos señalado que algunas antiguas legislaciones los admitieron como marca en forma expresa y, recientemente, legislaciones como el Reglamento de la Comunidad Europea N° 4090 del 20 de febrero de 1993, los reconocen como marcas tridimensionales.

El problema de las *marcas tridimensionales* es muy complejo, sobre todo por lo que atañe a las botellas o recipientes que pueden tener una forma suficientemente característica como para independizarse del continente. Cabe recordar el caso del envase original de la Coca-Cola, suficiente por sí solo para evocar el producto. Algunos recipientes de líquidos plantean formas novedosas como es el caso de la botella del whisky Dimple Tres Filos, que incluso presenta un aspecto novedoso, por lo que respecta a su estabilidad. Algunas botellas de licores aluden a la marca denominativa del artículo como es el caso de las que representan frailes, pinos, velas, cisnes, etc. No puede negarse a priori la novedad de tales formas, por lo cual nos parece que la tajante denegación de su registrabilidad por parte de la letra “b” del artículo 82 es excesivamente severa cuando señala: *“No podrán registrarse como marcas los signos que: B) consistan en formas usuales de los productos o de sus envases, o en formas o características impuestas por la naturaleza de la función de dicho producto o del servicio de que se trate”*. Creemos que la interpretación de esta norma no puede ser en el sentido de prohibir la marca-envase, cuando el recipiente sea suficientemente característico.

Aludiendo a las funciones de la marca, podemos clasificar las prohibiciones a través de las cuales se las protegen en la siguiente forma:

1.- *Marcas carentes de función distintiva*: Este grupo está integrado por los siguientes supuestos:

1° *Marcas Genéricas*: Esto es, las que aluden al nombre, forma o característica esencial del producto. Dentro de esta categoría, podemos incluir los siguientes ordinales del artículo 82 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena:

A) *El nombre de la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, el lugar de origen, la época de producción “u otros datos, características o informaciones de los productos o de los servicios para los cuales ha de usarse”* (letra “d” del artículo 82).

ntid

**B) Marcas vulgarizadas:** Constituidas por los signos que, si bien originariamente poseían fuerza distintiva; sin embargo, en virtud de los fenómenos de la evolución del lenguaje dejaron de ser elementos distintivos de productos o servicios específicos para las cuales fueron creadas u originalmente utilizadas, para convertirse en la denominación usual de los mismos. (Este tema lo he tratado ampliamente en una monografía titulada *“La vulgarización de la marca”*, en *“Estudios de Derecho Industrial”*, Ediciones de la UCV, Caracas, 1965, pág. 119). La letra “e” del artículo 82 alude a las marcas vulgarizadas en la siguiente forma: *“No podrán registrarse como marcas los signos que: E) Consistan exclusivamente en un signo o indicación que, en el lenguaje corriente o en el uso comercial del país, sea una designación común o usual de los productos o servicios de que se trate”*;

**C) El color como marca aisladamente considerado, sin que se encuentre delimitado por una forma específica.**

**2º Marcas de Forma:** Como señaláramos precedentemente, la forma usual del producto o de sus envases no es admitido como marca. La letra “b” del artículo 82 señala al efecto que: *“No podrán registrarse como marcas los signos que: b) Consistan en formas usuales de los productos o de sus envases, o en formas o características impuestas por la naturaleza de la función de dicho producto o del servicio de que se trate”*. Ahora bien, como lo señaláramos, si el recipiente posee una forma característica por sí mismo, a nuestro juicio no es aplicable la norma transcrita.

**3º Marcas Funcionales:** La marca funcional sería aquella constituida por el uso como signo distintivo de un elemento que aporte una ventaja utilitaria o técnica al producto o al servicio al cual se aplica. La funcionalidad que una creación inmaterial le otorgue a un artículo o servicio, puede ser objeto de protección mediante una patente de invención o un modelo de utilidad, pero no puede constituir el signo distintivo del producto o servicio. Pongamos el caso de un teléfono concebido en forma tal que se adhiera simultáneamente a las orejas y a la boca del usuario. Se trata de un aditamento técnico que mejora la utilización del aparato telefónico, por cuanto permite que la misma se realice, sin que sea menester usar las manos para sostenerlo. Esta representación de la funcionalidad no

puede constituir una marca, pero sí, como se dijera, ser el objeto de derecho de exclusividad de otra índole de creaciones inmateriales.

**4º Marcas Engañosas:** Se trata de la prohibición de uso y registro de las marcas que puedan inducir a error sobre los siguientes elementos: A) Sobre la procedencia industrial o geográfica del producto; B) Sobre la naturaleza del artículo que se ofrece a los medios comerciales o al público; C) Sobre el modo de fabricación; D) Sobre las características o cualidades de los productos o servicios; E) Sobre la aptitud para el empleo de los productos o servicios (letra “h” del artículo 82).

**5º Reproducción o imitación de denominaciones geográficas registradas:** Se tipifican en este supuesto las marcas consistentes en una denominación “...geográfica nacional o extranjera susceptible de inducir a confusión respecto a los productos o servicios a los cuales se aplique; o, que en su empleo, puedan inducir al público a error con respecto al origen, procedencia, cualidades o características de los bienes para los cuales se usan las marcas” (letra “i” del artículo 82).

**6º Marcas contrarias al orden público:** Se encuentran en tal supuesto, las marcas contrarias a la ley, a la moral y a las buenas costumbres (letra “g” del artículo 82).

**7º Reproducción de signos de Estados u Organizaciones Internacionales:** Este supuesto está recogido en la letra “j” del artículo 82 que prohíbe a las marcas que: “Reproduzcan o imiten el nombre, los escudos de armas; banderas y otros emblemas; siglas; o, denominaciones o abreviaciones de denominaciones de cualquier Estado o de cualquier Organización Internacional, que sean reconocidos oficialmente, sin permiso de la autoridad competente del Estado o de la Organización Internacional de que se trate. En todo caso, dichos signos solamente podrán registrarse cuando constituyan un elemento accesorio del distintivo principal”;

**8º Signos alusivos a la conformidad del producto con normas técnicas:** La prohibición, sin embargo, deja a salvo que se trate de las marcas cuyo uso es otorgado por un organismo público establecedor o contralor de normas técnicas. Este otorgamiento garantiza que el objeto del signo ha cumplido con determinados requisitos. Recordemos el caso

en Venezuela de NORVEN alusivo a una marca oficial de control de calidad.

**9° Reproducciones de títulos valores, dinero de curso legal, sellos, estampillas, timbres o especies fiscales en general.** (Letra “1” del artículo 82). Obviamente la prohibición desaparece si se trata de la utilización de tales signos como simples elementos de una marca compleja, en la cual no tengan una participación relevante, sino que se diluyan en el efecto de conjunto.

**10° Denominaciones de variedades vegetales.** (Letra “m” del artículo 82). Estas denominaciones están protegidas en forma expresa por un régimen especial.

Como puede verse, las marcas prohibidas que se enumeraron lo son esencialmente por la carencia de fuerza distintiva intrínseca. Ahora bien, es posible que una marca posea fuerza distintiva (novedad) pero que al mismo tiempo colida con registros anteriores. La Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena dedica un artículo de gran extensión al enunciado de estas marcas prohibidas por lesionar el derecho de terceros, el cual desarrolla los siguientes supuestos:

1° Marcas que pueden confundirse con otras registradas para los mismos productos o en circunstancias en que se pueda inducir al público en error;

2° Marcas que presentan confundibilidad con los nombres comerciales;

3° Marcas que presentan confundibilidad con un lema comercial registrado;

4° Marcas que presentan confusión con marcas notorias. La Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena presenta una específica regulación sobre las marcas notorias a la cual aludiremos en detalle;

5° Marcas constituidas por nombres, pseudónimos, por la firma, la caricatura o el retrato de un tercero. Es este el supuesto contemplado en la

letra “f” del artículo 83 que permite, sin embargo, el registro de la marca si existe el consentimiento de la persona o de su herederos;

6º Finalmente, los títulos de obras sometidas al Derecho de Autor y los personajes ficticios o simbólicos sobre los cuales un tercero detente derecho de autor.

#### IV. EXAMEN COMPARATIVO DEL RÉGIMEN DE LAS MARCAS EN LA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y EN LA DECISIÓN 344 DE LA COMISIÓN DEL ACUERDO DE CARTAGENA

##### 1.- DENOMINACIÓN Y TIPOLOGÍA.-

**Ley de Propiedad Industrial:** El Capítulo V las denomina “*marcas comerciales*” y las considera como un género que comprende: A.- La marca industrial; B.- La marca comercial; C.- La marca de agricultura; D.- Las denominaciones comerciales; E.- Los lemas comerciales; y, F.- Las marcas registradas por vía de excepción (artículo 28).

**Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena:** Las denomina “*marcas*” lo cual engloba a todos los signos distintivos de los productos y los servicios. Admite el registro de los lemas comerciales pero los deja a la legislación nacional. Prevé igualmente las marcas colectivas, el nombre comercial y las denominaciones de origen pero las somete a un régimen distinto del de la marca de productos o servicios.

##### 2.- DEFINICIÓN.-

**Ley de Propiedad Industrial:** “...*Todo signo, figura, dibujo, palabra o combinación de palabras, leyenda o cualquier otra señal que revista novedad, usados por una persona natural o jurídica para distinguir los artículos que produce, aquellos con los cuales comercia o su propia empresa*” (artículo 27).

**Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena:** “*Los signos perceptibles que sean suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica para distinguir productos o servicios idénticos o similares de otra persona*” (artículo 81).

3.- CARACTERÍSTICAS ESENCIALES.-

**Ley de Propiedad Industrial:** Signo Novedoso.

**Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena:**

1. Signo perceptible sensorialmente;
2. Novedoso;
3. Susceptible de representación gráfica.

4.- DURACIÓN DEL REGISTRO.-

**Ley de Propiedad Industrial:** 15 años a partir de la fecha del registro. Renovable sucesivamente por igual término.

**Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena:** 10 años a partir de la concesión. Renovable por períodos sucesivos de igual término.

5.- RENOVACIÓN.-

**Ley de Propiedad Industrial:** Solicitud en los seis (6) meses anteriores a la expiración de cada período (artículo 31). Período de renovación, corre a partir del vencimiento del período anterior.

**Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena:** Seis (6) meses antes de la expiración del registro. Plazo de gracia de seis (6) meses desde el vencimiento si se acompañan comprobantes de pago.

6.- NATURALEZA DE LA RENOVACIÓN.-

**Ley de Propiedad Industrial:** El Decreto N° 2887 del 15 de abril de 1993, que es el Reglamento de la Decisión 313, establece que la renovación tendrá "*las mismas formalidades del registro de las marcas*". La Ley de Propiedad Industrial, por su parte, señala en su artículo 87 que la renovación procederá "*con las mismas formalidades del registro primitivo*", salvo por lo que atañe a las publicaciones que se omitirán. Ahora bien, al omitirse la publicación, ello implica la imposibilidad de los eventuales interesados de hacer oposición.

**Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena:** Es automática. No exige prueba de uso. Se otorgan los mismos términos del registro vencido, salvo la renuncia parcial del titular. No se admiten oposiciones de terceros.

#### 7.- NACIMIENTO DEL DERECHO.-

**Ley de Propiedad Industrial:** El uso y el registro, son los que determinan el nacimiento del derecho, pero transcurridos dos (2) años del registro, no podrá hacerse valer el uso por parte de un tercero.

**Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena:** El derecho se adquiere sólo por el registro. Ahora bien, el artículo 105 prevé el uso previo pero lo condiciona a que sea: a) Un uso de Buena Fe; b) Que no constituya uso a título de marca. Igualmente prevé que sin consentimiento del titular, los terceros puedan utilizar en el mercado un signo en los casos siguientes: 1) Cuando sea su propio nombre, domicilio o seudónimo; 2) Si es el uso de nombre geográfico; 3) Cualquier indicación relativa a la especie, calidad, cantidad, destino, valor, de origen o época de producción de productos o de prestación de servicios. En tales casos, el uso es posible pero sólo con fines de información y siempre que no se induzca al público a error sobre la procedencia de productos o servicios.

#### 8.- NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO.-

**Ley de Propiedad Industrial:** Examen de novedad con llamamiento a oposiciones.

**Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena:** Examen de forma con llamamiento a oposiciones. Examen de fondo.

#### 9.- CONTENIDO DEL DERECHO.-

**Ley de Propiedad Industrial:**

A.- Derecho al uso exclusivo;

B.- No han sido previstas acciones civiles para la protección del

derecho en la ley especial, pero sí acciones penales (artículos 99, 100, 102, ordinales 2º, 3º y 4º)

***Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena:***

- A.- Derecho al uso exclusivo;
- B.- Acción para actuar contra cualquier tercero que:
  - 1) Use la marca o signo semejante que induzca al error;
  - 2) Venda, ofrezca, almacene o introduzca en el comercio, productos o servicios con la marca;
  - 3) Importe o exporte productos distinguidos con la marca;
  - 4) Use un signo idéntico o similar para los productos o servicios distintos, pero en forma que induzcan al público a error, o confusión o, implique la “dilusión” de la fuerza distintiva;
  - 5) Cualquier actuación asimilable a las anteriores.

***10.- Uso de la marca por parte de terceros.-***

***Ley de Propiedad Industrial:*** No es posible el uso de la marca por parte de terceros a menos que hayan obtenido una licencia. Se observa que la licencia de uso no está expresamente prevista en la Ley de Propiedad Industrial; pero su admisión deriva de la aplicación de las reglas del sistema jurídico en general.

***Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena:*** Los terceros de buena fe, pueden utilizar la marca sin el consentimiento del titular cuando: A.- No se utilice como marca; B.- Está constituida por su propio nombre; C.- Sea un nombre geográfico; D.- Sea una indicación genérica de sus productos.

***11.- Derechos expresamente excluidos del titular de la marca.-***

***Ley de Propiedad Industrial:***

A.- Extender el uso a productos, actividades o empresas ajenas al registro (artículo 32);

B.- El uso de la marca sin tener el registro o el indicar que está registrado sin que ello sea cierto;

C.- Mantener como válido un registro fenecido.

***Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena:***

A.- El titular no puede prohibir a un tercero, el uso de la marca para anunciar la existencia o disponibilidad de productos o servicios legítimamente marcados, para indicar la compatibilidad o adecuación de piezas de recambio o de accesorios utilizables con los productos de la marca registrada, siempre que tal uso sea de buena fe, se limite a informar al público y no induzca a error sobre el origen de los productos;

B.- Prohibir a un tercero el uso de una marca sobre productos introducidos lícitamente en el comercio nacional.

***12.- Concepto de Explotación de la Marca.-***

***Ley de Propiedad Industrial:*** La Ley no contempla una noción expresa. Sólo la letra “d” del artículo 36 alude a la “*falta de uso de la marca durante dos (2) años consecutivos*”, lo cual configura causal de caducidad que deja sin efecto el registro.

***Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena:*** El artículo 108 establece la cancelación de registro por falta de utilización de la marca en al menos uno de los países miembros, por su titular o el licenciatario de éste, durante los tres (3) años consecutivos precedentes a la fecha en que se inicia la acción de cancelación. La cancelación también opera como defensa en un procedimiento de infracción o de nulidad.

El artículo 110 define la explotación (uso de la marca) en la siguiente forma: “...*cuando los productos o servicios que ella distingue han sido puestos en el comercio o se encuentran disponibles en el mercado bajo esa marca en la cantidad y en el modo que normalmente corresponde, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos o servicios y las modalidades bajo las cuales se efectúa su comercialización en el mercado*”.

### **13.- Carga de la prueba de la falta de explotación.-**

**Ley de Propiedad Industrial:** La Ley venezolana nada establece sobre la falta de uso, por lo cual lo deja librado a la regla general relativa a la carga de la prueba en virtud de lo cual el que alega un hecho debe probarlo. La dificultad de la prueba para el solicitante de la caducidad radica en que debe probar un hecho negativo: el no uso.

**Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena:** Invierte la carga de la prueba al establecer el artículo 108 en su antepenúltimo aparte que “*la prueba del uso de la marca corresponderá al titular del registro*”, agregando que “*el registro no podrá cancelarse cuando el titular demuestre que la falta de uso se debió a fuerza mayor, casofortuito o restricciones a las importaciones u otros requisitos oficiales impuestos a los bienes y servicios protegidos por la marca*”.

### **14.- Causas de extinción de la marca.-**

**Ley de Propiedad Industrial:** La Ley de Propiedad Industrial prevé como causa de extinción del registro sobre la marca:

- A) La renuncia del interesado;
- B) No presentación de solicitud de renovación dentro de los seis (6) meses anteriores a la expiración del período;
- C) Sentencia declarativa de nulidad por mejor derecho de un tercero (la acción se extingue a los dos años a partir del registro);
- D) Declaratoria con lugar del recurso de nulidad de registro; y,
- E) Caducidad por falta de uso durante dos (2) años.

**Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena:** Distingue entre: la cancelación de registro; la nulidad de registro; y, la caducidad del registro.

A) **La cancelación** deriva de la solicitud de un tercero interesado que alegue la falta de uso de la marca;

B) **La nulidad del registro** es acordada de oficio o a petición de parte en los siguientes casos:

B.1.- Registro concedido en contravención de las normas de la Decisión;

B.2.- Registro otorgado en base a documentos falsos;

B.3.- Registro obtenido de mala fe.

C) **La caducidad** del registro se considera que deriva de la falta de renovación, y de la falta de pago de las tasas.

### ***La influencia del Régimen Comunitario en el Sistema Marcario***

#### **1.- *Derecho de prioridad:***

1.1.- ***Cubre:*** - Países del Acuerdo de Cartagena;

- Países que acuerdan trato recíproco a los Miembros del Acuerdo.

1.2.- ***Lapso:*** Seis (6) meses de la presentación de la solicitud.

2.- ***Introducción lícita de productos:*** Artículo 106.

3.- ***Coexistencia de marcas idénticas o similares a favor de titulares diferentes:*** Se prohíbe su comercialización, salvo acuerdo de las partes, que debe ser registrado y señalar el origen del producto (artículo 107).

4.- ***Importación de productos de la misma marca si no está siendo utilizada.***

#### **V. RÉGIMEN DE LAS MARCAS NOTORIAMENTE CONOCIDAS.-**

Las marcas notoriamente conocidas no eran protegidas como tales en la Ley de Propiedad Industrial venezolana ni en ningún otro texto del derecho positivo nacional, La Decisión 313 sí estableció su protección

mediante la prohibición de su registro por parte de un tercero (artículo 72, letra «d») en el cual se señalaba lo siguiente:

***«Artículo 73: Asimismo, no podrán registrarse como marcas aquellos signos que en relación a terceros, presenten algunos de los siguientes impedimentos: (Omissis)***

***d) Constituyan la reproducción, la imitación, la traducción o la transcripción, total o parcial, de un signo distintivo notoriamente conocido en el país en el que se solicita el registro o en el comercio subregional, o internacional sujeto a reciprocidad; por los sectores interesados y que pertenezca a un tercero. Dicha prohibición será aplicable, con independencia de la clase, tanto en los casos en los que el uso del signo se destine a los mismos productos o servicios amparados por la marca notoriamente conocida, como en aquellos en los que el uso se destine a productos o servicios distintos.***

***Esta disposición no será aplicable cuando el petitionerario sea el legítimo titular de la marca notoriamente conocida;»***

En la Decisión 344 se acentúa la anterior protección señalando el artículo 83, relativo a la prohibición de registro de marcas, que no podrán registrarse como tales los signos *«que en relación con derechos de terceros: (Omissis) d) «Constituyan la reproducción, la imitación, la traducción o la transcripción, total o parcial, de un signo distintivo notoriamente conocido en el país en el que solicita el registro o en el comercio subregional, o internacional sujeto a reciprocidad, por los sectores interesados y que pertenezca a un tercero. Dicha prohibición será aplicable, con independencia de la clase, tanto en los casos en los que el uso del signo se destine a los mismos productos o servicios amparados por la marca notoriamente conocida, como en aquellos en los que el uso se destine a productos o servicios distintos. Esta disposición no será aplicable cuando el petitionerario sea el legítimo titular de la marca notoriamente conocida.»*

Asimismo, la letra e) del mismo artículo 83 señala la prohibición de registro en relación con los signos que *«Sean similares hasta el punto de*

*producir confusión con una marca notoriamente conocida, independientemente de la clase de los productos o servicios para los cuales se solicita el registro. Esta disposición no será aplicable cuando el peticionario sea el legítimo titular de la marca notoriamente conocida.»*

El artículo 84 de la Decisión 344 a su vez señala los criterios que se han de tomar en cuenta para determinar si una marca es notoriamente conocida, estableciendo al efecto como tales:

- a) La extensión de su conocimiento entre el público consumidor como signo distintivo de los productos o servicios para los que fue acordada;
- b) La intensidad y el ámbito de la difusión y de la publicidad o promoción de la marca;
- c) La antigüedad de la marca y su uso constante;
- d) El análisis de producción y mercadeo de los productos que distingue la marca.

El artículo 85 por su parte, establece que:

***«Artículo 85: A fin de facilitar la protección de las marcas notorias, las oficinas nacionales competentes establecerán un sistema adecuado de notificación e información.»***

El registro de una marca notoriamente conocida otorgada a favor de un tercero que no es su legítimo titular puede dar origen a la declaratoria de su nulidad, tal como lo dispone el artículo 113, que indica que la nulidad puede decretarse de oficio o a petición de parte, previa audiencia de los interesados.

El supuesto para la nulidad estaría previsto en la letra «a» del mencionado artículo 113, esto es, el del registro concedido en contravención de las disposiciones de la Decisión. El ejercicio de la acción de nulidad no tiene lapso de caducidad ni de prescripción.

Planteado así el marco legal de la marca notoriamente conocida contenido en la Decisión 344, pasamos a analizar, deduciéndolo del mismo, el significado y alcance que ella posee.

Las marcas notoriamente conocidas son aquellas que, según la doctrina, como su nombre lo indica, han sido divulgadas en un gran número de países, en los cuales son del conocimiento de todos los usuarios o consumidores de los productos o servicios que las utilizan, Además de esta ampliación del ámbito de operatividad del signo, el mismo adquiere la característica de que, para el común de los consumidores, el elemento que lo constituye se vincula al producto específico que distingue. A lo anterior se une la estimación positiva que el producto distinguido por tal marca tiene para los consumidores para quienes tales productos son necesariamente de alta calidad. De allí que la esencia de las condiciones expresadas esté constituida por las siguientes notas:

1. La amplia divulgación territorial del signo;
2. La identificación automática de la marca con un producto o servicio determinado. Esto es, la indisoluble asociación del signo con el objeto que distingue;
3. La atribución de una cualidad positiva, «*alta calidad*», a los productos distinguidos con la marca.

En los casos en que se den los anteriores requisitos se conforma la figura de la marca notoria o notoriamente conocida, calificación ésta que produce la consecuencia de que tales signos serán objeto de protección, aún cuando no hayan sido registrados en el respectivo país.

La causa por las cuales se acuerda a tales signos el especial tratamiento aludido es de una doble naturaleza. Ante todo para proteger a los consumidores que tienen la tendencia a valorar las marcas de los productos y servicios, más que a éstos. La marca revela así una vez más su valor autónomo. Cuando se trata de marcas notoriamente conocidas, el consumidor ve en los productos o servicios a los cuales se destina cualidades óptimas, que son las que persigue al hacer la adquisición del bien o del servicio. En efecto, la divulgación y extensión de estas marcas se concreta en la alta calidad que se espera encontrar en los artículos que con ellas se distingue. De allí que, acordar el registro, salvo que se trate de la solicitud del verdadero titular originario, significa permitir que el público consumidor sea inducido a error o confusión sobre el origen industrial de los bienes y servicios que a través de ella le son ofrecidos.

Una segunda razón es en beneficio de los titulares auténticos del signo, aún cuando los mismos no lo hubiesen registrado en el país específico que otorga la protección. El uso por parte de un tercero no autorizado del signo que le pertenece al titular del registro originario, además de la violación a los derechos que la propiedad industrial les acuerda, tiene el efecto de hacerle perder a la marca su fuerza distintiva (“*dilución*” de la fuerza distintiva).

No podemos dejar de señalar que se distingue entre las *marcas notoriamente conocidas* y las *marcas de alto renombre* que si bien, tienen en común dos cualidades como lo son el ser mundialmente famosas y el sugerir una alta calidad a los productos a los cuales se aplica; sin embargo, difieren en el hecho de que las segundas son más conocidas aún que las primeras, tienen características únicas y una extraordinaria fuerza distintiva, en forma tal que se prohíbe su uso y registro por parte de terceros no autorizados, no sólo en relación con iguales productos o servicios sino para cualquier objeto o actividad. Se dice así que las marcas de alto renombre rebasan el *principio de especialidad* de los signos distintivos, principio en virtud del cual, éstos son otorgados y protegidos sólo en relación a los mismos o análogos productos a los que se destinan, no respecto a los que nada tienen que ver con su directa aplicación.

Así, las marcas notoriamente conocidas no rebasan el principio de especialidad y, en consecuencia, es posible el registro de los elementos que la constituyen para distinguir productos diferentes y que no puedan prestarse a confusión con los que son objeto de su fuerza distintiva. Por ejemplo la marca «*FIAT*» es notoriamente conocida para distinguir automóviles y como tal debe ser protegida, impidiendo el registro del término para distinguir artículos correspondiente a la misma a la rama de vehículos y a objetos afines; pero nada obsta a que exista un perfume denominado «*FIAT*». En tal sentido, se la estaría calificando como una marca notoriamente conocida.

Por el contrario, la marca «*COCA-COLA*», no podría otorgarse ni para distinguir refrescos y, bebidas en general, ni ningún otro artículo o servicio, sin que se produzca una necesaria asociación entre el producto originario y el que la ostenta con anterioridad, como podría ser una herramienta. En tal sentido se trataría de una marca de alto renombre.

En todo caso, las diferencias entre la fuerza distintiva de las unas y de las otras es muy sutil y en general, las legislaciones optan por no establecerlas. Por lo que atañe la Decisión 344, el articulado transcrito sobre la materia nos revela que más que a la protección de las marcas notoriamente conocidos, se dirigía a la de las marcas de alto renombre por cuanto sus elementos constitutivos se protegen cualquiera que sea el producto al cual se destine.

Como emerge de la transcripción del artículo 84 de la Decisión 344, la Comisión enuncia cuatro elementos como determinantes de la notoriedad de un signo, sin que ello impida la aplicación de otros. Ellos son:

1. **La amplitud** del ámbito de su conocimiento que se revela en el hecho de que todos los consumidores o usuarios de los productos y servicios que con ella se distinguen conocen su existencia en forma natural.

