

Algunas consideraciones en relación a la investigación para la aplicación de medidas antidumping

Por Ricardo Torres Brizuela ()*

1. Cuestiones Preliminares

El Acuerdo Antidumping es uno de los instrumentos surgidos en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) que luego se continuara en la Organización Mundial de Comercio. (OMC)

Esta, como es sabido, es una Organización concebida -en sus valores aspiracionales- para liberalizar el comercio. Es un foro para que los gobiernos negocien acuerdos comerciales, resuelvan sus diferencias comerciales y apliquen un sistema de normas.

La mayor parte de la labor actual de la OMC proviene de las negociaciones celebradas en el período 1986-1994 — la llamada Ronda Uruguay — y de anteriores negociaciones celebradas en el marco del GATT.

Se trata de un conjunto de normas cuyo núcleo está constituido por los Acuerdos negociados y firmados por la mayoría de los países que participan en el comercio mundial.

Estas normas tienen que ser transparentes y previsibles.

Esta última característica significa que las empresas, los inversores y los gobiernos extranjeros deben confiar en que no se establecerán arbitrariamente obstáculos comerciales (que incluyen los aranceles y los obstáculos no arancelarios).

Se procura, dentro de estos ideales, que el comercio sea más competitivo, eso es, que se desalientan las prácticas “desleales”, como las subvenciones a la exportación y el dumping de productos a precios inferiores a su costo para adquirir cuotas de mercado.

Precisamente, en este marco, la denominada Ronda Uruguay que culminara con el Tratado de Marrakesh en 1994, se firmó entre otros Acuerdos, el Acuerdo Relativo a la aplicación del Art. VI del GATT, también denominado Acuerdo Antidumping. (AAD), cuya recepción en la República Argentina se hizo a través de la Ley N° 24.425.

Asimismo, se estableció mediante el Decreto N° 1393/08 y la Resolución N° 293/08, la normativa a los efectos de implementar el procedimiento de la investigación para determinación de la aplicación de las medidas antidumping.

Dado que el procedimiento es un instrumento para asegurar los fines que se han propuesto los miembros firmantes, conviene revisar estos principios rectores para luego efectuar algunas consideraciones en torno a las dificultades y desafíos con que se enfrenta el mentado procedimiento en la República Argentina. Se trata de un primer acercamiento a dicha problemática, es de esperar que en posteriores trabajos se vaya profundizando en algunas cuestiones puntuales.

2. Principios rectores en materia de investigación de dumping

A) La buena fe

Quizás sea una verdad de Perogrullo, pero a la luz de algunas situaciones que surgen en el mentado procedimiento, convenga recordarlo.

En efecto, innumerable jurisprudencia recuerda la obligación impuesta a todos los Miembros de cumplir de buena fe sus obligaciones derivadas de los Acuerdos de la OMC -incluida la aplicación de medidas antidumping-, sosteniéndose que el concepto de Buena Fe no es un simple postulado moral, sino que es un instrumento básico de interpretación, tal como lo establece el Art. 26 de la Convención de Viena sobre los Tratados (*“Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de Buena Fe”*).

El órgano de apelación, en el marco de la OMC, ha reconocido reiteradas veces la importancia del concepto de buena fe para asegurar el derecho al debido proceso y la equidad fundamental cuando un Miembro otorga discrecionalidad a sus funcionarios gobernantes.

Así, ha dispuesto que el ejercicio abusivo por parte de un Miembro del derecho que le corresponde en virtud de un tratado, da lugar a una violación de los derechos que corresponde a los otros Miembros en virtud de ese Tratado. (*Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón WT/DS58/AB/R, párrafos 158 y 156*).

Concretamente, la buena fe excluye la interpretación no razonable, abusiva o discriminatoria de los derechos y obligaciones que conllevan cada uno de los miembros de la OMC.

B) El debido proceso

Los procedimientos antidumping adoptan la forma de procedimientos de investigación y cuasi judiciales, características ambas que otorgan a la autoridad administradora un amplio margen de discrecionalidad, y eso es lo que puede llevar al abuso. Por lo tanto, el debido proceso debe ser un rasgo fundamental, no solamente por vía del Acuerdo Antidumping sino por el principio constitucional que consagra este principio.

