

EL MECANISMO DE SALVAGUARDIA GLOBAL

GLOBAL SAFEGUARD MEASURES

LUIS PEDRO CAZALI LEAL¹

Resumen

Ante el peligro que enfrentan sectores productores de mercancías sobre los efectos de la apertura comercial, han sido creados mecanismos temporales de protección que permiten que estos tomen medidas que permitan aumentar su competitividad y enfrentar las importaciones de productos extranjeros. Dentro de estos procesos, de carácter extraordinario, se encuentran las salvaguardias, siendo uno de sus tipos la denominada “global”, que es regulada en el marco multilateral de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

En el proceso debe demostrarse el incremento de importaciones en un período dado, la existencia de daño o amenaza de daño para la producción nacional, y que hay un nexo causal entre ambos aspectos. Si esto llega a probarse, el Estado autorizará el incremento de aranceles (impuestos a la importación), lo cual hará más costoso el ingreso de mercancías extranjeras competidoras.

Palabras clave

Salvaguardia. Rama de producción nacional. Daño. Amenaza de daño. Importaciones. Aranceles. OMC. Reglamento Centroamericano.

¹ Abogado, Notario y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, egresado de la Universidad Francisco Marroquín, Guatemala. Catedrático en la Facultad de Derecho, de la Universidad del Istmo, del curso “Derecho del Comercio Global; lpcazali@sercomi.com.gt, luispedrocazali@gmail.com.

Summary

Before the possible negative effects of trade openings that productive sectors might have to endure, there are some temporary protective mechanisms that allow them to acquire adjustment measures to increase their competitiveness to be able to face the imports of foreign products. Among those mechanisms that shall be considered as an exception, are safeguards. There are different type of safeguards, including a “global safeguard” which is regulated in the multilateral framework of the World Trade Organization (WTO).

To activate the global safeguard, it is necessary for the party trying to apply it to demonstrate an increase of imports in a determined period of time, the existence of damage or the threat of a severe damage to the national production of the similar or same product which is being imported, and that there is a causal link between both aspects. If all three elements mentioned are proven, the Government can authorize an increase in the tariffs applied to the products subject of investigation. The effect would be an increase in the final price of the imported competitor goods, allowing national industry to adapt to competition.

Key Words

Safeguard. National productive sector. Damage. Threat of severe damage. Imports. Tariffs. WTO. Central American Regulation.

Sumario: 1. Introducción. 2. Elementos integrantes de una salvaguardia. 3. Aumento imprevisto de las importaciones. 4. Daño grave o amenaza de daño grave. 5. Relación causal y no atribución. 6. Aspectos finales.

1. Introducción

En la segunda mitad del siglo XX y como consecuencia de la coyuntura generada al finalizar la Segunda Guerra Mundial, los países empezaron a normar sus relaciones comerciales a través de una serie de acuerdos internacionales, de tipo bilateral, regional y multilateral. Los principales objetivos que persiguen estos marcos jurídicos, son la previsibilidad económica de las actuaciones y la apertura de mercados, al concederse preferencias de distintos tipos y en diversos grados.

Esta rama del Derecho Internacional ha evolucionado ampliamente, principalmente en los países desarrollados, donde existen oficinas profesionales especializadas que se dedican cotidianamente al tema, así como instituciones públicas que se encargan de los diferentes acontecimientos que el comercio de mercancías y servicios provocan. En Guatemala y en Latinoamérica en general, esto no se ha dado en la misma medida, siendo pocas las oficinas e instituciones que desempeñan el mencionado rol. Sin embargo, la globalización y la creciente demanda por profesionales con conocimiento en las áreas comerciales internacionales, ha empujado a que algunas universidades locales en el nivel de licenciatura, con una visión de futuro, hayan incluido dentro de sus *pensum* de estudios, el tratamiento de la materia.

El desarrollo de un abogado en el tema, puede darse en distintas áreas. Para efectos del presente artículo, se hará referencia únicamente a su carácter litigioso. Si, el comercio fundamentado en los acuerdos internacionales comprende procesos en los cuales se ejercita la abogacía para la defensa de los derechos de una persona o Estado, tanto en el marco de procesos administrativos en los que instituciones gubernamentales se puede estimar que actúan de manera contraria al ordenamiento jurídico, como en otros en los que órganos estatales o tribunales arbitrales, deben decidir sobre a quién asiste el Derecho entre dos posiciones encontradas.

Dentro de estos últimos tipos de procesos citados, se encuentran las “salvaguardias”. Las mismas devienen de un balance que tuvo que ser realizado, para lograr la apertura comercial. Como es lógico, hubo resistencia de ciertos sectores hacia la eliminación de barreras para el intercambio de mercancías y servicios entre los países, debido principalmente a las diferencias de escalas productivas, de realidades sociales y, en general, a las distorsiones que se presentan ordinariamente en el comercio, muchas veces debido a la intervención estatal en la economía, que genera competitividades artificiales.

Como un medio de buscar una solución a este tipo de situaciones, fue creado un mecanismo por el cual sectores productores de mercancías que aleguen afectación por la apertura de su mercado local, pueden solicitar la intervención del Estado y que este implemente barreras para hacer más gravosa la importación de productos competidores. Esta descripción general del mecanismo, se realiza para efectos de tomar una idea primaria al inicio del artículo, y será desarrollada en el transcurso del mismo.

Teniendo estos elementos en mente, debe indicarse que los sistemas de salvaguardia se han desarrollado tanto en el ámbito multilateral, como parte de los acuerdos en el marco de la OMC, que se conoce como “salvaguardia global”, y en los tratados bilaterales que Guatemala ha negociado con terceros países o bloques de países. Asimismo, existen mecanismos para todo tipo de mercancías, y para sectores específicos, como lo son por ejemplo la salvaguardia especial agrícola². Este artículo hará referencia únicamente a la indicada “salvaguardia global”.