2. **La intensidad de su difusión y publicidad.** Este segundo elemento se relaciona con la forma en que la marca penetra en la esfera de los consumidores y usuarios. No se trata de una divulgación casual o esporádica sino permanente y expansiva a un tiempo.

3. **La antigüedad de la marca y la persistencia de su uso.** Si bien es cierto que una marca nueva puede de pronto apoderarse del mercado, y convertirse en marca notoria; sin embargo, este calificativo se adquiere generalmente por los signos que se han forjado a través de una larga reputación sostenida en el tiempo.

4. **El volumen de producción y ventas.** La marca notoria cubre productos o servicios de alto consumo, lo cual implica que su producción es igualmente significativa, todo ello apreciado en el plano relativo de su objeto. En efecto, no puede compararse el volumen de producción y venta de un artículo o servicio de primera necesidad con el de los de naturaleza suntuaria; pero éstos últimos también pueden ostentar marcas notorias y las cifras habrán de calcularse en relación comparativa con artículos y prestaciones de esta misma naturaleza.

No puede exponerse el tema de las marcas notorias, sin que de baaludirse a su consagración legislativa en el plano internacional

constituida por el artículo 6 bis del Convenio de París. Al efecto, la norma citada señala:

*1. “Los países de la Unión se comprometen, bien de oficio, si la legislación del país lo permite, bien a instancia del interesado, a rehusar o invalidar el registro y a prohibir el uso de una marca de fábrica o de comercio que constituya la reproducción, imitación o traducción, susceptibles de crear confusión, de una marca que la autoridad competente del país del registro o del uso estimare ser allí notoriamente conocida como siendo ya marca de una persona que pueda beneficiarse del presente Convenio y utilizada para productos idénticos o similares. Ocurrirá lo mismo cuando la parte esencial de la marca constituya la reproducción de tal marca notoriamente conocida o una imitación susceptible de crear confusión con ésta.*

*2. Deberá concederse un plazo mínimo de cinco años a partir de la fecha del registro para reclamar la anulación de dicha marca. Los países de la Unión tienen la facultad de prever un plazo en el cual deberá ser reclamada la prohibición del uso.*

*3. No se fijará plazo para reclamar la anulación o la prohibición de uso de las marcas registradas o utilizadas de mala fe.»*

Del análisis de la disposición transcrita se ponen en evidencia los siguientes elementos:

1. *Destinatarios.* Se trata de una obligación asumida por los países miembros de la Unión de París, esto es signatarios del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. Venezuela, inicialmente suscribió el Tratado de Creación de la Oficina Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Secretaría del Convenio de París: pero sólo en fecha reciente se adhiere al Convenio, Ahora bien, una norma similar se encuentra en la Decisión 344, e incluso en el artículo 16.2 del «Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos

de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, incluido el Comercio de Mercancías Falsificadas» (Acuerdo Trip's) en el marco del GATT (Acuerdo General de Aranceles y Comercio).

2. *Objeto de la protección.* Las marcas que «la autoridad competente del país del registro o del uso» estime ser allí notoriamente conocidas y pertenecientes a una persona que se beneficie del Convenio de París.
3. *Forma de protección.*
  - a) Negar el registro solicitado.
  - b) Invalidar el registro existente.
  - c) Prohibir el uso.

El objeto de la negativa es cualquier signo que puede ser exactamente el mismo reputado como notorio, o bien: *a)* una reproducción; *b)* una imitación; *c)* La traducción del término de su idioma original al del país donde se use o registre.

Ahora bien, respecto a los productos o servicios a los cuales se destinan pueden ser tanto idénticos como similares y en tal sentido, la protección que el Convenio de París consagra es a las “*marcas notorias*” propiamente dichas, nó a las de alto renombre.

Asimismo, puede tratarse de la totalidad de la marca o de la parte esencial de ella cuando constituya la reproducción de una marca notoriamente conocida o una imitación susceptible de crear confusión con ella.

4. *Lapso para la acción de nulidad.*
  - a) Si la marca es usada o registrada de mala fe = No hay lapso para prohibir el uso o accionar la nulidad.
  - b) Si no se trata del supuesto anterior el plazo es de 5 años a partir del registro.

Es necesario insistir en que la protección es para las marcas notoriamente conocidas por cuanto no se deroga el principio de especialidad de la marca, de allí que opera sólo respecto a productos idénticos o similares.

Ahora bien, la norma del Convenio de París no es aplicable hasta tanto no entre en vigencia su Ley Aprobatoria, lo cual está sometida al registro del tratado: pero sí lo es el citado artículo 16.2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio incluido el Comercio de Mercancías Falsificadas (Acuerdo Trip's) que forma parte del Acta Final la de recientemente concluida Ronda de Uruguay del GATT, que prohíbe el uso y registro de marcas notoriamente conocidas por parte de terceros ajenos a su titular no sólo para los mismos artículos, sino para cualquier otro, sea o no semejante y, asimismo, la normativa a la cual hemos precedentemente aludido de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.



# El Acuerdo Antidumping de la OMC

Gary N. HORLICK y Eleanor C. SHEA<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN.

El Acuerdo Antidumping -el cual constituye parte integrante de los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (en lo adelante, OMC),<sup>2</sup> junto con el mecanismo obligatorio para la solución de diferencias de la OMC (en lo adelante, MSD),<sup>3</sup> podrían representar una verdadera revolución en el Derecho antidumping internacional. El Acuerdo Antidumping contiene numerosas mejoras con respecto al sistema anterior; entre éstas, el requisito estricto de que las comparaciones de precios sean hechas en forma justa, el mejoramiento del lenguaje en cuanto a la causalidad del perjuicio, y el establecimiento de un mecanismo de ocaso<sup>4</sup> para los derechos impuestos.

---

<sup>1</sup> O'Melveny & Myers, Washington, D.C. Gary N. Horlick ha sido Adjunto al Sub-Secretario de Comercio para Administración de Importaciones y Asesor Legal en Comercio Internacional del Comité de Finanzas del Senado de Estados Unidos. Eleanor Shea ha trabajado en las oficinas de Política y de Investigaciones, Administración de Importaciones, Departamento de Comercio de Estados Unidos. Traducción y referencias a las Gacetas Oficiales de la República de Venezuela (en lo adelante, G.O.) por Jorge Castro Bernieri. Una versión en lengua inglesa de este artículo apareció publicada como "The WTO Antidumping Agreement", *Journal of World Trade* (1995). La publicación de este artículo ha sido autorizada por el *Journal of World Trade*.

<sup>2</sup> Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, en Ley Aprobatoria del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, G.O., N° 4.829 Extraordinario, 28 de diciembre de 1994, pp. 34-40.

<sup>3</sup> Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, en Ley Aprobatoria del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, G.O., N° 4.829 Extraordinario, 28 de diciembre de 1994, pp. 96-103.

<sup>4</sup> Mediante los mecanismos de ocaso o desvanecimiento, los derechos antidumping no pueden tener una vigencia indefinida. Al cabo de un tiempo, tales derechos desvanecen automáticamente, salvo que, luego de un examen, se determine que es necesario prorrogar su vigencia para evitar un daño a la industria nacional. Nota del traductor.

Este primer acuerdo mundial sobre reglas antidumping<sup>5</sup> representa un viraje frente a la tendencia anterior que facilitaba la imposición de derechos antidumping, incluso a falta de prueba de la existencia de un dumping predatorio que causara perjuicio.<sup>6</sup>

A pesar de lo señalado, resulta necesario enfatizar la palabra "podrían". Como con cualquier conjunto de normas, la efectividad del Acuerdo Antidumping dependerá de la voluntad que demuestren los gobiernos que lo han suscrito, de respetar sus reglas; así como de la disposición de los miembros de la OMC de reclamar, bajo el MSD, frente a las prácticas de otros miembros que representen un incumplimiento de tales reglas.

Este artículo presenta una discusión de la historia de las negociaciones que llevaron a la adopción del Acuerdo Antidumping y una reseña de sus disposiciones más importantes. Adicionalmente, el artículo comenta las disposiciones relevantes del MSD.

## II. HISTORIA DE LAS NEGOCIACIONES.

### A. *Antecedentes.*

La Declaración Ministerial que inició las discusiones de la Ronda de Uruguay de negociaciones del GATT en septiembre de 1986, no incluía al Derecho antidumping, ni tampoco a las prácticas de dumping, como parte de la agenda de negociaciones. La razón fundamental de esta ausencia es que Estados Unidos era el principal impulsor, tanto del inicio de una nueva ronda de negociaciones, como de los temas a ser incluidos en su agenda. Para ese momento, Estados Unidos estaba en el momento máximo de utilización de su propia ley nacional antidumping, como instrumento

---

<sup>5</sup> Para 1993, sólo 42 países eran miembros del Código Antidumping de 1979 del GATT. En cambio, todos los miembros de la OMC (125 al momento de escribir este artículo, y en rápido aumento) estarán vinculados por el Acuerdo Antidumping de la OMC.

<sup>6</sup> Por ejemplo, en Estados Unidos, los casos en que el Departamento de Comercio declaró que no había dumping fueron, de 16 por ciento en 1984, cero en 1989 y 1990, a dos por ciento y uno por ciento en 1991 y 1992. Véase, tabla 10.1 en, I. M. Destler, *American Trade Politics: System Under Stress*, 3rd. Ed. (Washington, D.C.: Institute for International Economics, 1995).

de política industrial,<sup>7</sup> y como válvula de escape para las presiones proteccionistas de sus industrias locales. Efectivamente, tales presiones habían aumentado, producto de la sobrevaluación del dólar a principios de la década de los ochenta, y de las resultantes dificultades para las empresas estadounidenses que exportaban o que tenían que competir con importaciones. Así pues, el gobierno de Estado Unidos sostenía la necesidad de incrementar los derechos impuestos contra importaciones "desleales", con el fin de preservar el sistema de libre comercio. Lo anterior no descarta además la posibilidad de que algunos altos funcionarios del gobierno honestamente tuvieran creencias desinformadas, en relación con la legislación antidumping.<sup>8</sup>

En cambio, resulta extraño que en 1986 otros gobiernos no hubiesen presionado para procurar disciplinar las medidas antidumping. De hecho, el uso de la legislación antidumping por parte de Estados Unidos aumentó significativamente en la década de los ochenta. Entre 1980 y 1986 hubo un total de 346 casos, comparados con los 135 casos llevados entre 1970 y 1976.<sup>9</sup> Más específicamente, durante la década de los ochenta, fue frecuente escuchar las protestas de los gobiernos de casi todos los socios

---

<sup>7</sup> Por ejemplo, los acuerdos sobre semiconductores firmados en 1986 por Estados Unidos y Japón, no sólo impusieron altos precios mínimos en los productos japoneses involucrados en investigaciones antidumping, sino que además establecieron un mecanismo para un sistema similar, incluso para otros semiconductores japoneses, respecto de los cuales no se había demostrado (ni investigado) dumping ni perjuicio alguno. Véase, Acuerdo relativo al Comercio en Productos Semiconductores (*Arrangement Concerning Trade in Semiconductor Products*), del 12 de septiembre de 1986, entre Estados Unidos de América y Japón.

<sup>8</sup> Puede verse, por ejemplo, el artículo de Bruce Smart, "Trade is Everything But Unfair", *The Wall Street Journal*, 22 de junio de 1987, p. 27 (señalando que "el propósito de estas leyes [antidumping] es defender a las empresas estadounidenses contra la pérdida de participación en el mercado ocasionada por precios predatorios...").

Lo cierto es que no existe requisito alguno en la ley estadounidense de demostrar la existencia de depredación, como condición para que se puedan imponer derechos antidumping, ni de que se demuestre que tal depredación pueda tener éxito y que las pérdidas de ingresos puedan ser recuperadas. Organization for Economic Cooperation and Development, *Predatory Pricing* (París: Organization for Economic Cooperation and Development, 1989), pp. 43-47.

<sup>9</sup> Cifras basadas en cálculos de los autores.

comerciales más importantes de Estados Unidos -presentadas, tanto a nivel bilateral, como ante el Comité de Prácticas Antidumping del GATT-, por el tratamiento efectuafo en uno o más casos antidumping. Claramente, debía existir algún nivel de preocupación, por parte de gobiernos extranjeros.

Sin embargo, a pesar de todos los reclamos presentados por gobiernos extranjeros, formalmente éstos no llegaron a plantear disputa alguna por ante el GATT, en relación con la utilización por parte de Estados Unidos de su legislación antidumping. Hasta 1986, en toda la historia del GATT, apenas si se habían presentado dos disputas de ese tipo; la primera, en 1955, por Italia contra Suecia,<sup>10</sup> y la segunda, en 1985, por Finlandia contra Nueva Zelanda.<sup>11</sup> Por lo demás, es pertinente señalar que ambas reclamaciones fueron exitosas. Simplemente, a los altos jercas de muchos gobiernos extranjeros parecían preocupar más los casos de medidas compensatorias (antisubsidios), respecto de los cuales estaban dispuestos a presentar disputas hasta por montos minúsculos de subsidios o de volúmenes de comercio afectados. No existía igual interés en los casos de medidas antidumping, aunque estos últimos involucraran importantes volúmenes de comercio. En parte, tales funcionarios estaban influidos por la (crecientemente incorrecta) creencia, que los derechos antidumping son asuntos privados de empresas privadas, mientras que los casos antisubsidios son casos entre gobiernos. Esta visión ignora el hecho que, al aplicar sus leyes antidumping, los gobiernos están interviniendo en los asuntos de las empresas privadas. Adicionalmente, el tema de las medidas antidumping tiende a ser esotérico. Generalmente, los casos no pueden ser suficientemente simplificados, como para ser explicados a los altos jercas de gobiernos y empresas. Resultaba más fácil abstenerse de demandar una reforma de las leyes antidumping en la Ronda de Uruguay. Además, existían otros factores, tales como las connotaciones peyorativas que la propia

---

<sup>10</sup> "Derechos Antidumping Suecos" en, GATT, *Instrumentos Básicos y Documentos Diversos*, 3er. Sup. (Ginebra: GATT, 1955).

<sup>11</sup> "Nueva Zelanda - Importaciones de Transformadores Eléctricos de Finlandia" en, GATT, *Instrumentos Básicos y Documentos Diversos*, 32do. Sup. (Ginebra: GATT, 1986).

expresión "dumping" tiene,<sup>12</sup> y la considerable desinformación que existía sobre el contenido exacto de las reglas antidumping.<sup>13</sup>

Para 1990, la actitud había variado sustancialmente. Los gobiernos de la mayoría de los países activos en el comercio internacional<sup>14</sup> se habían declarado a favor de la negociación de nuevas reglas antidumping más basadas en principios de libre mercado. Esta presión era resistida por Estados Unidos y la Comunidad Europea. Algunas de las razones, tanto para el cambio de actitud en estos países, como para la oposición por parte de Estados Unidos y la Comunidad Europea, estaban determinadas por circunstancias del momento.

Corea fue el primer país que presionó para la inclusión de las reglas antidumping en las negociaciones de la Ronda de Uruguay, mediante la presentación de una propuesta formal el 21 de mayo de 1987. Para ese momento, un funcionario del gobierno coreano encabezaba el grupo negociador responsable de la revisión de los códigos de la anterior Ronda de Tokio (lo cual incluía el Código Antidumping). Por lo demás, los productos coreanos habían venido crecientemente siendo objeto de investigaciones antidumping en la Comunidad Europea, Estados Unidos,

---

<sup>12</sup> Apróximándose al tema del dumping con mente abierta, deslastrada de la posición tradicional de las industrias locales, y alerta en torno a las connotaciones peyorativas del término "dumping" (el cual es tan cautivante que ha sido absorbido sin traducción en los más importantes lenguajes comerciales del mundo), los derechos antidumping pueden parecer medios peculiares para la protección de la industria nacional. Kenneth W. Dam, *The GATT: Law and International Economic Organization* (Chicago: University of Chicago Press, 1970), p. 168.

<sup>13</sup> En una fecha tan reciente como 1990, el presidente de una empresa estadounidense, al clamar por leyes antidumping más estrictas, se comunicó con su colega en otra empresa que abogaba por leyes más flexibles, para reclamarle su posición. ¿Por qué -le preguntó- estaba protegiendo la práctica de ventas por debajo del costo marginal? Aparentemente, el presidente de la primera compañía no sabía que la ley antidumping no requiere de ventas por debajo de los costos marginales. De hecho, para esta ley el concepto de costo marginal es irrelevante.

<sup>14</sup> Incluyendo a tres usuarios frecuentes de leyes antidumping, durante la década de los ochenta: Australia (el mayor usuario, de acuerdo a las estadísticas del GATT), Canadá (el cuarto mayor usuario) y México (el quinto mayor usuario). John H. Jackson, "Dumping in International Trade: Its Meaning and Context", capítulo 1 en *Antidumping Law and Practice: A Comparative Study*, Eds. John H. Jackson y Edwin A. Vermulst (Ann Arbor, Michigan: University of Michigan Press, 1989), p.15.

Canadá y Australia. En particular, Canadá había iniciado una investigación antidumping contra la exportación coreana de más rápido crecimiento -los vehículos Hyundai-.<sup>15</sup> En la reunión de mitad período, celebrada en Montreal a finales de 1988, otros países en desarrollo incluyeron a las regulaciones antidumping como punto de negociación.

En 1987, Estados Unidos, India, Japón y los países nórdicos, presentaron otras propuestas. La propuesta estadounidense se basaba en el principio de que el dumping, tal y como era definido en la propia legislación de Estados Unidos, era una práctica que debía ser evitada y corregida, mediante reglas más estrictas que las existentes bajo el GATT.<sup>16</sup> Es interesante anotar que el GATT no sugiere disciplina alguna en relación con las prácticas de dumping; su énfasis es más bien en disciplinar la utilización de mecanismos antidumping por parte de los países. A pesar de que el artículo VI del GATT declara que el dumping es condenable cuando causa o amenaza causar un perjuicio importante (declaración que no existía en el proyecto original del GATT, preparado por Estados Unidos, sino que fue añadida después por propuesta de Cuba y el Líbano),<sup>17</sup> una propuesta de lenguaje más estricto presentada en 1955 por Nueva Zelanda -de que los países fuesen considerados responsables de prevenir el dumping por sus exportadores-, no fue aceptada.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Este caso fue posteriormente rechazado, al momento de la determinación final del perjuicio, a pesar de que preliminarmente se había encontrado un margen de dumping del 35 por ciento. La autoridad canadiense

<sup>16</sup> "Comunicación del Gobierno de Estados Unidos de América", *Documento del GATT MTN.GNG/NG8/W/22* (14 de diciembre de 1987).

<sup>17</sup> W. A. Seavey, *Dumping Since The War: The GATT and National Laws* (Tesis de Doctorado N° 205, Université de Genève, Institut Universitaire de Hautes Etudes, 1970), p. 20.

<sup>18</sup> En el informe sobre una reunión de las Partes Contratantes del GATT en 1955, se reporta que el delegado de Nueva Zelanda comentó que, La delegación [de Nueva Zelanda] había concurrido a la presente sesión [de las Partes Contratantes], convencida que el Acuerdo estaba fuertemente sesgado contra países como el suyo, exportadores de productos agrícolas, y con la esperanza de poder corregir tal desbalance. Sus esfuerzos para protegerse contra el dumping habían encontrado una recepción hostil, al igual que las propuestas que habían presentado, en el mismo sentido. Más aun, habían constatado que el mismo país que estaba pidiendo una autorización ilimitada para proteger su propia agricultura [Estados Unidos], se había opuesto a cualquier reforzamiento de las disciplinas contra el dumping en el Acuerdo.

El GATT nunca ha realizado un examen profundo que lleve a una definición adecuada de lo que es el dumping: ¿Qué constituye un precio justo en el comercio internacional? En 1966, empezando las negociaciones que llevarían a la firma del primer Código Antidumping de 1967, Estados Unidos planteó la cuestión en términos correctos,<sup>19</sup> pero su propuesta fue bloqueada por la Comunidad Europea.<sup>20</sup>

La dureza en la posición estadounidense de 1987, parcialmente refleja un deseo de agradar al Congreso de ese país, durante las discusiones de lo que sería el Código de Comercio y Competitividad de 1988 (Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988, en lo adelante, Ley de Comercio de 1988). En parte, esta posición también reflejaba la creencia que -con mayor o menor fundamento- sentían algunos funcionarios de la Administración, en torno a que el dumping era una práctica desleal de

---

"Informe Sumario de la Cuadragésima Primera Reunión de las Partes Contratantes", *Documento del GATT SR.9/41* (15 de marzo de 1955): p. 2.

Estados Unidos era el blanco principal de la propuesta neocelandesa de 1955, y actualmente es el blanco principal de investigaciones antidumping, a nivel mundial. John H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT: A Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade* (Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1969), p. 412. Estimaciones basadas en estadísticas del GATT de 1988 a 1993, correspondientes a los países miembros del Comité de Prácticas Antidumping.

<sup>19</sup> Estados Unidos preguntaba: "¿Deberían limitarse los mecanismos antidumping a prevenir la monopolización de mercados, por parte de exportadores extranjeros?... ¿Deberían permitir los mecanismos antidumping que los exportadores pudiesen ajustar sus precios a precios competitivos existentes en el mercado de exportación? ¿En ese caso, se debería limitar tal provisión a los precios de competidores extranjeros, pero no de competidores locales, en el mercado de exportación?... ¿Deberían permitir los mecanismos antidumping la discriminación de precios, cuando un vendedor baje sus precios con el fin de entrar (familiarizarse y obtener aceptación de los consumidores) en un mercado de exportación?... ¿Deberían permitir los mecanismos antidumping una discriminación geográfica de precios, cuando la información de los consumidores o de los competidores sobre cambios en la oferta o en la demanda, varíe en diversos mercados, y los precios cambien en relación con esas variaciones?"

"Nota de la Delegación de Estados Unidos de América", *Documento del GATT TN.64/NTB/W/36* (10 de enero de 1966).

<sup>20</sup> "Comentarios de la Comunidad Económica Europea", *Documento del GATT TN.64/NTB/W/10/Add.1* (21 de abril de 1966): p. 2. Resulta interesante destacar, en contraste, que, en las negociaciones del Acuerdo sobre Subvenciones de la OMC, tanto Estados Unidos como la Comunidad Europea promovieron un reexamen de los principios básicos.

extranjeros que querían destruir a empresas estadounidenses que competían lealmente.

En Estados Unidos, para 1987 y 1988, la preocupación en materia antidumping estaba enfocada en el proyecto de Ley de Comercio de 1988. Después de importantes escaramuzas en el cabildeo previo, las modificaciones a la legislación existente, aprobadas en la Ley de Comercio de 1988, fueron relativamente menores.<sup>21</sup> Con el fin de evitar mayores cambios en la ley, la Administración usó la técnica de prometer que éstos serían recogidos durante las discusiones de la Ronda de Uruguay.<sup>22</sup> El proceso legislativo de 1987 y 1988 fue la primera vez en que grandes empresas estadounidenses se involucraron con el fin de oponerse a cambios técnicos a las reglas antidumping que restringieran el comercio, a través de un esfuerzo conjunto de cabildeo coordinado por el Comité de Emergencia para el Comercio Estadounidense (Emergency Committee for American Trade, ECAT) y por la Mesa Redonda de Empresas (Business Round Table). En muchos sentidos, esto fue una valiosa experiencia para las empresas involucradas, las cuales obtuvieron un mayor conocimiento sobre la forma en que funciona la legislación antidumping, en un momento en el que el impacto potencial de esta última sobre sus operaciones comerciales fue evidenciado dramáticamente por investigaciones

---

<sup>21</sup> Para mayores detalles puede verse, Gary N. Horlick y Geoffrey D. Oliver, "Antidumping and Countervailing Duty Law Provisions of the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988", *Journal of World Trade* (Ginebra) N° 23 (1989).

<sup>22</sup> La Ley de Comercio de 1988 disponía con lenguaje exhortatorio, Con respecto a las prácticas desleales de comercio internacional, los principales objetivos de Estados Unidos durante las negociaciones serán: (a) Mejorar las disposiciones del GATT y los acuerdos sobre medidas no arancelarias, con el fin de definir, prevenir y desestimular, y de cualquier otra manera disciplinar, el uso persistente de prácticas desleales de comercio internacional, que tengan efectos adversos sobre el comercio, incluyendo formas de... dumping y otras prácticas no cubiertas adecuadamente, tales como... dumping indirecto [y] dumping de... componentes; (b) Obtener la aplicación de reglas similares para el tratamiento de productos básicos y no básicos, en el Acuerdo sobre la Interpretación y Aplicación de los Artículos VI, XVI y XXIII del GATT [Código sobre Subvenciones]. Ley de Comercio de 1988, subsección 1101(b) (8), *United States Code* subsección 2901(b) (8) (1988).

antidumping, tanto en Estados Unidos<sup>23</sup> como en el extranjero.<sup>24</sup> La experiencia tuvo además un impacto en la percepción del público estadounidense en materia antidumping, por cuanto por primera vez, importantes intereses del sector privado en Estados Unidos habían promovido activamente los intereses de los exportadores, contra la utilización de la legislación nacional antidumping como forma de restringir el comercio.<sup>25</sup>

La administración estadounidense se encontró atrapada entre dos fuerzas. Muchos funcionarios claves estaban conscientes de las fallas de las reglas antidumping en el mundo, y de su potencial impacto negativo sobre la competitividad del país. Al mismo tiempo, la Administración debía enfrentar la presión decidida de grupos de empresas que competían con importaciones, las cuales consideraban que algunas de estas fallas podían serles útiles como forma de limitar la competencia en su contra por parte de productos importados. La Administración aprovechó los puntos en los que existía consenso entre los más importantes grupos en Estados

<sup>23</sup> Varias empresas -tales como Caterpillar, Rockwell, Xerox y 3M- se opusieron a la imposición de derechos antidumping sobre importaciones de rolineras a Estados Unidos. Véase, United States International Trade Commission, «Antifriction Bearings (Other Than Tapered Roller Bearings) and Parts Thereof from the Federal Republic of Germany, France, Italy, Japan, Romania, Singapore, Sweden, Thailand, and the United Kingdom», *USITC Pub. 2185, Inv. Nos. 303-TA-19-20 y 731-TA-391-399 (Final)* (mayo de 1989).

<sup>24</sup> Por ejemplo, México abrió una investigación antidumping contra importaciones de computadoras personales producidas en Estados Unidos.