C) El principio de neutralidad

A estos principios hay que agregarle un tercero: el de neutralidad.

Las autoridades convocadas para la investigación (en la República Argentina la Dirección de Competencia Desleal y Comisión Nacional de Comercio Exterior) deben trabajar por la verdad material y ser neutrales en materia de investigación. No deben tomar parte ni adoptar un cariz que, en la práctica, por ejemplo, consideren que las pruebas de la peticionante sean más idóneas que las de las otras partes simplemente porque, supuestamente, se busca proteger a la industria nacional.

Las determinaciones arbitrarias sin pruebas suficientes acerca de los extremos para aplicar derechos antidumping (por ejemplo, el valor normal) excluyendo otras pruebas fehacientes vinculadas a la realidad del mercado, de la falta de consideración acerca los distintos factores que influyen en el daño a la industria nacional, de la arbitrariedad en la determinación de la relación de causalidad, son una muestra del apartamiento de este principio.

3. El procedimiento para la determinación de los extremos para la aplicación de medidas antidumping

3.1 La instrumentalidad de las formas

El análisis de una petición solicitando la apertura de una investigación, como así también la eventual aplicación de medidas antidumping, debe ser por demás cauto, prudente y exhaustivo.

Se debe estar en la convicción de que el análisis avanza por carriles seguros, evaluando criteriosamente las pruebas, cotejando y compulsando las presentadas por la peticionante, con otras fuentes.

En este sentido, las autoridades deben velar para que el acuerdo sea aplicado correctamente. Deben velar por la verdad material.

En este sentido, el desafío que se impone es que no puede haber una dogmatización de lo formal. El requerimiento de presentación de cuestionarios con una serie de datos con requisitos formales que a veces las empresas tienen dificultades en presentarlo en toda su integridad, termina siendo, a menudo, una exigencia sacramental cuyo incumplimiento concluye en un descarte liso y llano de todo lo presentado, invalidándose información que aún, con cierta falta de formalidad, puede hacerse valer.

No importa si la realidad del mercado que surge del propio expediente sirve para avalar lo que se viene presentando. Ese descarte, se reitera, sucede aun cuando se han presentado otros elementos que permiten inferir una conclusión distinta a las presentaciones iniciales de la investigación.

Se suele presentar como que los únicos que tienen la responsabilidad y la carga de desacreditar las supuestas informaciones y datos imparciales son aquellos sujetos que completan los cuestionarios de importadores o exportadores, cuando en rigor la realidad de la situación debe ser iluminada desde distintos puntos de vista.

Una investigación por dumping forma parte de un procedimiento administrativo. El procedimiento administrativo es un proceso. Etimológicamente, proceder significa *"continuar realizando cierta acción que requiere un orden"*; procedimiento, *"sucesión, serie de cosas que siguen una a otra"* y proceso *"marcha hacia delante (progreso). Desarrollo o marcha de alguna cosa"*.

El fin de un procedimiento administrativo es un acto administrativo que determine la verdad. Y verdad material por sobre la formal.

En efecto, si se tomara el criterio eminentemente formalista, se estaría privilegiando el apego estricto a las normas procesales, apartándose de reglas de incuestionable jerarquía superior en materia de procedimiento en la esfera administrativa.

Resulta pacífica la convicción de que *"En el procedimiento administrativo deben imperar, como principios fundamentales el de legalidad y el de la verdad material sobre la verdad formal, **correspondiendo a la Administración esclarecer los hechos, circunstancias y condiciones, tratando por todos los medios admisibles, de precisarlos en su real configuración, para luego sobre ellos, poder fundar su efectiva decisión**"* (Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes: 212:399)".

El artículo 5.3 del Acuerdo Antidumping, afirma 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 la investigación"*.

El art. 5.7 señala que *"Las pruebas de la existencia del dumping y del daño se examinarán simultáneamente) en el momento de decidir si se inicia una investigación (...)"* y el punto 5.8 *"La autoridad competente rechazará la solicitud presentada con arreglo al párrafo 1 y pondrá fin a la investigación sin demora en cuanto se haya cerciorado que no existen pruebas suficientes del Dumping o el daño que justifiquen la continuación del procedimiento relativo al caso"*.