En Guatemala, ese mecanismo es regulado de forma específica, por tres instrumentos internacionales: el artículo XIX del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio de 1994 (GATT, por sus siglas en inglés), el Acuerdo sobre Salvaguardias (ASVG), derivado de la Ronda Uruguay que fundó la OMC, y el Reglamento Centroamericano sobre Medidas de Salvaguardia (RSVG), de carácter regional y aprobado por el Consejo de Ministros de Integración Económica (COMIECO) a través de su resolución No. 194-2007³. Por supuesto, de manera general y en aspectos no contemplados en el Acuerdo o en el Reglamento, es aplicable la legislación nacional, principalmente de Derecho Administrativo. Por otro lado, el ordenamiento jurídico local establece que la entidad estatal encargada de este proceso es el Ministerio de Economía (MINECO), dentro del cual tanto el Ministro, el Viceministro de Integración y Comercio Exterior, como la Dirección de Administración del Comercio (DACE) y sus funcionarios, desempeñan distintos roles en el transcurso de las etapas de la salvaguardia.

Una peculiaridad de la salvaguardia global, es que el contenido del ASVG ha sido desarrollado e interpretado, a través de jurisprudencia contenida en resoluciones de casos que han sido sometidos a conocimiento de Grupos Especiales o el Órgano de Apelación, en el marco del proceso de solución de controversias de la OMC⁴. Esta es una fuente que jurídicamente no se estima vinculante, pero que de hecho

² Para efectos de claridad en el tema, debe hacerse referencia que en el artículo 26 del Convenio sobre el Régimen Arancelario y Aduanero Centroamericano, se desarrolla el procedimiento que denomina “cláusula de salvaguardia”. Esta es una desafortunada coincidencia, ya que este último tiene características diferentes al mecanismo que se desarrolla en este artículo, por lo que no le son aplicables los aspectos que se indicarán en el mismo.

³ Esto es establecido en los artículos 2 y 4 del RSVG, que indican: “...*El presente Reglamento desarrolla las disposiciones para aplicar el artículo XIX del GATT de 1994, el Acuerdo, así como en lo procedente, las disposiciones del Protocolo de Guatemala y del Convenio...*”; “...*Todos los aspectos sustantivos relacionados con la aplicación de medidas de salvaguardia y aquellos aspectos procesales no regulados en el presente Reglamento, serán determinados por las disposiciones establecidas en los instrumentos a que se refiere el Artículo 2 de este Reglamento*”.

⁴ Regulado en el “*Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias*”.

indudablemente se toma como parámetro indispensable para fundamentar hechos y derechos que se esgrimen en los casos.

Por último, y sin querer entrar a discutir sobre su pertinencia legal, el MINECO ha emitido una serie de documentos que los ha denominado “cuestionarios y cuadros”, cuyo objetivo es que las partes del proceso trasladen información de una forma sistemática y ordenada⁵. En ellos se plasman indicaciones sobre la manera de entrega y el contenido que debe llenarse, lo cual en algunos casos puede tomarse como un sesgo respecto a los criterios que se esgrimen.

Guatemala, al momento, ha estado involucrada en dos salvaguardias globales de acuerdo a lo que se indica en el sitio web del MINECO. La primera, como parte pasiva en la discusión, en el año 2009, fue iniciada por la República Dominicana, y se trataba de importaciones de sacos de polipropileno y tejido tubular de distinto origen, entre ellos el guatemalteco.

Recientemente, en el año 2019, se presenta el segundo caso. En esta ocasión, Guatemala fue la parte activa, y se refirió al ingreso al mercado nacional de productos laminados planos de los demás aceros aleados, de anchura superior o igual a 600 mm⁶.

2. Elementos integrantes de una salvaguardia

El GATT de 1994, en su artículo XIX.1.a), hace una descripción de los aspectos que deben concurrir, para que una salvaguardia sea conducente. De esta manera, determina que *“...Si, como consecuencia de la evolución imprevista de las circunstancias y por efecto de las obligaciones, incluidas las concesiones arancelarias, contraídas por una parte contratante en virtud del presente Acuerdo, las importaciones de un producto en el territorio de esta parte contratante han aumentado en tal cantidad y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a los productores nacionales de productos similares o directamente competidores en ese territorio, dicha parte contratante podrá, en la medida y durante el tiempo que sean necesarios para prevenir o reparar*

⁵ Ver <https://www.mineco.gob.gt/casos-de-salvaguardias>.

⁶ Siendo el 17 de enero de 2020, aún no había sido publicada la resolución final por el MINECO.

ese daño, suspender total o parcialmente la obligación contraída con respecto a dicho producto o retirar o modificar la concesión”.

Esta disposición, es desarrollada por el artículo 2.1 del ASVG, el cual agrega y aclara algunos términos, lo cual da lugar a que se identifique de manera más concreta los aspectos vinculados, tal como se cita a continuación: *“Un Miembro sólo podrá aplicar una medida de salvaguardia a un producto si dicho Miembro ha determinado, con arreglo a las disposiciones enunciadas infra, que las importaciones de ese producto en su territorio han aumentado en tal cantidad, en términos absolutos o en relación con la producción nacional, y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a la rama de producción nacional que produce productos similares o directamente competidores”.*

De los artículos citados, podemos concluir entonces que, para poder aplicarse una salvaguardia, deben concurrir tres aspectos: aumento imprevisto de las importaciones; existencia de daño grave o amenaza de daño grave, a la rama de producción nacional, de productos similares o directamente competidores; y relación causal entre ambos aspectos.

Ahora, como es natural de todo proceso, la persona que alega la existencia de este supuesto, es quien posee la carga de la prueba y, como tal, tiene la obligación de aportar elementos de convicción para que la autoridad valúe la procedencia de la medida⁷. El ASVG, en su artículo 4, párrafos a) y b), en su parte conducente, coloca los parámetros que la autoridad debe seguir en la investigación que lleve a tomar la decisión respectiva: *“En la investigación...las autoridades competentes evaluarán todos los factores pertinentes de carácter objetivo y cuantificable que tengan relación con la situación de esa rama de producción, en particular el ritmo y la cuantía del aumento de las importaciones del producto de que se trate en términos absolutos y relativos, la parte del mercado interno absorbida por las importaciones en aumento, los cambios en el nivel de ventas, la producción, la productividad, la utilización de la capacidad, las ganancias y pérdidas y el empleo...No se efectuará la determinación a que se refiere el apartado a) del presente párrafo a menos que la investigación demuestre, sobre la base de pruebas objetivas, la existencia de una*

⁷ Esto es corroborado en la jurisprudencia, específicamente lo plasmado en el párrafo 7.8 de la resolución del Informe del Grupo Especial en el caso Argentina-Duraznos (DS238): *“...El Grupo Especial seguirá la práctica habitual en relación con la carga de la prueba, según la cual la parte que hace valer un hecho, o la que afirma una alegación o defensa en particular, ya sea como demandante o como demandado, es la que tendrá la carga de probar ese hecho o esa afirmación de la alegación o la defensa...”.*

relación de causalidad entre el aumento de las importaciones del producto de que se trate y el daño grave o la amenaza de daño grave...”.

Es necesario resaltar aquí, que entonces la persona solicitante de la medida debe aportar pruebas concretas, hechos objetivos, que demuestren la concurrencia de los tres factores, y que la oficina pública que sea designada legalmente como la “autoridad investigadora” (DACE, en el caso de Guatemala), tiene que corroborar la veracidad de esto, así como realizar verificaciones propias sobre lo alegado y elementos adicionales que influyan en la situación, antes de llegar a una conclusión. Al respecto, el artículo 6 del RSVG norma estos parámetros, señalando que *“El procedimiento de investigación tendrá por objeto determinar si procede o no la aplicación de medidas de salvaguardia, cuando las importaciones de un producto en el territorio de un Estado Parte, procedente de terceros países han aumentado en tal cantidad, en términos absolutos o en relación con la producción nacional, y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar daño grave a la rama de producción nacional que produce productos similares o directamente competidores”.*

Ahora, de la normativa citada, se considera conveniente aclarar dos aspectos. El primero se refiere a la legitimación activa para solicitar al Estado el inicio de un proceso para determinar la conducencia de aplicar una medida de salvaguardia. Esto se refiere al término “rama de producción nacional”, en la cual obviamente no se comprende a personas que llevan a cabo únicamente labores de intermediación de mercancía local o extranjera.

Como es lógico, en muchos casos el número de productores puede ser muy grande, dificultándose organizarlos para gestionar la medida. Igualmente, existe la posibilidad que no exista consenso entre todos ellos, debido a la diversidad de intereses que puedan darse. En razón de lo indicado, el RSVG define a la rama de producción nacional como *“...El conjunto de los productores nacionales de los productos similares o directamente competidores que operen dentro del territorio de un Estado Parte o aquellos cuya producción conjunta de productos similares o directamente competidores, constituya como mínimo el 25 por ciento de la producción nacional total de esos productos”* (artículo 1).

Conforme a lo descrito, el primer asunto que debe ser solventado por el o los solicitantes de la medida, es acreditar de alguna forma el total de producción existente en el país en un período reciente, y que ellos producen por lo menos una

cuarta parte del total. En Guatemala, el manejo de estadísticas es muy complicado, pues las instituciones públicas realizan de manera esporádica censos de esta clase. Por ello, se recurre a declaraciones de entidades privadas gremiales, que avalen lo que se indique. Este es un aspecto que siempre puede dar lugar a discusión y a uso de recursos legales sobre la existencia de la legitimación procesal, principalmente en sectores integrados por pequeños productores, como lo son los agrícolas.

El otro aspecto a aclarar, es a qué mercancías es aplicable la salvaguardia. La normativa aplicable no requiere que el producto extranjero importado sea exactamente el mismo que el elaborado localmente, sino puede tratarse de “productos similares” o “directamente competidores”.

El RSVG define a los primeros como “... *Un producto que sea idéntico, es decir, igual en todos los aspectos al producto de que se trate, o, cuando no exista ese producto, otro producto que, aunque no sea igual en todos los aspectos, tenga características muy parecidas a las del producto considerado*”, y a los segundos como “... *Aquel que no siendo similar con el que se compara es esencialmente equivalente para fines comerciales por estar dedicado al mismo uso y ser intercambiable con éste*”.

Como puede observarse y al igual que con otras normas que han sido citadas, los parámetros para determinar a qué se refieren las disposiciones jurídicas de la materia, son muchas veces amplias y sujetas a interpretación. Según la jurisprudencia, estos criterios se deben analizar caso por caso y son únicamente un referente para realizar el examen sobre la similitud entre dos productos. En el caso CE — Amianto, párrafos 101-102 (DS135), se hace ver que “... *En el informe del Grupo de Trabajo sobre los Ajustes fiscales en frontera se indican las líneas generales de un enfoque para el análisis de la “similitud” que ha sido seguido y desarrollado ulteriormente por varios grupos especiales y por el Órgano de Apelación... Estos criterios generales, o conjuntos de características que pueden compartirse, proporcionan un marco para analizar la “similitud” de productos determinados, caso por caso. Estos criterios son, conviene tenerlo presente, meros instrumentos para facilitar la tarea de clasificar y examinar los elementos de prueba pertinentes. No están impuestos por un tratado ni constituyen una lista cerrada de criterios que determinarán la caracterización jurídica de los productos. Lo que es más importante, la adopción de un marco determinado para facilitar el examen de las pruebas, no hace desaparecer el deber o la necesidad de examinar en cada caso todos los elementos de prueba pertinentes. Además, aunque cada criterio se refiere, en principio, a un aspecto diferente de los productos de que se trata, que debe ser examinado por separado, los diferentes criterios están relacionados entre*

sí. Por ejemplo, las propiedades físicas de un producto conforman y limitan los usos finales a que puede destinarse. Las percepciones de los consumidores pueden, de manera análoga, influir en los usos tradicionales de los productos, modificados, o incluso tornarlos anticuados. La clasificación arancelaria refleja claramente las propiedades físicas de un producto...”.

A partir de esto y otros criterios vertidos en diferentes casos, se toma que son cuatro los principios básicos que deben evaluarse para definir la similitud entre dos mercancías: propiedades físicas, la medida en que pueden aplicarse para los mismos usos, la manera en que los consumidores los consideran como medios para satisfacer una necesidad determinada, y la clasificación arancelaria, internacionalmente reconocida.

De acuerdo a ello, las características físicas que son tomadas en cuenta se refieren, principalmente, a la forma, apariencia, tamaño y durabilidad del producto. Por otro lado, también son examinados las características químicas, los procesos productivos utilizados para su elaboración, la normativa técnica aplicable, y los canales de comercialización que usan en el mercado.

Como aspecto adicional, debe indicarse que el mecanismo de salvaguardia, está integrado por varias fases, las cuales se desarrollan consecutivamente y, de acuerdo a los resultados que se presenten, llevan a un siguiente paso.

El proceso, de acuerdo a la normativa aplicable⁸, inicia a solicitud de la rama de producción nacional, o de oficio, por decisión de la autoridad competente. Esto supone una fase previa de examen y argumentación, que es seguida por otra en la cual la autoridad investigadora profundiza el análisis, hace un estudio, que lleva a determinar si existen evidencias *prima facie* para formalizar el caso. Ante ello, se emite una primera resolución, que inicia la *litis*, dando la oportunidad procesal para que las personas involucradas se manifiesten y aporten información y pruebas sobre la existencia de los elementos necesarios para que se dicte la medida.

Los involucrados, son los demás miembros de la rama de producción nacional, los importadores de la mercancía objeto de investigación (PROI), durante el lapso que se indica como período objeto de investigación (POI), así como entidades

⁸ Fundamentalmente artículos 10 a 40 del RSVG.

extranjerías que exporten al país y los gobiernos de los países donde son elaborados estos. Para ello, se realizan diferentes tipos de notificaciones, de manera directa y escrita para las locales identificadas hasta esa etapa, así como en medios de difusión (diarios de mayor circulación y sitios web gubernamentales), y en el marco de la OMC y bilateralmente, por comunicaciones gubernamentales conforme a compromisos adquiridos en instrumentos internacionales de esa índole.

Dentro de un plazo, las partes involucradas presentan a la autoridad investigadora datos sobre el desarrollo de sus actividades económicas relacionadas con el PROI durante el POI. Esto debe llevar a establecer la existencia de daño en la rama de producción nacional, por medio de informes contables que señalen el comportamiento de ventas, precios, producción, costo de materias primas, manejo de plazas de trabajo, etc.; los importadores, normalmente se dirigen a mostrar si ha existido un crecimiento sustancial del ingreso del PROI al mercado y aportan criterios sobre el vínculo causal respecto al daño ocasionado; los exportadores y gobiernos extranjeros generalmente toman una posición similar a la de los importadores y, lógicamente, coordinan con ellos por tener intereses económicos convergentes. Sin embargo, debe tenerse presente que la participación de gobiernos dentro de los procesos da lugar a consideraciones políticas, a partir de las cuales la autoridad investigadora evalúa también las consecuencias y el interés social de implementar la medida.

Al finalizar esta etapa, es efectuada una audiencia presencial o virtual, en la que las partes pueden aportar pruebas para fundamentar sus argumentos. Como parte de esto, la comparecencia de expertos en temas específicos, es importante. Por ejemplo, personas técnicas sobre materias productivas que explican la similitud o no del PROI (muchas veces ingenieros de la rama), economistas que incorporan su criterio sobre el desarrollo de las actividades empresariales de los involucrados a fin de determinar la existencia de daño, especialistas en estadísticas para mostrar la evolución de las importaciones y las razones de ello, etc.

Finalmente, la autoridad emite su resolución, en la que hace ver si es conducente aplicar la salvaguardia, así como señala los pasos a realizar para su implementación. Debe anotarse que durante el transcurso del proceso, la autoridad puede dictar una salvaguardia provisional, de acuerdo a la evaluación de las pruebas con las cuales cuente.

El proceso, las resoluciones de trámite y la decisión final, son recurribles. Esto en el sentido que el Derecho interno administrativo es aplicable y con ello pueden ser utilizados los recursos que al respecto establece el ordenamiento jurídico, principalmente la Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto 119-96 del Congreso de la República. Asimismo, el fondo del caso y la tramitación conforme a los instrumentos internacionales, puede ser objeto de un proceso de Solución de Controversias en el marco OMC. De este tipo de casos es que se origina la gran mayoría de jurisprudencia aplicable, pues se constituye prácticamente en un revisor de la legalidad y corrección de la investigación llevada a cabo por la autoridad nacional.

El objetivo final de la salvaguardia, como medida extraordinaria, es que el Estado aplique aranceles adicionales durante un plazo, al POI, o restrinja volumétricamente sus importaciones, durante un período máximo de cuatro años, prorrogable por un plazo igual adicional. De esta manera, se entiende que el sector productivo local podrá tomar medidas para aumentar su competitividad y presentar un “plan de ajuste”, como requisito para imponer la medida, de manera que pueda hacer frente a la situación que se presente en el mercado, o reconvertirse hacia otras actividades.

Teniendo los principales aspectos generales explicados, se procede a desarrollar someramente, los elementos integrantes de la salvaguardia global.

3. Aumento imprevisto de las importaciones

El análisis aquí no se dirige únicamente a establecer si ha habido “más” importaciones en un lapso, respecto a otro. La normativa aplicable señala que debe revisarse si existe una “evolución imprevista de las circunstancias”, que dieron lugar al aumento de las importaciones. Sobre ello, los párrafos 7.21 y 7-27 del caso USA-Carne de cordero (DS 178), hacen ver que *“En Corea - Productos lácteos, el Órgano de Apelación analizó qué es lo que hace que una "evolución de las circunstancias" sea "imprevista": "el diccionario define 'imprevista' (unforeseeable), en particular en relación con una 'evolución de las circunstancias' como sinónimo de 'inesperada'. Por otra parte, el término 'imprevisible' (unforeseeable) se define en los diccionarios como 'impredecible' o 'que no puede ser previsto, predicho o anticipado'. En consecuencia, consideramos que el significado corriente de la expresión 'como consecuencia de la evolución imprevista de las circunstancias' requiere que la evolución de las circunstancias como consecuencia de la cual las importaciones de*

un producto han aumentado en tal cantidad y se realizan en condiciones tales que causan o amenaza causar un daño grave a los productores nacionales haya sido 'inesperada'...Esta estructura semántica del artículo XIX sugiere que la demostración de la existencia de una "evolución imprevista de las circunstancias" debe basarse en pruebas fácticas que la autoridad competente haya tenido ante sí en el momento en que llevó a cabo la investigación y que haya considerado antes de formular la determinación de aplicar una medida de salvaguardia..."

El Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, define el término "imprevisto" como "...no previsto". A su vez, determina el significado de la palabra "prever" como "...ver con anticipación...Conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder...disponer o preparar medios contra futuras contingencias..."

Es así, que en este punto la autoridad investigadora debe determinar elementos objetivos que sustenten esto. Al respecto, en la jurisprudencia se hace ver que "...7.24...Una aseveración de que el aumento de las importaciones, o la forma en que se estaban efectuando, era imprevisto, no constituye una demostración, como cuestión de hecho, de la existencia de una evolución imprevista de las circunstancias..." (Argentina-Duraznos DS 237). Es así, que se reconoce que tomar el hecho de las importaciones sin otros elementos que puedan incidir en las mismas, no se estima como una prueba de imprevisión.

Aquí pueden darse análisis sobre diversas circunstancias. Por ejemplo, si el incremento fue repentino o escalonado; si hubo decrecimientos durante etapas del POI; cambios en los gustos de mercado, que fueron identificados tiempo atrás; comportamiento del comercio mundial; aumento sostenido de volúmenes de los países fabricantes; procesos iniciados en otros países del planeta; variaciones presentadas en el sector del cual proviene el PROI; si algún miembro de la rama de producción nacional tomó medidas ante el incremento del ingreso al país de la mercancía extranjera; etc.

Conforme a lo descrito, se hace evidente que el relacionamiento sobre la imprevisibilidad de las importaciones, deben ser razonadas de manera objetiva por la autoridad investigadora al emitir la resolución respectiva, sin que pueda darse por inferida una correlación implícita entre las circunstancias imprevistas y sus posibles consecuencias. Esto implica que está obligada a realizar una evaluación adecuada de las consecuencias del aumento de las importaciones y del mercado específico

que son objeto de la investigación, tal como se ha razonado en diferentes casos: *“7.296...A nuestro modo de ver, la conexión lógica entre las "condiciones" indicadas en la segunda frase del párrafo 1 a) del artículo XIX y las "circunstancias" a que se refiere la primera frase de esta disposición hace imperativo incluir la demostración de la existencia de estas circunstancias en el mismo informe de las autoridades competentes. Cualquier otro procedimiento interrumpiría la "conexión lógica" entre las dos cláusulas, y sumiría en la vaguedad y la incertidumbre todo lo relativo al cumplimiento de la primera disposición del párrafo 1 a) del artículo XIX...”* (USA – Tubos DS202).

Conforme al ASVG, la autoridad debe determinar si las importaciones deben haber aumentado “en tal cantidad” y “en condiciones tales”, que causen daño. Para evaluar esto, la jurisprudencia ha determinado una serie de factores, tal como lo es la manera de evaluar el comportamiento de las importaciones durante el POI: *“...8.157 En otras palabras, si efectivamente existe un aumento de las importaciones, éste debería ser evidente tanto en una comparación entre puntas del período como en un análisis de las tendencias intermedias durante ese período. Es decir, los dos análisis deberían reforzarse mutuamente. Cuando, como en este caso, sus resultados difieren, por lo menos se plantean dudas con respecto a si las importaciones han aumentado en el sentido del párrafo 1 del artículo 2...”* (Argentina – Calzado DS121).

Asimismo, para cumplir con la condición de que las importaciones se hayan llevado “en tal cantidad”, puede examinarse el ritmo y la cuantía de estas. Si se ha presentado una tendencia mixta, por ejemplo, puede ser síntoma de un acomodamiento del mercado y, con ello, dar lugar a la inexistencia de daño⁹.

Ha sido establecido que para satisfacer lo dispuesto como requisito respecto a las importaciones, el aumento no es simplemente producto de un análisis cuantitativo,

⁹ *“...8.159 Nosotros también creemos que la cuestión relativa a si cualquier disminución de las importaciones es "temporal" es una cuestión pertinente para determinar si se ha cumplido la prescripción del párrafo 1 del artículo 2 con respecto al "aumento de las importaciones". En este contexto, recordamos lo prescrito en el párrafo 2 a) del artículo 4 en el sentido de que se evaluarán "el ritmo y la cuantía del aumento de las importaciones".526 En nuestra opinión, en virtud de esta prescripción deben analizarse las tendencias intermedias de las importaciones durante el período de investigación. Observamos que el término "ritmo" connota tanto velocidad como dirección, y por lo tanto las tendencias intermedias (ascendentes o descendentes) deben tenerse plenamente en cuenta. El hecho de que durante el período de investigación las tendencias hayan sido mixtas puede resultar decisivo para determinar si ha tenido lugar un aumento de las importaciones en el sentido del párrafo 1 del artículo 2. A efectos prácticos, consideramos que la mejor forma de ponderar la importancia de tales tendencias mixtas en las importaciones es determinar si cualquier baja es simplemente temporal o si refleja un cambio a más largo plazo...”* (Argentina – Calzado DS121).

sino que este debe ser también cualitativo. De esta forma, la elevación de las importaciones debe ser lo bastante reciente, súbito, agudo, e importante, tanto cuantitativa como cualitativamente, en términos absolutos o relativos. En consecuencia, no basta constatar aspectos estadísticos desde una perspectiva matemática.