<sup>25</sup> Luego de la aprobación de la Ley de Comercio de 1988, representantes de algunas de las empresas exportadoras estadounidenses involucradas en el esfuerzo de cabildeo (incluyendo a IBM, Cargill, Caterpillar y Hewlett-Packard) se reunieron para analizar el posible impacto de la Ronda de Uruguay sobre sus negocios. Para ese momento, ya la mayoría de esas empresas estaban involucradas en los esfuerzos de la Ronda de Uruguay vinculados al tema de propiedad intelectual, servicios e inversiones. Las empresas decidieron que, respecto de los demás temas, aquella que podría tener mayor impacto en sus actividades comerciales a nivel global, eran las reglas antidumping, en vista de la clara tendencia de aquellos países que ya tenían este tipo de leyes, a aumentar su utilización, así como por el rápido aumento del número de países en desarrollo que estaban aprobando y usando leyes antidumping. El intenso uso mexicano de su novedosa legislación, era visto como una indicación de futuros desarrollos en otras naciones. Efectivamente, las leyes antidumping se habían convertido en instrumentos para que los gobiernos pusieran un piso a los precios de los productos de estas empresas. La Ronda de Uruguay ofrecía una oportunidad para negociar mejores reglas para la imposición de estos controles de precios.

Unidos: que las reglas antidumping deberían incluir disposiciones sobre debido proceso y transparencia, normas para prevenir la elusión, y medidas para prevenir las prácticas reincidentes.

La propuesta detallada presentada por Estados Unidos el 20 de noviembre de 1989, incluía tres partes, dirigidas primordialmente a atacar problemas de elusión y reincidencia.<sup>26</sup> La primera parte, era una clara propuesta "antielusión", basada en los mejores aspectos de las reglas que en esta materia tienen las legislaciones estadounidense y europea. Estados Unidos pretendía que las reglas de la primera parte, se aplicaran a circunstancias de cambios tan menores en la producción del bien investigado, que de determinarse la elusión, no fuera necesario realizar una nueva investigación de dumping y perjuicio.<sup>27</sup>

La segunda parte de la propuesta de Estados Unidos delineaba una cantidad de circunstancias en las cuales se pudieran imponer medidas provisionales, tan pronto se iniciara una investigación. Esta parte reflejaba el fallido intento de algunos parlamentarios en 1987 y 1988, de introducir enmiendas contra el dumping de componentes y las prácticas de empresas multinacionales. Además, la propuesta procuraba contrarrestar el "dumping perjudicial recurrente", que pudiera ocurrir mediante: (a) la elusión de una medida antidumping, si los cambios en la producción fueran mayores que aquellos previstos bajo la primera parte; (b) saltos en la producción entre países; o, (c) la incorporación en un producto exportado, de componentes fundamentales objeto de medidas antidumping (dumping de componentes).<sup>28</sup>

La tercera parte de la propuesta estadounidense contenía una cláusula contra reincidentes, que permitiría dictar medidas provisionales, al abrir una investigación contra aquellos productores extranjeros que repetidamente hagan dumping de productos dentro de la misma categoría general de bienes cubiertos por una medida antidumping anterior (dumping reincidente).<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> "Comunicación de Estados Unidos de América, Propuestas para Mejoramientos al Código Antidumping", *Documento del GATT MTN.GNG/NG8/W/59* (20 de diciembre de 1989).

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 4-5.

<sup>28</sup> *Ibidem*, pp. 5-7.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 7.

Adicionalmente, Estados Unidos propuso reformas que fijaran estándares mínimos de transparencia y que concedieran legitimación activa para participar en investigaciones antidumping a los sindicatos de trabajadores y a los cultivadores de productos agrícolas. Más importante aun, Estados Unidos no anunció posición alguna con respecto a la mayoría de puntos señalados por otras delegaciones, con lo que dotó a sus negociadores de considerable flexibilidad, para procurar obtener los objetivos declarados.

En Estados Unidos, ningún sector quedó satisfecho por la propuesta del gobierno. Las empresas que competían contra importaciones querían una normativa antidumping más severa, conscientes de que tales reglas no les serían aplicadas a sus propias ventas en Estados Unidos. En cambio, a los exportadores preocupaba que sus productos fueran objeto de la aplicación de normas punitivas al ser vendidos al exterior.

A finales del mismo año 1989, numerosos países presentaron sus propias propuestas. La propuesta de Canadá era bastante típica, en el sentido de abogar por un amplio número de reformas en las reglas antidumping.<sup>30</sup> En 1979, el gobierno canadiense había revisado detalladamente las reglas antidumping del GATT. En parte su preocupación provenía de que el ejemplo mexicano pudiese ser imitado a nivel global, y en parte de las quejas de los exportadores canadienses, en torno a las leyes antidumping de Estados Unidos. La propuesta canadiense comprendía dos partes generales. La primera, planteaba la necesidad de lograr mayor uniformidad y consistencia procesales, en la aplicación de medidas antidumping, incluyendo: la verificación de la legitimación antes de la apertura de una investigación y la definición de lo que se debía entender por "proporción importante" de la industria nacional; orientaciones específicas en cuanto a la información mínima requerida para iniciar una investigación; un período mínimo, a partir de la apertura de la investigación, antes del cual no se podrían imponer medidas provisionales; transparencia en los procedimientos antidumping, particularmente con respecto al acceso a la información relevante y la publicación de resoluciones motivadas en cada fase de la investigación.

---

<sup>30</sup> "Enmiendas al Código Antidumping, Comunicación de Canadá", *Documento del GATT MTN.GNG/NG8/W/65* (22 de diciembre de 1989).

La segunda parte de la propuesta canadiense contenía recomendaciones para mejorar los estándares requeridos para la aplicación de medidas antidumping, por ejemplo: orientaciones más detalladas para determinar cuándo se pueden desestimar las ventas por debajo de costos, y excluirlas del cálculo del valor normal; el establecimiento explícito de un margen de dumping *de minimis*; estándares más estrictos para la prueba de que las importaciones con dumping están causando perjuicio; una cláusula de ocaso automática de cinco años, salvo que una revisión estableciera la necesidad de mantener las medidas por un plazo adicional de tres años; y un examen del interés público. Adicionalmente, la propuesta canadiense incluía consideraciones en torno a la necesidad de desarrollar reglas sobre elusión, con el fin de especificar bajo cuáles condiciones, una medida podía ser extendida "en forma consistente con el Código, para abarcar bienes ensamblados localmente o en un tercer país, con piezas o componentes originarios del país sujeto a la medida".<sup>31</sup>

Noruega, Suecia y Finlandia (los países nórdicos),<sup>32</sup> Singapur,<sup>33</sup> Hong Kong<sup>34</sup> y Japón<sup>35</sup> presentaron propuestas similares; al igual que Australia,<sup>36</sup> esta última, en una forma más abreviada.

La Comunidad Europea introdujo una propuesta, adoptando algunas de las reformas presentadas por Canadá y las otras delegaciones (los países nórdicos, Hong Kong y Singapur), y añadiendo algunos cambios para facilitar la imposición de derechos antidumping, especialmente contra productos japoneses, y particularmente en situaciones en las que las importaciones a precios bajos estuvieran afectando una región específica de una unión aduanera. El propósito de la propuesta europea era tomar en

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 6 (énfasis añadido por los autores).

<sup>32</sup> "Enmiendas al Código Antidumping, Comunicación de los Países Nórdicos", *Documento del GATT MTN.GNG/NG8/W/64* (22 de diciembre de 1989).

<sup>33</sup> "Elementos Propuestos para un Marco de Negociaciones - Principios y Objetivos para Reglas Antidumping, Comunicación de la Delegación de Singapur" (octubre de 1989).

<sup>34</sup> "Enmiendas al Código Antidumping, Comunicación de la Delegación de Hong Kong", *Documento del GATT MTN.GNG/NG8/W/51/Add. 1* (22 de diciembre de 1989).

<sup>35</sup> "Propuesta de Japón sobre las Enmiendas al Código Antidumping", *Documento del GATT MTN.GNG/NG8/W/48* (3 de agosto de 1989).

<sup>36</sup> "Enmiendas al Código Antidumping, Propuesta de Australia", *Documento del GATT MTN.GNG/NG8/W/66* (22 de diciembre de 1989).

cuenta las amplias variaciones de precios que existen entre los diversos países de la comunidad.

Como resultado de todo lo anterior, para enero de 1990 existían propuestas presentadas por numerosos países,<sup>37</sup> las cuales se sobreponían en muchos aspectos. Existían además, una propuesta europea, que compartía numerosos aspectos con las demás y, por otro lado, una muy distinta propuesta presentada por Estados Unidos. Adicionalmente, del ala derecha del GATT (los países partidarios del libre mercado), varios participantes (Hong Kong, Singapur y los países nórdicos) habían planteado la necesidad de un reexamen del concepto del dumping, con el fin de determinar si la definición del GATT tenía sentido, desde un punto de vista económico.<sup>38</sup> En el ala izquierda del GATT (los países partidarios de la regulación estatal), algunas de las propuestas de los negociadores de Estados Unidos y Europa perseguían aumentar la utilización de medidas antidumping, mediante un relajamiento de los estándares (como en el planteamiento europeo sobre industrias regionales), o concediendo ventajas procedimentales a los solicitantes (como en la propuesta de Estados Unidos de permitir la imposición inmediata de medidas provisionales al abrir la investigación). Gran parte de 1989 se consumió en discusiones filosóficas entre los señalamientos del ala izquierda y del ala derecha, mientras se avanzó relativamente poco en el tratamiento detallado, incluso en aquellos temas en que existía consenso en las propuestas. Hasta cierto punto, esto formaba parte de la estrategia negociadora; ambas partes sabían que la fecha límite fijada para llegar a un acuerdo era finales de 1990, por lo cual aún no sentían necesidad alguna de empezar a abordar los aspectos más prácticos. A finales de 1989, la discusión sobre los principios básicos fue virtualmente cerrada por Estados Unidos y la Comunidad Europea, quienes se opusieron a cualquier reconsideración sobre los aspectos fundamentales del sistema. La Comunidad Europea estaba siendo coherente con su posición mantenida en 1966; mientras que Estados Unidos, al estar de acuerdo con los europeos, estaba cambiando su posición original.

---

<sup>37</sup> Tales como los países nórdicos, Hong Kong, Singapur, Australia, Canadá, Japón, Corea e India.

<sup>38</sup> En 1989, dentro de la Comunidad Europea, Alemania, el Reino Unido, Dinamarca, Holanda e Irlanda habían presentado propuestas similares. Sin embargo, la Comisión Europea pudo abortar tales propuestas.

B. *Negociaciones y Proyectos de Acuerdo.*

Para noviembre de 1989, Estados Unidos y la Comunidad Europea habían suscrito un "pacto de no agresión", con el fin de resistir aquellos cambios en las reglas antidumping que pudieran hacer que el sistema fuese menos restrictivo del comercio internacional. En apariencia, esta alianza era un poco extraña. Los exportadores estadounidenses habían sido la segunda mayor víctima de la ley antidumping europea, durante los años previos a la Ronda de Uruguay; mientras que, para el mismo período, los exportadores europeos eran el blanco fundamental de investigaciones antidumping en Estados Unidos.<sup>39</sup> Más aún, en investigaciones sobre acero, Estados Unidos había usado frecuentemente su ley antidumping para presionar a la Comunidad Europea hacia medidas de área gris (restricciones "voluntarias"), como forma de poner fin a investigaciones.<sup>40</sup>

Adicionalmente, las principales quejas con respecto a las prácticas antidumping en los dos sistemas, eran diferentes. La Comunidad Europea era criticada por la falta de transparencia en sus procedimientos, así como por supuestas manipulaciones en la comparación de precios y particularmente, por la aplicación asimétrica de ajustes, en una forma perjudicial para los exportadores. Por su parte, Estados Unidos era más criticado por el uso de un margen arbitrario de beneficios de un ocho por ciento; por la forma en que comprobaba el perjuicio y particularmente, por la inclusión de las importaciones sin dumping como causa del perjuicio; y por la elevada complejidad (en especial, respecto del cálculo de los derechos) y altos costos que ocasionaban sus procedimientos.

La razón para esta alianza es que, tanto el gobierno de Estados Unidos, como la Comisión de la Comunidad Europea, aún se percibían a

<sup>39</sup> United States General Accounting Office, *Use of the GATT Antidumping Code*, GAO/NSIAD-90-238FS (Washington, D.C.: United States General Accounting Office, julio de 1990), p. 19.

<sup>40</sup> Véase por ejemplo, *Cold Rolled and Galvanized Carbon Steel Sheets from Belgium, France, the Federal Republic of Germany, Italy, the Netherlands, and the United Kingdom*, en Federal Register N° 37.052, Departamento del Tesoro, 1978, p. 43 (dando por terminadas investigaciones antidumping); ~~*Carbon Steel Cold Rolled Sheet, Hot Rolled Sheet, Galvanized Sheet, Plate and Structural Shapes from Belgium, the Federal Republic of Germany, France, Italy, Luxembourg, the Netherlands, and the United Kingdom*~~, en Federal Register N° 66.833, Departamento de Comercio, 1980, p. 45 (dando por terminadas investigaciones antidumping).

sí mismos, más como usuarios de leyes antidumping, que como exportadores. Esto puede parecer extraño, considerando que para ese entonces, la Comunidad Europea era el mayor exportador a nivel mundial, seguida por Estados Unidos. En parte, la situación era un reflejo de la forma en que se conduce la política comercial en los grandes países, donde los mercados son tan grandes que algunos políticos continúan enfocándose hacia adentro, incluso luego de que la realidad económica ha llevado a países medianos -como Canadá y Australia- a priorizar la búsqueda de acceso a mercados para sus exportadores, por sobre la protección de su mercado local. No es coincidencia, además, que los gobiernos de Estados Unidos y de la Comunidad Europea sean tan vulnerables al cabildeo de grupos de intereses especiales, por cuanto ninguno de estos gobiernos cuenta con la seguridad de apoyo parlamentario. La Casa Blanca está permanentemente alerta, contando sus votos en el Congreso, lo que hace que la oficina del Representante Comercial de Estados Unidos (*United States Trade Representative*, en lo adelante, USTR) sea sensible frente a las presiones de los congresantes. La Comisión de la Comunidad Europea es un órgano ejecutivo, el cual no es controlado por ningún cuerpo electo; así pues, la política de los grupos de interés, se conduce dentro de la compleja política de la Comisión y del Consejo de Ministros. La oposición de los estadounidenses y europeos a las reformas, en parte también reflejaba y fue reforzada por los negociadores escogidos. Estados Unidos mantuvo como sus máximos negociadores en materia antidumping, a funcionarios cuya responsabilidad fundamental era la administración de los mecanismos antidumping, mientras que la mayoría de otros países, usaron negociadores con una visión más amplia de la política comercial.<sup>41</sup>

Las negociaciones en materia antidumping fueron desarrolladas en el Grupo Negociador del GATT N° 8, el cual también tenía a su cargo complejas negociaciones en temas tales como reglas de origen y *pre-shipment inspection*. En vista de la lentitud en tales negociaciones, las partes decidieron constituir un grupo informal especial para antidumping, bajo la coordinación de Charles Carlisle, sub-Director General del GATT.

---

<sup>41</sup> En la medida en que las negociaciones de la Ronda de Uruguay se fueron haciendo más intensas, hacia finales de 1990, a los funcionarios de política comercial se les hizo más difícil manejar las negociaciones del tema antidumping. Consecuentemente, en un número plural de delegaciones, aumentó la influencia de los administradores de las leyes antidumping.

El grupo especial condujo discusiones detalladas desde marzo hasta junio de 1990. En este grupo se lograron pocos puntos concretos de consenso; en parte, porque cada parte veía cada asunto particular como una ficha de negociación. Sin embargo, el proceso fue útil para identificar la mayoría de los detalles específicos de las distintas opciones, y en este sentido, fue una base para las discusiones sucesivas de los diferentes asuntos.

En respuesta a presiones para lograr progresos concretos en todas las áreas antes de finales de julio, el 6 de julio de 1990, Carlisle dió a conocer un borrador de posible Código Antidumping para la discusión (Carlisle I). Carlisle rechazó las solicitudes de quienes no querían cambios significativos, con respecto al Código de 1979, y en cambio, intentó introducir cambios útiles, a lo largo de una amplia serie de materias, evitando proponer cambios radicales en ningún punto particular. Como resultado, Carlisle I recogió quizás tres cuartas partes, o más, de las propuestas presentadas por los países nórdicos, Singapur, Hong Kong y Canadá, así como sugerencias formuladas por ciertos sectores privados. Al mismo tiempo, sin embargo, se rechazó la propuesta de los países nórdicos, Singapur y Hong Kong, respecto del reexamen de las bases fundamentales de las reglas antidumping.

Durante los últimos días antes de dar a conocer su borrador, Carlisle aparentemente llegó al convencimiento de que la única forma de lograr que el Congreso de Estados Unidos aprobara el paquete final de la Ronda, era acoger la gran mayoría de las propuestas estadounidenses.<sup>42</sup> Lo anterior resultó en que un grupo de países en desarrollo rechazara el texto de

---

<sup>42</sup> Para ese entonces, los autores estimaron que, si bien era necesario incluir una porción importante de las propuestas de Estados Unidos en el texto, quizás Carlisle I había incluido demasiadas. No obstante, este es un punto contencioso, respecto del cual observadores razonables difirieron enérgicamente, durante la segunda mitad de 1990.

En opinión de los autores, el temor en torno a que los grupos proteccionistas en el Congreso estadounidense se opusieran al Código era razonable, pero tales sectores se habrían opuesto igualmente (y efectivamente, lo hicieron) al texto de Carlisle, independientemente de que este último incluyera, o no, las propuestas antielusión de Estados Unidos. Estos grupos se opondrían a cualquier cosa que hiciera de la ley antidumping, un instrumento menos efectivo contra importaciones a Estados Unidos, sin tener en consideración el efecto de las leyes antidumping de otros países, sobre las exportaciones estadounidenses.

Carlisle I, como base para futuras negociaciones. Estos países quizás estaban molestos porque percibían que Carlisle había recogido más propuestas de Estados Unidos que de ellos. Los países en desarrollo también rechazaron el borrador por temor a las medidas antielusión contra "ensamblaje en terceros países". Se temía que el mero hecho de consagrar la posibilidad de aplicar tales medidas, desestimularía la ansiada inversión en el sector manufacturero de estos países, donde frecuentemente es necesario importar insumos de otros países, para alcanzar niveles viables de producción a nivel global.

Las discusiones se tornaron agrias y personales, y permanecieron así por el resto de las negociaciones. Carlisle reaccionó a las solicitudes de revisión señalando que, de verse forzado a reelaborar su borrador, estaría obligado a incluir sugerencias de todas las partes. Descontentos, los países en desarrollo continuaron presionando por revisiones, y en una reunión en julio de 1990, se acordó encomendar a Carlisle la redacción de un nuevo borrador de Código Antidumping.

Carlisle II fue dado a conocer el 14 de agosto de 1990. Como era de esperar, el nuevo documento era esencialmente idéntico a Carlisle I, con una cantidad de propuestas superpuestas. Algunas de las propuestas parecían extremas, tal como aquella que disponía la exención de aplicabilidad de medidas antidumping para los productos objeto de salvaguardias del artículo XIX del GATT, y para los productos textiles y de confección, durante todo el período de transición del Acuerdo Multifibra (Acuerdo relativo al Comercio Internacional de los Textiles). Igualmente lucían extremos los repetidos intentos de Estados Unidos y la Comunidad Europea de buscar dar legitimidad a ciertas prácticas, tales como sesgar la comparación justa de precios, mediante el abuso de ajustes y promedios. Con seguridad, los páneles habrían estimado que estas prácticas eran violatorias del Código de 1979.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> A los pocos días de la publicación de Carlisle II, se hizo público el informe del pánél en torno a la reclamación de Suecia frente a la imposición por Estados Unidos de derechos antidumping contra importaciones de tubería de acero inoxidable. "Imposition of Antidumping Duties on Imports of Seamless Stainless Steel Hollow Products from Sweden", *Documento del GATT ADP/4720* (agosto de 1990). El informe condenó las prácticas de verificación de legitimación activa de Estados Unidos (las cuales eran peores que las de la Comunidad Europea, Canadá y Australia).

Interminables reuniones entre los representantes de las delegaciones con mayor interés en las negociaciones consumieron casi todo septiembre y octubre de 1990. Estas reuniones, efectuadas en la oficina de Carlisle, incluyeron a: Australia; Brasil; Canadá; la Comunidad Europea; Corea; Estados Unidos; el grupo de Finlandia, Noruega y Suecia; Hong Kong; Japón; México; Nueva Zelanda; Singapur y Yugoslavia. La frustración de muchas delegaciones por el escaso progreso percibido, llevó a intentar crear un grupo redactor informal, compuesto por ocho delegaciones: Australia, Canadá, la Comunidad Europea, Estados Unidos, Hong Kong, Japón, México y los países nórdicos. El grupo prepararía, de manera informal y *ad referendum*, bases para construir a partir de las posiciones negociadores preexistentes, con las cuales habían empezado las discusiones el año anterior.

Algunos miembros del "grupo de los ocho" se tomaron el trabajo en serio. Los representantes nórdicos, por ejemplo, ofrecieron flexibilidad en cuanto a la posibilidad de adoptar ciertas normas sobre la elusión a través de terceros países. Para otras delegaciones, en cambio, el proceso era una oportunidad de demostrar cuan duras podían ser. Hasta cierto punto, esto reflejaba distintas percepciones sobre cuándo comenzaría el "último período de juego" para la entera discusión de la Ronda de Uruguay. Algunas delegaciones -entre ellas, claramente Estados Unidos y Japón- se sentían políticamente forzadas a aparentar dureza hasta el último momento posible. El grupo informal trabajaba sobre una fecha límite fijada para mediados de octubre de 1990, cuando la responsabilidad sobre todas las negociaciones pendientes se trasladaría a negociadores de mayor autoridad.

Por su parte, el Director General del GATT, Arthur Dunkel, esperaba haber concluido el entero paquete de la Ronda de Uruguay para mediados de octubre de 1990. Existían otros grupos de negociación -entre ellos, Agricultura y Servicios- que estaban aún más atrasados que antidumping.

---

El argumento de la insuficiente verificación de legitimación por parte de Estados Unidos, fue usado por el pánel como razón para no pronunciarse en torno a los aspectos sustantivos del caso. El rumor era, sin embargo, que el pánel habría decidido en contra de Estados Unidos por diversas prácticas usadas en el cálculo del dumping, tales como el abuso en las técnicas de promedio (prácticas estadounidenses que eran similares a las seguidas por otros países usuarios de medidas antidumping).

Sin embargo, para este momento, y para numerosos países exportadores en desarrollo y medianos -como los nórdicos y Canadá-, el tema antidumping se había convertido en elemento crucial del paquete de la Ronda. La intransigencia de los estadounidenses y europeos era ampliamente percibida como un intento de conservar sus sistemas antidumping proteccionistas, mientras formalmente pedían apertura de los mercados de otros países en la Ronda.

En rápida sucesión, se intentaron dos métodos sobrepuestos. Se encargó a un grupo de países neutrales (la Troika), la preparación de unos borradores de consenso en aspectos antidumping procedimentales, sobre los cuales ya existía algún nivel de acuerdo. Para octubre de 1990, este proceso había concluido; pero para entonces era claro que el grupo no podía preparar un texto consensual completo (a pesar de que gran parte de este trabajo fue en definitiva incorporado al Acuerdo final). Los países en desarrollo estaban dispuestos a aceptar las demandas estadounidenses para mayor transparencia y mecanismos de revisión administrativa o judicial (lo cual les resultaría en un incremento de sus costos administrativos). No obstante, Estados Unidos y la Comunidad Europea no estaban dispuestos a reciprocarse, mediante la aplicación de justos estándares en sus procedimientos.

Consecuentemente, el Director General Dunkel pidió a Hugh McPhail, de la delegación neocelandesa, que sirviera como facilitador de buena fe y preparara un borrador de Código. Este borrador debía reflejar los mejores puntos de todas las propuestas, así como del borrador canadiense de octubre de 1990. El primer texto de McPhail, conocido como Nueva Zelanda I, fue dado a conocer a los negociadores el 6 de noviembre de 1990, y prontamente rechazado por Estados Unidos y la Comunidad Europea. Luego de consultas con los estadounidenses y europeos, McPhail produjo un otro borrador, Nueva Zelanda II, el 15 de noviembre de 1990. Nuevamente, los negociadores de Estados Unidos y la Comunidad Europea rechazaron el documento. Esta vez, sin embargo, presentaron formalmente una larga lista de objeciones al texto, (inusualmente) firmada en nombre de la Comunidad Europea y Estados Unidos.<sup>44</sup> Estas objeciones fueron

---

<sup>44</sup>

"Correspondencia de las Comunidades Europeas y de Estados Unidos al Sr. Arthur Dunkel, Director General del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio" (19 de noviembre de 1990).

presentadas por los negociadores, sin que el resto del gobierno de Estados Unidos hubiera sido consultado.

El aspecto más singular de este extenso documento fue el grado en que reflejaba el abandono de Estados Unidos a sus anteriores críticas a los aspectos proteccionistas de la legislación antidumping europea.<sup>45</sup> Por su parte, la Comunidad Europea reciprocó la cortesía, callando sus críticas tradicionales, tales como el ataque que desde hacía más de veinte años, hacía al uso estadounidense de montos mínimos del ocho por ciento y del diez por ciento, para márgenes de beneficio y gastos generales administrativos y de ventas, respectivamente, en el cálculo de precios construidos. Crecientemente, ambos países estaban siendo enfáticos en su intención de que se establecieran reglas que revirtieran el informe del pánel que consideró que la aplicación de reglas antielusión por parte de la Comunidad Europea, era inconsistente con sus obligaciones bajo el artículo VI del GATT.<sup>46</sup> Las propuestas de Estados Unidos y la Comunidad Europea incluían reglas específicas antielusión, o bien la autorización -explícita o implícita- a los países, para poder usar las normas de origen para extender las medidas antidumping a productos total o parcialmente ensamblados en terceros países, a partir de componentes o piezas producidos en el país de exportación afectado por la medida original. Esto era lo que había hecho la Comunidad Europea, cuando aplicó a las fotocopiadoras ensambladas en California, los derechos antidumping que habían sido impuestos a las máquinas provenientes de Japón.