Asimismo, el art. 2.4 del Acuerdo establece que deberá realizarse una *comparación equitativa* entre el precio de exportación y el valor normal. *"Esta comparación se hará (...) sobre las bases de ventas efectuadas en fechas lo más próximas posibles."*

En el mismo artículo al final, se establece que *"las autoridades indicarán a las partes afectadas qué información se necesita para garantizar una comparación equitativa y no le impondrán una carga"*

probatoria que no sea razonable.”

En consecuencia, si bien, puede aparecer que muchas veces – al momento del relevamiento de lo actuado – las constancias de ciertas certificaciones contables no se presentan o se presentan en forma tardía, si por ejemplo se han presentado facturas a título de muestreo, debidamente consularizadas, tanto para demostrar el verdadero precio de exportación como asimismo el valor normal, además de haber completado el cuestionario del exportador con las debidas aclaraciones que varias veces se pidieran, no merece que esa información sea descartada de plano.

Las autoridades deben evaluar con prudencia, empeño y ecuanimidad los datos y advertir en ellos, dentro de las posibilidades y dificultades para obtener los mismos, la tendencia clara de los valores, y que las mismas resultan más que elocuentes frente a los valores presentados por la peticionante.

Debe quedar claro el objeto de nuestra preocupación: en modo alguno se pretende que no se imponga respeto a plazos y formalidades, pero ello debe ser subsidiario o auxiliar a la verdad que puede aparecer aun en una documentación deficiente, porque aun con dichas deficiencias las autoridades tienen los elementos suficientes para poder hacer valer información que, por ejemplo, los valores de venta interna de un producto eran mucho más acertados que los que finalmente fueron tenidos en cuenta a la hora de resolver el margen del dumping.

Concretamente, si las autoridades juzgan que la prueba presentada por alguna de las partes no era suficiente, ellas son las que tienen que realizar diligencias para corroborar tales extremos, más allá de lo que las partes puedan o deban ofrecer.

Es más, el Acuerdo establece que de ser necesario se puede efectuar una verificación *in situ* para comprobar algunos extremos.

Estas cuestiones nos llevan al sentido más profundo acerca del rol del Estado en este tipo de procedimientos. Se trata de ponerse a la altura de una tarea activa que pretenda arrojar luz, de dilucidar qué está pasando en el mercado que se investiga vis a vis las exportaciones a la República Argentina.

Las autoridades no puede ser una mera receptoría de constancias de las partes. Por supuesto que las partes deben colaborar, deben hacer valer sus derechos y presentar pruebas, pero está claro que si ellas no son suficientes, las autoridades deben auscultar la verdad de los hechos, allí donde estén, sean que fueran presentados por las partes, aun en forma incipiente o deficiente, pero tener una ultra actividad, ir más allá para establecer claramente la realidad del mercado.

Aun en el silencio de una de las partes debe hacerse eco de la información que pueda recabar o inferir de otras fuentes. De adverso, el solo hecho de la imposibilidad de presentar pruebas por dificultades en el giro comercial, o por situaciones burocráticas condena a las partes a ser víctima de una brutal tergiversación del mercado, cuando la realidad es otra.

El Anexo II del Acuerdo nos recuerda que *“Aunque la información que se facilite no sea óptima en todos los aspectos, ese hecho no será justificación para que las autoridades la descarten, siempre que la parte interesada haya procedido en toda la medida de sus posibilidades.”* (Punto 5)

Sobre la base de que la materia en debate versa sobre un régimen especial que se encuentra específicamente regulado en un Tratado Internacional, el mismo posee jerarquía suprallegal (art. 75, inc 22 de la Constitución Nacional), razón por la cual es de especial relevancia no sólo una correcta interpretación de las normas en juego en el marco de lo negociado por las Partes Contratantes de dicho Acuerdo, sino también la implementación en el orden interno de ese tratado internacional.