De esta manera, también debe proyectarse la situación de las importaciones hacia el futuro, en base al “pasado reciente”, para tratar de prever la situación que enfrentaría el sector productivo nacional¹⁰. Como parte de ello, puede establecerse que existe una tendencia en reversa de las importaciones en el presente, lo cual proyecta que la situación del mercado en el futuro será de estabilidad, respecto a la oferta para saciar la demanda que se presenta¹¹.

4. Daño grave o amenaza de daño grave

Conforme a la normativa y la jurisprudencia aplicable, una evaluación del posible daño requiere un análisis basado en hechos, no en alegaciones o conjeturas, y debe orientarse hacia el futuro, en el sentido que la medida debe evitar la continuación del daño grave o evitar que la amenaza del mismo se concrete. Cabe recordar que la salvaguardia no es una medida resarcitoria, sino que se dirige hacia situaciones que se considere pueden darse en el futuro inmediato.

Al respecto, el criterio ha sido que *“...7.129 De estos elementos del párrafo 1 b) del artículo 4 del Acuerdo sobre Salvaguardias, es decir la insistencia en la clara inminencia de un menoscabo general significativo, el requisito de basar la determinación de la existencia de una amenaza en hechos objetivos, y el rechazo*

¹⁰ 7.62 La Argentina hace referencia a la declaración del Órgano de Apelación, en Estados Unidos - Cordero, de que: “los datos relativos al pasado más reciente proporcionarán a las autoridades competentes una base esencial y, por lo general, más fiable para llevar a cabo una determinación de la existencia de una amenaza de daño grave. Para evaluar la situación probable de la rama de producción nacional en un futuro muy próximo lo mejor es utilizar los datos correspondientes al pasado más reciente. Por lo tanto, coincidimos con el Grupo Especial en que, en principio, dentro del período objeto de investigación en su conjunto, las pruebas correspondientes al pasado más reciente proporcionarán los indicios más sólidos sobre la probable situación futura de la rama de producción nacional.” (Argentina – Duraznos DS238).

¹¹ “8.246...Las Comunidades Europeas afirman que el Acuerdo exige que el aumento de las importaciones cause un daño grave y que es imposible concluir, respetando al mismo tiempo el Acuerdo, que hubo daño grave causado por el aumento de las importaciones cuando de hecho las importaciones habían descendido. Para las Comunidades Europeas, si es cierto que hay daño, esto demuestra simplemente que debía haber alguna otra causa además del aumento de las importaciones. Consideramos que no se ha dado ninguna explicación convincente de la forma en que, a pesar de su tendencia declinante, las importaciones causaron no obstante un daño grave en 1995...” (el subrayado es propio) (Argentina – Calzado DS121).

de "alegaciones", "conjeturas" y "conclusiones" que no estén basadas en suficientes pruebas fácticas, es posible deducir por lo menos algunas inferencias sobre la manera de llevar a cabo el análisis de la existencia de una amenaza. Estos elementos sugieren: i) que una determinación de la amenaza debe basarse en un análisis en el cual se tengan presentes datos objetivos y verificables del pasado reciente (es decir la última parte del período de investigación) como punto de partida a fin de evitar que la determinación esté basada en alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas; ii) que debe tenerse en cuenta la información fáctica sobre el pasado reciente, complementada por proyecciones basadas en hechos relativas a la evolución de la situación de la rama de producción y, en lo que se refiere a las importaciones, debe tenerse en cuenta el futuro inminente a fin de proceder a un análisis para comprobar si un menoscabo general significativo de la situación de la rama de producción es inminente en el futuro cercano; iii) que el análisis debe determinar si un daño de carácter grave se producirá efectivamente en el futuro cercano a menos que se adopte una medida de salvaguardia...". (USA – Carne de Cordero DA178).

De esta manera, la autoridad investigadora debe evaluar todos los factores objetivos y cuantificables que se vinculen a la rama de producción nacional y que sean indicativos del supuesto daño grave. Dentro de estos, se torna obligatorio que la autoridad revise y concluya sobre la parte del mercado interno absorbida por las importaciones, los cambios en el nivel de ventas, la producción, la productividad, la utilización de la capacidad instalada, las ganancias y pérdidas y el empleo¹².

Estos aspectos dan lugar a establecer la situación de la rama de producción nacional, teniendo que haberse dado retrocesos en los mismos respecto a los que se presentaban previos al POI. La jurisprudencia ha opinado que no es necesario que todos ellos tengan una variación negativa, pero en caso de ser así tiene que explicarse la razón de esto. Por ejemplo, pudo no haberse disminuido los puestos de trabajo, debido a compromisos sindicales, o la producción puede ser mayor, pero no se ha logrado vender o se ha hecho a menor precio.

¹² "8.206 A la luz de estos requisitos, debemos examinar, en primer lugar, si todos los factores del daño enumerados en el Acuerdo fueron considerados por la Argentina, puesto que en el texto del apartado a) del párrafo 2 del artículo 4 del Acuerdo ("todos los factores pertinentes [...] en particular [...] los cambios en el nivel de ventas, la producción, la productividad, la utilización de la capacidad, las ganancias y pérdidas y el empleo") se prescribe sin ambigüedad que, como mínimo, debe examinarse cada uno de los factores enumerados, además de otros factores que sean "pertinentes"..." (Argentina – Calzado DS121).

Otra parte de la evaluación, es la conexión lógica y empresarial entre los distintos indicadores, así como sustentar la importancia de unos sobre otros. Al respecto, cabe recordar el criterio siguiente: *“8.221... Creemos que, al determinar la existencia o la amenaza de un daño grave, el alcance de la declinación es, en efecto, importante y que debe ofrecerse una explicación suficiente (como se requiere en el apartado c) del párrafo 2 del artículo 4) de la "pertinencia" de esa declinación. Esto quiere decir que debe ofrecerse una explicación completa de por qué una serie de datos es más representativa y fidedigna que las otras ni por qué, por ejemplo, la disminución del empleo en un determinado porcentaje corrobora la conclusión de existencia o amenaza de un daño grave a la rama de la producción nacional que se examina”* (Argentina – Calzado DS121).

Aquí también debe de ser parte del examen, la tendencia a largo plazo del escenario que enfrenta la rama de producción nacional y que ello lleve a una situación de daño. *“170-171... La cuestión que nos ocupa es si el derecho [a aplicar una medida de salvaguardia] existe en este caso concreto. Y, como el derecho existe si hay una constatación de las autoridades competentes de la existencia de una “amenaza de daño grave” o de —algo que está más allá— “daño grave”, nos parece que carece de importancia, para determinar si el derecho existe, que haya “daño grave” o sólo “amenaza de daño grave”, siempre y cuando haya una determinación de que al menos existe una “amenaza”. En la continuidad progresiva de una situación de daño de una rama de producción nacional que asciende de una “amenaza de daño grave” al “daño grave”, consideramos que el “daño grave” —puesto que es algo que está más allá de una “amenaza”— incluye necesariamente el concepto de “amenaza” y excede de la presencia de una “amenaza” a efectos de responder al interrogante que nos ocupa: ¿existe el derecho a aplicar una medida de salvaguardia?...”* (USA – Tubos, DS202). Con la jurisprudencia que se ha emitido, se establece que la autoridad debe evaluar no solo la existencia de daño, sino que la amenaza del mismo por estar directamente implicada esta posibilidad en una situación actual¹³.

Al concluir su estudio, la autoridad investigadora debe definir si existe daño (índices declinantes de los factores tomados en cuenta), que este sea grave (posibilidad de no continuar actividades) y que hay amenaza que la situación no mejorará. Por tanto, un ascenso de los índices, implica que no habrá un menoscabo de la situación

¹³ *“7.108 La repercusión de las tendencias a más largo plazo en los datos podría haber sido decisiva para la conclusión de las autoridades competentes de que la rama de producción se caracterizaba por un alto grado de sensibilidad, lo que fue una parte esencial de la determinación de una amenaza de daño grave formulada en la opinión conjunta. El hecho de que los únicos directores que hicieron referencia a la repercusión de las tendencias a más largo plazo favorables llegaran a la conclusión de que la medida referente a los duraznos en conserva no estaba justificada ilustra la importancia de las tendencias a más largo plazo”*. (Argentina – Duraznos DS238).

y con ello no se justifica la imposición de una medida de carácter extraordinario. “80, 82-84...es conveniente recordar que las medidas de salvaguardias son medidas correctivas de carácter extraordinario que sólo pueden adoptarse en situaciones de urgencia. Además, se trata de medidas correctivas que se imponen en forma de restricciones a la importación sin que se alegue una práctica comercial desleal...”. (USA – Tubos DS 202).

5. Relación causal y no atribución

El último elemento que debe evaluarse es si las importaciones tienen un vínculo directo sobre el daño grave. Es decir, si el ingreso de producto extranjero al mercado, es el causante de una situación precaria de la producción local. El RSVG indica que “...Para que se adopte una medida de salvaguardia debe existir un nexo causal entre las importaciones investigadas y el daño grave o amenaza de daño grave a la rama de producción nacional.- No se efectuará la determinación a que se refiere el párrafo anterior, a menos que la investigación demuestre, sobre la base de pruebas objetivas, la existencia de una relación de causalidad entre el aumento de las importaciones del producto de que se trate y el daño grave o amenaza de daño grave. Cuando haya otros factores, distintos del aumento de las importaciones, que al mismo tiempo causen daño a la rama de producción nacional, este daño no se atribuirá al aumento de las importaciones”.

Este principio es recogido por la jurisprudencia, como un elemento vital para poder implementarse una medida de salvaguardia, determinando si hay correlación entre los factores de daño y las importaciones: “7.89 En nuestra opinión, la autoridad nacional, al realizar su evaluación de la relación de causalidad, debe analizar y determinar si las circunstancias de la rama de producción, que a juicio de la autoridad nacional demuestran la existencia de un daño grave, han sido causadas por el aumento de las importaciones. En su evaluación de la relación de causalidad, la autoridad nacional está obligada a evaluar todos los factores pertinentes de carácter objetivo y cuantificable que tengan relación con la situación de esa rama de producción. Además, si la autoridad nacional ha identificado otros factores, distintos del aumento de las importaciones, que hayan causado daño a la rama de producción nacional, no atribuirá el daño causado por estos factores al aumento de las importaciones.- 7.90...Además, al analizar la situación de la rama de producción nacional, las autoridades coreanas tienen la obligación de no atribuir al aumento de las importaciones el daño causado por otros factores”.

Un primer punto a revisar es si se presenta cronológicamente vinculación entre ambos elementos. El crecimiento de las importaciones tiene que ser previo o coetáneo al daño, es decir que exista coincidencia en momentos y situaciones con los lapsos de incremento de ingreso al país del PROI. Es decir, si había declinación en los indicadores productivos, previamente al POI, o esto se da en un lapso excesivamente posterior, lógicamente no habría “causa y efecto”. Igualmente, si estos presentan momentos de baja, aunque no coinciden con importaciones mayores, y lapsos de alza, aun cuando las importaciones igualmente suben. Es así, que no hay vínculo causal entre el aumento de las importaciones y el posible daño grave, o por lo menos esto no es el único elemento y ni siquiera el “más importante de ellos”¹⁴.

Son los importadores locales y los productores extranjeros del PROI, quienes generalmente tratan de señalar otros factores que consideran inciden en mayor medida a la existencia del daño, adicionales al ingreso de la mercancía al mercado, y con ello desestimar la existencia de nexos causales. Todos ellos deben ser analizados por la autoridad investigadora, colocados en un contexto y evaluados respecto a su peso específico en la situación.

Algunos ejemplos de esto se pueden referir a los cambios que han ocurrido en el mercado, pues hay que tener presente que la jurisprudencia ha considerado como elemento del “incremento súbito y desproporcionado” de las importaciones, que esto se presente fuera de las tendencias naturales del mercado y la industria. Asimismo, es revisada la actuación de las empresas previo y durante el POI, a manera de establecer si su manejo administrativo ha sido correcto. Dentro de ello, si su sistema de abastecimiento es libre o responde a obligaciones corporativas de compra a empresas específicas, de tal manera que tiene imposibilidad de aprovechar ocasiones de mercado, que propicia la obtención de factores de competitividad.

¹⁴ "7.233 Por consiguiente, en primer lugar consideramos si al realizar su investigación sobre si el aumento de las importaciones fue "una causa importante y no menos importante que cualquier otra causa" de amenaza de daño grave para la industria nacional productora de carne de cordero, la USITC cumplió lo dispuesto en el párrafo 2 b) del artículo 4 del Acuerdo sobre Salvaguardias: i) demostrar la existencia de una relación de causalidad entre el aumento de las importaciones y el daño grave o la amenaza de daño grave, y ii) no atribuir a las importaciones el daño causado por otros factores.- 7.241 Dicho con otras palabras, cuando diversos factores, uno de los cuales sea el aumento de las importaciones, son suficientes, conjuntamente, para causar un menoscabo general significativo en la situación de la rama de producción nacional, pero el aumento de las importaciones por sí solo no cause daño que pueda llegar a calificarse de "grave", con arreglo a lo establecido en los párrafos 2 a) y 2 b) del artículo 4 del Acuerdo sobre Salvaguardias, no se cumplirán las condiciones necesarias para imponer una medida de salvaguardia..." (USA – Carne de Cordero DS178).

Un estudio obligado también es de carácter estadístico, a fin de establecer el comportamiento de las importaciones de otros productos similares al PROI. Esto debido a que puede darse ingreso en valores o volúmenes importantes de otra mercancía que no es objeto del proceso, pero que incidió en el posible daño a la rama de producción nacional. Es posible entonces que estas otras importaciones, tengan un peso dentro del mercado, mayor a la del PROI, con lo cual la pérdida de mercado se correlaciona con estos ingresos al país.

La norma sobre el vínculo entre importaciones y daño grave, hace ver que conforme a las circunstancias que se presentan, no podría imponerse ninguna medida de salvaguardia cuando por lo menos otra causa fuese más importante que el aumento de las importaciones del PROI. Asimismo, la jurisprudencia hace ver que la evaluación de otros factores en conjunto o de manera separada, deben servir para definir si realmente se presenta una relación de causa – consecuencia, que sea plena y determinante¹⁵.

6. Aspectos finales

El artículo 3.1 del ASVG, señala que antes de imponer una medida de salvaguardia, debe evaluarse si la aplicación de la medida de salvaguardia sería o no de interés público. Se toman aquí desde factores económicos, hasta conveniencia política. En esta última área, el gobierno del importador evalúa quienes son los mayores países exportadores del PROI hacia su mercado. Si, por ejemplo, con ese país se tiene un alto interés por parte de muchos segmentos productivos nacionales de profundizar

¹⁵ “7.261 Recordamos a este respecto la consideración que hemos hecho anteriormente de que aunque ningún factor considerado por separado constituya una causa más importante de amenaza de daño grave que el aumento de las importaciones, ello no excluye la posibilidad de que todos los demás factores considerados en conjunto puedan contribuir a esa amenaza en grado tal que la amenaza de daño causada por el aumento de las importaciones en sí y de por sí ya no aumente el nivel requerido de "gravedad". En tal caso (suponiendo que el daño causado por otros factores no se atribuya al aumento de las importaciones), la amenaza residual atribuible al aumento de las importaciones no constituye una causa necesaria y suficiente de amenaza de daño grave y en consecuencia no se justifica la imposición de una medida de salvaguardia”. (el subrayado es propio) (USA – Carne de Cordero DS178). “7.285 En el asunto Estados Unidos - Carne de cordero, el Órgano de Apelación hizo referencia a la necesidad de determinar si existe "una relación auténtica y sustancial de causa a efecto" entre el aumento de las importaciones y el daño grave o amenaza de daño grave. Como parte de esa determinación, el párrafo 2 b) del artículo 4 declara expresamente que el daño causado a la rama de producción nacional por otros factores distintos del aumento de las importaciones "no se atribuirá al aumento de las importaciones". En una situación en la que varios factores causen daño "al mismo tiempo", sólo puede formularse una determinación definitiva acerca de los efectos perjudiciales del aumento de las importaciones si se distinguen y separan los efectos perjudiciales causados por la totalidad de los diversos factores causales. De no ser así, cualquier conclusión basada exclusivamente en una evaluación de uno solo de los factores causales -el aumento de las importaciones- carecería de una base sólida...” (el subrayado es propio) (USA – Tubos DS202).

sus vínculos comerciales, una medida como la que se plantea, dificultaría el acercamiento para ello.

Por otro lado, se identifica la utilidad que tiene el PROI dentro del país, el sector en el cual es utilizado y su importancia estratégica, y si es conveniente colocar cargas económicas adicionales al acceso de la mercancía al mercado, ya que ello genera la imposibilidad del consumidor de tomar decisiones basadas en calidad, impidiéndole entonces que obtenga satisfactores más completos que logren abarcar de mejor forma sus necesidades. Encarecer el PROI, hace que el país se rezague en la evolución tecnológica, debiendo continuar con el uso de productos que no presentan todas las ventajas que se genera por medio de la innovación.

También se evalúa que cualquier tipo de protección es, en sí, el otorgamiento de privilegios a determinadas empresas, lo cual puede distorsionar el mercado de manera artificial y ser contrario a los principios del Derecho de Competencia.

Una vez tomado en cuenta estos factores, la autoridad puede dictar la salvaguardia o decidir que la misma no es conducente. Previamente, tiene que darse un período de negociación con los países que serán afectados, para acordar la manera en que se implementará la medida y la compensación que se le dará. Esto significa que proteger a un sector se permite, siempre que a su vez se le de ventaja al país exportador sobre otro producto para su ingreso al mercado en el país importador, por ejemplo disminuyendo los aranceles aplicables.

REFERENCIAS

Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio

Acuerdo sobre Salvaguardia

Reglamento Centroamericano sobre Medidas de Salvaguardia