McPhail produjo un tercer documento, Nueva Zelanda III, y lo hizo público el 23 de noviembre de 1990, tratando nuevamente de acomodar las posiciones de Estados Unidos y la Comunidad Europea. Este nuevo texto alienó el apoyo de algunos países exportadores, quienes sintieron

---

<sup>45</sup> En el documento, por ejemplo, Estados Unidos se retractó del ataque hecho en 1989 por la oficina del USTR contra la posición de la Comunidad Europea en el caso de las fotocopiadoras Ricoh provenientes de California. Igualmente se retiró la objeción formal hecha por el USTR en 1986, frente a la práctica europea de contar a los derechos antidumping como parte de los costos, con lo que efectivamente se cuenta doble, al determinar si ha cesado el dumping. Véase, "Comunidad Económica Europea - Reglamento relativo a la Importación de Piezas y Componentes" en, GATT, *Instrumentos Básicos y Documentos Diversos*, 37mo. Sup. (Ginebra: GATT, 1991).

<sup>46</sup> Idem.

una intención de adoptar las propuestas estadounidenses y europeas sobre ensamblaje en terceros países y elusión directa (incluyendo una prueba explícita de "contenido local"). Confiando en que las reuniones del grupo Quad<sup>47</sup> serían un foro más maleable, Estados Unidos y la Comunidad Europea intentaron nuevamente salvar su posición. En una reunión del grupo Quad preparatoria para la Conferencia Ministerial -de las Partes Contratantes del GATT- a efectuarse en Bruselas en diciembre de 1991, Estados Unidos y la Comunidad Europea trataron de forzar un acuerdo. Ambos países sabían que no estaban en capacidad de redactar, por sí solos, un Código Antidumping que fuese aceptable para los demás países, como lo habían hecho en 1978-79, durante la anterior Ronda de Tokio. Al final, el grupo sobre antidumping fue uno de los pocos que fue a Bruselas, sin texto acordado, sino con una compleja lista de asuntos, que supuestamente serían sometidos a los ministros. A muchos ministros les desagradó que cuestiones tan técnicas y detalladas no hubiesen podido ser resueltas por negociadores de menor jerarquía.

En un intento por simplificar las negociaciones en Bruselas, las Partes Contratantes del GATT incluyeron a los temas individuales de negociación en grupos más amplios. El tema antidumping fue incluido en el Grupo de Normas, junto con los subsidios y las salvaguardias. Luego de algunas negociaciones, el ministro de comercio canadiense John Crosbie fue designado Presidente del Grupo de Normas.

A falta de acuerdo sobre un texto antidumping,<sup>48</sup> el 10 de diciembre de 1990, Crosbie obtuvo consenso general para dividir las negociaciones sobre antidumping en tres sectores. El primer sector consistiría en los asuntos relativamente más fáciles; el segundo, los asuntos de mediana dificultad; y, el tercero, los tópicos más difíciles. Rápidamente, y luego

---

<sup>47</sup> Integrado por Estados Unidos, la Comunidad Europea, Canadá y Japón.

<sup>48</sup> Los delegados de Estados Unidos, en particular, no estuvieron de acuerdo con adoptar un texto antidumping antes de Bruselas; a pesar de que hubieran estado dispuesto a aceptar uno, en Bruselas. De esta manera, podían alegar que se habían visto a aceptar reformas, como única forma de conseguir un paquete global favorable a los intereses económicos de Estados Unidos. De igual forma, muchos países exportadores estaban resueltos a mantenerse firmes contra el tema de las normas antielusión, hasta el último momento posible. Por su parte, la Comunidad Europea estaba feliz de desviar la atención de la opinión pública en la Ronda, hacia temas distintos al agrícola.

de consultas con varias delegaciones y con otras personas, la Secretaría del GATT preparó listas para los dos primeros sectores; y, al hacer esto, implícitamente también para el tercer sector. El 11 de diciembre de 1990, en horas de la tarde, se empezó a trabajar en los puntos del primer sector.<sup>49</sup>

Las discusiones en este primer sector se desarrollaron en forma razonablemente tranquila. La mayoría de los puntos en discusión habían sido acordados, a través de las discusiones en la oficina de Carlisle, efectuadas en septiembre y octubre de 1990, así como en el borrador redactado por la "Troika" y en Nueva Zelanda III. En pocas horas, el grupo pudo ponerse de acuerdo sobre un texto para parte de los artículos 2, 5, 6, 7, 8, 9, 13 y 14. Obviamente, este borrador estaba todavía sujeto al acuerdo general que se consiguiera sobre el Código Antidumping, y en aquellos acuerdos que se negociaran sobre el paquete global de la Ronda de Uruguay. El texto fue reproducido y distribuido a todas las delegaciones. Mientras tanto, se convocó al mismo grupo para esa misma noche, a las diez, para empezar a trabajar sobre los temas del segundo sector.<sup>50</sup>

Fue posible lograr muy poco acuerdo sobre estos temas, a pesar de que algunos de ellos no eran tan complejos ni controversiales. Para este momento, todas las delegaciones estaban conscientes del conflicto de Estados Unidos y el grupo Cairns contra la Comunidad Europea, por las negociaciones sobre agricultura. Estaba claro que un número plural de delegaciones no llegarían a acuerdo alguno, hasta que se avanzara en el tema agrícola. Como resultado, la reunión se prolongó hasta las cuatro de la mañana, sin que se alcanzaran mayores resultados. A ese punto, se rompió toda la negociación y las delegaciones se manifestaron dispuestas

---

<sup>49</sup> El primer sector incluía materias tales como estándares para la iniciación de investigaciones, compromisos, transparencia, revisión judicial, decisiones tomadas en base a la mejor información disponible, simetría, tasas de cambio en las transacciones y procedimientos para el cálculo de derechos.

El grupo que trabajó en este primer sector incluyó representantes de Canadá, la Comunidad Europea, Estados Unidos, Hong Kong, Japón, Nueva Zelanda, Singapur, Suiza y del Secretariado del GATT.

<sup>50</sup> El segundo sector incluía temas tales como la conversión de divisas en transacciones entre partes vinculadas, promedios, legitimación activa, evidencia previa necesaria para la iniciación de investigaciones, márgenes *de minimis*, participación de mercado insignificante, período máximo de investigaciones, plazo para reembolsos, consideración de derechos como costos, muestreo, derechos para nuevos exportadores, y elusión por ensamblaje en el país importador.

a continuar discutiendo para alcanzar un acuerdo, sólo una vez que se resolviera el *impasse* agrícola.

A finales de la primavera de 1991, el momento parecía propicio para concluir las discusiones de la Ronda de Uruguay. Los políticos en los países desarrollados disfrutaban de buenos indicadores económicos y las presiones electorales lucían aún lejanas. A pesar de que el gobierno de Estados Unidos fue capaz de lograr de su Congreso una prórroga de su habilitación negociadora *fast-track*,<sup>51</sup> la oportunidad se desperdició. En la segunda mitad de 1991, las negociaciones antidumping se reiniciaron en forma desordenada. No fue posible lograr nuevas concesiones sobre ninguno de los temas pendientes; y para finales de octubre de 1991, Estados Unidos introdujo nuevas demandas para el establecimiento de medidas antielusión que cubrieran piezas de países que originalmente no formaran parte de la investigación (piezas de terceros países). Estados Unidos insistió además en que se estableciese un tratamiento especial para la materia antidumping, en el mecanismo general de solución de diferencias. Crecientemente, parecía que el propio Secretariado del GATT iba a tener que producir un borrador de acuerdo. Estados Unidos y la Comunidad Europea nuevamente trataron de forzar un acuerdo a través del grupo Quad. En noviembre de 1991, luego de sostener consultas con varias delegaciones, la Secretaría del GATT logró adelantos considerables en papeles informales sobre los puntos de costos de producción y promedios de precios. A solicitud de las partes contratantes, el negociador suizo Rudi Ramsauer hizo un último intento de lograr un consenso. Para el 10 de diciembre se puso fin a este nuevo intento y la Secretaría fue forzada a presentar un texto borrador final el 20 de diciembre de 1991.

### C. *El Texto Dunkel.*

A mediados de diciembre de 1991, Estados Unidos y la Comunidad Europea aumentaron sus presiones sobre el Director General del GATT Arthur Dunkel, con el fin de lograr reglas antidumping más restrictivas al comercio. El gobierno de Estados Unidos aparentemente organizó llamadas telefónicas de los presidentes de los más influyentes comités del Congreso de ese país, Lloyd Bentsen del Comité de Finanzas del Senado y Dan

---

<sup>51</sup> Mediante esta habilitación, el ejecutivo puede negociar un tratado y someterlo al Congreso en un paquete global que este último sólo puede aprobar o rechazar, sin poderle incorporar enmiendas.

Rostenkowski del Comité de Recursos y Medios de la Cámara de Representantes. Estos dijeron a Dunkel que el Congreso estadounidense no aceptaría un Código Antidumping menos proteccionista. En parte, tales amenazas eran un *bluff*, por cuanto nadie estaba en condiciones de asegurar cuál sería la actitud definitiva del Congreso, hasta que se definiese en forma clara la forma que tendrían los paquetes sobre agricultura y acceso a los mercados.

El Director General Dunkel no estaba en condiciones de poder ignorar a los dos más importantes miembros del GATT. Muchas de las preocupaciones de Estados Unidos y la Comunidad Europea tendrían que ser resueltas, mientras que no sería posible hacer nada que se interpretara como una ayuda a Japón. Eventualmente, los negociadores de Estados Unidos y la Comunidad Europea presentaron una larga lista de peticiones. Las partes estaban tan cansadas e irritables, que el resultado fue un documento torpemente construido (por ejemplo, menos coherente que Carlisle I), en el cual al menos una sección fue accidentalmente olvidada y reintroducida a última hora. Estados Unidos, quien ejerció la mayor presión política, logró muy pocos de los cambios que pretendía. En forma evidente, el borrador no recogió la petición sobre la cual Estados Unidos había puesto el mayor énfasis: el establecimiento de medidas antielusión contra piezas de terceros países.

Estados Unidos tampoco tuvo éxito en introducir reglas especiales, en el mecanismo de solución de diferencias, para las disputas en materia antidumping. Tales reglas especiales asegurarían la deferencia de los páneles de GATT a las determinaciones hechas por las autoridades antidumping nacionales. A pesar de que tal deferencia también beneficiaría a las autoridades de otros países, en investigaciones contra productos de Estados Unidos, eso no parecía preocupar demasiado a los negociadores estadounidenses.

La Comunidad Europea fue el mayor beneficiario de la presión política, mediante la inclusión de dos disposiciones, extrañamente redactadas, que no habían aparecido en esa forma en ninguno de los borradores anteriores. Primero, el Texto de Dunkel definió a las ganancias aceptando la peculiar regla europea que usa ganancias reales, pero sólo de ventas realizadas "en el curso de operaciones comerciales normales". En la práctica, esta regla tiende a exagerar el margen de ganancias a ser

incluidas en el valor construido, por cuanto la Comunidad Europea simplemente excluye todas las ventas individuales realizadas por debajo de los costos promedio, a pesar de que a ninguna empresa se le permitiría informar en esta forma sobre sus ganancias, a las autoridades regulatorias mercantiles nacionales. Al mismo tiempo, si una empresa hubiese realizado cada una de sus ventas individuales con un margen de ganancias del 0,1 por ciento, las autoridades tendrían que aceptar este margen de beneficios, aunque no fuese razonable. Como resultado, las empresas proteccionistas en Estados Unidos se verían forzadas a aceptar la suma de un margen de beneficios de un 0,1 por ciento al valor cosnruído, en lugar del ocho por ciento mínimo previsto en la ley estadounidense vigente. Algunos de los problemas de esta regla pueden ser vistos a través de los siguientes ejemplos.

#### 1.a Forma en que el Acuerdo exagera el margen de beneficios

Ingreso Total	= \$8,00 por 4 unidades
Costo Total	= \$6,80 (costo promedio = \$1,70)
Ganancia Total	= \$1,20
Ganancia Promedio como porcentaje del costo	= 17,6% (1,20 / 6,80)
1 Venta a \$3,00 Ganancia	= 76% (1,30 / 1,70)
1 Venta a \$2,00 Ganancia	= 17,6% (0,30 / 1,70)
1 Venta a \$2,00 Ganancia	= 17,6% (0,30 / 1,70)
1 Venta de muestra a \$1,00	descartada porque no ocurre en el curso de "operaciones comerciales ordinarias"
Total \$8,00 "Ganancia" promedio bajo el nuevo Acuerdo Antidumping	= 37,3% (\$1,90 de beneficios en ventas realizadas en el curso de "operaciones comerciales ordinarias" / \$5,10 costo de los bienes vendidos)
Precio de Exportación "leal"	= \$2,33 (\$1,70 + \$0,63)

**1.b Los mismos beneficios totales adecuadamente medidos por el Acuerdo**

Ingreso Total	= \$8,00 por 4 unidades
Costo Total	= \$6,80 (costo promedio = \$1,70)
Ganancia Total	= \$1,20
Ganancia Promedio como porcentaje del costo	= 17,6% (1,20 / 6,80)
4 Ventas a \$2,00 Ganancia	= 17,6% (0,30 , 1,70)
Total \$8,00 Ganancia promedio bajo el nuevo Acuerdo Antidumping	= 17,6%
Precio de Exportación "leal"	= \$2,00 (\$1,70 + \$0,30)

**2.a Bajos beneficios adecuadamente medidos por el Acuerdo**

Ingreso Total	= \$7,00 por 4 unidades
Costo Total	= \$6,80 (costo promedio = \$1,70)
Ganancia Total	= \$0,20
Ganancia Promedio como porcentaje del costo	= 2,9% (0,20 , 6,80)
4 Ventas a \$1,75 Ganancia	= 2,9% (0,05 , 1,70)
Total \$7,00 "Ganancia" promedio bajo el nuevo Acuerdo Antidumping	= 2,9%
Precio de Exportación "leal"	= \$1,75 (\$1,70 + \$0,05)

2.b

## Mismos bajos beneficios exagerados por el Acuerdo

Ingreso Total	= \$7,00 por 4 unidades
Costo Total	= \$6,80 (costo promedio = \$1,70)
Ganancia Total	= \$0,20
Ganancia Promedio como porcentaje del costo	= 2,9% (0,20 , 6,80)
1 Ventas a \$2,50 Ganancia	= 47% (0,80 , 1,70)
1 Ventas a \$2,30 Ganancia	= 35% (0,60 , 1,70)
1 Ventas a \$0,80	Descartada porque no ocurre en el curso de "operaciones comerciales ordinarias"
Total \$7,00 "Ganancia" promedio bajo el nuevo Acuerdo Antidumping	= 41%
Precio de Exportación "leal"	= \$2,40 (\$1,70 + \$0,70)

Segundo, el artículo 9.3.3 del Texto de Dunkel permitía a la Comunidad Europea continuar su práctica de tratar los derechos antidumping como un costo que debe ser deducido del precio de exportación, a menos que el exportador pueda demostrar fehacientemente que ha transferido cualquier aumento en los precios<sup>52</sup> a todas las ventas sucesivas (lo cual, si se interpreta textualmente, significaría todas las ventas hechas por compradores independientes a sucesivos compradores independientes).<sup>53</sup>

<sup>52</sup> Esto representa un estándar de prueba mucho más estricto que el aplicado a cualquier otra parte en el resto del Código, incluyendo los requeridos para la demostración de algo tan fundamental, como el perjuicio.

<sup>53</sup> En el ejemplo extremo (y absurdo) esto incluiría las ventas realizadas por detallistas a consumidores finales. Incluso si fuese posible para un exportador revisar cada una de estas ventas, esto requeriría un alto grado de mantenimiento de precios de reventa, lo que podría ser ilegal, bajo las legislaciones antimonopolio estadounidense y europea.

Desde el punto de vista de los exportadores, probablemente resultó igualmente lamentable que en el Texto de Dunkel, por presiones de Estados Unidos y la Comunidad Europea, se diluyeran muchos de los aspectos positivos de borradores anteriores. Por ejemplo, la cuota insignificante de mercado, en lugar de ser uno por ciento, era ahora definida como "normalmente" del uno por ciento de la participación del mercado.<sup>54</sup> Con este cambio se eliminó el elemento anti-hostigamiento que era la nota importante del concepto de insignificancia.<sup>55</sup>

Al mismo tiempo, el borrador dejaba en claro que cualquier renegociación del Texto de Dunkel, posterior a 1991, implicaría algún tipo de negociación por parte de Estados Unidos y la Comunidad Europea. En particular, el concepto de acumulación para determinar el perjuicio no estaba incluido en el Texto de Dunkel, indudablemente con el fin de servir como ficha de negociación para Estados Unidos y la Comunidad Europea, con la cual hacer frente a cualquier renegociación. Adicionalmente, las disposiciones antielusión con respecto a terceros países (las cuales regulaban el ensamblaje en un tercer país de un producto que hubiera sido sometido a una medida antidumping) fueron sustituidas por una disposición de retroactividad con respecto a terceros países mucho menos agresiva (en el artículo 10.5). Esta nueva disposición requería una nueva investigación para la imposición de derechos antidumping a los productos ensamblados en el tercer país; sin embargo, se permitía imponer los derechos en forma retroactiva al inicio de la investigación, en lugar de lo usual que sería hacerlo en forma retroactiva sólo hasta la determinación afirmativa preliminar. Finalmente, el tratamiento del Texto de Dunkel para los costos de "puesta en marcha" (una nota al pie de página que requería el uso de los costos al final, o después, del período de iniciación, en lugar del uso de costos promedio), a pesar de ser un poco inusual, reflejaba una posición más favorable a los exportadores, que las prácticas existentes en Estados Unidos y la Comunidad Europea.

---

<sup>54</sup> Al respecto, se puede comparar el artículo 5.7, nota 11, de Nueva Zelanda III, con el artículo 5.8 del Texto de Dunkel.

<sup>55</sup> La idea de establecer un piso absoluto a un nivel determinado de participación de mercado, era la de evitar que los pequeños exportadores fuesen excluidos del mercado del país importador, por los costos de defenderse de una acusación sobre dumping. Esto se trata de un caso frecuente en Estados Unidos. Al agregarse la expresión "normalmente", se desvirtuó la finalidad, porque los exportadores podrían estar en la necesidad de presentar una defensa en cualquier caso.

D. *Luego del Texto de Dunkel.*

El sistema *fast-track* que Estados Unidos usa para la aprobación de legislación en materia de acuerdos comerciales internacionales, crea un incentivo para que los grupos de interés que no están cien por ciento satisfechos continúen protestando, hasta que la legislación sea definitivamente aprobada. La divulgación del Texto de Dunkel sin el paquete de rebajas arancelarias significó que ningún grupo en Estados Unidos le manifestara su completo respaldo. Incluso los grupos de propiedad intelectual de Estados Unidos, que habían conseguido victorias increíbles en las negociaciones de la Ronda, no estaban satisfechos con el Texto de Dunkel. Más importante aún, por supuesto, la Comunidad Europea no aceptaba las disposiciones del Texto de Dunkel sobre Agricultura, a pesar de que al final, este texto fue la base de la solución negociada.

Las escaramuzas de verano y otoño de 1992 sobre el tema de las semillas oleaginosas,<sup>56</sup> y la reforma que en mayo de 1992 la Comunidad Europea hizo de su Política Agrícola Común, llevaron finalmente al Acuerdo de Blair House de noviembre de 1992. Para ese entonces, ya el Presidente Bush había perdido su campaña por la reelección. Con el respaldo del Presidente Bush, la representante comercial de Estados Unidos, Carla Hills, estaba dispuesta a hacer un último intento de lograr un acuerdo antes de la toma de posesión del Presidente-Electo Clinton. En materia antidumping, esto llevó a que la oficina del USTR presentara peticiones en tres áreas: antielusión, mecanismos de ocaso y revisión de decisiones.<sup>57</sup> Todas estas peticiones fueron definidas en una forma tan extrema,<sup>58</sup> que cuando fueron presentadas al grupo informal de negociación el 14 de diciembre de 1992, este grupo -integrado por veinte representantes de alto nivel- no las tomó en serio.

---

<sup>56</sup> Véase, "Comunidad Económica Europea - Seguimiento del informe del Grupo Especial titulado 'Primas y Subvenciones abonadas a los elaboradores y a los productores de semillas oleaginosas y proteínas conexas destinadas a la alimentación animal'" en, GATT, *Instrumentos Básicos y Documentos Diversos*, 39no. Sup. (Ginebra: GATT, 1994).

<sup>57</sup> "US Requests Reopening of GATT Antidumping Text, Seeks Major Changes", *Inside U.S. Trade* (18 de diciembre de 1992): p. S-1.

<sup>58</sup> La propuesta estadounidense sobre ocaso, por ejemplo, habría requerido que Canadá, Australia y la Comunidad Europea pospusieran por cinco años su revisión de ocaso de las medidas antidumping vigentes contra Estados Unidos. *Ibidem*.

La representante comercial Carla Hills aprovechó la llegada de un nuevo jefe negociador de la Comunidad Europea en enero de 1993, Sir Leon Brittan, para negociar significativas medidas de acceso a mercados. Esencialmente, se procuraban promesas de drásticas rebajas recíprocas de aranceles para productos textiles y electrónicos. Sin embargo, Brittan no estaba aún en condiciones de poder hacer tales concesiones, y el tiempo transcurrió hasta que Bill Clinton tomó posesión de la presidencia de Estados Unidos el 20 de enero de 1993.

La nueva Administración empezó su período con una declaración formal a favor del libre comercio, en el discurso del Presidente presentado el 26 de febrero de 1993; al mismo tiempo, sin embargo, también empezó con significativas deudas políticas. El sindicato de los trabajadores del acero, por ejemplo, había sido uno de los contribuyentes financieros más importantes para la campaña presidencial de Clinton. Muy pronto resultó claro, de los movimientos de personal en los niveles operativos y de algunas decisiones en casos específicos, que la posición estadounidense sobre antidumping en la Ronda de Uruguay seguiría estando dominada, a nivel del USTR, del Departamento de Comercio y del Congreso, por los partidarios de una actitud restrictiva del comercio.

Ningún otro país estaba dispuesto a reabrir las discusiones sobre el texto antidumping. A la Comunidad Europea, por ejemplo, preocupaba la posibilidad de perder algunas de sus anteriores conquistas, en temas tales como beneficios y la consideración de los derechos como costos; sin embargo, estuvo dispuesta a apoyar a Estados Unidos en su petición, como parte de la solución negociada sobre el tema agrícola. El hecho de que Estados Unidos se viera distraído por la dura batalla de política interna sobre el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA), pospuso cualquier discusión sobre el tema antidumping hasta noviembre de 1993. El Departamento de Comercio elaboró una larga lista de los cambios en materia antidumping que deseaba introducir al Texto de Dunkel, básicamente, como resultado de presiones de algunas de las menos exitosas empresas estadounidenses del acero. La oficina del USTR también era sensible a tales presiones de la industria nacional del acero, pero entendía la imposibilidad de lograr todos los cambios deseados.

Así pues, la Administración estadounidense tuvo que poner en una balanza el deseo de introducir cambios al texto antidumping, contra la

necesidad de lograr cambios en otras áreas, por ejemplo, propiedad intelectual. Al final, se llegó a un acuerdo en la Administración: el representante comercial buscaría cuatro cambios fundamentales en antidumping (intencionalmente redactados de manera tal de entrar dentro de los límites de lo aceptable), mientras el Departamento de Comercio promovería cambios altamente inaceptables (tales como cambios en la forma de calcular los beneficios y los costos de puesta en marcha), redactados en forma tal de hacerlos intolerables. Igualmente, se incluyeron algunos cambios técnicos, respecto de los cuales nadie tendría objeciones; de esta forma, Estados Unidos podría declarar que la mayoría de sus propuestas de cambios habían sido aceptadas. Los embajadores estadounidenses Kantor y Yerxa convirtieron al tema antidumping en el centro de sus esfuerzos de venta, convenciendo exitosamente a los negociadores de la Comunidad Europea, Japón y los países de la ASEAN, que lograr los cambios en antidumping constituía su máxima prioridad.<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup>

En una entrevista concedida el 17 de diciembre de 1993, el Director General del GATT, Peter Sutherland, declaraba que "Mickey Kantor había dejado abundantemente claro desde el punto de vista político, que este era un asunto central en lo que se refería a Estados Unidos". "Ending the Uruguay Round: An Interview with GATT Chief Sutherland", *Inside U.S. Trade* (24 de diciembre de 1993): p. 4.

El jefe negociador comercial de Japón, Embajador Nobutoshi Akao, también comentó en una entrevista que "todos sabían que el tema antidumping era críticamente importante para Estados Unidos, y que si todas las propuestas estadounidenses eran rechazadas sin una consideración favorable, quizás todo el paquete de la Ronda de Uruguay moriría al llegar al Congreso de Estados Unidos". "Japan's Chief Negotiator, in Interview, Discusses GATT Round Endgame", *Inside U.S. Trade* (24 de diciembre de 1993): p. 7.

Otro periódico especializado reportaba,

Bajo presión del Sr. Gephardt y de otros líderes del Congreso, la Administración del Presidente Clinton convirtió a la preservación de la ley antidumping estadounidense, en su primera prioridad en los últimos días de las negociaciones y fue capaz de conseguir respaldo para esta posición de Canadá y la Unión Europea, replegándose de todas las otras áreas.

John Maggs, "Gephardt Lends His Support To Uruguay Round Accord", *The Journal of Commerce* (22 de diciembre de 1993): p. 2A.

El apoyo de Canadá y la Comunidad Europea a las posiciones estadounidenses sobre antidumping fue comprado por Estados Unidos con concesiones en subsidios y agricultura, respectivamente.

En realidad, el "precio" pagado por Estados Unidos para obtener los cambios en antidumping fue el hacerle inferir a esos países que podían exitosamente ignorar las demandas estadounidenses sobre el sector audio-visual y los servicios

Resulta significativo que los cambios que en definitiva se hicieron sobre antidumping al Texto de Dunkel involucraban justamente los puntos que se habían identificado, semanas antes, como relativamente aceptables; mientras que ninguna de las propuestas radicales fue acogida. Igualmente significativo es que ningún país hizo esfuerzo alguno por mejorar las reglas antidumping, a cambio de aceptar las propuestas de Estados Unidos. En consecuencia, todas las fallas del Texto de Dunkel fueron trasladadas al Acta Final. Adicionalmente, los exportadores -incluyendo, por supuesto, a los exportadores estadounidenses- deberán ahora tener en cuenta algunos nuevos problemas introducidos por las propuestas estadounidenses que fueron aceptadas.

### III. ANÁLISIS DEL ACUERDO ANTIDUMPING.

#### A. *Procedimientos para las Investigaciones.*

El Acuerdo Antidumping incluye nuevas disposiciones relativas a la iniciación de una investigación antidumping, que buscan hacer que el procedimiento sea más transparente y justo, así como proteger frente a la posibilidad de denuncias temerarias. Específicamente, el artículo 5.2 del Acuerdo Antidumping reitera el requisito contenido en el anterior Código Antidumping de la Ronda de Tokio, estableciendo que en la solicitud de apertura de la investigación deben incluirse pruebas suficientes de dumping, de perjuicio y del nexo causal entre ambos. El artículo del nuevo acuerdo agrega que "no podrá considerarse que para cumplir los requisitos fijados en el presente párrafo basta una simple información no apoyada por las pruebas pertinentes". Además, el artículo 5.2 enumera en detalle la información que debe ser incluida en la solicitud, antes de que se pueda iniciar una investigación.

El artículo 5.3 del Acuerdo Antidumping establece que "las autoridades examinarán la exactitud y pertinencia de las pruebas presentadas con la solicitud para determinar si existen pruebas suficientes que justifiquen la iniciación de una investigación". A pesar de que esto parece lógico, el Código Antidumping anterior no contenía expresamente este requisito,

---

financieros. Con su énfasis en antidumping, Estados Unidos había dado a entender que era el éxito en obtener los cambios pedidos en materia antidumping, lo que sería crucial para lograr el visto bueno estadounidense al entero paquete.

con lo que el grado de examen requerido fue materia controvertida en tres paneles sobre medidas antidumping.<sup>60</sup>

El artículo 6 del Acuerdo Antidumping requiere que se conceda a los productores extranjeros o exportadores, un plazo de al menos 30 días para dar respuesta a los cuestionarios enviados. A pesar de que el Código Antidumping anterior no establecía este plazo, en la práctica, la mayoría de las autoridades antidumping actualmente conceden al menos 30 días para responder los cuestionarios.<sup>61</sup> El requisito expreso en el nuevo Acuerdo Antidumping debería proteger a las partes contra injusticias y abusos por parte de las autoridades administrativas. Adicionalmente, el artículo 7.3 del Acuerdo Antidumping dispone que no se podrán imponer medidas provisionales "antes de transcurridos 60 días desde la fecha de iniciación de la investigación".

#### *B. Legitimación Activa.*

El Acuerdo Antidumping incorpora una nueva disposición sobre legitimación activa que requiere que las autoridades administrativas se involucren en una forma más activa, antes de la iniciación de una

---

<sup>60</sup> "Imposition of Antidumping Duties on Imports of Seamless Stainless Steel Hollow Products from Sweden", *Documento del GATT ADP/4720* (agosto de 1990): párrafos 3.13-3.36 y 5.4-5.22 (estableciendo que el artículo 5.1 del Código de la Ronda Tokio requería que las autoridades administrativas tomaran medidas para asegurarse de que la solicitud estaba siendo apoyada por una porción importante de la industria nacional). "United States - Antidumping Duties on Gray Portland Cement and Cement Clinker from Mexico", *Documento del GATT ADP/82* (7 de septiembre de 1992): párrafos 3.13-3.36 y 5.4-5.22 (considerando que, cuando el estándar es "toda o casi toda la industria nacional", el requisito del artículo 5.1 del Código no se puede considerar satisfecho por la simple declaración del solicitante de que la solicitud es apoyada por una porción importante de la industria nacional). "United States - Imposition of Anti-Dumping Duties on Imports of Fresh and Chilled Atlantic Salmon from Norway", *Documento del GATT ADP/87* (30 de noviembre de 1992): párrafos 3.13-3.36 y 5.4-5.22 (estableciendo que el requisito contenido en el artículo 5.1, se puede considerar satisfecho por la declaración del solicitante de que la solicitud es apoyada por una porción importante de la industria nacional, aún si se ha recibido noticia de retiro de apoyo para la solicitud y existe oposición expresa presentada por algún productor nacional).

<sup>61</sup> Si bien el Código Antidumping de la Ronda de Tokio no especificaba los 30 días, este plazo fue sugerido como el período mínimo para dar respuesta por el Comité de Prácticas Antidumping del GATT, en una recomendación que fue aprobada por las Partes Contratantes del GATT en 1983. "Recomendación relativa a los

investigación. El artículo 5.1 del Código Antidumping anterior disponía que la investigación se iniciaría "normalmente previa solicitud escrita hecha por la producción afectada o en nombre de ella". Sin embargo, este Código no incluía un estándar expreso para determinar cuándo se podía considerar que una solicitud había sido presentada "por la producción afectada o en nombre de ella".

El artículo 5.4 del Acuerdo Antidumping establece que no se iniciará una investigación antidumping si "las autoridades no han determinado, basándose en el examen del grado de apoyo o de oposición a la solicitud expresado por los productores nacionales del producto similar, que la solicitud ha sido hecha por o en nombre de la rama de producción nacional". El mismo artículo 5.4 exige que una solicitud sea apoyada por productores que representen más del 50 por ciento "de la producción total del producto similar producido por la parte de la rama de producción nacional que manifieste su apoyo o su oposición a la solicitud". En ningún caso, se podrá iniciar una investigación, "cuando los productores nacionales que apoyen expresamente la solicitud representen menos del 25 por ciento de la producción total del producto similar producido por la rama de producción nacional".<sup>62</sup>

### C. *Metodología de Cálculo.*

El artículo 2.6 del Código Antidumping de la Ronda de Tokio se refería a la necesidad de "realizar una comparación equitativa" al calcular los márgenes de dumping. Por su parte, el artículo 2.4 del Acuerdo Antidumping dispone que "se realizará una comparación equitativa entre el precio de exportación y el valor normal. Esta comparación se hará en el mismo nivel comercial, normalmente el nivel 'ex fábrica', y sobre la base de ventas efectuadas en fechas lo más próximas posible."

---

límites de tiempo concedidos a las partes que responden cuestionarios anti-dumping" en, GATT, *Instrumentos Básicos y Documentos Diversos*, 30mo. Sup. (Ginebra: GATT, 1984).

<sup>62</sup> Este nivel de 25 por ciento es el usado por México y es el más bajo usado por cualquiera de los países usuarios más frecuentes de medidas antidumping. Esta figura porcentual fue extraída de una propuesta estadounidense presentada el 26 de noviembre de 1993, apenas unas semanas antes de que concluyeran las negociaciones de la Ronda de Uruguay. Estados Unidos estaba preocupado de que un panel pudiese establecer un piso más alto para determinar el apoyo de la industria necesario para una solicitud.

En contraste, la segunda frase del artículo 2.4 del Texto de Dunkel establecía: "los dos *precios* se compararán al mismo nivel comercial..."<sup>63</sup> La diferencia del lenguaje usado en el Texto de Dunkel, comparado con el del texto definitivo, cambió el énfasis de los precios a la comparación equitativa. Esta modificación fue incorporada en 1992 por el grupo de redacción legal, con el fin de asegurar que la comparación sea equitativa, independientemente de si se hace entre el valor normal y el precio de exportación o entre un valor construido (que no es un precio) y el precio de exportación.

Más aún, reconociendo el potencial para abusos por parte de las autoridades administrativas, el Acuerdo Antidumping desarrolla con mayor detalle una metodología justa para calcular márgenes de dumping, mediante una comparación de precios individuales con precios individuales, o promedios ponderados con promedios ponderados. Al mismo tiempo, el Acuerdo Antidumping expresamente faculta a las autoridades para enfrentar situaciones de dumping escondido. En forma expresa, en su artículo 2.4.2, el Acuerdo Antidumping permite una comparación de precios individuales en un mercado con promedios ponderados en el otro, si existe "una pauta de precios de exportación significativamente diferentes según los distintos compradores, regiones o períodos" y si las autoridades razonan "por qué esas diferencias no pueden ser tomadas debidamente en cuenta mediante una comparación entre promedios ponderados o transacción por transacción". Lo anterior limita en forma estricta la práctica de varios países que usan una comparación de valores normales promedio con precios individuales de exportación, para aquellas situaciones en que se arreglaban ventas de exportación a precios altos para encubrir aquellas efectuadas a precios bajos al mismo mercado, mientras no existían ventas a bajos precios comparables en el mercado donde se calculaba el valor normal.

El Acuerdo Antidumping también se refiere al problema del cambio entre divisas y de las tasas de cambio, para el cálculo de los márgenes de dumping, lo cual es otra área de potenciales abusos, por parte de las autoridades administrativas. Al respecto, el Acuerdo Antidumping expresamente requiere que, al convertir monedas, debe usarse la tasa de cambio efectiva al momento de la fecha de la venta. Si la venta de divisas

---

<sup>63</sup>

Énfasis añadido por los autores.

extranjeras en mercados a futuro está directamente relacionada con la venta de exportación que está siendo examinada, el Acuerdo Antidumping dispone que se debe usar la tasa de cambio de la venta a futuro. Adicionalmente, el Acuerdo Antidumping protege contra aquellas situaciones en las cuales fluctuaciones de la tasa de cambio produzcan o incrementen los márgenes de dumping. El artículo 2.4.1 del Acuerdo Antidumping dispone que "no se tendrán en cuenta las fluctuaciones de los tipos de cambio" y que "las autoridades concederán a los exportadores un plazo de 60 días, como mínimo, para que ajusten sus precios de exportación de manera que reflejen movimientos sostenidos de los tipos de cambio durante el período objeto de investigación".

#### *D. Muestreo.*

El Código Antidumping de la Ronda de Tokio no incluía disposición alguna relativa al uso de muestras estadísticas para calcular márgenes de dumping. En cambio, el artículo 6.10 del Acuerdo Antidumping prevé que en los casos en que el número de exportadores, productores, importadores o tipos de productos sea tan grande que resulte imposible efectuar [la determinación del margen de dumping que corresponda a cada exportador o productor, o a cada producto], las autoridades podrán limitar su examen a un número prudencial de partes interesadas o de productos, utilizando muestras que sean estadísticamente válidas sobre la base de la información de que dispongan en el momento de la selección...

Resulta especialmente importante en esta disposición, el requisito de que las técnicas de muestreo sean "estadísticamente válidas". Las legislaciones nacionales de algunos de los países usuarios frecuentes de mecanismos antidumping (como Estados Unidos), actualmente permiten el uso de muestreos en investigaciones antidumping. Frecuentemente, sin embargo, las metodologías de muestreo usadas, no son estadísticamente válidas y por lo tanto producen resultados distorsionados.<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup> Por ejemplo, el panel del Caso del Salmón determinó que, al seleccionar una muestra de granjas para determinar los costos de producción del salmón, Estados Unidos no se había asegurado de que tal muestra fuese representativa, en violación del Código Antidumping de la Ronda de Tokio. "United States - Imposition of Anti-Dumping Duties on Imports of Fresh and Chilled Atlantic Salmon from Norway", *Documento del GATT ADP/87* (30 de noviembre de 1992): párrafo 426.

*E. Ventas por Debajo de Costos de Producción.*

El Código Antidumping de la Ronda de Tokio contenía poca orientación sobre el cálculo de los costos de producción y sobre cuándo deberían ignorarse ventas hechas por debajo de costos. El Acuerdo Antidumping ha detallado en forma considerable el aspecto relativo a las ventas por debajo de costos. El artículo 2.2.1 dispone que las ventas por debajo de los costos de producción pueden ser excluidas del cálculo de márgenes de dumping si el 20 por ciento o más de las ventas totales en el mercado de origen son por debajo de los costos. Algunos cabilderos de la industria estadounidense del acero alegan que este piso del 20 por ciento reducirá las posibilidades de conseguir dumping y permitirá a los exportadores realizar volúmenes significativos de ventas por debajo de costos en sus propios mercados. Sin embargo, tal preocupación carece de fundamento, por cuanto el Acuerdo Antidumping expresamente prevé que si "la media ponderada de los precios de venta de las operaciones consideradas para la determinación del valor normal es inferior a la media ponderada de los costos unitarios", las autoridades administrativas podrán desestimar las ventas por debajo de costos, incluso si éstas representan menos del 20 por ciento de las ventas totales en el mercado doméstico.

El artículo 2.2.1.1 del Acuerdo Antidumping requiere además que las autoridades administrativas ajusten los costos, si una empresa sometida a investigación estuviera en situación de puesta en marcha. Esto representa un adelanto considerable, con respecto al Código anterior, por cuanto protegerá a los exportadores en situación de puesta en marcha, frente a posibles determinaciones arbitrarias de que se han hecho ventas por debajo de costos, antes de que éstos hayan alcanzado volúmenes de ventas adecuados para producir los costos previstos por unidad. No obstante, el acuerdo falla al no definir expresamente cuál es el período de puesta en marcha.

Un defecto significativo del Acuerdo Antidumping consiste en la definición de beneficio, en el cálculo del costo de producción. El artículo 2.2.2 del Acuerdo Antidumping legitima la práctica ampliamente criticada de la Comunidad Europea de usar cifras sobreestimadas de beneficios, para obtener márgenes de dumping altamente inflados. Bajo el Acuerdo Antidumping, las autoridades administrativas podrán calcular los márgenes de beneficio basándose en ventas seleccionadas, en lugar de hacerlo conforme a principios de contabilidad generalmente aceptados.

Otra falla significativa del Acuerdo Antidumping tiene que ver con la disposición por la cual se trata a los derechos antidumping como un costo que debe ser deducido del precio de exportación. El artículo 9.3.3 entró en el Acuerdo Antidumping, como resultado de una negociación agresiva de la Comunidad Europea. Bajo la práctica actual de la Comunidad Europea, un exportador que se haya determinado que ha realizado dumping en la Comunidad debe subir sus precios a Europa por el doble de la cantidad del margen de dumping. En caso contrario, las autoridades podrían decidir que el dumping continúa. Esencialmente, la Comunidad Europea cuenta el margen de derechos doble, con el fin de reducir la competencia. El Acuerdo Antidumping requiere asimismo que la segunda parte en la cadena de comercialización (presumiblemente, excluyendo a las partes no vinculadas, con el fin de evitar la infracción a las reglas de competencia establecidas contra el mantenimiento de precios de reventa) demuestre que ésta también ha aumentado sus precios, por la cantidad total del margen de dumping.

*F. Márgenes de Dumping De Minimis.*

El Acuerdo Antidumping incluye un novedoso margen de dumping *de minimis* del 2 por ciento, debajo del cual no se impondrán derechos antidumping (artículo 5.8, Acuerdo Antidumping). Esta disposición requerirá de un cambio en la legislación estadounidense para elevar el margen *de minimis* actual del 0,5 por ciento al 2 por ciento. En la Comunidad Europea y Canadá constituye práctica frecuente, el considerar márgenes de dumping de menos del 1,5 por ciento, como *de minimis*. A pesar de que Australia no posee una regla formal sobre *de minimis*, en la práctica ha considerado que márgenes de 5 por ciento y de 6,25 por ciento eran *de minimis*.

*G. Volúmenes Insignificantes de Importaciones.*

El Acuerdo Antidumping incluye una cláusula sobre volúmenes insignificantes de importaciones, según la cual normalmente no se determinará la existencia de perjuicio si las importaciones de un país individual representan menos del 3 por ciento de las importaciones del producto similar en el país importador, salvo que los exportadores que individualmente sean insignificantes, en su conjunto representen más del 7 por ciento de esas importaciones (artículo 5.8, Acuerdo Antidumping).

La inclusión de una disposición para los casos de importaciones insignificantes reconoce lo que había sido una práctica de los países usuarios más frecuentes de medidas antidumping (Estados Unidos, la Comunidad Europea, Canadá y Australia). Estos países han mantenido como práctica considerar que son insignificantes las importaciones que representen una cuota limitada del mercado nacional. Por ejemplo, Estados Unidos y la Comunidad Europea generalmente declaran sin lugar casos, sobre la base de que los volúmenes de las importaciones son insignificantes, cuando éstas representen menos del 0,5 al 1 por ciento del mercado nacional del producto. Australia ha declarado insignificantes importaciones de hasta el 10 por ciento del mercado australiano. Resulta más difícil encontrar un patrón claro en las decisiones de Canadá, a pesar de que se han rechazado casos en los cuales las importaciones representaban hasta un 4,6 por ciento del mercado canadiense.

Estados Unidos, con el respaldo de otras autoridades administrativas, logró cambiar la base del criterio de importaciones insignificantes, de participación en el mercado doméstico a porción del volumen total de importaciones. El uso de un estándar basado en la cuota de las importaciones puede llevar a resultados extraños. Mientras más efectivamente protegido es un mercado -en función del volumen reducido de participación de mercado de sus importaciones-, será más fácil determinar que las importaciones son significativas.

Este nuevo criterio fue un regalo de la oficina del USTR y del Departamento de Comercio a la industria local del acero,<sup>65</sup> sin tomar en cuenta los efectos sobre los exportadores estadounidenses. Por ejemplo, los exportadores estadounidenses tenían un 0,5 por ciento del mercado europeo de trigo, lo cual habría sido considerado insignificante, bajo el estándar de 1 por ciento de participación de mercado, incluido en el Texto de Dunkel. Sin embargo, esas mismas importaciones representan un 35 por ciento del total de las importaciones de trigo a la Comunidad Europea, bien por encima del margen de insignificancia del 3 por ciento establecido en el Acuerdo Antidumping. Más sorprendente resultó que la Comunidad Europea estuviera dispuesta a sacrificar a sus más pequeños Estados

---

<sup>65</sup> Un 3 por ciento del total de importaciones a Estados Unidos de productos terminados de acero, constituye apenas un 0,6 por ciento del total del mercado nacional.

miembros (Bélgica, Dinamarca, Grecia, Holanda, Irlanda, Luxemburgo y Portugal), que habrían estado mucho mejor con el estándar de participación del mercado del Texto de Dunkel.<sup>66</sup>

#### H. *Medidas Antielusión.*

A pesar de que el Texto de Dunkel contenía disposiciones sustanciales relacionadas con medidas antielusión, no fue posible lograr un consenso definitivo al respecto entre las delegaciones. En consecuencia, estas disposiciones fueron eliminadas del texto final. En lugar de esto, las partes acordaron presentar una Declaración Ministerial reconociendo el problema de la elusión y refiriendo el asunto al Comité de Prácticas Antidumping, para que éste lo resolviera.<sup>67</sup>

A pesar de que algunos funcionarios estadounidenses han alegado que esto permite a Estados Unidos continuar su práctica de aplicar medidas antielusión, esto no es lo que establecen el Acuerdo Antidumping ni la Declaración. El artículo 18.1 del Acuerdo Antidumping dispone que "no podrá adoptarse ninguna medida específica contra el dumping de las exportaciones de otro Miembro si no es de conformidad con las

---

<sup>66</sup> Por ejemplo, en una investigación estadounidense de 1992-93, sobre productos de acero, Estados Unidos determinó que las importaciones de productos de acero provenientes de Bélgica eran insignificantes y por tanto, no representaban una causa de perjuicio para la industria nacional estadounidense. United States International Trade Commission, *Certain Flat-Rolled Carbon Steel Products from Argentina, Australia, Austria, Belgium, Brazil, Canada, Finland, France, Germany, Italy, Japan, Korea, Mexico, the Netherlands, New Zealand, Poland, Romania, Spain, Sweden, and the United Kingdom*, USITC Pub. 2664 (Final) (Washington, D.C.: United States International Trade Commission, agosto de 1993), pp. 41, 111. Las importaciones belgas de productos de acero, representaban un 0,4 por ciento del mercado estadounidense en 1990 y un 0,5 por ciento en 1991. *Ibidem*, p. 111. En esos mismos años, las importaciones belgas representaron un 5,2 por ciento y un 6,9 por ciento del total de las importaciones. *Ibidem*, p. 1-137.

Bajo el estándar del 1 por ciento de participación del mercado del Texto de Dunkel, las importaciones de productos de acero belgas se considerarían insignificantes; pero bajo el estándar definitivo del 3 por ciento de las importaciones del Acuerdo Antidumping, las importaciones serían significativas y se podría demostrar que causaron perjuicio.

<sup>67</sup> Véase, "Decisión sobre las medidas contra la elusión, en Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio" en, *Los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales: Los Textos Jurídicos* (Ginebra: Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio, 1994), p. 471.

disposiciones del GATT de 1994, según se interpretan en [ese] Acuerdo". En el Acuerdo Antidumping no existe disposición alguna que permita las medidas antielusión ni la imposición de derechos antidumping a productos que no hayan sido plenamente investigados y respecto de las cuales no se haya determinado que existe dumping y que causan perjuicio.

*I. Mejor Información Disponible.*

El artículo 6.8 del Acuerdo Antidumping refleja lo existente en el artículo 6.8 del anterior Código Antidumping de la Ronda de Tokio, refiriéndose al uso de "los hechos de que se tenga conocimiento". La disposición del Acuerdo Antidumping establece que "en los casos en que una parte interesada niegue el acceso a la información necesaria o no la facilite dentro de un plazo prudencial o entorpezca significativamente la investigación, podrán formularse determinaciones preliminares o definitivas, positivas o negativas, sobre la base de los hechos de que se tenga conocimiento". A diferencia de lo que ocurría en el Código Antidumping de la Ronda de Tokio, el Acuerdo Antidumping incluye un anexo dedicado exclusivamente a la aplicación de la mejor información disponible.<sup>68</sup> Las circunstancias bajo las cuales se permite el uso de la mejor información disponible están significativamente limitadas. El nuevo Acuerdo controla además, en forma más estricta que en el anterior Código Antidumping, la información que las autoridades administrativas pueden usar como base para realizar sus determinaciones preliminares y finales.

Específicamente, el Anexo II dispone que: (a) toda la información que sea verificable, presentada adecuadamente de modo que pueda utilizarse en la investigación sin dificultades excesivas y facilitada a tiempo deberá ser tomada en cuenta por las autoridades, al momento de realizar sus determinaciones;<sup>69</sup> (b) las autoridades no podrán descartar información suministrada por las partes interesadas, aunque tal información no sea óptima en todos los aspectos, siempre que la parte interesada que la proporciona haya procedido en toda la medida de sus posibilidades;<sup>70</sup> (c)

---

<sup>68</sup> Anexo II: Mejor información disponible en el sentido del párrafo 8 del artículo 6, en Ley Aprobatoria del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, G.O., N° 4.829 Extraordinario, 28 de diciembre de 1994, p. 40.

<sup>69</sup> *Ibidem*, párrafo 3.

<sup>70</sup> *Ibidem*, párrafo 5.

las autoridades deben notificar inmediatamente a la parte interesada si su información no va a ser aceptada, concediéndole un plazo prudencial para presentar nuevas explicaciones;<sup>71</sup> y, (d) si las autoridades basan sus conclusiones en información procedente de otra fuente deberían, siempre que sea posible, comprobar la información con otras fuentes independientes de que dispongan.<sup>72</sup>

*J. Cláusula de Ocaso.*

El Código Antidumping de la Ronda de Tokio no incluía límite específico alguno a la duración de una medida antidumping. Al respecto, el Código sólo señalaba que "un derecho antidumping sólo permanecerá en vigor durante el tiempo y en la medida necesarios para contrarrestar el dumping que esté causando daño" (artículo 9.1, Código Antidumping de 1979). Con excepción de Estados Unidos, los países que han sido usuarios tradicionales de medidas antidumping -Australia, Canadá y la Comunidad Europea-, tienen cláusulas de ocaso en sus leyes o regulaciones domésticas.

El Acuerdo Antidumping prevé que toda medida antidumping será suprimida, a más tardar, en un plazo de cinco años contados desde la fecha de su imposición, salvo que, en una revisión iniciada antes de la expiración de los derechos, las autoridades administrativas determinen que la supresión de los derechos daría lugar a la continuación o a la repetición del dumping y del daño (artículo 11.3, Acuerdo Antidumping). La carga de la prueba de determinar si es necesario mantener la vigencia de los derechos más allá de los cinco años, con el fin de evitar la continuación o repetición del dumping y del daño, corresponde a las autoridades administrativas y no a los exportadores.

*K. Solución de Diferencias.*

El Acuerdo de la OMC contiene un mecanismo integrado para la solución de diferencias, el cual se aplica a todos los aspectos del acuerdo, incluyendo al Acuerdo Antidumping. Este mecanismo contiene un cronograma para las varias fases, de manera que los páneles puedan concluir sus revisiones dentro de un plazo de nueve meses. También desarrolla un procedimiento para que, a diferencia de lo que ocurría bajo el Código

---

<sup>71</sup> Ibidem, párrafo 6.

<sup>72</sup> Ibidem, párrafo 7.

Antidumping de la Ronda de Tokio, la parte que haya perdido una disputa no pueda bloquear la adopción de la decisión del pánel. Finalmente, establece un procedimiento para la apelación de las decisiones de páneles, sobre puntos de Derecho.

Uno de los cambios al texto final sobre los cuales Estados Unidos insistió, guardaba relación con el estándar para la revisión, a ser aplicado en disputas sobre antidumping; o, dicho de otra manera, con los poderes de los páneles, al realizar sus revisiones. El Acuerdo Antidumping dispone que:

(i) al evaluar los elementos de hecho del asunto, [el pánel] determinará si las autoridades han establecido adecuadamente los hechos y si han realizado una evaluación imparcial y objetiva de ellos. Si se han establecido adecuadamente los hechos y se ha realizado una evaluación imparcial y objetiva, no se invalidará la evaluación, aun en el caso de que el [pánel] haya llegado a una conclusión distinta;

(ii) [el pánel] interpretará las disposiciones pertinentes del Acuerdo de conformidad con las reglas consuetudinarias del derecho internacional público. Si [el pánel] llega a la conclusión de que una disposición pertinente del Acuerdo se presta a varias interpretaciones admisibles, declarará que la medida adoptada por las autoridades está en conformidad con el Acuerdo si se basa en alguna de esas interpretaciones admisibles.

Por contraste con la revisión sobre puntos de hecho, el estándar de revisión del Acuerdo Antidumping para puntos de Derecho requiere de una interpretación conforme con la Convención de Viena de Derecho de los Tratados. Funcionarios del Departamento de Comercio y la oficina del USTR alegan que el lenguaje del Acuerdo Antidumping permite sostener que pueden existir múltiples interpretaciones permisibles. Tal aseveración tendría que ser examinada a la luz de las disposiciones de la Convención de Viena. Al respecto, el artículo 31 de esta Convención dispone que los tratados deben ser interpretados, de acuerdo con el sentido ordinario de los términos usados en el tratado, en el contexto y de acuerdo con el objeto y propósito del tratado.

Reglas sucesivas de la Convención de Viena se refieren a las situaciones en que el lenguaje sea ambiguo o cuando los textos oficiales en distintos idiomas permitan diversos significados. El artículo 31, parágrafo 3, de la Convención dispone que, junto con el contexto del tratado, deberá tomarse en cuenta cualquier práctica sucesiva en la aplicación del tratado, que establezca el acuerdo de las partes en relación con su interpretación. Por su parte, el artículo 32 de la Convención permite recurrir a la historia de la discusión del texto, si el significado de los términos es ambiguo u oscuro, en lugar de dejar a los signatarios individuales en libertad de adoptar sus propias interpretaciones de tal lenguaje oscuro o ambiguo. El artículo 33 establece que, cuando los distintos idiomas oficiales de un texto produzcan diversos significados, deberá adoptarse el significado que mejor reconcilie los textos, teniendo en consideración el objeto y propósito del tratado. Una posición que considere que existen diversas interpretaciones permisibles podría estar en conflicto con los estándares usuales de interpretación de los tratados.<sup>73</sup>

Durante las negociaciones, en un momento dado en 1993, la oficina del USTR llegó al convencimiento de que en Ginebra no sería aceptado un estándar exclusivo para la revisión de los páneles en materia antidumping. Aparentemente luego de ésto, el los negociadores estadounidenses propusieron que se estableciera un estándar único, más laxo, para todas las revisiones. Según este estándar, los páneles de la OMC serían más deferentes frente a las decisiones de las autoridades administrativas.<sup>74</sup> Los grupos de interés estadounidenses en materia de propiedad intelectual recibieron con ira esta propuesta. Estos grupos no deseaban que se diera a las autoridades administrativas de otros países, con competencia sobre patentes y derechos de autor, la misma deferencia que la oficina del USTR procuraba para las decisiones en materia antidumping del Departamento de Comercio y la Comisión de Comercio Internacional de Estados Unidos.

---

<sup>73</sup> Es importante notar que, a pesar de que Estados Unidos no es signatario de la Convención de Viena, reconoce su autoridad como fuente de Derecho. "A pesar de que no está aún vigente, la Convención es generalmente reconocida como la guía autoritativa para el Derecho y práctica actuales de los tratados". Senado de los Estados Unidos de América, *Senate Executive Document*, 92do. Congreso, 1ra. Sesión (Washington, D.C.: Senado de los Estados Unidos de América, 1971).

<sup>74</sup> Véase, "U.S. Moves to Limit Dispute Settlement Panel's Scope of Review", *Inside U.S. Trade* (5 de noviembre de 1993): p. 1.

La propuesta fue finalmente abandonada, y la oficina del USTR fue capaz de convencer al Director General Sutherland y a las otras partes en la negociación que era necesario añadir un estándar expreso para materia antidumping.<sup>75</sup>

---

<sup>75</sup> Y posiblemente, en un grado vagamente definido, para materia de derechos compensatorios. Véase, "Decisión relativa a la solución de diferencias de conformidad con el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 o con la Parte V del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias" en, *Los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales: Los Textos Jurídicos* (Ginebra: Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio, 1994), p. 471.



# El Dumping Social

## *Competencia Regulatoria y Comercio Internacional*

Jorge CASTRO BERNIERI<sup>1</sup>

### I. INTRODUCCIÓN.

A partir de 1989, Venezuela inició un programa de apertura y liberalización económica.<sup>2</sup> El programa de apertura económica implicó la reducción progresiva de los aranceles a las importaciones, así como el desmantelamiento de numerosas barreras no-arancelarias. Entre estas últimas, en Venezuela había sido frecuente la utilización de mecanismos tales como importaciones reservadas al Estado, licencias y delegaciones de importación, y restricciones cuantitativas (cuotas). En el contexto de este programa, en agosto de 1990, Venezuela se adhirió como parte contratante al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).<sup>3</sup> Posteriormente, como resultado de las negociaciones comerciales

---

<sup>1</sup> El autor es Abogado (UCV, 1990), con una Maestría en Comercio Internacional (Georgetown University, 1993). Actualmente se desempeña como Consultor Jurídico de la Comisión Antidumping y sobre Subsidios y Profesor de Postgrado en Comercio Internacional en la Universidad Central de Venezuela (Facultades de Ciencias Jurídicas y Políticas y de Ciencias Económicas y Sociales). El autor es responsable por las traducciones en el texto.

<sup>2</sup> Véase Decreto 239 de 24 de mayo de 1989, mediante el cual se dictaron las Normas para la Política Comercial de Venezuela, en Gaceta Oficial de la República de Venezuela (en lo adelante G.O.), No. 34.230, 30 de mayo de 1989. Comentarios sobre este programa pueden verse, por ejemplo en, Moisés Naím, *Paper Tigers and Minotaurs: The Politics of Venezuela's Economic Reforms* (Washington, D.C.: Carnegie Endowment for International Peace, 1993).

<sup>3</sup> Véase Acuerdo de la Comisión Delegada del Congreso de la República mediante el cual se autorizó al Ejecutivo Nacional para que procediera a aplicar provisionalmente el Protocolo de Adhesión de Venezuela al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (G.A.T.T.) hasta tanto se cumpliera el proceso de formación de la respectiva Ley Formal Aprobatoria de dicho Protocolo, en G.O., No. 34.539, 27 de agosto de 1990.

multilaterales de la Ronda de Uruguay, Venezuela se hizo miembro fundador de la Organización Mundial del Comercio (OMC).<sup>4</sup>

Con respecto a ambos acontecimientos -por un lado, apertura económica y liberalización y por el otro, adhesión al GATT- Venezuela no estaba en una situación excepcional. Programas similares estaban siendo aplicados por los mismos años, en la mayoría de los países del hemisferio y en muchas otras regiones del mundo, incluyendo los países anteriormente pertenecientes al bloque socialista.

La remoción de las barreras tradicionales al comercio internacional -principalmente aranceles, cuotas y licencias- asociada al fortalecimiento del sistema del GATT, han desplazado hacia nuevas áreas el centro de atención de quienes estudian las distorsiones que afectan a los flujos comerciales internacionales. Esto ha justificado la mayor preocupación que en tiempos recientes despiertan los efectos anticompetitivos sobre el comercio internacional, de otras medidas o acciones de los gobiernos nacionales. Entre tales medidas o acciones resaltan la imposición de derechos antidumping o compensatorios y otras medidas de salvaguardia, los subsidios y, en particular, el tema de la competencia regulatoria entre naciones.

## II. COMPETENCIA REGULATORIA EN EL COMERCIO INTERNACIONAL.

Según dos de las distintas acepciones que puede tener el término competencia, podemos identificar al menos dos dimensiones (distintas, pero vinculadas) de los problemas que plantea la competencia regulatoria en el comercio internacional.<sup>5</sup>

Por un lado, usando la palabra competencia en su acepción de contienda como derivada del verbo competir, el problema de la competencia regulatoria se vincula con lo que también se ha llamado el problema de la

---

<sup>4</sup> Véase Ley Aprobatoria del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, en G.O., No. 4.829 Extraordinario, 29 de diciembre de 1994.

<sup>5</sup> Cf. Joel P. Trachtman, "International Regulatory Competition, Externalization, and Jurisdiction", *Harvard International Law Journal*, Vol. 34, N° 1 (invierno de 1993).

"carrera hacia abajo" o, en alguna literatura estadounidense, el problema de "las compañías de Delaware".<sup>6</sup> Según esta dimensión, el problema parte del hecho que existen diferentes entidades que en un momento dado pueden tener facultades para regular determinadas materias.

En un mercado abierto y globalizado, en el cual las diferentes regiones están "compitiendo" unas contra otras para vender sus productos y -simultáneamente- para atraer inversiones, se podría presentar una carrera hacia abajo. Tal carrera se produciría por el interés de los gobiernos de crear condiciones de mayor competitividad para sus empresas y/o de mayor atractivo para las inversiones. Según esta visión, el resultado de la carrera podría ser un descenso general de los niveles regulatorios en el mundo.

Las naciones tienen la posibilidad de modificar su ambiente regulatorio con el fin de incidir sobre los costos de sus empresas. De esta manera, los países pueden procurar atraer o conservar inversiones y mejorar la condición relativa de competitividad de sus empresas, alterando aquellas regulaciones que tienen incidencia directa sobre los costos de operación de las empresas. Así pues, la regulación -o desregulación- en materias tales como tributos, protección ambiental y derechos de los trabajadores, puede constituirse en un mecanismo para la promoción o conservación de inversiones, o para el mejoramiento de la competitividad.

En un segundo sentido, podemos tomar la palabra competencia en su acepción de incumbencia o potestad como derivada del verbo *competere*, con lo cual el problema de la competencia regulatoria se vincula con otro aspecto, a quién corresponde la regulación de una determinada materia. De esta forma, podemos identificar al menos tres niveles distintos de competencia regulatoria, o dicho de otra manera, tres niveles distintos de donde podrían emanar regulaciones, a saber: a nivel nacional, regional o multilateral.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, William L. Cary, "Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware", *Yale Law Journal*, N° 83 (1974): p. 666.

<sup>7</sup> Esto sin contar con que se presentan problemas similares en el plano infranacional, por la competencia regulatoria entre el nivel nacional, los estados, regiones o provincias y las comunidades locales o municipios. Además, frecuentemente la situación real es que la competencia regulatoria de un nivel no es exclusiva ni excluyente con respecto a la de otros niveles.

### III. DUMPING SOCIAL.

En su forma básica, el dumping es definido en el texto del GATT, como la "introducción de productos de un país en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal" (artículo VI, GATT). Valor normal significa generalmente el precio por el cual los mismos productos son vendidos en el país de origen o de exportación. En otras palabras, la determinación de la existencia de dumping resulta de una operación de substracción, donde al precio de un bien en su país de origen o de exportación se le resta el precio de exportación del mismo bien. Si el resultado es positivo (mayor a cero), existe dumping en el sentido usado en las relaciones económicas internacionales, y dicho resultado positivo constituye el margen del dumping.<sup>8</sup>

En un sentido similar, pueden verse también -en la legislación nacional- las definiciones equivalentes, incluidas en el artículo 2 de la Ley sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional (Ley Antidumping).<sup>9</sup>

Por analogía con este concepto tradicional de dumping en economía internacional, el dumping social puede ser definido como la producción de bienes en un país a un costo menor que el de productores de bienes similares en otras partes del mundo -los competidores-, cuando tal diferencia de costo se origine en el incumplimiento -y hasta en la falta de consagración en el Derecho interno- de derechos de los trabajadores, tales como remuneración justa y otros beneficios, incluyendo derechos a la negociación y contratación colectivas, jornadas máximas de trabajo, etc., o incluso en el incumplimiento de derechos humanos en un sentido más amplio, como utilización de mano de obra esclava o prisionera, o el trabajo de menores.

Desde un punto de vista técnico, el supuesto así descrito se vincula quizás más directamente con la figura de los subsidios, que con la figura del dumping, como tradicionalmente son definidas. El dumping resulta de una decisión económica racional de una empresa, cualquiera que sea su objetivo. En algunos casos, mediante el dumping una empresa busca la

---

<sup>8</sup> John H. Jackson, "Dumping in International Trade: Its Meaning and Context", capítulo 1 en *Antidumping Law and Practice: A Comparative Study*, eds. John H. Jackson y Edwin A. Vermulst (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1989), p. 2.

<sup>9</sup> G.O., No. 4.441 Extraordinario, 18 de junio de 1992.

eliminación de empresas competidoras. Otras veces el dumping es una herramienta para penetrar y asegurar una posición en un mercado. A veces el dumping puede ser simplemente una forma de obtener ganancias adicionales, aumentando la producción de manera de recuperar los costos variables, sin afectar los precios en el mercado de origen; o de deshacerse de un inventario sobrante.

Por contraposición, los subsidios provienen siempre de un Estado. Trátese de aportes financieros directos a una empresa, o de cualquier otra medida gubernamental de apoyo a un productor, por definición el subsidio se origina de un Estado, bien sea en forma directa de los órganos centrales de su gobierno, o a través de organismos descentralizados o entes mixtos.<sup>10</sup>

El dumping social puede entonces ser visto como un subsidio regulatorio, constituido por una conducta -de acción u omisión- de un Estado con respecto a las regulaciones laborales. Lo anterior parte de asumir que existe un estándar mínimo adecuado en que un Estado debe mantener sus regulaciones. Permitir que el nivel regulatorio descienda por debajo de tal estándar, constituiría una forma de favorecer o subsidiar a una empresa, perjudicando al resto de la sociedad, o a ciertos grupos dentro de ésta.<sup>11</sup>

En tal sentido, mediante esta ventaja a la industria local, los bienes producidos bajo condiciones de dumping social pueden competir más

---

<sup>10</sup> John H. Jackson y William J. Davey, *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text on the National and International Regulation of Transnational Economic Relations*, 2da. ed. (St. Paul, Minnesota: West Publishing, 1986), p. 725.

<sup>11</sup> Sin embargo, como lo ha advertido el GATT, "[l]a existencia de estándares... menos estrictos en un país de menor ingreso... no constituye base suficiente para alegar que tales estándares son 'muy bajos' o que el país está manipulando sus estándares, con el fin de mejorar la competitividad de sus productores. Para respaldar tal alegato, haría falta demostrar al menos que los estándares en referencia son menores de lo que sería de esperar, sobre la base de factores tales como el nivel de ingreso per cápita y las características [de la sociedad de que se trate]. Claramente, se trata de algo muy difícil de probar..." GATT, *International Trade 90-91* (Ginebra: GATT, 1992), p. 29. Citado en, Scott Barrett, "Strategic Environmental Policy and International Trade", *Journal of Public Economics*, N° 54 (1994): p. 325. Si bien la cita se refiere a estándares ambientales, el argumento es igualmente válido para los estándares laborales.

fácilmente con los productos de otros países, en dos dimensiones: internamente, con el dumping social funcionando como una barrera no arancelaria a las importaciones, y externamente, a través de la concesión de una ventaja a los productos locales para su exportación.

Gran parte de los esfuerzos de las negociaciones comerciales multilaterales más recientes, se han dirigido hacia la regulación de los subsidios en el comercio internacional. Tal regulación ha sido procurada a través de dos grupos distintos de normas. Por una parte, las que establecen un conjunto de obligaciones para los países contra el uso de subsidios que puedan distorsionar los flujos comerciales internacionales. Por la otra, las que disciplinan la utilización de los mecanismos de respuesta frente a los subsidios.<sup>12</sup>

En este sentido, el dumping social como lo hemos definido, presenta al menos dos problemas en el comercio internacional. Primero, podría constituir una práctica de competencia desleal por la cual un país subsidia (mediante sus bajos estándares laborales) a sus productores.<sup>13</sup> Las industrias de otro país, más riguroso en la preservación y garantía de los derechos de sus trabajadores, se verían perjudicadas por tal dumping.

Segundo, la adopción de mecanismos compensatorios frente a prácticas -existentes o alegadas- de dumping social, podrían convertirse -y de hecho se están convirtiendo- en un novedoso y políticamente atractivo mecanismo de protección a industrias nacionales.<sup>14</sup> Por medio de tal tipo de medidas se podría procurar contrarrestar o anular concesiones otorgadas a otros países, en el contexto de tratados o acuerdos de liberalización comercial.

---

<sup>12</sup> John H. Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations* (Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1989), p. 251.

<sup>13</sup> "La competencia en el comercio internacional es desleal si se basa sobre la mano de obra remunerada en forma vil". Rafael Caldera, "Setenta y Cinco Años de la OIT", en *Pensamientos sobre el porvenir de la justicia social: Ensayos con motivo del 75° aniversario de la OIT* (Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1994), p. 65.

<sup>14</sup> Cf., Jagdish Bhagwati, "La OIT: Sus Próximas Tareas", en *Pensamientos sobre el porvenir*, Op. Cit., pp. 45-46.

#### IV. COMPETENCIA REGULATORIA EN MATERIA LABORAL Y COMERCIO INTERNACIONAL.

##### A. *Competencia Regulatoria Nacional.*

En primer lugar, la competencia regulatoria podría resolverse a nivel nacional. En este caso, las autoridades nacionales serían las competentes para regular la materia laboral. Generalmente, ésta es la situación de base. Los Estados nacionales son, en principio, quienes dictan la gran mayoría de las regulaciones en materia laboral y la existencia de normas a nivel regional o multilateral no descarta la existencia de tales regulaciones nacionales.

Más importante aún, a los efectos del presente análisis, es que las autoridades nacionales podrían igualmente descansar sobre medidas unilaterales para atacar los problemas de dumping social.

La imposición de medidas unilaterales como respuesta a la supuesta existencia de prácticas de dumping social, puede ser hecha a través de la imposición de los derechos compensatorios ordinarios previstos en la legislación antidumping y sobre subsidios de muchos países, o a través de otros mecanismos. De conformidad con lo establecido en nuestra Ley Antidumping -y particularmente, luego de la aprobación del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC- resulta difícil aplicar los mecanismos de nuestra legislación antidumping (derechos compensatorios) como forma de contrarrestar los eventuales efectos perjudiciales que se pudieran generar sobre nuestra industria nacional, por prácticas de dumping social.

Un ejemplo de la posible utilización de otros mecanismos como respuesta a presuntas prácticas de dumping social en el Derecho extranjero, es la Sección 301 de la Ley de Comercio de 1974 de Estados Unidos de América (*Trade Act of 1974*) y, en particular, la disposición que fuera incorporada a esta sección, a través de la Ley General de Comercio y Competitividad de 1988 (*Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988*).<sup>15</sup> Mediante la Sección 301, el Presidente de Estados Unidos, a

---

<sup>15</sup> Puede verse el texto de la Sección 301 del *Trade Act of 1974* (con las enmiendas hasta 1988), en, John H. Jackson y William J. Davey, *1989 Documents Supplement to Legal Problems of International Economic Relations*, 2da ed. (St. Paul, Minnesota: West Publishing, 1989), pp. 320-33.

través de su representante comercial (*United States Trade Representative*) está autorizado para tomar medidas retaliatorias en casos de prácticas "desleales" por parte de algún socio comercial. Tales prácticas son clasificadas por esta ley, en injustificables, irrazonables y discriminatorias. La retaliación contra prácticas injustificables es obligatoria, mientras que contra prácticas irrazonables y discriminatorias es discrecional. Entre las prácticas irrazonables que menciona la ley, se encuentra el "desconocimiento de ciertos derechos laborales internacionalmente reconocidos". La definición incluye el derecho a asociarse, y a organizarse y negociar colectivamente, la prohibición de cualquier forma de trabajo forzado, el establecimiento de una edad mínima para el trabajo de menores, así como la fijación de estándares aceptables de salarios mínimos, de jornada máxima laboral, y de seguridad y salud laboral.<sup>16</sup>

Igualmente, en forma unilateral los países podrían usar los beneficios otorgados bajo programas de sistemas generalizados de preferencias (SGP), como forma de presión para obtener cambios deseados en las regulaciones laborales.<sup>17</sup> Mediante los sistemas de SGP, los países pueden otorgar, como excepción a la cláusula de nación más favorecida contenida en el artículo I del GATT, un tratamiento diferente y más favorable (preferencial) a los países en desarrollo, sin tener que extender el beneficio a los demás países. El tratamiento preferencial de SGP puede consistir en un acceso libre, exonerado de aranceles, de los bienes del país beneficiario, al mercado del país concedente, sin que este beneficio sea concedido en forma recíproca.

Bajo los términos de la Ley de Comercio de 1974, el Presidente de Estados Unidos, tiene gran discrecionalidad en cuanto a poder determinar a cuáles países conceder los beneficios de los programas de SGP y a cuáles excluir de tales beneficios, o incluso retirarlos, una vez concedidos. Específicamente, la Ley dispone que aquellos países que no otorguen a sus trabajadores derechos laborales internacionalmente reconocidos no

---

<sup>16</sup> Para una historia del origen de esta cláusula, puede verse, por ejemplo, Judith Hippler Bello y Alan F. Holmer, "The Heart of the 1988 Trade Act: A Legislative History of the Amendments to Section 301", capítulo 2 en *Aggressive Unilateralism: America's 301 Trade Policy and the World Trading System*, eds. Jagdish Bhagwati y Hugh T. Patrick (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1990), pp. 65-68.

<sup>17</sup> Cf., John H. Jackson, *The World Trading System*, Op. Cit., p. 135.

son elegibles para disfrutar de preferencias (salvo que el Presidente de Estados Unidos estime que la concesión de los beneficios de SGP se justifica bajo los intereses económicos nacionales de Estados Unidos). Igualmente, el Presidente dispone de amplia discrecionalidad para decidir si retirar las concesiones SGP a cualquier país que no esté otorgando derechos laborales internacionalmente reconocidos a sus trabajadores. A solicitud de cualquier parte interesada, la oficina del representante comercial del Presidente de Estados Unidos, puede anualmente realizar un estudio sobre la situación de un determinado país y recomendar al Presidente, si éste debería ser excluido de los beneficios SGP. Para el primero de junio de 1994, diez países (de los cuales tres países latinoamericanos) habían visto revocados sus beneficios bajo el sistema generalizado de preferencias, por sus regulaciones laborales.<sup>18</sup>

#### *B. Competencia Regulatoria Regional.*

Segundo, la competencia regulatoria podría plantearse en un nivel bilateral o regional. En este caso, uno de los objetivos fundamentales sería evitar que problemas como el dumping social -o la aplicación de medidas en respuesta a éste- se constituyan en barreras no arancelarias al comercio, que anulen o menoscaben las ventajas que los países se han concedido recíprocamente, en el contexto de acuerdos de integración o de tratados de libre comercio. Podría haber regulaciones laborales contenidas en instrumentos bilaterales o regionales. Más importante aún, tales acuerdos bilaterales o regionales podrían incluir disposiciones para la solución de controversias originadas por las regulaciones, medidas o acciones tomadas por autoridades nacionales en materia laboral o de compensación a prácticas de dumping social.

---

<sup>18</sup> Los países eran Birmania (1989), República Centroafricana (1989, reincorporada al SGP en 1991), Chile (1988, reincorporado en 1991), Liberia (1990), Mauritania (1993), Nicaragua (1987), Paraguay (1987, reincorporado en 1991), Rumania (1987, reincorporada en 1994), Sudán (1991) y Siria (1992). Para 1994, los derechos laborales de los siguientes países estaban siendo sometidos a revisión: Bahrein, Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Fiyi, Guatemala, Indonesia, Malawi, Maldivas, Pakistán, Omán, Paraguay, Perú y Tailandia. John H. Jackson, William J. Davey y Alan O. Sykes, Jr., *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text on the National and International Regulation of Transnational Economic Relations*, 3ra. ed. (St. Paul, Minnesota: West Publishing, 1995), p. 1135.

Uno de los casos más interesantes al respecto, es el del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, entre Canadá, Estados Unidos y México (TLC). Uno de los sectores más enfrentados al tratado era el sindicalismo estadounidense. La presión política resultó en la adopción de tratados suplementarios al TLC, de los cuales uno fue en materia laboral, el Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte. En sus aspectos fundamentales, este acuerdo no impone normas sustantivas en materia laboral, sino que busca asegurar que cada parte respete y cumpla con las normas laborales que ella misma haya dictado. Al respecto, en caso de que se alegue que una parte incumple su normativa laboral y que tal incumplimiento afecta el comercio regional, se abre un proceso de consultas entre las partes. Si las consultas fallan en resolver la diferencia, el tratado prevé la posibilidad de usar un mecanismo arbitral, del cual podría resultar la imposición de sanciones monetarias para la parte que incumpla.<sup>19</sup>

De esta forma queda claro que las partes no podrían desmejorar las condiciones de sus trabajadores, a través del incumplimiento de los derechos laborales, como forma de obtener ventajas competitivas que menoscaben o anulen los beneficios de la apertura que han otorgado a las otras partes. Igualmente, las partes no podrían usar mecanismos unilaterales para combatir supuestas prácticas de dumping social, cuando éstas se produzcan, sino que deberían, en todo caso, recurrir a los mecanismos establecidos en el acuerdo. La utilización inadecuada de medidas unilaterales podría dar lugar, a su vez, a reclamaciones contra la parte que las imponga.

### C. *Competencia Regulatoria Multilateral.*

Por último, la competencia regulatoria podría plantearse en el nivel multilateral. En este caso también, uno de los objetivos fundamentales sería evitar que problemas como el dumping social -o la aplicación de medidas compensatorias en respuesta a éste- se constituyan en barreras no arancelarias al comercio, que anulen o menoscaben las ventajas que los países se han concedido recíprocamente en el contexto de tratados multilaterales de libre comercio.

---

<sup>19</sup> Sistema Económico Latinoamericano, XX Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano, *El «dumping social»: La política social como política comercial*, (México: Sistema Económico Latinoamericano, mayo-junio 1994, mimeo), pp. 10-12.

Al respecto, la existencia de regulaciones laborales contenidas en instrumentos multilaterales, es de vieja data. Fundamentalmente, este proceso experimentó un gran avance con la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). La actividad de la OIT ha sido crucial en la promoción de una serie de convenios y recomendaciones relativas a la materia laboral.<sup>20</sup> Mientras los convenios tienen la forma de tratados, y por lo tanto crean obligaciones internacionales, las recomendaciones cumplen un papel de orientación.

Sin embargo, los convenios de la OIT pueden resultar insuficientes para introducir disciplina en materia de derechos laborales en el comercio internacional. Por un lado, existen países como Estados Unidos, que han suscrito un número relativamente reducido de convenios de la OIT (a pesar de que Estados Unidos ha sido un enérgico proponente de regulaciones laborales multilaterales en materia comercial). Pero además, la eficacia de estos convenios se ve reducida por la poca efectividad de mecanismos multilaterales para la solución de diferencias originadas en supuestas faltas de cumplimiento a compromisos. La otra cara de este problema es entonces la posibilidad de que ciertos países se puedan ver tentados a usar mecanismos unilaterales, bajo la justificación de promover el cumplimiento de compromisos multilaterales.

Igualmente, mediante acuerdos multilaterales se podrían establecer disposiciones para la solución de controversias originadas por las regulaciones, medidas o acciones tomadas por autoridades nacionales en materia laboral o de compensación a prácticas de dumping social. Efectivamente, la regulación multilateral de lo relativo a la materia laboral, si bien no formaba parte de la agenda original, constituyó un punto particularmente debatido, durante la última fase de la llamada Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales del GATT, que culminó con la creación de la OMC.

#### V. EL SISTEMA DE LA OMC Y LAS REGULACIONES LABORALES.

En su formulación original, el orden económico internacional resultante de los acuerdos de la conferencia de Bretton Woods de 1944,

---

<sup>20</sup> Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4ta ed. (Oxford: Clarendon Press, 1990), pp. 568-69.

descansaba sobre tres organizaciones, a saber: el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial), para ayudar a las potencias beligerantes a reconstruir sus economías devastadas por la guerra y a las ex-colonias a desarrollar y modernizar las suyas; el Fondo Monetario Internacional, para promover el pleno empleo y la estabilidad de precios; y la Organización Internacional de Comercio (OIC), como foro multilateral para la reducción de barreras al comercio. Sin embargo, producto de múltiples razones, en definitiva las discusiones de la conferencia giraron básicamente en torno a la materia bancaria y financiera, y al establecimiento del Banco Mundial y del Fondo Monetario, quedando pospuesto el punto sobre la creación de la OIC.<sup>21</sup>

Las discusiones para el establecimiento de la OIC fueron retomadas después de la guerra. Entre 1945 y 1948, se sucedieron rondas de negociaciones comerciales que culminaron en la Conferencia de La Habana de 1948, en la cual se aprobó una carta para la constitución de la Organización Internacional de Comercio (la Carta de La Habana). Como parte del trabajo de preparación de esta carta para la creación de la OIC, fue suscrito en 1947, un Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (el GATT).

Cuando el Congreso de Estados Unidos rechazó la Carta de La Habana, lo único que quedó en pie del modelo original de Bretton Woods para la materia comercial, fue el GATT. Fue así como accidentalmente el GATT se convirtió en la institución principal para la regulación del comercio internacional, a pesar de nunca haber sido previsto como una organización y de haber sido aprobado sólo provisionalmente por las partes contratantes.<sup>22</sup>

La Carta de La Habana incluía disposiciones en materia laboral, pero, como vimos, ésta nunca entró en vigencia. Los acuerdos de la OMC, por su parte, contienen una sola disposición en este sentido, en el artículo XX del GATT. En su literal (e), este artículo permite a las partes contratantes imponer unilateralmente medidas de restricción a la

---

<sup>21</sup> John H. Jackson, *The World Trading System*, Op. Cit., pp. 31-32.

<sup>22</sup> Véase en general, John H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT: A Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade* (Charlottesville, Virginia: The Michie Company, 1969).

importación de bienes fabricados en prisiones (a reserva de que tales medidas no se apliquen en forma tal que constituyan un medio arbitrario o injustificable de discriminación entre países en que prevalezcan las mismas condiciones, ni una restricción encubierta al comercio internacional).

En todo caso, existe una percepción por parte de muchos observadores, en relación con que el sistema para la solución de controversias del GATT, ha sido particularmente efectivo. Lo anterior es sorprendente, vista la experiencia de la mayoría de sistemas multilaterales de normas, incluido el de la Corte Internacional de Justicia. En particular, el índice de recomendaciones de paneles del GATT, voluntariamente cumplidas por las partes ha sido considerablemente mayor que el de acatamiento a decisiones de la Corte Internacional de Justicia.<sup>23</sup>

Los procedimientos para la solución de diferencias en el sistema del GATT fueron evolucionando en el tiempo, pasando de ser procedimientos informales de negociación, hacia procedimientos más formales con el desarrollo de reglas objetivas y el uso de paneles que incluyeran terceros.<sup>24</sup> Como consecuencia de los acuerdos adoptados al final de la Ronda de Uruguay, el sistema fue fortalecido adicionalmente, con la eliminación de la posibilidad de bloquear la adopción de recomendaciones formuladas por los paneles. Por otro lado, a diferencia de lo que ocurre en otras organizaciones como el Fondo Monetario Internacional, la forma de votar en GATT concede a cada parte contratante un voto igual.

Seguramente esta percepción sobre la efectividad general del sistema ha sido uno de los principales factores detrás de los intentos, parcialmente materializados en la Ronda de Uruguay, de procurar incorporar al sistema de la OMC una serie de materias novedosas, no comúnmente incluidas en acuerdos comerciales. Es así como el acuerdo general resultante de esta ronda, incluye normas específicas, por ejemplo, en materia de comercio de servicios, de propiedad intelectual y de inversiones. El tema laboral (además de otros temas, tales como ambiente)

---

<sup>23</sup> John H. Jackson, *Restructuring the Gatt System* (New York: The Royal Institute of International Affairs, 1990), p. 67.

<sup>24</sup> John H. Jackson, *The World Trading System*, Op. Cit., p. 93.

a pesar de figurar en los esfuerzos finales de la ronda de negociaciones, no logró ser incluido en el texto final de los acuerdos, quedando en agenda para futuras rondas.

## VI. CONCLUSIONES.

Para concluir es necesario respondernos la pregunta sobre cuál será la mejor manera de limitar o prevenir una carrera hacia abajo en materia de regulaciones laborales, como producto de la apertura comercial. Ciertamente, la existencia de distintos niveles de regulación laboral puede afectar el grado de competitividad de las empresas en los distintos países, teniendo por tanto un efecto distorsionante sobre los flujos comerciales. Esto provoca además presiones en los países de mayor nivel de regulación laboral, sobre sus gobiernos, para bajar tales niveles de regulación o de verificación del cumplimiento de las normas, o al menos, para impedir o retrasar la concesión de nuevos beneficios en esta materia.

Efectivamente, gran parte del debate en Estados Unidos, respecto del TLC, giró en torno a los alegatos de los sindicatos estadounidenses sobre las condiciones de los trabajadores en México.<sup>25</sup> Probablemente gran parte de la oposición de los trabajadores estadounidenses no era tanto por solidaridad con sus colegas mexicanos, sino por el temor de que las presiones de los empresarios estadounidenses (preocupados por su pérdida de competitividad) sobre su gobierno, provocara una carrera hacia abajo en aspectos tales como los niveles de remuneración laboral.

Por cierto que este argumento es una simplificación económica y, aun de ser cierto, presentaría una sola cara de la moneda. En caso de asumir como cierto que la apertura comercial necesariamente conlleva a un descenso en los niveles salariales del país donde éstos son más altos, simultáneamente implicaría también una elevación de los salarios donde éstos son más bajos. Siguiendo el argumento, para los trabajadores mexicanos, el acuerdo resultaría en un mejoramiento de sus beneficios.

Adicionalmente, estudios económicos señalan que en general, los costos laborales son sólo una pequeña fracción de los costos totales, y que

---

<sup>25</sup> Gary Clyde Hufbauer y Jeffrey J. Schott, *NAFTA: An Assessment* (Washington, D.C.: Institute for International Economics, 1993), pp. 11-14.

existen otros aspectos que influyen sobre la productividad de una empresa y de sus trabajadores que impedirían una carrera hacia abajo (tales como la dotación de equipos de bienes de capital y de infraestructura general de apoyo).<sup>26</sup> De hecho, hay incluso quienes hablan, en el contexto de la apertura comercial, de la posibilidad de una carrera hacia arriba, producida por la necesidad de mejorar los niveles de productividad de la mano de obra, a través de, por ejemplo, programas agresivos de entrenamiento y reentrenamiento técnico.

Es cierto que en algunos casos concretos, la utilización por parte de países como Estados Unidos, de mecanismos unilaterales, tales como la mencionada Sección 301 o la exclusión de los beneficios otorgados mediante los sistemas generalizados de preferencias, pudiera haber tenido resultados positivos, como el reconocimiento de derechos laborales en algunos países, que de otro modo se negaban a éllo.

Sin embargo, la utilización de tales mecanismos unilaterales de presión es probablemente inconsistente con las obligaciones comerciales internacionales, bajo sistemas como los de la OMC. Más aún, el uso de mecanismos unilaterales en esta materia crea un funesto precedente que, de mejorar la competitividad de productos de países en desarrollo, podría ser utilizado en cualquier momento por países desarrollados como forma de impedir la entrada de tales productos. Los mecanismos unilaterales son además por esencia asimétricos, porque su posibilidad de utilización efectiva, depende del poder relativo de los países.

Salvo que fuese comprobable que el dumping social constituye una práctica desleal del comercio internacional, los mecanismos unilaterales mencionados constituyen -en el mejor de los casos- intentos de imponer a otros países normas que uno considere justas. Al respecto, en 1992, "usando un lenguaje inusualmente duro, el GATT alertó: 'De permitirse a cada parte contratante imponer unilateralmente derechos especiales contra cualesquiera políticas internas dicha parte objeto de otras partes contratantes, se correría el riesgo de ir descendiendo hacia condiciones caóticas de comercio, similares a las que eran comunes en los años treinta'." <sup>27</sup> Siendo

---

<sup>26</sup> Ibid., p. 13.

<sup>27</sup> GATT, *International Trade*, Op. Cit., p. 30. Citado en, Barrett, "Strategic environmental policy", Op. Cit., p. 326, nota 3.

así, los mecanismos unilaterales son probablemente intromisiones en áreas de la potestad soberana de cada Estado. Efectivamente, en principio cada país mantiene un nivel regulatorio que debería tomar en cuenta su grado de desarrollo económico y factores de otra índole, como culturales o históricos. En el peor de los casos, tales mecanismos unilaterales son simplemente proteccionismo disfrazado bajo un manto de supuesta preocupación por los derechos laborales.

Los esfuerzos del sistema de comercio internacional deberían ir orientados hacia la adopción y el fortalecimiento de regulaciones multilaterales, tanto para la consagración de estándares laborales mínimos, como para la disciplina del uso de subsidios regulatorios, como, por último, para la disciplina de los mecanismos unilaterales que puedan usar los gobiernos como respuestas a supuestas prácticas de comercio desleal. Las regulaciones multilaterales presentan la ventaja adicional, que en caso de producirse diferencias respecto de la aplicación de tales regulaciones, existe la posibilidad de acceder a mecanismos menos asimétricos que el planteamiento de una disputa por canales diplomáticos, basados en normas objetivas y formales.

Respecto de este último punto, puede ser ilustrativo considerar dos recientes casos en los cuales Venezuela ha recurrido a mecanismos multilaterales de solución de diferencias (o a la amenaza de utilizar tales mecanismos) contra Estados Unidos, el caso del atún y el caso de la gasolina venezolana reformulada. Del examen de tales casos, es posible concluir que la existencia de un mecanismo bajo la OMC para la solución de diferencias, es un factor que hace menos asimétrica la negociación de soluciones a disputas vinculadas con el comercio internacional.

# Doctrina Administrativa

## Decisiones de la Comisión Antidumping y sobre Subsidios (y de su Secretaría Técnica): Noviembre de 1992 - marzo de 1995<sup>1</sup>

Selección, recopilación y notas  
por Noemí FISCHBACH<sup>2</sup>

### Sumario

- I. Aspectos Adjetivos
  - A. Marco Legal General
  - B. Legitimación Activa en los Procedimientos
  - C. Admisión de Solicitudes de Apertura de Investigaciones
    - a. Revisión de Recaudos
    - b. Apertura de Investigaciones
  - D. Declaratoria de Confidencialidad
  - E. Derechos Provisionales
  - F. Derechos Definitivos
  - G. Notificaciones
  - H. Reapertura de los Procedimientos
  
- II. Aspectos Sustantivos
  - A. Bienes Similares
  - B. Dumping
    - a. Valor Normal
    - b. Precio de Exportación
    - c. Margen de Dumping

---

<sup>1</sup> Comprende decisiones dictadas por la Comisión Antidumping y sobre Subsidios (CASS) y su Secretaría Técnica (ST).

<sup>2</sup> La Autora es abogado y analista investigadora en la Comisión Antidumping y sobre Subsidios.

## C. Subsidios

Definición

## D. Perjuicio

a. Perjuicio

b. Presunción de Perjuicio

## E. Causalidad

## I. ASPECTOS ADJETIVOS

## A. Marco Legal General

CASS

10/12/93

Caso: Poliestireno de Estados Unidos

*En la oportunidad de resolver un recurso de reconsideración, la CASS aclaró que el ámbito de sus competencias es reducido.*

...Tanto el objeto de aplicación de la Ley Sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional, así como, la competencia atribuida por ésta a la Comisión Antidumping y sobre Subsidios, se refiere a prevenir e impedir los efectos perjudiciales que sobre la producción nacional pudieran causar importaciones de bienes objeto de dumping o subsidiados. Las prácticas monopólicas, la ineficiencia de empresas nacionales, el aumento indiscriminado de precios, y las retaliaciones a las exportaciones venezolanas, entre otras, no son materias de la competencia de esta Comisión...

## B. Legitimación Activa

CASS

9/3/94

Caso: Poliestireno de Estados Unidos

*La CASS no admitió la intervención de un tercero, al considerar que éste no había demostrado su interés en el asunto.*

El artículo 379 del Código de Procedimiento Civil señala: "la intervención del tercero a que se refiere el artículo 370, se realizará mediante diligencia o escrito, en cualquier estado y grado del proceso, aun con ocasión de la interposición de algún recurso. Junto con la diligencia o el escrito, el interesado deberá acompañar prueba fehaciente que demuestre el interés que tenga en el asunto, sin lo cual no será admitida su intervención."

Del artículo antes transcrito se evidencia que para la intervención de un tercero en un procedimiento [éste] debe presentar prueba que demuestre su interés en el asunto que se estudia, por lo que la falta de presentación de dicha prueba, acarrea la obligatoria decisión por parte del órgano que tramita el procedimiento de no admitir la intervención del tercero.

En consecuencia, como quiera que el ciudadano M.B., en su carácter de gerente general de la empresa I.S., sólo presentó un escrito de reconsideración contra la decisión N° 008/93 del 19 de julio de 1993, que acordó la imposición de derechos provisionales a las importaciones de poliestireno, originarias y procedentes de los Estados Unidos de América, el cual no cumplía con los extremos exigidos en el artículo 49 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en sus ordinales 2, 3, 4 y 6 en concordancia con el artículo 379 del Código de Procedimiento Civil, esta Comisión Antidumping y sobre Subsidios decide como pronunciamiento previo a la definitiva, no admitir la intervención en el presente procedimiento del ciudadano M.B., antes identificado.

C. Admisión de Solicitudes de Apertura de Investigaciones

a. Revisión de Recaudos

ST

11/5/93

Caso: Perfiles de Acero de Polonia

*La ST se pronunció en torno a los requisitos que deben contener las solicitudes de apertura de investigaciones.*

...La información solicitada resulta imprescindible para determinar, en su momento, el perjuicio alegado..., por lo que al incumplirse el requerimiento de la Secretaría la solicitante no aportó las pruebas tendientes a demostrar el retraso sensible a la producción nacional de perfiles de acero tipo "U", lo que obliga a esta Secretaría Técnica a no darle curso a la solicitud interpuesta...

CASS

10/12/93

Caso: Poliestireno de Estados Unidos

*En la oportunidad de resolver un recurso de reconsideración, la CASS se pronunció en cuanto a los estados financieros que se anexen a la solicitud de apertura de una investigación.*

...El artículo 39 de la Ley Sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional, así como los artículos 61, 62, 63, 64, 65, 66 y 67 de su Reglamento, referentes a los requisitos que deberá contener una solicitud de apertura de investigación antidumping por parte del productor nacional, no exigen la presentación de estados financieros. A pesar de lo anterior, el interesado alega que la Ley de Ejercicio de la Contaduría Pública obliga para fines judiciales o administrativos, el que los estados financieros deban ser auditados por contadores públicos independientes. Ahora bien, si la Ley Sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional no señala expresamente la obligación de presentar estados financieros en una solicitud de apertura de investigación antidumping, no debe por ello interpretarse que se está contraviniendo la Ley de Ejercicio de la Contaduría, en razón de que perfectamente se podrían aceptar estados financieros, siempre y cuando, la información que los mismos suministren pueda ser verificada oportunamente.

b. Apertura de Investigaciones

CASS

25/11/92

Caso: Cemento de México

*A pesar de que en otros casos, al resolver en torno a la apertura de una investigación, la CASS se ha limitado a verificar los requisitos exigidos en el artículo 39 de la LSPDCI, en esta decisión, se pronunció respecto de la existencia de una pretensión de vender a precios de dumping y de suficientes indicios de perjuicio.*

...Por las consideraciones anteriormente expuestas, esta Comisión Antidumping y sobre Subsidios, actuando de conformidad con lo establecido en el ordinal 1º del artículo 33 en concordancia con los artículos 41 y 42 de la Ley Sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional,

DECIDE ordenar la apertura de la investigación antidumping sobre las importaciones de cemento portland gris "tipo I" procedente de México, intentadas por la empresa venezolana R.F. y exportado por la empresa C.M., a través de sus filiales C.A. y S.B.T., todas antes identificadas, en virtud de la solicitud interpuesta por la empresa venezolana C.C. también antes identificada, por cuanto, existen suficientes indicios de que una producción de cemento venezolana regionalizada estaría experimentando una amenaza de perjuicio como consecuencia del bien extranjero que se pretende vender a un precio inferior de su valor normal.

*D. Declaratoria de Confidencialidad*

a. Objeto de la Confidencialidad

ST

26/9/94

Caso: Blue Jeans de China

*La ST se pronunció en torno al objeto de la confidencialidad.*

...El mencionado artículo [48 de la LSPDCI] tiene por objeto salvaguardar los secretos comerciales u otra información suministrada por el interesado, la cual podría ser de vital importancia para la investigación...

ST

26/9/94

Caso: Blue Jeans de China

*La ST se pronunció en torno a los aspectos que se deben analizar a los fines de resolver la solicitud de confidencialidad.*

...La Secretaría Técnica deberá analizar dos aspectos fundamentales, en primer lugar, el tipo de información suministrada en cuanto a su carácter fundamental, secreto o estratégico dentro de la empresa, y en segundo lugar, se deberá analizar el nivel de especificidad o generalidad de la información suministrada.

ST

10/3/95

Caso: Cuerpos Moledores de Acero de Perú

...Esta Secretaría Técnica considera que la divulgación de información referente al volumen del mercado nacional, al precio de exportación de las importaciones realizadas por una empresa cementera venezolana, el porcentaje del volumen de importaciones durante los años 1992, 1993 y 1994 con respecto a la producción nacional, el porcentaje de disminución del volumen de la producción nacional y la participación del mercado de la producción nacional, no reportaría ventajas sensibles para los competidores ni tendría un efecto desfavorable para el solicitante o un tercero, además de tratarse de información que debe ser accesible a las diferentes partes en el procedimiento, por constituir datos de carácter fundamental para la investigación.

b. Motivación de la Solicitud

ST

10/3/95

Caso: Cuerpos Moledores de Acero de Perú

*Quien solicite que una información sea declarada confidencial, deberá motivar su solicitud.*

...De acuerdo a lo establecido en la Ley Sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional, cuando una parte solicita el tratamiento confidencial de información suministrada, no sólo deberá alegar los supuestos establecidos en el artículo [48 *ejusdem*], sino que además, deberá establecer claramente y de manera detallada, los hechos y razones por los cuales, en cada caso, la publicidad o divulgación de la información en cuestión, podría otorgar ventajas sensibles para los competidores o causar un perjuicio para quien la proporcionó o un tercero.

[En el presente caso], el solicitante no expuso de manera detallada y específica, los hechos o razones que motivaron su solicitud de tratamiento confidencial de la información antes identificada. De allí que la Secretaría Técnica se vió en la necesidad de examinar en cada caso particular, si la divulgación de la información suministrada podría significar una ventaja sensible para un competidor, o tener un efecto desfavorable para quien la proporcionó o para un tercero.

- c. Capacidad Instalada  
ST 26/9/94  
Caso: Blue Jeans de China

*La ST se pronunció en cuanto a información sobre capacidad instalada, negando su carácter confidencial.*

La información referente a la capacidad instalada, sólo indica el máximo de producción que pueda alcanzar una empresa... dicha información no revela datos fundamentales, ya que refleja únicamente cifras potenciales y no necesariamente lo que ocurra en la práctica.

- d. Sistemas de Producción  
ST 26/9/94  
Caso: Blue Jeans de China

*La ST se pronunció en cuanto a información sobre sistemas de producción, negando su carácter confidencial.*

Se observa que en el presente caso [la] información obedece a un proceso sencillo a través del cual los productores venden directamente a los detallistas, por lo que la misma no revela datos fundamentales o estratégicos de las empresas.

- e. Proceso Productivo  
ST 26/9/94  
Caso: Blue Jeans de China

*La ST se pronunció en cuanto a información sobre procesos productivos, negando su carácter confidencial.*

El proceso productivo del solicitante es similar, con escasas diferencias, al proceso productivo de los diferentes competidores nacionales y extranjeros, además de no evidenciar secretos tecnológicos o tecnologías de punta.

- f. Capacidad Utilizada  
ST 26/9/94  
Caso: Blue Jeans de China

*La ST se pronunció en cuanto a información sobre capacidad utilizada, concediendo su carácter confidencial.*

...Los datos referentes a la capacidad utilizada, podrían revelar información fundamental o secreta, toda vez que dichos datos permitirían inferir el volumen de producción de las empresas nacionales, pudiéndose obtener un aproximado de la oferta nacional y en consecuencia de la brecha que podría ser cubierta por la competencia, partiendo del consumo aparente.

- g. Costos de Producción  
ST 26/9/94  
Caso: Blue Jeans de China

*La ST se pronunció en cuanto a información sobre costos de producción, concediendo su carácter confidencial.*

...La misma representa una ventaja sensible para los competidores, ya que la divulgación de los elementos necesarios para fijar los precios... permitiría a la competencia, readaptar sus estructuras de costos.

- h. Ventas  
ST 26/9/94  
Caso: Blue Jeans de China

*La ST se pronunció en cuanto a información sobre ventas, concediendo su carácter confidencial.*

...La divulgación de [estos] datos, permitiría conocer la participación de mercado de cada una de las empresas que constituyen la producción nacional, con lo cual los diferentes competidores podrían efectuar proyecciones y estructuras del mercado.

## i. Estados Financieros

ST

10/3/95

Caso: Cuerpos Moledores de Acero de Perú

*La ST se pronunció en cuanto a información contenida en estados financieros, negando su carácter confidencial.*

...En cuanto a la información referente a los estados de ganancias y pérdidas del solicitante, así como su balance general durante los años 1992, 1993 y 1994, de conformidad con lo establecido en el artículo 329 del Código de Comercio, tales balances y estados de ganancias y pérdidas deben ser consignados al Juez de Comercio o Registrados Mercantil, quien los debe anexar al expediente respectivo, por lo cual se trata de información que, por previsión legal, carece de carácter confidencial.

ST

26/9/94

Caso: Blue Jeans de China

*La ST se pronunció en cuanto a cálculos extraídos de información sobre estados financieros, negando su carácter confidencial.*

...La divulgación de los coeficientes y razones que deriven de dichos estados financieros, no significaría una ventaja sensible para un competidor... además ... constituyen una herramienta fundamental para demostrar el perjuicio alegado por los productores nacionales...

## j. Márgenes de Utilidad

ST

10/3/95

Caso: Cuerpos Moledores de Acero de Perú

*La ST se pronunció en cuanto a información sobre márgenes de utilidad, concediendo su carácter confidencial.*

En relación con el margen de utilidad y la pérdida neta del solicitante, se considera que la divulgación de dicha información podría afectar la capacidad de obtener créditos y captar inversiones por parte del solicitante, lo cual podría tener un efecto desfavorable para la parte que suministró la información.

- k. Identificación de Terceros  
 ST 10/3/95  
 Caso: Cuerpos Moledores de Acero de Perú

*La ST se pronunció en cuanto a información que identifique a terceros, concediendo su carácter confidencial.*

...La Secretaría Técnica considera que la divulgación de la identificación de una empresa cementera venezolana que presuntamente firmó un contrato de suministros con la empresa peruana denunciada, así como la que suministró información referente a los precios de exportación de sus respectivas importaciones del bien denunciado, la identificación de las partes que suministraron datos sobre una cotización de la empresa peruana denunciada, la identificación de las partes que suministraron datos sobre la licitación identificada... y la identificación de las partes que remitieron una comunicación contentiva de las estadísticas oficiales de la Superintendencia Nacional de Aduanas del Perú... podría tener un efecto desfavorable para terceros.

*E. Derechos Provisionales*

- a. Bases para la Decisión  
 CASS 7/5/93  
 Caso: Cemento de México

La Comisión podrá dictar la medida en cuestión [derechos provisionales] sobre la base de los elementos de que disponga, es decir, con fundamento en las probanzas cursantes en el expediente administrativo.

CASS 10/12/93  
 Caso: Poliestireno de Estados Unidos

...La Ley sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional no establece el envío de la respuesta de los cuestionarios o, la presentación de los alegatos por alguna de las partes en el proceso como requisito previo para la imposición de los derechos provisionales sino que, la Comisión podrá imponerlos siempre y cuando preliminarmente considere, sobre la base de los elementos de que dispone, que existe prueba que

deriva en una presunción grave de dumping que cause daño a la producción nacional, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 19 y 60 ejusdem.

Ahora bien, en el presente caso, la Comisión impuso la medida provisional por considerar preliminarmente la existencia de pruebas que derivaron en una presunción grave de la existencia de dumping y del perjuicio a la producción nacional; en razón de lo cual, la falta de presentación de cuestionarios o alegatos por parte del productor o importador denunciados en modo alguno deben considerarse indispensables para la imposición de los derechos provisionales por cuanto ello desnaturalizaría el carácter cautelar de los mismos.

- b. Naturaleza Jurídica de los Derechos Provisionales  
CASS 10/12/93  
Caso: Poliestireno de Estados Unidos

La naturaleza de los derechos provisionales se asemeja a las medidas cautelares previstas en el Código de Procedimiento Civil. por cuanto las mismas pretenden asegurar las resultas de un juicio, cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo, siendo acordadas siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama. Por su parte, los derechos provisionales gozan de las mismas características de una medida cautelar, ya que, su finalidad es precisamente la de evitar un perjuicio a la producción nacional durante el lapso de investigación, siendo acordadas cuando existan suficientes pruebas que deriven en una presunción grave de la existencia de dumping y perjuicio a la producción nacional.

- c. Cálculo de los Derechos Provisionales  
CASS 10/12/92  
Caso: Poliestireno de Estados Unidos

...El numeral 5 del artículo 2 de la Ley sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional establece que, el margen de dumping es el excedente del valor normal sobre el precio de exportación. En efecto, para arribar al margen de dumping se debe restar el valor normal al precio de exportación. Ahora bien, una vez que se calcula el excedente del valor

normal sobre el precio de exportación, esto es, el margen de dumping; se debe, posteriormente, calcular el porcentaje del derecho provisional en base al precio de exportación y no en base al valor normal, como alega el recurrente, ya que la finalidad es establecer un derecho provisional sobre el precio de exportación para que dicho derecho compense el valor normal del bien presuntamente objeto de dumping y el precio de exportación del mismo.

- d. Revisión de los Derechos  
CASS 22/7/94  
Caso: Blue Jeans de China

*La CASS se pronunció en torno a circunstancias que darían lugar a la modificación de derechos provisionales impuestos.*

...[La] facultad de variar el monto de los derechos antidumping o compensatorios provisionales, está supeditada a la comprobación en el expediente administrativo de las circunstancias que ameriten tal modificación. Una de las circunstancias que provocarían la modificación de los derechos antidumping provisionales, sería la reducción del margen de dumping. En este caso la Comisión, en base a tal hecho, podrá modificar los derechos antidumping provisionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley Sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional...

- e. Aplicación Automática de Derechos Compensatorios  
CASS 2/6/93  
Caso: Quesos de la Comunidad Europea

*En ocasión de decidir en torno a la posible aplicación automática de derechos compensatorios provisionales, de acuerdo a lo previsto en el párrafo único del artículo 60 de la LSPDCI, la CASS se pronunció en cuanto a la definición de productos agrícolas.*

La Comisión entiende por producto agrícola, aquél proveniente de actividades agrícolas, pecuarias, forestales o pesqueras que no haya sido sometido a ningún procesamiento industrial o que habiendo sufrido un

proceso, no ha sido modificado sustancialmente en sus características esenciales.

Este concepto concuerda con lo sustentado oficialmente por el Gobierno de Venezuela dentro del Acuerdo de Cartagena...

Se puede establecer que el bien objeto de estudio es un producto agroindustrial y no agrícola, pues la materia prima, leche fluida, sufre una transformación en el que sus características se modifican sustancialmente, obteniéndose el queso, como producto final.

Por las consideraciones anteriormente expuestas, esta Comisión Antidumping y sobre Subsidios, considera que los quesos a los cuales se refiere la solicitud constituyen productos agroindustriales, y por lo tanto no están comprendidos en la clasificación de productos agrícolas a que se refiere el párrafo único del artículo 60.

Por consiguiente, esta Comisión considera improcedente la aplicación, en el presente caso, de derechos provisionales según el párrafo único del artículo 60 citado, y así lo declara.

f. Entrada en Vigencia de los Derechos

*Si bien la mayoría de las decisiones no han indicado expresamente el momento de su entrada en vigencia, en dos ocasiones la CASS señaló expresamente un momento posterior al de la publicación en Gaceta Oficial*

CASS

19/7/93

Caso: Poliestireno de Estados Unidos

La presente decisión entrará en vigencia a partir de los dos (2) días hábiles siguientes a su publicación en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela.

CASS

1/12/93

Caso: Poliestireno de Estados Unidos

La presente decisión entrará en vigencia a partir de los dos (2) días hábiles siguientes a su publicación en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela.

*F. Derechos Definitivos*

a. Finalidad de los Derechos Definitivos

CASS

9/3/94

Caso: Poliestireno de Estados Unidos

El derecho aplicable, no sólo tiene la finalidad de contrarrestar la práctica desleal del dumping a través de la compensación del valor normal y el precio de exportación del bien objeto de dumping, sino que el monto del derecho definitivo deberá aplicarse en la medida en que elimine el perjuicio a la producción nacional e incentive la competencia entre el bien nacional y el importado.

En el presente caso la Comisión determinó que la aplicación de un derecho antidumping definitivo inferior al margen de dumping sería suficiente a los fines de contrarrestar el perjuicio a la producción nacional de bienes similares, en razón de lo cual se procedió a calcular el derecho aplicable suficiente para eliminar dicho perjuicio, en base a un precio que le permita al productor nacional de bienes similares cubrir sus costos de producción, los gastos administrativos y generales y un margen de ganancias razonable.

b. Monto de los Derechos Definitivos

CASS

9/3/94

Caso: Poliestireno de Estados Unidos

La Comisión tiene plena facultad al momento de considerar el monto del derecho antidumping definitivo aplicable, siempre y cuando el mismo no exceda el margen de dumping. Por otra parte, la Comisión podrá imponer derechos definitivos menores al margen de dumping cuando los considere suficientes para eliminar el perjuicio a la producción nacional.

CASS

4/5/94

Caso: Quesos de la Comunidad Europea

*Al momento de imponer derechos compensatorios definitivos, la Comisión los estimó de acuerdo a criterios distintos, por tipo de queso. En general, los derechos fueron impuestos por el monto total del subsidio; pero en un caso, se impusieron por un monto menor.*

...Esta Comisión tiene la facultad de establecer derechos compensatorios definitivos equivalentes al monto del subsidio o inferiores al mismo, siempre y cuando, sean suficientes para evitar el daño a la producción nacional de bienes similares.

Por las anteriores consideraciones, esta Comisión Antidumping y sobre Subsidios, pasa a establecer el monto de los derechos compensatorios definitivos a los siguientes quesos:

Queso pasta azul (04.06.40.00):

Se considera que, en el caso del queso pasta azul, es necesario compensar el monto del subsidio, es decir, CERO COMA NOVENTA Y CINCO CENTAVOS DE DOLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA POR KILOGRAMO (0,95 \$/Kg), toda vez que, este monto es suficiente para contrarrestar el perjuicio causado a la producción nacional de este tipo de queso, en ocasión de las importaciones subsidiadas originarias de varios países miembros de la "UE".

Pasta semidura (04.06.90.20):

Se observa que, en el caso del queso pasta semidura, es necesario compensar el monto del subsidio, esto es, UN DOLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA POR KILOGRAMO (1,00 \$/Kg), ya que se considera que este monto es adecuado para evitar el perjuicio causado a la producción nacional de este tipo de queso, en ocasión de las importaciones subsidiadas originarias de varios países miembros de la "UE".

Pasta dura, tipo Gruyere (04.06.90.30):

Se observa que, en el caso del queso pasta dura, tipo Gruyere, importado de varios países miembros de la "UE", la diferencia de precios entre éste y el producto nacional es reducida y el monto del subsidio es

elevado. Teniendo esto en cuenta, estima esta Comisión que imponer derechos compensatorios definitivos por la totalidad del monto del subsidio, es decir, de UNO COMA TRECE DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA POR KILOGRAMO (1,13 \$/Kg), resulta excesivo para prevenir el daño a la producción nacional. Por esta razón, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 16 LSPDCI, anteriormente transcrito, se considera que un monto de CERO COMA CINCUENTA CENTAVOS DE DOLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA POR KILOGRAMO (0,50 \$/Kg), es suficiente para compensar el daño causado a la producción nacional de este tipo de queso, en ocasión de las importaciones subsidiadas originarias de varios países miembros de la "UE".

- c. Pago de los Derechos Definitivos  
ST 22/9/94  
Caso: Poliestireno de Estados Unidos

*En la oportunidad de responder una consulta formulada, la ST se pronunció en relación al régimen de admisión temporal para perfeccionamiento activo en lo concerniente al pago de derechos.*

Los veintiocho (28) contenedores... ingresaron al territorio aduanero bajo el régimen de admisión temporal para perfeccionamiento activo. En este sentido... los importadores no tienen la obligación de cancelar los impuestos a la importación, el impuesto al valor agregado (IVA), ni los derechos antidumping definitivos...

En el supuesto de ... que el Poliestireno Alto Impacto no sea reexportado al exterior, y en consecuencia permanezca en el territorio nacional y deba procederse a la nacionalización de la mercancía, la Oficina Aduanera debe ordenar la liquidación de los impuestos [así como de los], derechos antidumping definitivos.

- d. Revisión de los Derechos  
CASS 5/10/94  
Caso: Quesos de la Comunidad Europea

*En respuesta a una solicitud, la CASS se pronunció en torno a la posibilidad de revisión de derechos compensatorios impuestos.*

La revisión de los referidos derechos está sujeta a una limitación temporal por lo que, si bien la Comisión puede determinar discrecionalmente la periodicidad de la revisión en el contenido de la decisión, ésta no puede ser menor de un (1) año, contado a partir de la notificación de la decisión.

[Existe] la posibilidad de llevar a cabo la reapertura de un procedimiento, en el caso que cualquier parte interesada pruebe algún cambio de circunstancias. Ahora bien, además de demostrar que existen nuevos elementos que ameriten reabrir un procedimiento concluido, es necesario que transcurra por lo menos un (1) año, para que cualquier parte interesada pueda solicitar ante esta Comisión, la reapertura del procedimiento.

#### *G. Notificaciones*

CASS

10/12/93

Caso: Poliestireno de Estados Unidos

En el presente caso, si la pretensión del recurrente se refiere a una notificación defectuosa se observa que, el criterio jurisprudencial en esta materia ha sido en el sentido de considerar que el error en la notificación se convalida con la sola comparecencia del interesado ante el organismo que dictó el acto administrativo. Si bien es cierto que en el presente caso se efectuó un despliegue publicitario inevitable, debe señalarse que el recurrente se dio por notificado el 26/07/93, oportunidad ésta en la que interpuso el presente recurso contra la decisión dictada por este Despacho, razón por la cual, en caso de que la notificación fuese defectuosa, se convalidaría la misma.

#### *H. Reapertura del Procedimiento*

CASS

5/10/94

Caso: Quesos de la Comunidad Europea

El artículo anteriormente citado [55 LSPDCI] regula la posibilidad de llevar a cabo la reapertura de un procedimiento, en el caso que cualquier parte interesada pruebe algún cambio de circunstancias. Ahora bien,

además de demostrar que existen nuevos elementos que ameriten reabrir un procedimiento concluido, es necesario que transcurra por lo menos un (1) año, para que cualquier parte interesada pueda solicitar ante esta Comisión, la reapertura del procedimiento.

## II. ASPECTOS SUSTANTIVOS

### A. *Bienes Similares*

CASS

10/12/93

Caso: Poliestireno de Estados Unidos

De lo antes expuesto, se evidencia que el bien similar es un término genérico que abarca tres tipos de bienes, a saber: el bien idéntico, el que se asemeje en gran medida y, el bien sustituto, por lo que, la determinación de un bien como similar dependerá de que el mismo sea idéntico, o sustituto o que se asemeje en gran medida al bien presuntamente objeto de dumping.

CASS

2/7/93

Caso: Quesos de la Comunidad Europea

*En el momento de decidir en cuanto a la imposición de derechos provisionales a las importaciones de quesos de pasta semidura originarias de Europa, la CASS se pronunció en torno a la similitud de los bienes. Este criterio fue revisado posteriormente en el momento de imponer los derechos definitivos.*

En el caso de quesos madurados de pasta semidura originarios de países de la CEE, se estableció que los quesos madurados de pasta semidura elaborados en Venezuela corresponden a la categoría de bienes similares, establecida en el numeral 2º del artículo 4 del Reglamento [los bienes que se asemejen en gran medida]...

En este sentido, la similitud de ambos productos está asegurada por el hecho de que para la obtención del permiso sanitario indispensable para su comercialización, ambos tienen que cumplir en su elaboración las mis-

mas Normas de la Comisión Venezolana de Normas Industriales, "COVENIN", organismo competente para establecer los parámetros de fabricación, composición y características para que un determinado producto sea considerado como tal y, al mismo tiempo, posea una calidad aceptable para el consumo. Estas normas están basadas en las normas internacionales y en el Codex Alimentarius.

CASS

4/5/94

Caso: Quesos de la Comunidad Europea

En base a lo establecido en el artículo anteriormente citado [2 RLSPDCI], para lograr la comparación entre los quesos originarios de la "UE" y los quesos de elaboración nacional, se analizaron los siguientes elementos: en primer lugar, se evaluó la naturaleza de los productos. En este sentido, se verificó que ambos son productos alimenticios que necesitan ser madurados para su utilización, y se obtienen coagulando leche, además en el proceso productivo deben cumplir varias etapas, tales como la fermentación, coagulación, salazón en salmuera y maduración. En cuanto a las características físicas de los productos objeto de la investigación, se determinó que la materia grasa y la humedad, varían dependiendo del tipo de queso. Por su parte, los productos mencionados, están compuestos, además de la leche -principal materia prima-, por otros elementos, a saber: cloruro de sodio, cultivos de fermentos, cuajos, enzimas coagulantes, sin embargo, cada tipo de queso puede requerir de otros componentes, como onoto o especias varias. En cuanto a los atributos técnicos de los productos en estudio, se constató que cada queso debe cumplir con determinados requisitos relativos al contenido de materia grasa, y de humedad, características organolépticas, físicas, químicas y microbiológicas, igualmente, cada tipo de queso debe cumplir un período determinado de maduración. En relación a la utilización de ambos productos se puede afirmar que el queso es un producto alimenticio, como se mencionó anteriormente, y sus diferentes categorías tienen una diversidad de usos; por último se verificó el comportamiento en el mercado de los quesos, y se constató que son productos no estacionales, que pueden ser adquiridos en diferentes establecimientos donde se expenden productos alimenticios.

CASS

11/10/93

Caso: Perfiles de Acero de Polonia

*Al decidir en torno a la imposición de los derechos provisionales, la CASS se refirió al caso de los bienes sustitutos*

De acuerdo con la norma transcrita [artículo 2 del RLSPDCI], la Secretaría Técnica de esta Comisión, sobre la base de un análisis de los productos involucrados en la investigación, concluyó que ambos tipos de perfiles son del mismo material, y que, aun cuando sus composiciones químicas son distintas, ello no es relevante para el uso final del bien. Asimismo determinó que la utilización de los perfiles de acero producidos en Venezuela, y la de los perfiles provenientes de Polonia conducen a resultados idénticos. De manera que ambos perfiles de acero, pueden calificarse como bienes similares, dado que los perfiles electrosoldados pueden ser considerados sustitutos de los perfiles importados, de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 4 del Reglamento de la Ley.

### *B. Dumping*

#### *a. Definición de Dumping*

CASS

7/5/93

Caso: Cemento de México

*Al decidir acerca de la imposición de derechos provisionales, la CASS se pronunció en torno a la necesidad de que se complete el proceso de importación para que pueda verificarse la práctica desleal denunciada.*

En el caso que se ventila, tanto la importación como el fenómeno que ésta estaba destinada a producir, como lo es la introducción del bien en el país para su comercialización o consumo, fueron interrumpidos a través de un mandamiento de amparo constitucional dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, en fecha 20 de octubre de 1992, por el cual se ordenó la paralización del desaduanamiento de las cinco mil toneladas métricas de cemento mexicano, llegadas a Puerto Cabello en el buque de bandera panameña "Calipso IV".

Por consiguiente, a la luz de la definición legal de dumping (contenida en el artículo 2º numeral 2 de la Ley), no pudo en ningún momento verificarse la práctica desleal alegada, precisamente por no haberse completado el proceso de importación y mucho menos haber habido la introducción del bien exportado en el mercado interno, es decir, la efectiva comercialización o consumo del mismo en éste.

Queda por determinar si de los elementos de prueba contenidos en el expediente puede derivarse una presunción de que se encuentran en proceso de importación cemento proveniente de C. Al respecto, se observa que una vez paralizado el desaduanamiento del cemento en virtud del amparo constitucional antes señalado, el mencionado buque "Calipso IV" abandonó la jurisdicción territorial venezolana sin descargar el cemento presuntamente objeto de dumping, con lo cual cesó el proceso de importación. Por otra parte, no existe elemento alguno en autos que permita presumir que esté en curso un nuevo proceso de importación.

CASS

19/7/93

Caso: Cemento de México

...El dumping de un producto puede producirse al ser éste importado o estando en proceso de importación.

Conviene aclarar que la Ley no contempla la figura de la "amenaza de dumping". Contempla, las siguientes categorías: "amenaza de perjuicio", "presunción de la existencia de dumping", "dumping de bienes importados" y "dumping de bienes en proceso de importación", pero no la de "amenaza de dumping".

b. Valor Normal

CASS

11/10/93

Caso: Perfiles de Acero de Polonia

*Al resolver en cuanto a la imposición de derechos antidumping provisionales, la CASS estudió si la economía polaca era centralmente planificada, a efectos de determinar cual era el método apropiado para el cálculo del valor normal.*

En primer término, esta Comisión debe considerar el alegato del solicitante en el sentido de que la economía polaca es una economía centralmente planificada, a fin de determinar si es aplicable el artículo 10 del Reglamento de la Ley sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional, según el cual debe tomarse en ese caso como referencia el precio normal de un tercer país.

En este sentido, esta Comisión considera que los elementos disponibles no permiten sustentar la afirmación del solicitante de que Polonia es un país de economía centralmente planificada. En efecto, sobre la base de investigaciones realizadas, la Secretaría Técnica determinó que la decisión del Departamento de Comercio [de Estados Unidos], de fecha 04 de febrero de 1993, citada por el solicitante, en la cual se califica a Polonia como una economía centralmente planificada, fue revocada por el mismo Departamento de Comercio, en fecha 09 de julio de 1993, con efecto retroactivo a partir del 01 de enero de 1992, tal y como se desprende del Federal Register [de Estados Unidos] Vol. 58, N° 130.

Adicionalmente, los estudios realizados por los principales organismos internacionales en materia económica, como lo son el Banco Mundial y el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) indican que: la moneda de Polonia es convertible a otras monedas extranjeras; no existe control de precios sobre la mayoría de bienes de producción y consumo; la actividad bursátil está regulada por normas especiales que no imponen límites para la compra de acciones por parte de extranjeros; existe una legislación aduanera cónsona con el Código de Valoración en Aduana del GATT y reglas antidumping en armonía con el Código Antidumping del GATT; existe una ley antimonopolio que crea las condiciones necesarias para asegurar la libre competencia; las condiciones laborales están sujetas a negociaciones colectivas; la gerencia de las empresas del Estado toma decisiones independientes, sin interferencia del Gobierno; y no existen restricciones a las exportaciones.

En virtud de lo anterior, el valor normal debe ser calculado de acuerdo a los artículos 2° numeral 14 de la Ley y 8° de su Reglamento y no según el artículo 10 del Reglamento. En consecuencia, la determinación de la existencia de dumping debe hacerse mediante la comparación del valor normal del bien en el país de origen, es decir, Polonia, con el precio de exportación de este país a Venezuela.

CASS

22/7/94

Caso: Blue Jeans de China

*Al prorrogar y ajustar los derechos antidumping provisionales, la CASS resolvió desechar las exportaciones de Indonesia hacia Estados Unidos, para el cálculo del valor normal, por estar éstas sometidas a cuotas.*

Por la existencia de cuotas por parte de los Estados Unidos a las exportaciones de Indonesia sobre el bien objeto de investigación, el precio de dichas exportaciones se incrementa artificialmente de modo que no resulta adecuado para la aplicación del método de exportación comparado para la determinación del valor normal.

## c. Margen de Dumping

CASS

9/3/94

Caso: Poliestireno de Estados Unidos

*Al decidir acerca de la imposición de derechos definitivos, la CASS se pronunció en relación a la operación matemática necesaria para el cálculo del margen de dumping.*

A fin de determinar la existencia de dumping así como el margen del mismo se deberá previamente determinar el valor normal del bien objeto de dumping y su precio de exportación para que posteriormente, según sea el caso, se efectúen los ajustes a dichos precios a fin de compararlos a un mismo nivel...

Por otra parte establece el numeral 5 del artículo 2 de la Ley sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional que, el margen de dumping es el excedente del valor normal sobre el precio de exportación. En este sentido se observa que para arribar al margen de dumping se debe restar el valor normal al precio de exportación y una vez que se obtenga dicho margen, éste se deberá calcular porcentualmente sobre el precio de exportación.

CASS  
Caso: Perfiles de Acero de Polonia

22/7/94

El numeral 5° del artículo 2° de la Ley sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional expresa que, el margen de dumping es el excedente del valor normal sobre el precio de exportación. En este sentido, se observa que para obtener dicho margen se debe restar al valor normal el precio de exportación del bien, y de obtenerse una diferencia positiva ese sería el margen de dumping.

*C. Subsidios*

CASS  
Caso: Quesos de la Comunidad Europea

4/5/94

*En la oportunidad de decidir en torno a la imposición de derechos definitivos, la CASS se pronunció en relación a los subsidios.*

Una vez analizados y verificados por la Secretaría Técnica los recaudos e informaciones presentadas por los solicitantes y por los representantes en Venezuela de la [Unión Europea], en el transcurso de la investigación, se determinó que la existencia y cuantía del subsidio otorgado por la Comisión de la "UE" y administrado por los países que la conforman, se desprende de las publicaciones regulares de los niveles de restitución a la exportación, contenidos en los Reglamentos de la misma, los cuales son publicados periódicamente en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas...

Según el [numeral 1 del artículo 9 de la Ley Sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional], el programa de las restituciones a la exportación otorgado por la Comisión de la "UE" a los quesos denunciados por el solicitante, debe considerarse como subsidio, y así lo determina esta Comisión Antidumping y sobre Subsidios.

...La diferencia a favor del precio de los quesos denunciados por los solicitantes, no se deriva de la eficiencia de la empresa extranjera productora, sino que consiste en un precio artificialmente bajo, por la concesión del gobierno comunitario, de una restitución del producto en

cuestión. Esto se traduce en una ventaja importante, en lo que a precios se refiere, para la exportación de los quesos originarios de los países miembros de la "UE".

#### *D. Perjuicio*

a. Perjuicio

CASS

7/9/93

Caso: Quesos de la Comunidad Europea

*Al pronunciarse en relación con la imposición de derechos provisionales a varios tipos de queso, la CASS se refirió al tipo de perjuicio que debería estar sufriendo la producción nacional.*

Los elementos de juicio de que dispone la Comisión, suministrados por el solicitante, respecto de las siguientes categorías de queso: pasta azul y pasta blanda, si bien indican en algunos casos la existencia de alguna de las situaciones previstas en la Ley, no constituyen en ninguna de estas categorías, a juicio de la Comisión, prueba suficiente que permita determinar preliminarmente la existencia de un perjuicio grave a la producción nacional tal como lo exigen los artículos 19 y 60 de la Ley.

Por lo que se refiere a las siguientes categorías: quesos pasta dura tipo gruyere y quesos pasta dura -los demás- (que incluye los siguientes tipos: cheddar, manchego, parmesano, pecorino y provolone), el solicitante no ha suministrado los elementos de juicio necesarios para que la Comisión pueda apreciar la existencia de perjuicio grave a la producción nacional.

b. Presunción de Perjuicio

CASS

26/1/94

Caso: Blue Jeans de China

*Al imponer derechos antidumping provisionales, la CASS aplicó la presunción de perjuicio contenida en el parágrafo único del artículo 11 de la Ley Sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional.*

{El párrafo único del artículo 11 de la Ley Sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional} consagra la posibilidad de que la Comisión presuma el perjuicio a la producción nacional derivado de las importaciones en condiciones de dumping, siempre y cuando en el país de exportación o de origen no fuese exigida la prueba de que las exportaciones venezolanas a dicho país causen un perjuicio, en cualquiera de sus manifestaciones, a la producción nacional de aquél.

En el caso que nos ocupá está involucrada la República Popular de China como país de origen de los pantalones de algodón tipo blue jeans. Según información suministrada por la Misión Permanente de Venezuela ante la Oficina de las Naciones Unidas y Organismos Internacionales con sede en Ginebra, Suiza, que ejerce la representación oficial de Venezuela ante el Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), ese país no forma parte del GATT ni de los instrumentos internacionales del GATT que contienen las reglas relativas al dumping, como tampoco posee una legislación antidumping. De esta forma, con base a los elementos preliminares disponibles, considera la Comisión que el ordenamiento jurídico de la República Popular de China no prevé la posibilidad de sustanciar procedimientos sobre dumping o subsidio en el cual puedan demostrarse o desvirtuarse los eventuales efectos perjudiciales ocasionados por las importaciones de otros países, incluso las provenientes de Venezuela, con el objeto de sancionarlas.

Visto lo anterior, en base a la información disponible, la Comisión concluye que en el presente caso se verifica el supuesto de hecho consagrado en el Parágrafo Único del artículo 11 de la Ley Sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional, razón por la cual se presume la existencia de un perjuicio importante a la producción nacional de pantalones de algodón tipo blue jeans ocasionado por las importaciones de bienes similares originarias de la República Popular de China.

#### *E. Causalidad*

CASS

7/5/93

Caso: Cemento de México

*Al decidir en cuanto a una solicitud de imposición de derechos provisionales, la CASS se refirió a lo que debía entenderse por causalidad.*

...La Comisión para dictar la decisión sobre derechos provisionales debe comprobar la existencia de una prueba que derive en una presunción grave de la existencia de una práctica desleal. En caso de que la Comisión determinare que esa prueba existe, deberá entonces proceder a determinar si la práctica desleal causa un perjuicio -en cualquiera de sus manifestaciones- a la producción nacional de bienes similares, debido a la "relación de causalidad" que plantea la Ley, que no es otra cosa que el vínculo que debe establecerse entre la práctica desleal por cometerse o cometida y el perjuicio que se derive de aquélla.

## LA REVISTA

La REVISTA es una publicación semestral para contribuir a la divulgación, estudio y discusión de temas vinculados con las regulaciones económicas internacionales, y, en particular, de la relación entre el Derecho, la Política Pública y la Economía, en el nivel internacional, y de los aspectos jurídicos de las relaciones económicas internacionales. La REVISTA dará especial prioridad a tratamientos de Temas como: regulaciones al comercio internacional de bienes y servicios, tratados de integración económica y de libre comercio, regulaciones a las inversiones extranjeras, propiedad intelectual, organizaciones internacionales en materia económica y mecanismos para la solución de diferencias, comercio y ambiente, comercio y regulaciones laborales, y otros temas relevantes en el área de las relaciones económicas internacionales.

A pesar de que la REVISTA es ante todo, una publicación jurídica, no está dirigida sólo a los abogados, sino también a profesionales y estudiantes de otras disciplinas, interesados en conocer aspectos de las relaciones económicas internacionales.

## PUBLICACIÓN DE TEXTOS

La REVISTA gratamente considerará todas las contribuciones espontáneas recibidas, pero no asumirá responsabilidad alguna respecto de su publicación, no estando obligada a informar las razones por las cuales se decida no publicar una determinada contribución.

Las contribuciones deberán ser inéditas y escritas en lengua castellana. Estas deberán ser presentadas en original y tres copias, en cuartillas a doble espacio impresas en una cara, con márgenes de al menos un centímetro y medio de cada lado.

Las contribuciones serán recibidas por el equipo editorial de la REVISTA. Este hará una revisión estilística preliminar de la contribución presentada y luego sometidas a consideración de árbitros, miembros del Consejo Asesor. A los árbitros corresponderá la decisión final, respecto de la publicación.

Se recomienda a aquellas personas interesadas en escribir para la REVISTA, entrar en contacto en el equipo editorial, con el fin de obtener información en torno a las normas de estilo.

Para cualquier información, favor contactar a la REVISTA de Derecho Internacional Económico: Aspectos Jurídicos de las Relaciones Económicas Internacionales, Apartado de Correos 510, Carmelitas, Caracas 1010, Venezuela.

CARACAS - VENEZUELA