En este mismo orden de ideas, la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ha dicho que: *“Cabe recordar una vez más que cuando el país ratifica un tratado internacional se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que el tratado contemple, máxime si éstos están descriptos con una concreción tal que permita su aplicación inmediata. Por ello, la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes puede originar responsabilidad*

internacional del Estado Argentino (Fallos: 318:2.639, con cita de Verdross). La intervención de los órganos judiciales nacionales resulta un mecanismo idóneo para impedir que la responsabilidad del Estado nacida por el incumplimiento de lo convenido internacionalmente genere la sanción de los organismos internacionales competentes dentro de la organización del tratado”.

También lo ha reafirmado al sentenciar que *“...hace ya tiempo se viene sosteniendo que la sentencia que oculta la verdad jurídica objetiva, por un exceso ritual manifiesto, vulnera la exigencia del adecuado servicio de la justicia que garantiza el artículo 18 de la Constitución nacional* (Fallos : 276: 368; 284:375; 294:392, 296:650, 17-10-00, “Fletamar SA TF 8792-A-c/ DGA”, entre otros”).

Sin embargo, el deber de *“afianzar la justicia”* no sólo es un deber de los jueces -aun cuando para éstos deba ser el más alto valor- sino de todos los habitantes del país, pero en especial de la Administración Pública la que, en ejercicio de su eminente función de gestor del bien común, no puede actuar de acuerdo a principios meramente formales haciendo caso omiso a la realidad de los hechos (Cft. “Fletamar SA”).

3.2 La “mejor información disponible” o “los hechos de los que se tiene conocimiento”

Las autoridades suelen utilizar el argumento que al no haberse presentado alguna documentación del cuestionario se ha descartado toda información y por lo tanto se vale de la supuesta *“mejor información disponible”*.

Sobre esto corresponde dilucidar algunas cuestiones. Habría que empezar a determinar qué significa *“mejor información disponible”*.

Un breve repaso de algunas decisiones de los Grupos Especiales en el marco de la OMC, nos arroja algunos datos.

a) Ello así, en “MÉXICO - MEDIDAS ANTIDUMPING DEFINITIVAS SOBRE LA CARNE DE BOVINO Y EL ARROZ” (WT/DS295/AB/R -29 de noviembre de 2005) se señala que: *“A juicio del Grupo Especial, la utilización de la expresión “mejor información” en el Anexo II significa que la información no debe ser simplemente correcta o útil per se, sino que debe ser la información disponible más adecuada o más apropiada en el asunto de que se trate. El Grupo Especial agregó que “[p]ara determinar que algo es ‘mejor’, es imprescindible... una evaluación comparativa, ya que el término lo ‘mejor’ sólo puede aplicarse adecuadamente cuando se alcanza un nivel superlativo inequívoco”. (...)* *“El Grupo Especial también puso de relieve que el Anexo II requiere que, si las autoridades tienen que basar sus conclusiones en información procedente de una fuente secundaria, lo hagan con “especial prudencia”.*

Por consiguiente una primera nota en torno a la expresión *“mejor información disponible”* implica una comparación entre dos informaciones.

En nuestra experiencia, suele ocurrir que esa comparación viene dada de las facturas presentadas por el peticionante (a veces ni siquiera facturas de venta sino cotizaciones), y las facturas presentadas por los exportadores (o importadores), siempre del mercado interno del país de las exportaciones, al margen de la otra información suministrada, aunque incompleta, pero información al fin.

La pregunta que surge es cuál es la mejor información de la comparación de ambas. No cabe duda que aquella presentada de fuente primera, como es la de los importadores, por ser de la parte interesada y por ello debe descartarse en principio la de los peticionantes que aparece como fuente secundaria.

Porque para cualquier investigador resulta más convincente ante documentación en el mismo estado, aquella cuyo muestreo refleje más adecuadamente la realidad del mercado.

Por eso la información que se tiene que tener en cuenta no es ni la primera ni la que se adopta por

supuesto incumplimiento de algunos requisitos, sino la más adecuada, la más apropiada.

b) en el citado caso, basándose en un examen del expediente, el Grupo Especial constató lo siguiente:

"... [no existe] ninguna base para considerar que la autoridad hizo algún intento de comprobar la información proporcionada por el solicitante a la vista de información obtenida de otras partes interesadas o realizó la evaluación comparativa que le habría permitido estimar si la información facilitada por el solicitante era realmente la mejor información disponible."

Esto implica que la mejor información disponible es una consecuencia de una tarea activa por parte de las autoridades que permitan comprobar cuál es la realidad del mercado y si la información presentada responde a esa realidad. Sobre la base de esa tarea que le cabe como autoridad, se puede haber constatado cuál era la mejor información disponible.

c) También en el caso MÉXICO - MEDIDAS ANTIDUMPING DEFINITIVAS SOBRE LA CARNE DE BOVINO Y EL ARROZ" (WT/DS295/AB/R -29 de noviembre de 2005), el Grupo Especial consideraba que el título del Anexo II -"Mejor información disponible en el sentido del párrafo 8 del artículo 6"- aclara que en tales circunstancias el organismo debe basarse en la "mejor" información disponible, lo que le obliga a realizar "una evaluación intrínsecamente comparativa de las 'pruebas de que se tenga conocimiento'" Por otro lado se agrega que "Además, suponiendo que un declarante haya procedido en toda la medida de sus posibilidades, por regla general el organismo debe utilizar en primer lugar la información que, en su caso, facilitó el declarante."

Existen dificultades en que nuestras autoridades tomen en cuenta este criterio. Muchas veces se obvia esa información so pretexto que no estaba completada con otra información. No se advierte de ninguna parte del Acuerdo o de la normativa vigente se autorice a rechazar la información que, aunque incompleta –en el peor de los casos – resulta idónea como información de los valores normales.

d) Se concluye además que "cuando se recoge información necesaria procedente de fuentes secundarias, el organismo deberá cerciorarse por sí mismo de la fiabilidad y exactitud de dicha información comprobándola, siempre que sea posible, a la vista de la información de otras fuentes secundarias de que disponga, incluido el material facilitado por las partes interesadas. Ese enfoque activo viene impuesto por la obligación de tratar los datos obtenidos de fuentes secundarias "con especial prudencia".

e) En otro antecedente se ha establecido que "el Acuerdo Antidumping no obliga a las partes interesadas a cooperar a cualquier precio. Aunque puede haber algunas consecuencias (con arreglo al párrafo 8 del artículo 6) para las partes interesadas si éstas no cooperan con las Autoridades investigadoras, esas consecuencias sólo se producen si la autoridad investigadora misma ha actuado en forma razonable, objetiva e imparcial (informe del Grupo Especial, Guatemala – Medida antidumping definitiva aplicada al cemento Portland gris procedente de México (WT/DS156/R).

Tres requisitos sugiere este antecedente: razonabilidad, objetividad e imparcialidad. Volvemos aquí a recordar el principio central de la neutralidad.

f) En el caso **ESTADOS UNIDOS - MEDIDAS ANTIDUMPING SOBRE DETERMINADOS PRODUCTOS DE ACERO LAMINADO EN CALIENTE PROCEDENTES DEL JAPÓN - WT/DS184/AB/R**

Se señala que "Así pues, el párrafo 3 del Anexo II obliga a las autoridades investigadoras a utilizar la información si se cumplen tres condiciones, y, en determinados casos, cuatro. En nuestra opinión, de ello se desprende que, si se cumplen esas condiciones, las autoridades investigadoras no pueden rechazar, al formular una determinación, la información facilitada. Una de esas condiciones es que la información se haya facilitado "a tiempo".

g) En el citado caso, también se afirma que "Del párrafo 7 del Anexo II se desprende que la falta de "cooperación" de una parte interesada puede, por razón de la utilización de los hechos de que se tenga conocimiento, conducir a un resultado "menos favorable" para esa parte interesada que si

hubiera cooperado. Observamos que el Grupo Especial se remitió al siguiente significado que da el diccionario de la palabra "cooperate" (cooperar): "to work together for the same purpose or in the same task" (trabajar conjuntamente con el mismo fin o en la misma tarea). Esta definición indica que la cooperación constituye un proceso, que implica un esfuerzo conjunto, en cuyo marco las partes trabajan conjuntamente para conseguir un objetivo común. A este respecto, señalamos que es perfectamente posible que haya un elevado grado de "cooperación" entre las partes aun cuando, en último término, no se obtenga la información necesaria, debido al hecho de que la "cooperación" no es el único factor determinante del resultado final.

En consecuencia, las autoridades investigadoras no pueden llegar a un resultado "menos favorable" por la exclusiva razón de que una parte interesada no proporcione la información solicitada si, de hecho, esa parte interesada ha "cooperado" con ellas, en el sentido del párrafo 7 del Anexo II del Acuerdo Antidumping.

No se pretende ni ignorar esa proba tarea ni suplirla, sino acompañarla en la medida de lo posible, en la inteligencia que quien lleva y dirige esa tarea en busca de la verdad material es el Estado Nacional.

Es en este contexto y citando el antecedente antes desarrollado, es que se debe advertir la calidad de la colaboración de las empresas en la investigación. Si no hay falta de cooperación sino dificultades, no se puede ignorar pruebas presentadas, que por la falta de aporte de documentación que complementa –no modifica- la ya presentada a un resultado menos favorable, porque eso es ir contra la letra y el espíritu de la propia normativa.

Por eso, en síntesis, resulta de suma importancia precisar el alcance y el sentido de dicho término puesto que ello coadyuvará a que el mismo no tenga un sentido extensivo y genérico que determine que cualquier información que se presente por parte de los peticionantes de estas medidas, aunque no cumplan, no solamente los requisitos legales, sino que tampoco tengan una mínima dosis de credibilidad y de razonabilidad en cuanto a su contenido, sea la que luego prevalecerá como "mejor información disponible".

No puede pensarse que el concepto "mejor información disponible" signifique presentar documentación endeble, y que habida cuenta que las otras partes tienen escaso tiempo que la investigación otorga para encontrar una información que permita desacreditar la posición de la petición o sostener los argumentos de los importadores, cuando es sabido que muchas veces resulta harto dificultoso asumir esa prueba, se concluya sin más que, aun siendo falsa esa información o imprecisa, sea la que prevalece.

El Estado Argentino a través de sus instituciones debe perseguir la verdad, debe constatar que existe una práctica desleal, incluso con investigaciones propias que tiendan a corroborar los datos expuestos, incluso cuando las otras partes no pueden hacerlo. Tiene una tarea activa (no meramente pasiva), debe corroborar, cotejar, requerir mayores precisiones porque en definitiva persigue un fin que excede los intereses de las partes, esto es, el Bien Común.

Por otro lado, conforme lo manifestado anteriormente, el principio del informalismo hacia el administrado es una garantía adjetiva a favor del particular reglado por el derecho objetivo propio del ámbito público, que caracteriza al procedimiento administrativo por su sencillez, celeridad y economía procesal que protege al individuo que actúa ante la administración del cumplimiento de ciertas formalidades que, o bien no son estrictamente necesarias, o pueden subsanarse con posterioridad, según nos enseña el Dr. Gordillo, en su célebre Tratado.

La Jurisprudencia ha sostenido que *"Es la aplicación del principio del informalismo o formalismo moderado a favor del interesado en el trámite administrativo el que permite soslayar los reparos formales opuestos a la admisibilidad de la pretensión para dar primacía a la verdad jurídica objetiva y a la legalidad objetiva"* (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires caratulados bajo la denominación "Investigaciones Médicas S.A. c/ Provincia de Buenos Aires (I.O.M.A.)")

Se trata de ayudar de la mejor manera y calidad al particular, a los fines de que sea el protagonista pleno del procedimiento administrativo, con todos los principios del mismo en su esplendor.

He aquí algunos desafíos que presenta la investigación para la aplicación de medidas antidumping.

Asumirlos redundará en una mayor calidad institucional y una mayor compromiso con las partes co-contratantes.

(*)Abogado . Experto en derecho aduanero y comercio exterior. Miembro del estudio jurídico Alais & De Palacios – Abogados, Buenos Aires.

Citar: elDial DC1FAC

Publicado el: 25/08/2015

copyright © 1997 - 2015 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina