

812

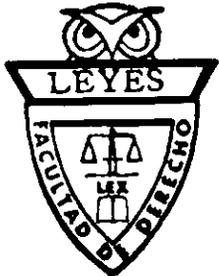


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

LA NATURALEZA JURIDICA DE LAS CUOTAS
COMPENSATORIAS Y EL CONCEPTO "DAÑO" EN LAS
INVESTIGACIONES ANTIDUMPING.

SEMINARIO DE ESTUDIOS JURIDICOS SOBRE
EL COMERCIO EXTERIOR
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ROMERO REYES JOSE REFUGIO



DIRECTOR DE TESIS: DR. RUPERTO PATIÑO MANFFER

CIUDAD DE MEXICO, D. F.

FEBRERO 2001.

298974



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



SEGURIDAD NACIONAL
SECRETARÍA DE
DEFENSA

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE ESTUDIOS SOBRE
EL COMERCIO EXTERIOR

L.04/2001.

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E

Me permito informarle que la tesis para optar por el grado de Licenciatura, elaborada por el pasante de Derecho, **JOSÉ REFUGIO ROMERO REYES**, en este Seminario, bajo la dirección del **DR. RUPERTO PATIÑO MANFER** denominada **“LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CUOTAS COMPENSATORIAS Y EL CONCEPTO “DAÑO” EN LAS INVESTIGACIONES ANTIDUMPING”**, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con fundamento en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo la aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado excepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

A T E N T A M E N T E
“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPIRITU”
Ciudad Universitaria, México-D.F.; a 12 de julio de 2001.


DR. LUIS MALPICA DE LAMADRID
Director del Seminario



REPÚBLICA NACIONAL
ASAMBLA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

DR. LUIS MALPICA DE LA MADRID
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE
COMERCIO EXTERIOR DE LA
FACULTAD DE DERECHO DE LA
U. N. A. M.
Presente

Por medio del presente, le comunico que el pasante en derecho JOSÉ REFUGIO ROMERO REYES, con número de cuenta 9210150-8 ha concluido la tesis intitulada "LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CUOTAS COMPENSATORIAS Y EL CONCEPTO "DAÑO" EN LAS INVESTIGACIONES ANTIDUMPING", la cual satisface los requisitos de forma y fondo reglamentarios, salvo su mejor opinión.

Aprovecho la ocasión para enviarle un cordial saludo.

Atentamente
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Cd. Universitaria, D.E., a 4 de mayo de 2001.

Dr. Ruperto Patiño Marín



FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE
POSGRADO

RPM*amm.

*A todos los alumnos y maestros de
la maravillosa UNAM y en especial,
a los de la Facultad de Derecho.*

*A los Sres. Doctores Ruperto Patiño Manffer,
Eduardo Martínez de la Vega, Rolando Tamayo
y Salmorán, Julián Güitrón F. y Víctor C. García
Moreno †, en donde se encuentre.*

*A mis padres y mis hermanos,
por su infinita paciencia y
comprensión.*

*A mis amigos Ulises P., Efrén C.,
Sofía A., José L. Z. Claudia H.,
Pedro S., Alejandro R., Paola K. y
Anabel R. O. y todos los que aún sin
citarlos siempre recuerdo.*

A México y a Dios.

I N D I C E

INTRODUCCION.	X
ABREVIATURAS UTILIZADAS.	XIII

CAPITULO I

NOCIONES PRELIMINARES SOBRE COMERCIO INTERNACIONAL Y COMPETENCIA DESLEAL.

A) EL COMERCIO.	1
1.- ORIGEN, EVOLUCION E IMPORTANCIA DEL COMERCIO.	2
2.- COMERCIO INTERNACIONAL Y COMERCIO EXTERIOR.	6
<i>a) Diferencia.</i>	6
<i>b) Areas sobre las cuales recae el comercio internacional y exterior.</i>	7
<i>c) Ventajas del comercio exterior e internacional.</i>	8
B) LA POLITICA DEL COMERCIO INTERNACIONAL.	9
1.- LA POLITICA COMERCIAL: DOS TENDENCIAS.	9
2.- EL LIBRE COMERCIO.	9
3.- EL PROTECCIONISMO.	10
4.- FORMAS DE INTERVENCION DEL ESTADO EN EL COMERCIO INTERNACIONAL.	13
<i>a) Los aranceles.</i>	13
<i>b) El contingentamiento de las importaciones.</i>	15
C) LA COMPETENCIA DESLEAL.	16
1.- GENERALIDADES.	16
2.- LA COMPETENCIA EN LA ECONOMIA.	16

3.- LA COMPETENCIA EN EL AMBITO JURIDICO.	17
4.- BOSQUEJO DE LA COMPETENCIA DESLEAL.	19
5.- LIBERTAD PARA CONTRATAR, LIBERTAD CONTRACTUAL Y COMPETENCIA.	25
6.- BIENES JURIDICOS TUTELADOS MEDIANTE LA REPRESION DE LA COMPETENCIA DESLEAL.	28
D) LA TEORIA DE LA COMPETENCIA DESLEAL Y LA REPRESION DE LA MISMA EN BASE A LOS ORDENAMIENTOS CIVILES.	29

CAPITULO II

NOTAS HISTORICAS SOBRE EL DUMPING Y SU REGULACION JURIDICA.

A) INTRODUCCION.	33
B) LAS PRIMERAS LEGISLACIONES ANTIDUMPING.	35
1.- A NIVEL INTERNACIONAL.	34
I.- EL PRIMER ANTECEDENTE: LA LEY ANTIDUMPING CANADIENSE DE 1904.	35
II.- LA EVOLUCIÓN DE LA LEY ANTIDUMPING DE ESTADOS UNIDOS.	39
III.- EL ANTIDUMPING EN EL GATT.	45
IV.- LOS ACUERDOS ANTIDUMPING. EL "CODIGO" (CAD) Y EL "ACUERDO" (AAD). ALGUNAS DIFERENCIAS.	49
2.- EN MEXICO.	52
I. INTRODUCCION.	52
II. LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTICULO 131 CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE COMERCIO EXTERIOR (LRMCE).	54
III. REGLAMENTO CONTRA PRACTICAS DESLEALES DE COMERCIO INTERNACIONAL.	58

CAPITULO III

EL DAÑO A LA PRODUCCION NACIONAL EN LA LEY DE COMERCIO EXTERIOR.

A) NORMATIVIDAD ANTIDUMPING VIGENTE.	60
B) EL DUMPING COMO PRACTICA DESLEAL DE COMERCIO INTERNACIONAL. SUPUESTOS JURÍDICOS QUE LA CONFIGURAN.	61
C) EL DUMPING O DISCRIMINACION DE PRECIOS.	63
1. ASPECTOS GENERALES.	63
2. LA CONDUCTA DEL ESTADO FRENTE AL DUMPING.	65
3.- DEFINICIONES DE DUMPING.	68
a) <i>Definiciones legales.</i>	68
b) <i>Definiciones doctrinales.</i>	70
4.- CLASES DE DUMPING.	72
a) <i>Clasificación del dumping por la finalidad de quien lo practica.</i>	72
I.- <i>Dumping depredatorio o rapaz.</i>	72
II.- <i>Dumping esporádico.</i>	72
III.- <i>Dumping persistente o de largo plazo.</i>	73
b) <i>Clasificación del dumping atendiendo a su causa o causas.</i>	73
I.- <i>Dumping social.</i>	73
II.- <i>Dumping de transportes y fletes.</i>	73
III.- <i>Dumping directo.</i>	74
III.- <i>Dumping indirecto.</i>	74
IV.- <i>Dumping encubierto.</i>	74
V.- <i>Dumping de divisas o valutario.</i>	74
5.- SOMERA REFERENCIA A LAS TECNICAS PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DEL DUMPING.	75
D) EL DAÑO A LA PRODUCCION NACIONAL.	78
1.- GENERALIDADES.	78
2.- DEFINICION DE 'DAÑO' EN LA LCE.	79
3.- FACTORES Y CRITERIOS PARA DETERMINAR EL DAÑO A LA PRODUCCION NACIONAL.	81
a) <i>Un aumento considerable en el volumen de las importaciones.</i>	82
b) <i>El efecto sobre los precios internos..</i>	82

c) <i>El efecto sobre los productores nacionales.</i>	83
d) <i>Otros elementos, factores e índices económicos.</i>	84
e) <i>Acumulación de efectos de la importaciones de varios países.</i>	84
f) <i>Evaluación del daño respecto a la producción nacional total.</i>	85
g) <i>Examen de la situación de la producción nacional.</i>	86
4.- EL DAÑO REGIONAL.	87
5.- EL DAÑO EN EL DUMPING INDIRECTO.	87
E) EL NEXO CAUSAL.	88
F) BREVE REFERENCIA AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE INVESTIGACION CONTRA PRACTICAS DESLEALES.	90
1.- SOLICITUD DE INICIO DE INVESTIGACION.	90
2.- SOLICITANTES Y TERCEROS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO.	92
a) <i>Aclaración previa.</i>	92
b) <i>Las "partes interesadas" en la LCE.</i>	93
c) <i>Clasificación propia.</i>	94
3.- ACEPTACION Y RECHAZO DE LA SOLICITUD.	95
4.- RESOLUCIÓN DE INICIO DE LA INVESTIGACION.	95
5.- AUDIENCIA CONCILIATORIA.	95
6.- RESOLUCION PRELIMINAR.	96
7.- RESOLUCION FINAL.	96
8.- FORMAS DE CONCLUIR LA INVESTIGACION. COMPROMISOS DE EXPORTADORES Y GOBIERNOS.	97
G) EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACION CONTRA EL DUMPING. ALGUNAS NOTAS ACERCA DE SU NATURALEZA.	98
a) <i>Distinción entre la función jurisdiccional y la administrativa.</i>	99
b) <i>Derecho de acción y derecho de petición.</i>	101
c) <i>La resolución que impone cuotas compensatorias no es una sentencia.</i>	102
d) <i>La imposición de cuotas compensatorias como un acto formalmente administrativo.</i>	103

CAPITULO IV

ESTUDIO JURIDICO DEL "DUMPING" Y EL DAÑO A LA PRODUCCION NACIONAL.

PRIMERA PARTE

DUMPING Y CUOTAS COMPENSATORIAS

A) JUSTIFICACION.	104
B) HECHO ILICITO Y DUMPING.	105
C) LAS CUOTAS COMPENSATORIAS.	107
1.- FINALIDAD DE LAS CUOTAS COMPENSATORIAS.	108
2.- LA CUOTA COMPENSATORIA COMO APROVECHAMIENTO.	111
3.- CUOTAS COMPENSATORIAS Y SANCIONES.	114
a) <i>La importación de mercancías en condiciones de discriminación de precios.</i>	115
b) <i>La discriminación de precios.</i>	120

SEGUNDA PARTE

EL DAÑO A LA PRODUCCION NACIONAL

A) EL DAÑO.	125
B) DEFINICIONES LEGALES.	126
C) LAS DEFINICIONES LEGALES DEL DAÑO. DERECHO CIVIL Y DEL COMERCIO EXTERIOR.	128
1.- EL DAÑO EN EL CODIGO CIVIL FEDERAL.	128
a) <i>Ubicación dentro del Código Civil.</i>	128
b) <i>Análisis de las definiciones del Código Civil Federal.</i>	129
I.- <i>Pérdida o menoscabo.</i>	129
II.- <i>Sufrido en el patrimonio.</i>	130
III.- <i>Por la falta de cumplimiento de una obligación.</i>	130
IV. <i>El perjuicio.</i>	130
2.- DEFINICION DE DAÑO EN LA LCE.	131
a) <i>El artículo 39 de la LCE.</i>	131
b) <i>Artículo 59 del RLCE.</i>	133
c) <i>La determinación del daño civil y del daño a la producción nacional. Crítica al concepto 'daño' del artículo 39 LCE.</i>	133

3.- FUNCION DEL CONCEPTO 'DAÑO' EN EL CODIGO CIVIL FEDERAL.	138
<i>a) Delimitación de la idea común del daño.</i>	138
<i>b) El método de la definición estipulativa.</i>	138
D) EL DAÑO EN LA DOCTRINA DEL DERECHO CIVIL.	139
1.- DEFINICIONES DOCTRINALES DEL DAÑO CIVIL.	140
2.- EL DAÑO EN PROPIEDAD AJENA DEL CODIGO PENAL.	142
3.- EL DAÑO EN MATERIA ECOLOGICA.	144
4.- LA RELACION CONCEPTUAL ENTRE DAÑO, PATRIMONIO Y PERSONA JURIDICA.	144
<i>a) Idea de daño en general y su adaptación al derecho civil.</i>	145
<i>b) El daño como referencia.</i>	147
5.- DAÑO, HECHO ILICITO Y RESPONSABILIDAD CIVIL.	147
E) LA PRODUCCION NACIONAL.	150
1.- CONFUSION CONCEPTUAL EN LA LCE.	150
2.- LA PRODUCCION NACIONAL NO ES PERSONA JURIS.	152
3.- LA DISTINCION ENTRE "RAMA DE PRODUCCION NACIONAL" Y "PRODUCCION NACIONAL" EN EL AAD.	153
F) EL CONCEPTO DE DAÑO SEGUN EL GATT Y EL AAD.	154
1.- SENTIDO ECONOMICO DE 'RAMA DE PRODUCCION' EN EL GATT.	155
<i>a) Significado de 'Producción' en el lenguaje común.</i>	155
<i>b) Concepto de "producción" en economía.</i>	156
<i>c) Naturaleza de "rama de producción nacional".</i>	158
2.- 'PRODUCCION NACIONAL' EN LA CPEUM.	161
3.- 'PRODUCCION NACIONAL' E INDUSTRIA.	164
G) EL DAÑO A LA PRODUCCION NACIONAL. CONCEPTO Y OTRAS OPINIONES SOBRE EL MISMO EN COMPETENCIA DESLEAL.	161
1.- <i>El volumen de las importaciones objeto de dumping.</i>	167
2.- <i>El efecto de las importaciones objeto de dumping sobre los precios internos.</i>	168
3.- <i>Efecto sobre los productores nacionales.</i>	169
1.- DETERMINACION DE DAÑO COMO FACULTAD DISCRECIONAL.	171
2.- OTRAS DEFINICIONES DE DAÑO EN MATERIA DE COMERCIO EXTERIOR E INTERNACIONAL.	173
<i>a) En el Acuerdo sobre Salvaguardias (AS).</i>	173

<i>b) Según la UPCI.</i>	174
3.- COMPETENCIA DESLEAL Y DAÑO.	174
a) La opinión del Dr. Ruperto Patiño Manffer.	174
b) La moderna teoría de la competencia desleal.	177
CONCLUSIONES.	180
BIBLIOGRAFIA.	184

INTRODUCCION

La presente investigación surgió de nuestro interés acerca de la naturaleza jurídica de las cuotas compensatorias y la índole del daño a la producción nacional. Ambos conceptos se hallan directamente vinculados y su estudio sucesivo permite un entendimiento más adecuado de los mismos, así como de la práctica desleal de comercio internacional conocida bajo el neologismo inglés *dumping*.

En nuestro país, desde que los autores del Reglamento contra Prácticas Desleales de Comercio Internacional (publicado en el DOF el 27 de noviembre de 1986) insertaron en su artículo primero, fracción VIII, la definición de daño, se ha vuelto casi una rutina el recurso al concepto de daño proporcionado por nuestro derecho civil: el daño es una pérdida o menoscabo patrimonial o la privación de una ganancia lícita y normal que sufra o pueda sufrir la producción nacional. Muchos autores han pasado por alto las dificultades técnicas de semejante definición, así como el problema intrínsecamente relacionado acerca de la naturaleza de la producción nacional, a la cual tácita y erróneamente se le confiere carácter de persona jurídica.

El presente estudio intenta ser un enfoque del *dumping* y el daño a la producción nacional a partir de la competencia desleal, tema este último abordado en la literatura jurídica desde hace algún tiempo. Pretende, además, aplicar nociones jurídicas hasta donde sea prudente, para obtener una aproximación jurídica adecuada al objeto de estudio, o sea, a la trilogía formada por el *dumping*, el daño y las cuotas compensatorias. Por último, se reconoce la dificultad implicada por el daño, pues aunque se trata de un concepto legal, su naturaleza es económica. Lo mismo puede decirse del *dumping* o discriminación de precios, tema desarrollado con amplitud en la literatura económica. De los temas anteriores, son las cuotas compensatorias el objeto de conocimiento con mayor tratamiento jurídico-dogmático en la doctrina jurídica nacional.

Exponer algunos aspectos en torno al comercio y la competencia desleal de nuestro derecho mercantil, en realidad constituye un instrumento para alcanzar la antedicha finalidad de aproximación y enfoque jurídico. El primer capítulo de esta investigación constituye así una revisión de nociones relacionadas con el comercio internacional y la competencia desleal, partiendo de una perspectiva jurídica.

La parte histórica esta reservada para el segundo capítulo. Los antecedentes internacionales de lo que ahora conocemos como *dumping* son, por mucho, anteriores a los primeros intentos legislativos para remediarlo. Aun más novedoso resulta en nuestro país un sistema encaminado a combatir las prácticas desleales en el comercio internacional, pues sólo hasta mediados de los años ochenta, en forma coetánea al ingreso de México al GATT y la suscripción del Código Antidumping (revisado en la Ronda Tokio), se inviste jurídicamente a una autoridad para investigar las practicas desleales de comercio internacional y, en su caso, aplicar las cuotas compensatorias procedentes.

Una descripción de la regulación jurídica vigente en nuestro país, principalmente en lo que se refiere a la Ley de Comercio Exterior y su reglamento se encuentran en el capítulo tercero. Pensamos que también era el momento oportuno para asentar nuestra opinión sobre la naturaleza jurídica de la investigación antidumping y de esa manera dejar bien asentado que se trata de un procedimiento administrativo, incoado a través del derecho de petición y no un proceso jurisdiccional sustentado en el ejercicio de una acción, como equivocadamente se ha querido explicar. La trilogía del procesalismo *acción-jurisdicción-proceso* no conviene con la investigación *antidumping*, aunque su estructuración normativa de pié a justificadas confusiones, mismas que se resuelven aplicando con rigor la Teoría General del Proceso y la doctrina del Derecho Administrativo.

La parte sustancial de nuestra investigación es el cuarto capítulo. En ella nos encargamos de revisar, a la luz de nociones jurídicas fundamentales y secundarias, la naturaleza de las cuotas compensatorias y refutamos el carácter de sanción que normalmente se les confiere. Las ideas civilistas de daño y perjuicio resultaron de obligado estudio en esta investigación; y lo ha sido porque ambas animan la definición legal del daño a la producción nacional en el artículo 39 de la Ley de Comercio Exterior. Exponemos en este mismo capítulo los motivos para concluir que el daño a la producción nacional no es un concepto definible tan sólo a través de elementos jurídicos, sino que implica

conocimientos económicos y hasta contables; por ende, requiere un enfoque multidisciplinario. Esto es evidentemente contrario a la tendencia seguida por algunos de nuestros autores quienes han aceptado casi por rutina y sin objeciones, la definición civilista del daño, adaptada con deficiente técnica al sistema mexicano contra prácticas desleales de comercio internacional en su modalidad *antidumping*.

LISTA DE ABREVIATURAS EMPLEADAS.

AAD	Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio."Acuerdo Antidumping". Emanado de la Ronda Uruguay del GATT
ASMC	Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.
AS	Acuerdo sobre Salvaguardas.
CAD	Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. "Codigo Antidumping". Emanado de la Ronda Tokio del GATT.
CC	Cuotas Compensatorias.
CCF	Código Civil Federal.
CFE	Código Fiscal de la Federación.
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
DOF	Diario Oficial de la Federación.
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.
LCE	Ley de Comercio Exterior.
LRMCE	Ley Reglamentaria del Artículo 131 Constitucional en Materia de Comercio Exterior.
OMC	Organización Mundial del Comercio
UPCI	Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales.
RCPD	Reglamento Contra Prácticas Desleales de Comercio Internacional.
RLCE	Reglamento de la Ley de Comercio Exterior.
SECOFI (Ahora SE)	Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.(Ahora Secretaría de Economía).

CAPITULO I

NOCIONES PRELIMINARES SOBRE COMERCIO INTERNACIONAL Y COMPETENCIA DESLEAL

"La riqueza de las sociedades en las que domina el modo de producción capitalista se presenta como un "enorme cúmulo de mercancías", y la mercancía individual como la forma elemental de esa riqueza."

Karl Marx. *El Capital*. T.I. vol. I

A) EL COMERCIO.

En nuestro idioma, la voz 'comercio' deriva de la palabra latina '*commercium*', vocablo compuesto a su vez por las dicciones '*cum*' y '*merx*', '*merxis*', es decir, 'con' y 'mercancías'. El comercio, entendido como una actividad humana, es la "negociación que se hace comprando, vendiendo o permutando géneros o mercancías"¹. Atendiendo al resultado o consecuencia de esa actividad, por 'comercio' se designa un "conjunto de operaciones de carácter lucrativo sobre cambio y distribución de mercancías, capitales y servicios"². 'Comercio' es entonces, tanto una actividad humana (negociación) como el agregado de resultados (conjunto de operaciones) de la misma.

En Derecho, no pocos mercantilistas³ reconocen la imposibilidad técnica para definir 'comercio', al abordar el problema de la definición del derecho

¹ *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. 19a ed. Espasa-Calpe. Madrid, 1970.

² *Diccionario Porrúa de la Lengua Española*. 21a ed. Porrúa. México, 1987.

³ Cfr. entre otras, las obras de los juristas Mantilla Molina, Roberto "*Derecho Mercantil*" 28a. ed. Porrúa. México, 1992. p.p. 23 y 58. y Barrera Graf, Jorge "*Instituciones de Derecho Mercantil*" 1a ed. Porrúa. México, 1989. p.p. 69-70, en el tema referente a la definición del derecho mercantil y

mercantil y el tema de los actos de comercio. El concepto de comercio en derecho no es idéntico al del lenguaje ordinario o de la economía. Ciertos actos que para el común de la gente serían propios de comercio, no lo serán para el mercantilista, claro, desde la óptica jurídica. Esa falta de coincidencia se debe a la relativa arbitrariedad de la cual dispone el legislador para otorgar la calificación de mercantiles a los hechos y actos objeto de su regulación.

En materia de actos jurídicos encontramos un uso diverso de 'comercio'. Se dice, en efecto, que el objeto de los contratos y en general de todo acto jurídico no debe "estar fuera del comercio"; y los autores advierten que ésta última frase se refiere al comercio jurídico, como equivalente de *tráfico jurídico*⁴. Bajo esta significación, por ejemplo, el artículo 3 de la Ley Federal del Trabajo declara que su materia, además de ser un derecho y deber sociales, "no es artículo de comercio".

En el comercio internacional, las subvenciones y el *dumping*⁵ son prácticas desleales presentes en la importación-exportación de mercancías, jurídicamente, en el intercambio de bienes muebles, tangibles, por regla, y con ánimo de lucro.

1.- ORIGEN, EVOLUCION E IMPORTANCIA DEL COMERCIO.

El comercio surge en el momento histórico en que el individuo produce más satisfactores de los que necesita y puede consumir. Cuando el grupo social al cual pertenece el individuo se encuentra ante esa situación de abundancia, intercambia bienes con otros grupos. Surge entonces el trueque como una rudimentaria manifestación del comercio y una primitiva división del trabajo subyace detrás de ese intercambio; conforme va siendo más hábil para producirlos, el hombre puede cambiar los bienes que tiene en exceso por aquellos de los cuales carece y necesita.

Así como en la sociedad se especializan los individuos en la elaboración de un bien, aparecen otros cuya actividad económica los hará especializarse en

de los actos de comercio.

⁴ El artículo 748 del Código Civil Federal dice: "las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley" y el artículo 749 determina: "Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular"

⁵ Estas son las prácticas desleales consideradas por la LCE Hay otras prácticas desleales reconocidas internacionalmente, (invasión de marcas, contrabando, etc.).

los trueques, no para consumir los bienes adquiridos, sino para llevarlos de quien los produce a quien los necesita, lo que ha permitido una caracterización (no siempre acertada) del comerciante como un intermediario. "Surge así el comercio, el cambio para el cambio; y junto a la figura del labrador, del herrero, del carpintero, etc., aparece la del *comerciante*, el hombre que se dedica a interponerse, para facilitarlos, en el cambio de satisfactores"⁶. De este modo, el comercio pasó a ser una de las actividades de la división social del trabajo, o más bien, su producto⁷.

Semejante explicación es aplicable a las relaciones comerciales entre estados soberanos, pues "así como los individuos en la sociedad son económicamente necesarios los unos a los otros y forman una economía completa, las naciones del mundo son necesarias las unas a las otras y constituyen una economía mundial"⁸. La inexistencia de países autárquicos es verdad ampliamente comprobada. Los estados se encuentran en la necesidad de adquirir de otros los satisfactores demandados por su población, ante la desigual distribución de recursos naturales en el mundo y más recientemente, por la brecha cada vez más grande que separa a las naciones partícipes de los avances tecnológicos y aquellas con limitado o nulo acceso a los mismos.

La historia de los pueblos muestra la invariable presencia de la actividad comercial. Dentro de su circunstancia histórica, babilonios, egipcios, griegos, romanos practicaron el comercio, descollando entre todos, los fenicios, intrépidos marinos y comerciantes. Entre los habitantes precortesianos de nuestro territorio nacional, los mayas comerciaron y una de las clases sociales entre los aztecas, los *pochtecas*, combinaba la profesión de comerciante con la función de espía del tlatoani⁹; inclusive, cuando algún pueblo con el que contactaban los agredía, la guerra sería la respuesta de los aztecas.

Aunque en algunas etapas de la historia el comercio se ha tenido por "oficio ruin"¹⁰, también se valoró al intercambio comercial como una actividad

⁶ Mantilla Molina, Roberto. *Op. cit.* p. 3.

⁷ Torres Gaytán, Ricardo. *Teoría del Comercio Internacional*. 18a ed. Siglo XXI Editores. México, 1993. p. 11.

⁸ Sweezy, Paul. *Teoría del desarrollo capitalista*, versión española, 2a ed. FCE. México, 1958, cap. XVIII, p. 315. Cit. por Ramón Tamames. *Estructura Económica Internacional*. 15a ed. Alianza Editorial. Madrid, 1991. p. 55.

⁹ Margadant S, Guillermo F. *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*. 14a ed. Esfinge. México, 1997. p. 32.

¹⁰ Cicerón. *De los Oficios*, trad. de Manuel de Valbuena. Libro I, capítulo XLII.

necesaria, no sólo entre individuos, sino entre unidades políticas. En el Libro Segundo de "*La República o de lo Justo*" de Platón¹¹, Sócrates hace ver a Glaucón la importancia del intercambio recíproco entre las *polis* griegas, para que éstas se allegaran los bienes de los cuales carecían, siendo los encargados de esta importante labor los *traficantes*, y reservó el nombre de *mercaderes* para quienes ejercían el comercio al interior de la *polis*.

Pero sólo hasta la Edad Media los expertos ubican los primeros antecedentes premodernos del comercio internacional¹², con la actividad de las ferias mercantiles como la de Champagne, Brujas y el esplendor de Venecia. Más como resulta claro, el comercio internacional existió hasta que se consolidaron los estados nacionales. La aparición del Estado implicó una serie de problemas novedosos para su época; en la vertiente económica los mercantilistas, movidos por el crisohedonismo, sugirieron exportar todo lo posible e importar lo indispensable. A esta tesis, el liberalismo, primera escuela económica reconocida como tal (echando mano en cierta medida de la fisiocracia), opuso la libertad comercial y desmintió las ideas mercantilistas de la protección en favor de las industrias nacionales.

España dominó la escena económica hasta finales del siglo XVI, en que cedió ante el empuje holandés, el cual bien pronto dejó la hegemonía a Inglaterra durante los siglos XVIII y XIX, hasta que la primera guerra mundial impulsó a los Estados Unidos de América a un lugar importante, consolidándose como la primera potencia después de la segunda conflagración mundial. No es casual que las potencias del eje¹³ (Alemania, Italia y Japón) hayan iniciado las hostilidades; en buena medida, la guerra tuvo como trasfondo económico la conquista de los mercados coloniales para obtener las materias primas requeridas por las metrópolis y aunque de forma marginal, la obtención de los mismos mercados para colocar sus productos.

Con posterioridad a la segunda guerra mundial y el bilateralismo imperante en las relaciones económicas internacionales después de la Gran Depresión de 1929, surge el GATT con el objetivo de la liberalización comercial gradual. Como resultado de la cooperación internacional, el GATT ha

¹¹ *Diálogos*. 21a ed. Porrúa, México, 1989, p. 464.

¹² Tamames, Ramón. *Op. cit.* p. 29

¹³ Italia y Alemania se integraron tardíamente como Estados-nación y en consecuencia tuvieron acceso a colonias de poca trascendencia, en contraste con las ricas colonias de Inglaterra y Francia.

representado un instrumento de importancia en el objetivo de disminuir las restricciones al comercio internacional. En fecha reciente el sistema del GATT vino a ser reforzado por una organización internacional, la Organización Mundial de Comercio (OMC) creada *ad hoc* para intervenir en la regulación de los intercambios comerciales a escala mundial.

En los países con sistema económico capitalista (predominante ahora) la importancia del comercio es indisputable. La economía lucrativa del capitalismo de nuestros días encuentra su expresión en el proceso de cambio que lo comercializa todo. A través de este proceso las personas satisfacen sus necesidades actuales; pero no culmina todo allí: se impone, por la naturaleza del sistema, la creación de necesidades para obtener cada vez más ganancias mediante el comercio. En el capitalismo, productores con fines de lucro elaboran mercancías para que los consumidores satisfagan sus necesidades a través del mercado. Esta es la esencia del sistema económico capitalista.

El comercio se manifiesta en el intercambio de mercancías y servicios mediante trueque o dinero con fines de reventa o para satisfacer necesidades. Por virtud de esa actividad o conjunto de actividades se relacionan o conectan en el tiempo y el espacio los bienes y servicios de los productores a los consumidores finales o intermedios y de manera colateral, se acorta el tiempo transcurrido desde que el producto sale del fabricante hasta que el mismo llega al destinatario final e indica a los productores los deseos de los consumidores.

Desde la óptica económica y en un amplísimo sentido, puede advertirse la presencia del comercio en diversos aspectos de la vida social, "ya sea en el comercio de la fuerza de trabajo (salario), del dinero (tipo de interés), del comercio de mercancías (precio), o del comercio de divisas (tipo de cambio). Toda operación comercial implica la confrontación de dos magnitudes, una oferta y una demanda, a las que se añade una resultante: el precio"¹⁴.

El comercio de nuestros días, aunque sigue las líneas generales señaladas históricamente, ha visto transformadas las técnicas para practicarlo. El comercio medieval no es idéntico al comercio de escala mundial, desatado por virtud de la revolución industrial iniciada en Inglaterra durante el siglo XVIII. En nuestro presente, una nueva etapa de las formas de comerciar ha tenido su fuente en la computación e internet, además de la alta refinación en las técnicas para vender (publicidad, organización de grandes almacenes, crédito, etc.).

¹⁴ Torres Gaytán, Ricardo. *Op. cit.* p. 10.

2.- COMERCIO INTERNACIONAL Y COMERCIO EXTERIOR.

a) Diferencia.

Aunque parezcan sinónimos y comúnmente sean usadas de manera indistinta, comienza a consensarse la diferencia de contenido entre las expresiones 'comercio internacional' y 'comercio exterior'.

En Economía, comercio internacional puede entenderse como sinónimo de comercio mundial, es decir, como "el conjunto de movimientos comerciales y financieros, y en general todas aquellas operaciones, cualquiera que sea su naturaleza, que se realicen entre naciones; es pues un fenómeno universal en el que participan las diversas comunidades humanas"¹⁵. Otros autores exponen un concepto más amplio del comercio internacional. Ricardo Torres Gaytán¹⁶ aclara la idea y la amplia: "comercio internacional parece limitarse al simple intercambio de mercancías, pero en propiedad es título adecuado porque incluye la compraventa de bienes y servicios y los movimientos de capital y de población".

El vocablo *comercio exterior*, en cambio, "se aplica a la relación económica y jurídica que se da en un lugar y en un momento determinado entre dos o más naciones, específicamente señaladas"¹⁷. "Constituye aquella parte del sector externo de una economía que regula (*sic.*) los intercambios de mercancías y productos entre proveedores y consumidores residentes en dos o más mercados nacionales y/o países distintos"¹⁸. El comercio exterior implica transacciones físicas entre residentes de dos o más países, en cuyas balanzas comerciales repercuten dichos movimientos, en alguna de sus dos vertientes: sea como importaciones o exportaciones.

¹⁵ Osorio Arcila, Cristóbal. *Diccionario de Comercio Internacional*. s/e. Grupo Editorial Iberoamericana. México, 1995. p. 47.

¹⁶ Este autor agrega: "Todos estos aspectos caen bajo la denominación de comercio internacional (de artículos, servicios y capitales y el desplazamiento de fuerza de trabajo) y que invariablemente se incluyen en el concepto 'balanza de pagos'". *Op. cit.* p. 7. (Cursivas nuestras)

¹⁷ Martínez Vera, Rogelio. *Legislación del Comercio Exterior*. 1a ed. Mc. Graw-Hill. México, 1998.

¹⁸ Witker, Jorge. Voz "Comercio Exterior" en *Diccionario Jurídico Mexicano*. T.I. 10a. ed. Porrúa-UNAM. México, 1997.

La diferencia entre ambas expresiones radica en la amplitud de las mismas: 'comercio internacional' se refiere al conjunto de transacciones entre las diversas comunidades jurídico-políticas, por lo mismo es un fenómeno mundial; 'comercio exterior' se restringe a los intercambios entre países específicamente determinados, en forma tal que es válido el uso de la expresión "comercio exterior" en tanto se le una el nombre del país al que se refiere, por ejemplo, "el comercio exterior de México con Estados Unidos" o "el comercio exterior de México con Europa"; o bien, cuando al emplearse, se haga pensando en la situación de un país en relación con los países extranjeros.

Esta diferencia es reconocida en nuestra legislación. El ordenamiento nacional encargado de regular los intercambios comerciales con otros países se denomina "*Ley de Comercio Exterior*" y su antecesora fue la "*Ley Reglamentaria del artículo 131 Constitucional en Materia de Comercio Exterior*". No obsta a lo anterior la denominación del Título V de la Ley "*Prácticas Desleales de Comercio Internacional*", pues con este nombre se conoce tradicionalmente al *dumping* y la subvención, aunque en realidad se trata de prácticas desleales en el comercio exterior de un país en relación con otro, o en rigor, de una empresa que exporta hacia México frente a los productores nacionales locales de la mercancía idéntica o similar, a través de los importadores de la misma. Es así una relación comercial entre los residentes de dos países distintos, o sea, entre las personas que importan mercancías objeto de *dumping* o subvención y los exportadores de las mismas.

b) Areas sobre las cuales recae el comercio internacional y exterior.

Si bien el origen de las expresiones '*comercio exterior*' y '*comercio internacional*' se halla vinculado históricamente con las transacciones de mercancías o productos, en la actualidad el concepto se ha ensanchado. Las definiciones de estos conceptos transcritas líneas arriba ponen de manifiesto la amplitud de la idea, consecuencia de la inclusión de las áreas económicas sobre las cuales versan el comercio internacional y exterior desde el ámbito propio de la economía. En primer lugar tenemos al indispensable comercio de mercancías; en fecha más reciente, los servicios también son objeto de comercio entre países. Los economistas incluyen los movimientos de capital y, según otros, como hemos visto, los movimientos de población también deben agregarse.

c) **Ventajas del comercio exterior e internacional.**

El comercio exterior de un país con otros conlleva una serie de ventajas para ambos miembros de la relación comercial.¹⁹

I.- En primer lugar un país puede allegarse de materias primas para sus procesos productivos y obtener las mercancías cuya producción nacional es insuficiente para cubrir la demanda interior.

II.- La colocación de los excedentes de la producción nacional en los mercados exteriores es una ventaja más del comercio exterior; de ello deriva otro beneficio: la obtención de ingresos por medio de los cuales el país consigue divisas para el pago de sus importaciones.

III.- La obtención de bienes a un coste menor del que implicaría producirlos nacionalmente también representa una ventaja del comercio exterior. Se aprovecha así la división internacional del trabajo y la especialización consustancial a la misma.

IV.- Finalmente, el comercio con el exterior hace más benéfica la competencia, al impedir la formación de monopolios al interior del país.

V.- El comercio entre los países ha llevado a la práctica o, más bien, es el resultado de la especialización y la división internacional del trabajo, cuya utilidad fue puesta de relieve por los economistas liberales Adam Smith y David Ricardo, principalmente. Los beneficios de intercambio internacional repercuten directamente sobre las partes entre las cuales se presenta la relación de intercambio e indirectamente sobre todos los demás sujetos que comercian, al asignarse de mejor manera los recursos productivos.

¹⁹ *Diccionario Enciclopédico Economía Planeta*. T. II. Editorial Planeta. Barcelona, 1980.

B) LA POLITICA DEL COMERCIO INTERNACIONAL.²⁰

1.- LA POLITICA COMERCIAL: DOS TENDENCIAS.

La expresión "política comercial" se refiere a la línea de conducta que un Estado adopta en relación a los intercambios de naturaleza económica realizados con otros países. Se le ha definido como "el manejo del conjunto de instrumentos al alcance del Estado para mantener, alterar o modificar sustantivamente las relaciones comerciales de un país con el resto del mundo"²¹ y comprende, entre otros instrumentos, la política arancelaria.

Corrientemente se distinguen dos políticas comerciales contrarias: por un lado el libre comercio y por el otro el proteccionismo; aunque en verdad estos son los dos extremos o situaciones de límite que en la realidad han encontrado una amplia gama de posibilidades intermedias.

2.- EL LIBRE COMERCIO.

La política del libre comercio no es otra cosa que la proyección en el terreno económico internacional del liberalismo y más recientemente del llamado neoliberalismo²², doctrinas económicas ambas, que se oponen a la intervención del Estado en la esfera de las relaciones económicas tanto al interior del país como en el plano internacional.

El basamento teórico de esta política lo constituyen las tesis de que siendo la maximización de la renta un objetivo de la política económica e identificada la misma con la consecución de las dimensiones óptimas de la producción, es decir, en el mejor empleo de los factores productivos y la consiguiente reducción de los precios al mínimo, sólo la división internacional de la producción hecha posible por la libre movilidad de las mercancías, asegura que

²⁰ Para este tema seguiremos básicamente a Napoleoni, Claudio, voz "Política del comercio internacional" en *Diccionario de Economía Política*. Primera edición en italiano (1956) trad. del italiano por José Blasco Martín et. al. T.L. Editorial Alfredo Ortells. Barcelona, España. s/f.

²¹ Abdalá Mirwarld, Mario. "Retos y oportunidades para la empresa", *Comercio Internacional*, serie: Documentos Técnicos, núm. 1, México, BANCOMEXT, 1997, p.p. 5 Y 6. Cit. por Witker, Jorge y Laura Hernández. *Régimen jurídico del comercio exterior en México*. 1a ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México, 2000. p. 18.

²² Vid. *infra*, nota número 66.

en cada país se haga el mejor uso de sus recursos naturales. En el supuesto de que la producción de un país no pueda sostener sus precios por la concurrencia internacional, los factores productivos anteriormente empleados en ella se transferirán a otros sectores de actividad con una productividad marginal más elevada. El más provechoso empleo de los factores productivos determina un consecuente incremento de la renta nacional.

La falta de movilidad de las mercancías obliga a los factores productivos a mantenerse ligados a determinadas producciones, respecto a las cuales su productividad es inferior, lo que limita o impide que la renta nacional supere un nivel al que potencialmente podría llegar, en caso de removerse los obstáculos al intercambio de las mercancías entre los Estados.

3.- EL PROTECCIONISMO.

La política favorable a la intervención estatal en el sector de los cambios internacionales está basada en argumentos científicos y otros políticos. Pueden reducirse a dos las argumentaciones más aceptables, en favor de esta política:

a) El proteccionismo permite la utilización de los factores productivos ociosos, pues no es cierto que todos los factores productivos se empleen dentro de un país, como establece la hipótesis de la cual parten los librecambistas. Generalmente habrá factores de la producción en desocupación o subocupados. Si la protección permite que esos factores sean utilizados, se conseguirá un incremento en la producción y en la renta nacional. En contra de esto se ha argumentado que a largo plazo, la adopción de una política proteccionista conduce a la reducción de las exportaciones, fenómeno que se resuelve en un efecto negativo, pues las industrias antes dedicadas a la exportación padecerán desocupación.

b) El proteccionismo es necesario para el desarrollo de las industrias nacientes. Este argumento es sostenido por economistas que admiten el libre comercio como la situación deseable en las relaciones comerciales entre naciones; la protección sólo es un medio para el libre comercio, en tanto permita el desarrollo de industrias nacientes, que sin la protección difícilmente podrían crecer ante la competencia internacional de industrias de naciones más desarrolladas. Una vez que la industria haya alcanzado la "madurez" adecuada

para estar en aptitud de competir a nivel internacional, la protección se vuelve innecesaria y por consiguiente deberá retirarse.

Esta argumentación resulta inobjetable teóricamente, mas en la práctica ha sido de difícil evaluación. Muchas industrias nunca alcanzan la madurez debido a la misma protección de la que son beneficiarias. Así, la industria nunca estará en condiciones de competir mientras tenga asegurado, por lo menos, el mercado nacional para su producción. Esta situación privó en los países subdesarrollados con las altas protecciones arancelarias, cuyo efecto era aislar al mercado nacional en favor de las industrias locales. Las industrias nunca crecieron, pues razones muchas veces políticas condujeron a los empresarios a ejercer presión sobre los gobiernos nacionales para que levantaran la égida del arancel frente a la competencia exterior.

El efecto perseguido mediante la protección se revierte así en una situación no deseada, y en no pocas veces, en la preservación de monopolios o figuras similares a ellos.

c) *Argumentos de otra índole.* Existen otros argumentos en favor del proteccionismo cuya naturaleza es más política que económica. De esa naturaleza son opiniones como las siguientes: se dice, en efecto, que la protección permite conservar determinados quehaceres o grupos sociales (por ejemplo, los campesinos), así como otra que afirma la utilidad de la misma política para mejorar la situación de la balanza comercial y de pagos. También se arguye que el proteccionismo debe ser considerado como una actitud de respuesta, pues un país no puede optar por el libre comercio, si sus vecinos no optan otro tanto por la misma política comercial.

El proteccionismo ha sido evaluado por los economistas, y la mayoría lo ha calificado negativamente. Cuando un país sustituye importaciones haciendo uso de altas protecciones, es incontestable su falta de capacidad para competir con el exterior. La falta de competitividad es sintomática de los países con un desarrollo precario, mismo que se agrava continuamente cada vez que se acrecienta la necesidad de proteger al mercado nacional de la competencia externa.²³ El aislamiento redundando negativamente sobre la competitividad.

²³ Torres Gaytan, Ricardo. *Op. Cit.* p. 9

La situación se agrava para los países obstinados en mantener la protección pues en la actualidad, el fundamento de la competitividad internacional se ha trasladado de la dotación de recursos naturales hacia la utilización de técnicas de producción en renovación perenne, capaces de disminuir costos, mejorar y estandarizar la calidad y ampliar la diversificación de los productos²⁴.

A este innegable hecho debe unirse otra circunstancia: la competencia internacional se sustenta también sobre relaciones monopólicas y de negociación gubernamental y no siempre se efectúa con base en la supuesta libre competencia²⁵. En no pocas ocasiones, este ideal de libre competencia se ve trastocado por ciertas actitudes de dudosa legalidad por parte de los gobiernos de los países económicamente poderosos. En esas condiciones se habla en nuestro días de un *neoproteccionismo*.

El *neoproteccionismo* está conformado por un "conjunto de nuevas prácticas comerciales restrictivas, públicas y privadas, que están substituyendo a los principios de no discriminación, multilateralismo y libertad de comercio en los cambios internacionales"²⁶; se trata de un *proteccionismo velado*, incluso, bajo formas legales como los derechos compensatorios y *antidumping* (en nuestro derecho cuotas compensatorias).

Como causa de este nuevo *proteccionismo* se alude a la pérdida de la importancia de los aranceles como instrumento de protección, razón que ha motivado a los países industrializados (principalmente Japón, Estados Unidos y los integrantes de la Unión Europea, en sus relaciones con los países en desarrollo) a buscar un sustituto en medidas no arancelarias contrarias al GATT mismas que, debido a su falta de transparencia, no pueden ser cabalmente cuantificadas, ni tampoco sus efectos sobre el comercio internacional.

Entre las prácticas consideradas *neoproteccionistas* se halla la formulación de reclamaciones por *dumping* o subvenciones, mismas que son retiradas una vez se logran los objetivos de obligar a los países a restringir voluntariamente el volumen de sus exportaciones o bien, a elevar el precio de las mercancías por ellos exportadas.

²⁴ *Ibidem.* p.p. 9 y 10

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ Hernández-Vela Salgado, Edmundo. *Diccionario de Política Internacional*. 4a ed. Porrúa. México, 1996.

La Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo agrupa las barreras no arancelarias considerando sus efectos restrictivos homogéneos, en tres categorías²⁷:

a) Restricciones cuantitativas. Como ejemplo de ellas están las prohibiciones, cuotas, monopolios estatales, etc.

b) Medidas no arancelarias en sentido "estricto" comprenden, entre otras, las restricciones cuantitativas, los gravámenes variables, etc.

c) Medidas no arancelarias en sentido "amplio", entre ellas destacan: la vigilancia de las importaciones, las medidas contra la discriminación de precios, las determinaciones compensatorias, etc.

4.- FORMAS DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN EL COMERCIO INTERNACIONAL.

En este apartado enlistaremos (ejemplificativa y no taxativamente) los medios a disposición del Estado para intervenir en los intercambios comerciales con el exterior y en seguida haremos algunos breves comentarios respecto a las dos primeras

Algunas de estas formas de intervención son:

- a) Los aranceles.
- b) La contingentación.
- c) El control de cambios y de los movimientos de capitales.
- d) Los incentivos a la producción y a la exportación.

a) Los aranceles.

El instrumento más antiguo a través del cual se ha manifestado la intervención de un estado en sus intercambios mercantiles con otros es el arancel. En los países con economía de mercado el arancel aduanero se convirtió en la principal institución del comercio exterior.²⁸

²⁷ *Idem.*

²⁸ Tamames, Ramón. *Op. cit.* p. 137

Si en un principio el arancel tuvo objetivos fiscales, en un segundo momento se convirtió en instrumento de política económica y comercial para proteger a la producción nacional y regular el flujo de mercancías extranjeras al mercado interno del estado que lo aplicaba. De allí la poca frecuencia de los aranceles *a la exportación*, aplicados a la salida de mercancías a un territorio aduanero. Los aranceles *a la importación* tiene la característica contraria, mientras los aranceles *de tránsito* gravan una mercancía dirigida a otro país, después de haber circulado a través del territorio aduanero nacional.

El arancel aplicado a los productos importados les resta competitividad frente a las mercancías idénticas o similares producidas en el país usuario del arancel. Esta era una de las formas más efectivas de los estados para proteger a la producción nacional,²⁹ pero su importancia ha ido decreciendo.

Un arancel bajo alienta la importación de mercancías, mientras un arancel alto la dificulta. El arancel, entonces, puede ser de tendencia al libre comercio o al proteccionismo, respectivamente. Generalmente los países más desarrollados cuentan con aranceles aduaneros más bajos, mientras los países en vías de desarrollo cuentan con niveles arancelarios más altos, lo que permite una evaluación del grado de competitividad de una economía.

Con base en su criterio de aplicación, los aranceles pueden ser *ad valorem*, específicos o mixtos. Los aranceles *ad valorem* se aplican como un porcentaje sobre el valor monetario de las mercancías. Los específicos se aplican sobre el volumen, el peso, la superficie de la mercancía, etc. Los mixtos combinan ambos sistemas, aplicándose una parte sobre el valor monetario y otra en relación con el peso, medida, etc., de la mercancía.

Otra clasificación arancelaria los agrupa en cuatro categorías. Los aranceles generales se aplican a las importaciones provenientes de (o destinados a) países con los cuales no está suscrito un tratado comercial. Cuando si hay tratado comercial, se aplican los aranceles convencionales, cuyo monto es inferior al de los generales. Los aranceles preferenciales se aplican respecto de los territorios coloniales. Finalmente, los aranceles diferenciales son más elevados que los generales y aplicanse a mercancías procedentes o destinadas a países contra los cuales se sostiene una guerra aduanera.

²⁹ Witker V, Jorge. y Ruperto Patiño Manffer. *La Defensa Jurídica contra Prácticas Desleales de Comercio Internacional (Ley de Comercio Exterior comentada)*. 1a ed. Porrúa. México, 1987. p. 59

La imposición de aranceles presenta cuatro efectos³⁰: El efecto *protección*, significa que la producción interna de la mercancía idéntica o similar a la cual es aplicado el arancel crece con motivo de este. El efecto *consumo* estriba en la disminución en el consumo del bien producido nacionalmente o importado, debido al incremento de precios inducido por la imposición del arancel. El efecto *balanza de pagos* consiste en la disminución de las importaciones de producto en cuestión y el efecto *redistribución* implica un aumento en los ingresos de los productores internos quienes ofrecen a mayor precio los bienes a los consumidores, que bien podrían pagar menos por un bien importado.

b) El contingentamiento de las importaciones.

Este es un instrumento de control del comercio exterior cuyos antecedentes se hallan en el periodo del mercantilismo. Se le clasifica como una restricción cuantitativa del comercio internacional, junto a las licencias previas de importación, el comercio de estado, etc.)

El contingentamiento consiste en fijar una cantidad (llamada "contingente") a las importaciones de ciertas y determinadas mercancías. Para un producto específico se fija la cantidad, en unidad de medida (volumen, capacidad, etc.) de las mercancías importables (contingentes mercantiles) o la cantidad de divisa a disposición de los importadores (contingentes monetarios) para importar el producto en cuestión, durante un periodo de tiempo. Pueden ser establecidos en forma unilateral por un determinado país, o por vía contractual. En este último caso se conviene de común acuerdo los contingentes para las importaciones de dos países.³¹

La protección a la producción nacional a través de los contingentes suele ser más eficaz y trascendente incluso que la protección lograda a través de los aranceles. El contingentamiento permite a los productores nacionales la previsión del volumen de importaciones que ingresarán al país y en consecuencia la estrategia a seguir en su propia actividad, a diferencia de los aranceles, cuya aplicación siempre deja abierta la posibilidad de efectuar el comercio, mientras haya algún grado de rentabilidad para los importadores.

³⁰ *Ibidem.* p. 60.

³¹ Napoleoni, Claudio. Op. cit. nota 20.

C) LA COMPETENCIA DESLEAL.

1.- GENERALIDADES.

La competencia está presente en todos los campos de la actividad humana. En efecto, cuando varios sujetos requieren o apetecen un bien (en sentido amplio) que existe en una cantidad insuficiente para satisfacer los deseos de todos, surge la competencia. "La competencia es uno de los procesos sociales más numerosos, el cual se da en casi todos los campos de la vida social. Los hombres compiten recíprocamente por obtener trabajo, honores, distinciones, dinero, posición social, mercados, etc."³² Cuando este proceso social se personaliza se convierte, sociológicamente, en *rivalidad*.

2.- LA COMPETENCIA EN LA ECONOMIA.

En el campo de la ciencia económica no es ajeno el empleo del concepto 'competencia'. Con esta palabra se designa una

Situación del mercado en la que empresas o vendedores, que actúan con total independencia, se esfuerzan por atraer clientes para alcanzar un objetivo comercial preciso y expresado en términos de beneficios, de volumen de ventas o de cuotas de mercado. <<Competencia>> equivale a menudo en este contexto a <<competición>>. Esta competencia puede ejercerse entre dos o más firmas. Puede referirse a los precios, la calidad, los servicios o a varios de estos factores simultáneamente, así como a otros elementos diversos que son determinantes para la elección de los compradores.³³

Para los economistas, la competencia es un proceso clave por medio del cual las empresas tienen que volverse más eficientes y estar en aptitud para comercializar a menor precio un abanico más amplio de productos y servicios, a la vez que repercute en la llamada eficiencia "dinámica" en tanto favorecedora de la innovación, el cambio tecnológico y el progreso técnico³⁴. Esas y otras

³² Azuara Pérez, Leandro. *Sociología*. 13a ed. Porrúa. México, 1994. p. 150

³³ *Glosario de Economía, Industrial y Derecho de la Competencia*. Coedición Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y Mundi-Prensa. México, 1995.

³⁴ *Idem*.

razones han llevado a considerar a la competencia como un proceso con resultados necesariamente benéficos.

Se habla asimismo de dos clases de competencia: 'competencia perfecta' o 'competencia imperfecta'³⁵. Para la existencia de la primera se requieren cuatro condiciones: A) Impersonalidad de los concurrentes al mercado, lo que significa que el número de compradores y vendedores sea tan grande que la salida del mercado de alguno de ellos no repercuta en el mismo; B) Homogeneidad del producto; C) Movilidad de los recursos económicos y; D) Un conocimiento perfecto de los compradores y de los vendedores acerca de los precios de los demás. Este es un esquema ideal altamente difícil de hallar en la realidad.

Lo más frecuente es encontrar en la vida real alguna de las modalidades de la 'competencia imperfecta': el monopolio, la competencia monopolística y el oligopolio. El primero es ampliamente conocido por la existencia de un solo vendedor en un mercado bien definido. La competencia monopolística se caracteriza por la existencia de varios productores de un bien similar, el cual, sin embargo, puede ser diferenciado respecto de los demás. Por último, en el oligopolio hay más de un vendedor capaz de suministrar a los consumidores el mismo bien, pero sin que la profusión de los productos sea tal que cada uno de ellos resulte imperceptible, como sucede en la competencia perfecta.

3.- LA COMPETENCIA EN EL AMBITO JURIDICO.

Para los propósitos de este trabajo y ya desde la perspectiva jurídica, no es ocioso recordar la importancia de las ideas económicas liberales en nuestros ordenamientos legales positivos. Nuestra Ley Fundamental consagra un sistema de economía de mercado, aceptando la libre competencia en su artículo 28 y la garantía de libertad de trabajo en el 5o³⁶. Ambos preceptos constituyen

³⁵ Gacharná, Ma. Consuelo. *La Competencia Desleal*. s/e. Editorial Temis Librería. Bogotá, Colombia, 1982. p.7

³⁶ Concurrencia y competencia son dos términos que a menudo se identifican en las legislaciones y en la doctrina de los países, a pesar del "sentido natural y obvio de una y otra expresiones". Por concurrencia puede entenderse "la posibilidad de que una persona ingrese o acceda a un mercado en el cual ya existen otros sujetos que ya están desarrollando la actividad que el 'concurrente' proyecta ejecutar. Por ello, la libertad de concurrencia se entiende como la inexistencia de restricciones o barreras a la entrada al mercado de un nuevo productor" y la competencia presupone la concurrencia de varios agentes, mas no se confunde con ellos. *Ibidem* p. 17. En nuestro derecho la libre concurrencia (que es un fenómeno esencialmente económico) puede identificarse (o traducirse jurídicamente) con la garantía de libertad de

una aceptación expresa de éstos dos principios que, entre otros, sustentan a todo sistema económico capitalista.

Si bien las normas constitucionales ubicadas en los artículos arriba citados constituyen el fundamento interno del derecho a la competencia y la concurrencia, existen una serie de tratados internacionales en los cuales puede encontrarse el reconocimiento de los mismos principios en el orden internacional. Tal es el caso de la frustrada Carta de la Habana y el GATT, o bien, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, en cuyo artículo 23 se reconoce: "Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, ..."

Ahora bien, la libre competencia tiene, en nuestro país, un sistema tuitivo propio. Hasta existen disposiciones represivas de conductas atentatorias contra la misma, en lo que el Código Penal para toda la República en Materia del Fuero Federal denomina "Delitos contra la economía pública" y a guisa de ejemplo transcribimos algunas descripciones típicas:

Art. 253.- Son actos u omisiones que afectan gravemente el consumo nacional y se sancionarán con prisión de dos a nueve años y multa de diez mil a doscientos cincuenta mil pesos los siguientes:

trabajo, establecida por el artículo 5o. constitucional que reza: "A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, *industria, comercio* o trabajo que le acomode, siendo lícitos." Y ésta libertad solo podrá vedarse por determinación judicial cuando se ataquen derechos de tercero, o por resolución gubernativa, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Las palabras resaltadas en cursivas ponen de manifiesto que cualquier persona puede dedicarse a la industria o el comercio de su preferencia, por el que tenga vocación o le interese y así concurrir a un mercado existente, para competir en él (o incluso crear uno nuevo), sin más restricciones que no ofender los derechos de terceros o de la sociedad y el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la autoridad administrativa, en su caso (régimen de licencias, permisos o autorizaciones).. En cambio, la libre competencia se halla garantizada por el artículo 28 constitucional: "En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes". Esta disposición terminante encuentra sus excepciones en el propio artículo 28 y no viene al caso comentarlas. El sentido de la disposición transcrita es respecto a la conducta que debe asumir el Estado a través de sus órganos los cuales se encuentran impedidos para conceder privilegios a una persona o grupos de personas de manera que algunos otros concurrentes al mercado no puedan competir con aquellas, desarrollando la misma actividad económica. Esto socavaría la libre competencia y los beneficios que de ella se derivan. Asimismo, los órganos estatales respectivos se hallan en la obligación de perseguir los monopolios y las prácticas monopólicas a que se refiere el propio artículo 28 en su párrafo segundo.

I.- Los relacionados con artículos de consumo necesario o generalizado o con las materias primas necesarias para elaborarlos, así como las materias primas necesarias para la industria nacional, que consistan en:

a) El acaparamiento, ocultación injustificada, negativa para su venta, con el objeto de obtener una alza en los precios o afectar el abasto de los consumidores;

b) Todo acto o procedimiento que evite o dificulte, o se proponga evitar o dificultar la libre concurrencia en la producción o en el comercio."

"Art. 254.- Se aplicarán igualmente las sanciones mencionadas en el artículo 253:

III.- Cuando se publiquen noticias falsas, exageradas o tendenciosas, o por cualquier otro medio indebido se produzcan trastornos en el mercado interior, ya sea tratándose de mercancías, de monedas o títulos y efectos de comercio, y

IV.- Al que dolosamente, en operaciones mercantiles exporte mercancías nacionales de calidad inferior, o en menor cantidad de lo convenido."

Estas son algunos de los tipos penales encaminados a proteger el principio de la libre competencia; pero la defensa del mismo rebasa el ámbito penal. Debido a la cantidad de conductas susceptibles de incurrir en la calificación de lo que genéricamente se ha denominado competencia desleal, existen disposiciones de corte administrativo y civil, e incluso de carácter internacional, encaminadas todas ellas a impedir la consecución de los objetivos perseguidos con la ejecución de esas conductas deshonestas, que pueden llegar incluso a socavar el principio de la libre competencia.

4.- BOSQUEJO DE LA COMPETENCIA DESLEAL.

En este apartado consideramos oportuno presentar los rasgos generales de la competencia desleal en el derecho y la doctrina. Describir o pretender describir exhaustivamente y con detalle las características de los actos genéricamente incluidos en el concepto 'competencia desleal' es una ardua labor que sobrepasa los propósitos de este trabajo. Tan sólo aludiremos a ciertas características de esa clase de competencia para dar contexto a la exposición sobre la práctica desleal de comercio internacional llamada *dumping*.

La competencia mercantil, esa lucha emprendida diariamente por los comerciantes en busca de captar la mayor cantidad de clientela hacia sus productos o establecimientos, se caracteriza por una variedad de actividades. El

anuncio, las promociones de ventas, las rebajas, las rifas y sorteos etc., son prácticas mercantiles perfectamente aceptables y permitidas; otras, inclusive, son producto del ingenio y no se traducen en una afectación indebida o ilícita para los competidores, pues van de acuerdo con los usos y costumbres mercantiles generalmente aceptados.

Sin embargo, existen numerosas prácticas cuyos resultados implican ventajas indebidas, por ser lesivas a los intereses de otros comerciantes competidores e incluso para los del público consumidor, susceptible de incurrir en la confusión originada por esas conductas. Tales prácticas son conocidas con el nombre genérico de competencia desleal, competencia ilícita o deshonestas (*concurrence déloyale*, en francés; *unlauterer Wettbewerb*, en alemán y *unfair competition*, en inglés) y “revisten complicadas y diversas formas, sobre todo en los tiempos modernos en que la sutileza empleada para ganar la clientela de otro implica muchas veces la falacia del acto desleal.”³⁷

La competencia deshonestas efectuada por los comerciantes para obtener provechos indebidos no se encuentra regulada sistemáticamente en nuestro derecho; por el contrario, existe dispersión legislativa en la materia y sólo en lo concerniente a la propiedad industrial³⁸ existen algunos visos de sistematización, pues en esta materia desde hace algún tiempo se han venido ocupando de la competencia desleal.³⁹

³⁷ Sepúlveda, César. *El Sistema Mexicano de Propiedad Industrial*. 2a ed. Porrúa. México, 1981. p. 232.

³⁸ En efecto, la Ley de Propiedad Industrial (publicada en el DOF. el día 27 de junio de 1995 y modificada por decretos publicados el 2 de agosto de 1994 y 26 de diciembre de 1997) tiene establecido en la fracción I del artículo 213 que son infracciones administrativas: “Realizar actos contrarios a los buenos usos y costumbres en la industria, comercio y servicios que impliquen competencia desleal y que se relacionen con la materia que esta ley regula”, además de regular una serie de conductas propias del ámbito material de validez de ésta ley (secretos industriales, marcas, avisos comerciales, etc.)

³⁹ Para demostrar lo anterior basta echar un vistazo a la Convención de París para la Protección de la Propiedad Industrial, revisada en Bruselas en el año de 1902 y perfeccionada en Washington (1911), en que se estableció la actual redacción del artículo 10 Bis:

Artículo 10 Bis.

(1) Los países de la Unión se obligan a asegurar a los súbditos de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal.

(2) Constituye un acto de competencia desleal todo acto de competencia contraria a los usos honrados en materia industrial o comercial.

(3) Principalmente deberán prohibirse:

1o. Cualquier acto de tal naturaleza que cree una confusión, por cualquier medio que sea, con el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

2o. Las alegaciones falsas, en el ejercicio del comercio, que tiendan a desacreditar el establecimiento, los

Debido a su número y variedad, las leyes no contemplan esa amplia gama de conductas constitutivas de competencia desleal en una forma exhaustiva; sólo establecen principios generales para su sanción y en tales circunstancias muy difícil sería reunir todas las clases de competencia desleal bajo un solo ordenamiento legal. Y es que, como ya hemos establecido, la competencia desleal adquiere diversas y numerosas formas, las suficientes para rebasar el ámbito material de validez de muchas leyes, haciendo necesario que cada ordenamiento regule esa particular forma de competencia desleal ubicada dentro de la materia para la cual fue creado. Por eso no se ha logrado reunir bajo un solo cuerpo normativo todas las normas necesarias para estructurar jurídicamente y desarrollar principios orientados al combate de esa deshonesto competencia y parece poco factible un ordenamiento de tal magnitud.

Por otra parte, el fundamento jurídico para la represión de la competencia desleal se encuentra en una característica de la libertad de comercio: ésta, como toda garantía individual, *no es irrestricta*, según puede desprenderse de las excepciones a la misma, consagradas en el propio artículo 5o de nuestra Constitución. El uso libérrimo de la libertad de comercio bien pronto conduce a su propia negación, a su antítesis, o sea el monopolio y la concentración. Ante ello, la propia Ley Fundamental establece cortapisas a su ejercicio, cuando la realización de una actividad económica (comercial o industrial) lesione derechos sociales, como serían los de los consumidores, o los derechos de terceros, en particular, el “derecho del empresario a que sus competidores en el mercado (nacional y extranjero) no acudan a procedimientos, actos y omisiones desleales.”⁴⁰

Debemos hacer un deslinde respecto a la competencia desleal. En todo proceso de competencia se producen real o potencialmente, efectos sobre los competidores. Sin embargo, no todos esos efectos puede ser considerados indistintamente como afectaciones o ventajas indebidas, beneficios ilícitos en contra de otros competidores o de los consumidores. Aclaremos con un

productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

3o. Las indicaciones o alegaciones cuyo uso, en el ejercicio del comercio, sea susceptible de inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de las mercancías.

Como puede colegirse, ésta lista es meramente ejemplificativa de actos de competencia desleal y no es, ni pretende ser exhaustiva, pues se encuentra resguardada por un concepto general y amplio de competencia desleal en el número (2) del mismo artículo.

⁴⁰ Barrera Graf, Jorge. *Op. Cit.* p.p. 141-142.

ejemplo. En el mercado, dos empresas ofrecen el mismo bien a distintos, pero casi iguales precios: La empresa 'A' lo vende en 100 pesos por unidad; la empresa 'B' lo ofrece la unidad a 98 pesos. A la empresa 'A' producir y vender una unidad de mercancía le cuesta 85, por lo que obtiene una ganancia de 15; la empresa 'B' tiene un costo de 82, por lo que su ganancia será de 16. Una empresa 'C', productora del mismo bien entra al mercado, y el costo de producir y vender una unidad del producto de nuestro ejemplo le cuesta 84 pesos. Como es nueva, la empresa se encuentra en la necesidad de dar a conocer su producto, por lo que obviamente no podrá vender ni a 100 y tampoco a 98 pesos. Para introducir su mercancía y posicionarse en el mercado se verá en la necesidad de sacrificar ganancias momentáneamente. Así que ofrece el producto en 94 pesos y su ganancia por unidad del producto será de tan sólo 10 pesos por unidad. Por el lado de la demanda, los compradores, la clientela preferirá adquirir el mismo bien a 94 pesos y el bien ofrecido por 'C' tendrá más demanda frente al de 'A' y 'B'.

Sin lugar a dudas, las empresas 'A' y 'B' tendrán que reducir sus ganancias para hacer frente a la nueva empresa competidora, para vender, por lo menos, a un precio similar a 'C'. En tal circunstancia, las tres empresas venderán a 94 pesos por unidad de producto de nuestro ejemplo. Nadie puede decir que 'C' haya actuado deslealmente; no ha vendido por debajo de sus costos y si, en cambio, ha sacrificado una parte de sus ganancias para obtener una mejor posición en el mercado. Esta es una práctica mercantil generalmente aceptada. No sucedería lo mismo si 'C', en lugar de vender a 94, ofertara la unidad de la mercancía de nuestro ejemplo en 80 pesos. En tal hipótesis si podría hablarse de ventas por debajo de costos para arruinar a los demás competidores y de competencia desleal.

Como las tres empresas venden a 94 pesos por unidad, el mercado ya no estará repartido entre dos empresas, sino entre tres. Supongamos también que antes de la entrada de 'C' al mercado la empresa 'A' abarcaba un 45% de las ventas totales del bien, mientras 'B' comprendía el 55% restante de las ventas totales. Con la entrada de 'C' a la oferta de la mercancía, la nueva repartición de las ventas totales anuales de la mercancía es, para 'A' de 35%, para 'B' de 40% y 'C' se queda con un 25% de las ventas totales al año. ¿Puede afirmarse que 'A' y 'B' han sufrido algún daño, algún perjuicio indebido, consecuencia de una competencia desleal? La respuesta debe ser negativa, pues 'C' no ha vendido

por debajo de sus costos e inclusive ha sacrificado parcialmente su ganancia. 'A' y 'B' sólo han resentido los efectos inherentes a todo proceso competitivo.

No sucedería lo mismo si 'C' en lugar de vender a 94, lo hace a 80 pesos por unidad de mercancía, pues no obtiene utilidad y vende por debajo de sus costos. Esto le permite abarcar el 60% de las ventas totales anuales, mientras 'A' y 'B' se reparten el 40 por ciento restante. En este caso puede hablarse válidamente de una competencia desleal por parte de 'C', pues en una lógica empresarial correcta, no puede pensarse que 'C' venda a 80 pesos, o sea, con pérdida con fines de altruismo en favor de sus compradores. ¿Qué hace desleal a una conducta como la descrita? Los medios empleados.

Falsificar o imitar marcas reconocidas, desprestigiar a un competidor, "boicoteralo", o vender por debajo de costos son medios para conseguir mayor demanda en favor de los bienes de quien perpetra esos actos, calificados por "competencia desleal". Con estos medios, el empresario que los emplea tiene en mente conseguir mayor clientela hacia los productos por él ofrecidos. Mas las disposiciones legales prohíben el uso de medios desleales para conseguir clientela.

Siguiendo con nuestro ejemplo, si 'C' es una empresa productora mas eficiente que 'A' y 'B' y logra obtener un costo en la mercancía de 68 pesos por unidad y vende a 78, con una ganancia de 10 pesos por unidad, mientras que ni 'A' ni 'B' puede hacerlo a menos de 86 y 83, respectivamente, para obtener cuando menos un peso de ganancia por unidad de mercancía, ambas empresas perderán competitividad frente a 'C' y en el mejor de los casos tendrán que obtener nimias ganancias, si quieren permanecer en el mercado, o bien salir de éste. Tampoco en ésta circunstancia vale pensar en competencia desleal o de afectaciones indebidas a los competidores preexistentes en el mercado.

Queda claro entonces que en todo proceso de competencia, aunque no haya "deslealtad" por alguno de los competidores, los demás resentirán efectos negativos; sin embargo. Para saber cuando hay y cuando no deslealtad, debe acudirse a los medios que usa el competidor supuestamente deshonesto para saber si hay competencia desleal.

Otras características de la competencia desleal nos las proporciona el maestro Jorge Barrera Graf⁴¹, sintetizadas por nosotros en las siguientes líneas:

⁴¹ *Ibidem.* p.p. 147-148.

PRIMERA: “La competencia lícita y honesta constituye entre nosotros un derecho subjetivo y también un derecho social (libertad de concurrencia en el mercado).”

SEGUNDA: El sistema contra la competencia desleal protege a empresa y empresario en cuanto a sus derechos sobre ella y sus elementos. A este respecto, César Sepúlveda⁴² señala: “Los actos de concurrencia desleal tienden a estorbar los procesos normales de formación de la clientela.”

TERCERA: Su regulación entre nosotros es deficiente: existe un concepto general de ella y la prohíbe expresamente. De algunas prácticas previstas y de principios generales, se acoge y justifica el sistema represivo.

CUARTA: La Ley de Comercio Exterior enumera al *dumping* y las subvenciones como prácticas desleales del comercio internacional reconocidas por ella.

QUINTA: “El calificativo de desleal es sinónimo de ilícito, en el amplio sentido que de esta palabra da el art. 1830 del Código Civil, o sea, todo lo que es contrario a las leyes de orden público y a las buenas costumbres, y provoca que quien actúe en contra de unas o de otras incurra en responsabilidad (art. 1910 id) En la materia de las prácticas desleales en el comercio exterior, el art. 8o [de la LRMCE] impone sanciones a ‘las personas físicas o morales que introduzcan mercancías al territorio nacional, en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional ‘consistentes (sic.), en la obligación de pagar una cuota compensatoria...’, para no afectar la estabilidad de la producción nacional y obstaculizar el establecimiento de nuevas industrias o el desarrollo de las existentes.”

SEXTA: La prohibición de la competencia desleal se aplica por igual a empresas públicas y privadas.

Y por último, sin enumerarla como característica, el maestro Barrera Graf⁴³ refiere que la libre competencia (y en consecuencia la competencia desleal) solo se da en un régimen de economía de mercado, aunque restringida, en que las empresas concurren libremente a “satisfacer las necesidades actuales del mercado, e inclusive para provocar nuevas necesidades”, razón de ser del sistema capitalista.

⁴² *Op.cit.* p. 233.

⁴³ *Op. cit.* p. 148.

En particular, manifestamos nuestro desacuerdo en algunas de las características señaladas por el distinguido tratadista y a lo largo de éste trabajo señalaremos algunas de las causas. En materia de comercio exterior difícilmente puede argumentarse la aplicabilidad del concepto de hecho ilícito como contrario a leyes de orden público y las buenas costumbres, en los términos del CCF (art. 1830). El comercio exterior de nuestro país posee disposiciones, tanto internas como internacionales, en estrecha interrelación⁴⁴ y excluyen, por ende, la aplicación de la normatividad civil. No hay supletoriedad de aquellas a ésta.

En cuanto a las cuotas compensatorias como sanciones, basta decir que esa es una opinión ampliamente difundida, la cual, sin embargo, no es sostenible, como lo demostraremos en el capítulo cuarto de este trabajo.

5.- LIBERTAD PARA CONTRATAR, LIBERTAD CONTRACTUAL Y COMPETENCIA.

Para aclarar más el sentido de la competencia desleal a través de conceptos jurídicos, es útil introducir algunas nociones desarrolladas por la dogmática del derecho civil.

Los civilistas, a partir del concepto de la autonomía de la voluntad, han distinguido entre *libertad de contratar* y *libertad contractual*⁴⁵. Una y otra son generalmente complementarias y hasta pueden confundirse en una sola, como veremos más adelante, aunque a nivel teórico admiten clara distinción. Como manifestaciones de la autonomía privada de la voluntad, éstas libertades sólo encuentran las cortapisas expresamente impuestas por el derecho positivo, en defensa del orden público y las buenas costumbres, (con independencia del sentido que se le confiera a éstas dos últimas expresiones).

Por *libertad para contratar* o *libertad de conclusión del negocio* se entiende la capacidad o facultad de las personas (físicas o jurídicas) para escoger entre la celebración o no celebración de un contrato, así como para elegir a su contraparte en los actos y negocios jurídicos, principalmente los de naturaleza privada. Esto quiere decir que el particular puede decidir sin sujetarse a una

⁴⁴ Malpica de Lamadrid, Luis. *El sistema mexicano de defensa contra prácticas desleales de comercio internacional*. 2a ed. Porrúa, México, 1999. p. 19.

⁴⁵ Sánchez Meda, Ramón. *De los Contratos Civiles*. 17 ed. México, 1999. p.p. 5-6.

voluntad ajena a la suya (esto es, en forma autónoma), en qué momento y con quien se vincula jurídicamente mediante la realización de actos o negocios jurídicos. En otras palabras esta libertad permite “a las personas contratar o abstenerse de hacerlo, según convenga a sus propias necesidades.”⁴⁶

Por otra parte, la *libertad contractual* o *libertad de determinación* del contenido del negocio hace posible a las partes que lo celebran, acomodar a sus propias necesidades y conveniencias las diferentes modalidades de las obligaciones emanantes del acto, dentro de los límites impuestos por la legislación. Gracias a esta libertad, las partes en un contrato u otro acto jurídico pueden limitar o ampliar su esfera jurídica, así como establecer el alcance de los derechos y obligaciones por ellas asumidos, haciendo uso de las facultades concedidas por las leyes reguladoras del acto jurídico de cuya celebración se trate. Pueden sujetarse sus obligaciones a término, condición, así como determinar el contenido económico de las prestaciones que se obliguen a cumplir, etc.

Como ya lo habíamos anunciado, éstas libertades pueden confundirse en una sola, pues generalmente se contrata con la persona que nos ofrece mejores condiciones contractuales; sin embargo, la distinción teórica es muy útil. Por último, consideramos que éstas dos facultades sólo pueden ser restringidas cuando se violentan normas de orden público o las “buenas costumbres”, concepto éste último que no puede fijarse *a priori*, sino al contrario, atendiendo a las particulares circunstancias del lugar y tiempo contextualizadoras del acto en cuestión.

En un régimen de competencia libre, los agentes en él participantes buscan atraer hacia ellos la mayor cantidad posible de clientes (compradores, arrendatarios, usuarios, etc., sin importar por el momento la denominación jurídica) encauzando en su favor la libertad para contratar de éstos. Cuando ese encauzamiento se logra a través de medios que no causan un perjuicio indebido a los competidores en el mercado (como ya hemos mencionado, publicidad atractiva, que no engañosa; campañas promocionales; e incluso la disminución de precios debida a una más eficiente forma de producir o prestar el bien o servicio en cuestión) para el derecho existe normalidad, esto es, se ejerce la libertad de comercio garantizada por la Ley Fundamental, sin existir afectación indebida a un competidor. De hecho, suele suceder que algunos competidores

⁴⁶ Gacharná, Ma. Consuelo. *Op. Cit.* p. 11.

se vean afectados por no ser aptos para competir, por usar medios de producción obsoletos o poco rentables, carentes de innovación tecnológica, etc. Sin embargo, no puede hablarse en éstos casos de una afectación injusta, de competencia desleal; trátase, en cambio, de una de las consecuencias sobre las cuales descansa el sistema: los competidores poco eficientes deben ser desalojados del mercado por los competidores más capaces y aptos para satisfacer las demandas de los consumidores, a mejor precio.

En cambio, cuando la libertad para contratar se encauza a través de medios torcidos, deshonestos, desleales (publicidad difamatoria de los productos de un competidor, venta de productos por debajo de los costos, boicot contra un competidor, violación de secretos industriales, imitación de marcas, etc.) es justificable la intervención del legislador para establecer en las leyes respectivas los medios encaminados a proteger la libre concurrencia, porque en ese caso los demás competidores en el mercado resentirán una afectación indebida. Y es indebida o desleal pues los medios empleados no son 'honestos', mas no por su finalidad o resultado, pues como ya hemos establecido, bajo ese sistema únicamente los competidores más aptos y capaces concurrirán al mercado. Toda proporción guardada, es una especie de aplicación de la teoría de la selección natural, pues sólo los más aptos, poseedores de mayores ventajas comparativas podrán subsistir en un régimen de competencia, sea nacional o internacional.

En el fondo de algunos actos incluidos dentro del concepto 'competencia desleal' encontramos un abuso del derecho por parte del competidor que los ejecuta. Por ejemplo, cuando alguien discrimina precios entre dos mercados, está ejercitando su derecho de vender a precios distintos a clientes distintos; está ejerciendo su libertad contractual para determinar cual es el precio de la contraprestación que se obliga a realizar (la entrega de un bien o una cantidad de bienes). Si un productor vendiera un bien por debajo del precio al que lo vende a otros compradores en un mercado dentro del cual no tiene competencia, no podría pensarse en el abuso del derecho. Si por el contrario vende por debajo de costos (el altruismo no entra en la lógica empresarial) en un país donde tiene competidores, estará abusando de su derecho, de su libertad contractual, pues ejerce la misma con el propósito de afectar a su

competidores, actualizándose así algo parecido a la figura civil llamada “abuso del derecho”.⁴⁷

No obstante la explicación anterior, muchas nociones de nuestro derecho civil han quedado rezagadas y no alcanzan a explicar adecuadamente la competencia desleal en nuestros días. Gran cantidad de actos de competencia desleal no pueden ser regulados a través de las instituciones del derecho civil. Nuevos bienes jurídicos merecedores de tutela legal quedan insuficientemente protegidos con esa normatividad, que si bien es la más antigua y por lo tanto, la doctrina que de ella se ha elaborado es la más acabada y consistente, nuevos fenómenos económicos la vuelven inaplicable e ineficaz tanto en el plano normativo, como en el explicativo, éste último propio de la ciencia jurídica.

Es válido afirmar entonces que si bien el tema de la práctica desleal de comercio internacional llamada *dumping* es parte y por lo mismo sigue los principios generales en cuanto a la teoría de la competencia desleal, en materia de comercio exterior, ésta rama cuenta con fuentes jurídicas propias, las cuales excluyen la aplicación o supletoriedad de otros ordenamientos jurídicos internos que no sean los expresamente creados para encauzar la realización fáctico- normativa de ésta actividad predominantemente económica.

6.- BIENES JURIDICOS TUTELADOS MEDIANTE LA REPRESION DE LA COMPETENCIA DESLEAL.

La represión de la competencia desleal tiene por objeto la tutela de ciertos bienes jurídicos o derechos importantes para el legislador.⁴⁸ Conocer esos bienes protegidos bajo la égida de la normatividad creada contra esa competencia, proporciona una idea más clara para la interpretación de los textos legales de la materia. Sin embargo, hay una pluralidad de bienes jurídicos merecedores de la protección legal, circunstancia que a menudo provoca confusión al respecto.

⁴⁷ Dice el art. 1912 del CCF. “Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho.”

⁴⁸ Diaz Bravo, Arturo. “Aspectos Jurídicos de la Competencia Desleal”. *Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística*. Año IV, núm. 7, enero-junio y núm 8 julio-diciembre de 1966. México, D.F.

El maestro César Sepúlveda⁴⁹ justifica la represión de la competencia desleal en obsequio de conservar un mínimo de moralidad en las transacciones mercantiles y la igualdad en la competencia de los comerciantes. Las reglas de la competencia deshonestas, afirma, se fundan precisamente en las normas de los usos honrados del comercio y en protección de los comerciantes y sus derechos así como a los consumidores, para que no sean engañados.

Por nuestra parte, consideramos al *principio de la libre competencia* como el bien jurídico de mayor jerarquía en juego, tutelado por las normas contra la competencia desleal. Ya hemos mencionado los argumentos esgrimidos por la ciencia económica en favor de la competencia, como un proceso de efectos benéficos⁵⁰. Estos efectos pueden considerarse, razonadamente, el motivo del legislador para organizar un sistema tuitivo de la competencia.

Además de la libre competencia existen otros bienes jurídico-económicos más concretos, derivables de cada cuerpo normativo específico, como son la empresa, el interés de los consumidores, una moralidad mínima en las relaciones mercantiles, etc. Sin embargo y como es evidente, la tutela de alguno de estos valores no excluye la protección simultánea del principio de libre competencia. Bajo toda la normatividad contra la competencia desleal subyace la salvaguarda del multicitado principio, matizado en cada caso por la protección de la empresa, el interés del consumidor, los derechos de propiedad industrial, etc. En ocasiones dos o más de estos valores tienen una protección simultánea.

D) LA TEORIA DE LA COMPETENCIA DESLEAL Y LA REPRESION DE LA MISMA EN BASE A LOS ORDENAMIENTOS CIVILES.

La autora María Consuelo Gacharná⁵¹ en su obra antes citada señala un curioso antecedente de la competencia desleal, ocurrido en Inglaterra en 1410

...un grupo de profesores acudió a los Jueces de Gloucester para reclamar por la actitud de un colega que cobraba precios ostensiblemente más bajos que los demás, razón por la cual atraía la mayor parte de la clientela. La decisión judicial fue favorable al grupo aunque estuvo basada en

⁴⁹ *Op. Cit.* p. 233.

⁵⁰ *Vid. supra* lo expuesto al inicio de este inciso "C", número 2.

⁵¹ *Op. Cit.* p.p. 39-40.

principios de buena fe, pero sin que todavía llegase a hablarse de competencia desleal.

Los primeros problemas de competencia desleal fueron solucionados en Inglaterra con fundamento en la *law of torts*, mientras que en Francia, los jueces acudían para proteger a las víctimas de las formas desleales de competencia, al artículo 1382 del Código Civil, que consagra el principio general de la responsabilidad civil extracontractual.

Y por lo tanto, para que procediera una indemnización debía concurrir los elementos de la responsabilidad extracontractual: daño, culpa del autor del daño y relación causal.⁵²

Esta es la primera etapa de la evolución histórica de la competencia desleal, encuadrando a la misma dentro de la responsabilidad civil extracontractual (salvo cuando la competencia desleal fuese producto de una violación contractual, como en caso de los contratos de compraventa de una negociación completa bajo el cual, la parte vendedora se obliga a no establecer una negociación similar a la que ha enajenado por un tiempo o a una distancia determinada).

La doctrina francesa partió del artículo 1382 del Código Civil francés para reprimir los actos de la competencia que nos ocupa: "Todo hecho humano que ocasione un perjuicio a otra persona, obliga a su autor a reparar el daño causado" y por lo tanto, debían concurrir los siguientes elementos⁵³:

1.- *El daño*. Era necesario un perjuicio que afectase el patrimonio de la víctima. Se excluyó, en esta primera etapa, el daño moral exigiéndose siempre que el daño fuera cierto y ocasionara una lesión de carácter económico a la víctima.

La exigencia de un daño en los términos expuestos, y que el mismo fuera cierto y directo, limitó mucho la posibilidad de reprimir conductas desleales que no cumplieran las restricciones impuestas por el ordenamiento. El perjuicio futuro solo era reparable cuando existiera la certeza de que realmente se produjera y fuera susceptible de valoración inmediata.

Por regla, los actos de competencia desleal conllevan daños de contenido patrimonial. Sin embargo, esto no siempre ocurre y en materia de prácticas

⁵² *Idem*.

⁵³ *Ibidem*. p. 41

desleales, la exigencia del daño patrimonial no se justifica, pues hace más rígida y difícil la comprobación del daño a la rama de la producción nacional

2.- *La culpa*. Este elemento de carácter subjetivo consiste en un error de conducta en que hubiera incurrido una persona de prudencia y diligencia medianas, colocada en mismas circunstancias que el autor del hecho dañoso.

En el ámbito de la competencia desleal era necesario que el autor obrare intencionalmente; la ausencia de intencionalidad no fue acogida por los tribunales, por lo que en estos caso no procedía la indemnización. Como sabemos, en la práctica la intencionalidad es un elemento de difícil probanza. Y en materia de prácticas desleales de comercio internacional, la Ley de Comercio Exterior, acorde con los ordenamientos internacionales, sigue un sistema objetivo en el cual no interesa la intencionalidad del comisor del *dumping*. Únicamente se somete a juicio de la autoridad investigadora, de un modo objetivo, la discriminación de precios. y el daño.

3.- *Relación causal entre culpa y el daño*. La conducta indebida debe ser causa o *conditione sine qua non* del daño resentido por la víctima. Esto hizo mas patente la necesidad de probar el resentimiento del daño, ya que el nexo causal sólo puede establecerse de la comparación de dos hechos consumados, en relación de causa a efecto entre uno y otro.

La crítica a esta concepción se basa en los siguientes argumentos⁵⁴:

a) La represión de la competencia desleal en base a los ordenamientos civiles no permitía a las acciones contra la misma un carácter preventivo, anterior al daño resentido por la víctima.

b) Se presenta una dificultad mayor al exigir la comprobación de un elemento subjetivo, como es la intencionalidad de la conducta calificada como de competencia desleal. Esta objeción se trató de salvar por el legislador, estableciendo el mismo presunciones de culpabilidad respecto de ciertos actos.

Los conflictos surgidos de tal concepción encaminaron una nueva teoría, sin dejar de lado los aspectos útiles de la teoría de la responsabilidad civil. Es oportuno manifestar la tendencia civilista seguida por el legislador del comercio exterior, manifestada en los textos legales de la materia en nuestro

⁵⁴ *Ibidem*. p. 50 a 52

derecho interno. Sin embargo, los textos internacionales respecto al *dumping* (también en materia de subsidios y aún de salvaguardas) no corresponden con esa tendencia.

Utilizaremos algunas ideas de esa nueva teoría de la competencia desleal (expuesta por la autora citada) para esclarecer más el asunto del daño a la producción nacional causado por el *dumping* o discriminación de precios.

CAPITULO II

NOTAS HISTORICAS SOBRE EL DUMPING Y SU REGULACION JURIDICA

"La verdadera misión de la historia consiste en representar los acontecimientos mismos y dejar en libertad a cada cual para que haga las observaciones y deduzca las conclusiones según su juicio."

Bacon.

A) INTRODUCCION.

El problema de la competencia desleal y las prácticas incluidas dentro de ese género no es reciente. Como ha sucedido a menudo en la materia mercantil, las situaciones que se consideran dignas de regulación jurídica (ya para permitir las, ya para prohibirlas y sancionarlas) son previas a su efectiva consagración legal. Las fuentes materiales del derecho con frecuencia anteceden a sus fuentes formales. En materia de competencia desleal y en particular de *dumping*, esta regla no ha sufrido inflexión. Existen reportes de ventas por abajo de un valor adecuado desde el siglo XVI y solo hasta 1904 fue aprobada la primera ley antidumping en Canadá. Otros ejemplos de competencia inequitativa son tratadas incluso por economistas clásicos.

Adam Smith, el campeón del liberalismo económico, reconoció dos excepciones al libre comercio entre los Estados: En primer lugar, acepta las restricciones impuestas por razones de seguridad nacional y en segundo lugar las que tuvieran como razón la necesidad de colocar en igualdad de condiciones a los productos nacionales frente a los importados, al decir del maestro Armando Herreras⁵⁵, para evitar la competencia desleal contra los

⁵⁵ *Fundamentos para la Historia del Pensamiento Económico*. 4a ed. Editorial Limusa-Noriega

productores locales. El siguiente es un párrafo extraído de la famosa obra "Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones" de Smith⁵⁶:

El segundo caso en que será por lo general conveniente establecer algún gravamen sobre los efectos extranjeros, para fomentar la industria nacional, se presenta cuando en el interior del reino existe algún impuesto sobre los productos indígenas. Parece entonces razonable que se imponga otro igual sobre el artículo de la misma especie de procedencia extranjera. Ello no significa crear monopolio alguno en la venta de los géneros producto de la industria nacional, ni orientar hacia otro destino el capital y el trabajo del país, en proporción mayor del que se desplazaría en condiciones normales. Equivaldría solamente a impedir que no se separase de su empleo natural aquella parte del capital y del trabajo del país que se desplazaría de otra suerte, por razón del gravamen, *por lo que tal medida restablecería las condiciones predominantes, con anterioridad al establecimiento del impuesto, entre la industria nacional y la extranjera.*

El propio Smith se manifestaba también contra las asociaciones de productores que subvencionaban directamente sus exportaciones, para rebajar los precios de exportación internacionales, volviéndolos artificialmente competitivos.

Jacob Viner⁵⁷ (1892-1970) refiere que en el siglo XVI, un escritor inglés acusó a los extranjeros de vender papel con pérdida para sofocar a la naciente industria del papel en Inglaterra. El mismo Viner apunta otro ejemplo en el siglo XVII, cuando los Holandeses fueron acusados de vender en las regiones bálticas a precios ruinosamente bajos para echar a los mercaderes franceses.

En su *Reporte sobre Manufacturas* de 1791, Alejandro Hamilton utilizó un argumento semejante en contra de los fabricantes ingleses, quienes estaban exportando hacia América. Pero Hamilton, el más reconocido defensor del argumento proteccionista en favor de las industrias nacientes,⁵⁸ no tuvo en mente una acción específica en contra del *dumping*, sino el establecimiento de un arancel elevado a las importaciones al amparo del cual, las industrias de su

Editores. México, 1997. p. 117.

⁵⁶ 6a. reimpresión. Fondo de Cultura Económica. México, 1990, p. 410.

⁵⁷ Cit. por Finger, Michael J "Antidumping: How Works it, and Who Gets Hurt", The University of Michigan Press. U.S.A. 1997. p.p 14-15

⁵⁸ Capítulo I, B), 3, b).

país crecerían hasta alcanzar una competitividad adecuada para hacer frente a las industrias inglesas.

La historia de la regulación antidumping es mucho más reciente que la aparición de esa práctica mercantil. De hecho, se atribuye la paternidad de la expresión *dumping*⁵⁹ al propio Jacob Viner, economista norteamericano cuyas obras datan de las primeras décadas del siglo XX. La explicación de la tardanza para legislar medidas contra el *dumping*, según J. Michael Finger⁶⁰, se encuentra básicamente en razones de índole política y serán mencionadas en los números siguientes de este trabajo.

La creación de la primera ley antidumping es mérito de los canadienses y por ello revisaremos algunos antecedentes en Canadá y luego en los Estados Unidos. Más adelante nos referiremos con brevedad a la incorporación de las normas antidumping en el GATT y al ingreso de las mismas en nuestro sistema jurídico.

B) LAS PRIMERAS LEGISLACIONES ANTIDUMPING.

1.- A NIVEL INTERNACIONAL.⁶¹

I.- EL PRIMER ANTECEDENTE: LEY ANTIDUMPING CANADIENSE DE 1904.

La primera ley antidumping en el mundo fue aprobada en Canadá, siendo el año de 1904. En el contexto político de esta ley encontramos al gobierno del Partido Liberal en la disyuntiva entre reducir el arancel o aumentarlo. Por un lado, su promesa de reducir el arancel fue parte fundamental de su oferta política y le permitió obtener votos de los granjeros, mientras conservarlo alto constituía un medio importante para obtener contribuciones de los fabricantes y así llevar la campaña del partido al público.

⁵⁹ Witker, Jorge y Ruperto Patiño Manffer. *Op. cit.*, p. 19.

⁶⁰ *Op. cit.* p.p. 16-17.

⁶¹ Por lo que concierne a los antecedentes en Canadá y Estados Unidos de América, este tema es una síntesis de la primera parte del capítulo 2 de la obra de Michael J, Finger, citada en la nota 57 y anterior, titulado "*The Origins and Evolution of Antidumping Regulation*" .p.p. 13-23 Por lo tanto, el hilo conductor de la exposición y las citas textuales corresponden a esa obra y al final de ellas se anota la página correspondiente a la misma. (Traducción libre del autor).

El partido liberal debía su mayoría a los granjeros canadienses: Previsiblemente, en caso no reducir del arancel, ese apoyo le sería retirado. Inclusive, en el partido las quejas contra el arancel alto fueron propagando un movimiento para dividirlo y crear así un partido independiente que hiciera suyo el interés de los granjeros.

Al mismo tiempo, los fabricantes de acero estaban presionando por más altos aranceles sobre los rieles de acero. Como las planicies occidentales canadienses fueron abiertas a los inmigrantes, el primer ferrocarril transcontinental de Canadá, (realizado en 1885), fue devengando utilidades atractivas y la construcción del ferrocarril en Canadá comenzó a florecer. La Corporación del Acero de los Estados Unidos, reconoció entonces una oportunidad para hacer negocios y se propuso vender rieles de acero a los ferrocarrileros canadienses. Los fabricantes canadienses de acero alegaron entonces que los acereros estadounidenses eran deslealmente (*unfairly*) agresivos y estaban incurriendo en *dumping* [literalmente: "dumpeando rieles"] de rieles hacia el mercado canadiense.

Hubiera resultado muy difícil para el gobierno canadiense no conceder un incremento arancelario sobre los rieles de acero; sin embargo, de aceptar inmediatamente el incremento, otros productores con los cuales existía alguna deuda política no tardarían en solicitar un incremento arancelario en favor de su causa: el aumento se extendería a otros productos de hierro y acero, textiles, equipo de granja y así sucesivamente.

El Ministro canadiense de finanzas W.S. Fielding, presentó su propuesta de solución en junio de 1904, y explicó la situación así:

Encontramos hoy que los países de alto arancel han adoptado ese método de comercio que ha venido a ser conocido como carnicería [*slaughtering*], o tal vez, la palabra más frecuentemente usada es *dumping*; es decir, que el trust o monopolio, habiendo obtenido el dominio y control de su propio mercado y percatándose de que tendría un excedente de bienes, se propone obtener el dominio de un mercado vecino y con el propósito de conseguir el control de ese mercado, pondrá a un lado todas las consideraciones razonables respecto al costo o justo precio de los bienes; el único principio reconocido es que los bienes deben ser vendidos y el mercado obtenido ... este *dumping* es maligno y nosotros proponemos enfrentarlo. (15)

Esta argumentación no fue novedosa, como tampoco lo fue el rechazo a lo extranjero. Lo nuevo en todo ello fue que el antidumping se convertiría en el instrumento a disposición de productores locales oportunistas que buscaban conseguir protección.

La esencia de la regulación antidumping propuesta se explica en el primer párrafo de la ley:

Dondequiera que aparezca, a satisfacción del ministro de aduanas ... que el precio de exportación ... es menor que el justo valor del mercado de la misma, como sea establecido conforme a las bases de valor para derecho previsto en la ley de Aduanas ... tales artículos, además del derecho que de cualquier manera tengan establecido, estarán sujetos a un derecho de aduana especial, igual a la diferencia entre el justo valor de mercado y tal precio de venta. (15)

No obstante su nueva orientación, la creación de las normas antidumping no fue sino otra manifestación de una práctica normal de su tiempo. De hecho, Canadá se había distinguido por emplear una serie de cambios hábiles y amañados en sus procedimientos de valoración aduanera, con el propósito de aumentar la protección. Incluso, el autor Mc. Diarmid refiere que la principal contribución de Canadá a las técnicas de restricción comercial consiste en dar a las ramas ejecutiva y administrativa [sic.] del gobierno, amplios medios de control sobre la tarifa efectiva para derechos de aduana, a través de la valuación artificial de bienes con motivo del pago de esos derechos aduaneros.

En principio, los fabricantes canadienses rechazaron la ley de 1904, pues al declarar ilegal el *dumping*, su principal argumento para demandar aranceles más altos se debilitaría. Pero tan pronto como la ley fue aprobada, el acero de los Estados Unidos aumentó sus precios en Canadá por el monto requerido en la ley, y este poder no pasó inadvertido para otros fabricantes. Por eso no es extraño que cuando el gobierno canadiense sostuvo audiencias con diversos fabricantes nacionales sobre la ley antidumping en 1905 y 1906, en ellas, además de respaldar su aprobación, los fabricantes ofrecieron sugerencias para "dar un efecto más práctico a la legislación", es decir, para reforzar el proteccionismo con base en la ley.

Siguiendo el ejemplo desplegado por Canadá con su ley antidumping, Australia y Nueva Zelanda aprobaron leyes similares y los Estados Unidos

comenzaron los primeros acercamientos legislativos con el propósito de regular el *dumping*. Para el año de 1921, Francia, Gran Bretaña y otros países de la Commonwealth británica contaban con leyes antidumping.

Como se había apuntado al inicio de este capítulo, la distancia que separa a la aparición de prácticas susceptibles de ser calificadas como *dumping* y la efectiva regulación en contra de las mismas, se explica en atención de una serie de factores de índole política, entre otros:

a) *La hostilidad hacia Alemania.* Viner apuntó que un propagandista insistía en que el gobierno alemán estaba acumulando vastos inventarios de mercancías destinadas al *dumping* [literalmente "in order to dump them": "destinadas a dumppearlas] en los mercados del mundo, para recuperar en el terreno económico lo que había perdido en el campo de batalla. A esta afirmación se sumó la convicción popular de que las empresas germanas eran particularmente proclives al *dumping*.

b) *El efecto halo de la expansión de los cárteles o trust.* A principios del siglo XX, flotaba en el ambiente el rechazo a los cárteles; y si éstos eran extranjeros su perversidad se exageraba. La competencia extranjera siempre ha sido vista con particular pavor.

A pesar de la exageración, el interés por regular los malignos cárteles depredatorios no fue un asunto trivial. En efecto, la rebaja de precios, empleada sólo a menudo lo suficiente para hacer creíble su amenaza, era una herramienta utilizada por los capitanes de la industria para crear y expandir trust, empujando a las empresas independientes fuera del negocio; Pero, éste no fue el objetivo usual de los cárteles. Mucho dinero se perdería y muchos activos dejarían de funcionar por precios rebajados severamente y durante un periodo de tiempo prolongado, de manera que una rápida fusión de empresas, benéfica para ambas compañías, sería lo mejor. Tal era la lógica seguida por las empresas en aquellos días.

c) *Altos aranceles por todas partes.* Todos los países, excepto la Gran Bretaña, contaban con un alto arancel en aquellos días. Estos aranceles sirvieron para aislar al mercado nacional del país que los aplicaba, permitiendo a las empresas nacionales la fijación de precios de manera monopólica y a la vez, protegerse de

las importaciones de bienes que ellas mismas vendían competitivamente en los mercados mundiales.

En los Estados Unidos, el argumento populista contra el arancel enfatizó cómo esa medida de comercio exterior permitía y protegía a los monopolios domésticos. El Secretario de Estado de Franklin D. Roosevelt, y autor del programa de acuerdos comerciales recíprocos de Estados Unidos de América, Cordell Hull, en su primer discurso como congresista de su país (1948) manifestó:

He dirigido un vigoroso ataque contra el arancel alto y los monopolios y trust que han crecido al amparo del mismo. Ninguna clase de esfuerzo para contener y reprimir a los cárteles violatorios (puede) tener éxito, a menos que dicho esfuerzo golpee al principal origen de su constante creación, el arancel protector. (17).

d) Canadá, creadora de una nueva manera de conseguir protección. Canadá fue pionera en el uso de los procedimientos de valoración aduanal como instrumentos de política comercial. Otros países con altos aranceles usaron procedimientos de valuación similares a los de Canadá y muchas de las innovaciones de éste país en el uso de esos procedimientos pronto fueron copiados por otros. Canadá había inventado una nueva forma para conseguir protección.

II.- LA EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACION ANTIDUMPING DE ESTADOS UNIDOS.

Para la mayoría de los países, el arancel constituyó el principal instrumento para regular las importaciones al comenzar el siglo XX (por ejemplo, en 1922 Estados Unidos incremento sus aranceles con la ley Fordney-Mc. Cumber). Los males (reales o supuestos) atribuidos a los cárteles extranjeros se introdujeron a las políticas comerciales como una justificación para imponer altos aranceles en muchos países y los Estados Unidos no fueron la excepción.

La historia de la legislación antidumping en Canadá difiere de su historia en los Estados Unidos. En este país, las primeras etapas de la regulación antidumping muestran un mejor acoplamiento entre la retórica y la mecánica

del asunto. En el Canadá, en cambio, la protección frente a la perversidad del poder monopólico no fue mas que la retórica del asunto. De esta manera, las primeras regulaciones antidumping norteamericanas fueron extensiones de la ley antitrust.

Esta prístina naturaleza del antidumping como extensión de la legislación antimonopolios no tardó en transformarse, pues no satisfizo el interés político de restringir las importaciones. El cambio en esa dirección se dio paulatinamente, conforme el antidumping iba separándose del esquema antimonopolios.

a) *Ley antitrust Sherman de 1890*. En ella se prohibió, bajo severas penas, todo contrato o combinación por contener el comercio interestatal o exterior y toda monopolización o intento de monopolizar ese comercio.

Sin embargo, la aplicación de la ley a ventas de importaciones fue severamente limitada por una decisión de la Suprema Corte de Estados Unidos, que rechazó la aplicación de la ley a ciertos contratos de venta celebrados en el país exportador, antes que en los Estados Unidos.

b) *Ley Arancelaria Wilson de 1894, sección 73*. En la sección 73 de ésta ley, el Congreso de los Estados Unidos pretendió extender el alcance de la ley Sherman a las importaciones para hacer ilegal toda conspiración o combinación que estuviera (1) Contratada para importación y (2) Que intentara restringir el comercio o incrementar el precio de un artículo importado a Estados Unidos. Hasta la fecha en que Viner escribió (1923), la ley se había invocado solamente una vez en contra de una asociación de banqueros e importadores del estado brasileño de Sao Paulo, quienes pretendían limitar las importaciones, con el propósito de arreglar fraudulentamente el precio del café en el mercado estadounidense.

c) *Ley antidumping de 1916*. Durante la Primera Guerra Mundial, el despertar del sentimiento antialemán, y la muy difundida convicción popular de que la empresas germanas eran particularmente proclives al *dumping* depredatorio, originaron en los Estados Unidos una presión constante en favor de un incremento en el arancel. Mas la administración del presidente Wilson, como el gobierno canadiense en 1904, no se arriesgaría abriendo el arancel a revisión y en vez de ello siguió el ejemplo canadiense al proponer una

legislación orientada específicamente contra el *dumping* extranjero. De acuerdo con las recomendaciones de la administración Wilson, el Congreso norteamericano en las secciones 800-801 de la Ley de Hacienda Pública de 1916, hizo ilegal importar bienes a un precio sustancialmente por debajo del “valor actual del mercado” en el país productor o en países a los cuales esos bienes eran comúnmente exportados, a condición de que hubiera un intento de dañar, destruir o impedir el establecimiento de una industria en los Estados Unidos o para restringir la competencia.

Acerca de esta ley, John J. Barceló (1991), en su examen de las leyes y de las acciones antidumping, encontró que a diferencia del atractivo señuelo de triples daños, únicamente un serio proceso privado formal se había llevado bajo esa ley -un proceso en 1970 por Radio Corporación Zenit contra Compañía Eléctrica Industrial Matsushita- Este proceso fue desechado en juicio sumario cuando Zenith no suministro hechos para sustentar una plausible teoría del *dumping* depredatorio.

Corría el año de 1916 cuando la Comisión Arancelaria de los Estados Unidos inició *motu proprio* una serie de estudios con el objeto de tener un conocimiento más exacto de la competencia extranjera en el mercado estadounidense y la experiencia canadiense con su ley antidumping. Las cuestiones más importantes del estudio se enfocaron a conocer con más detalle “la competencia desleal, efectuada por medio de la venta en Estados Unidos de artículos de origen extranjero a menor precio que el justo valor de mercado cuando se vendieran para el consumo interno en el país de origen”

La comisión notificó a 562 empresas así como a 13 asociaciones de productores o comerciantes susceptibles de verse en situación de competencia respecto de importaciones extranjeras. La lógica de la fórmula del costo-igualación, que dominó las políticas proteccionistas norteamericanas, fue aplicada en esos días con argumentos similares a los que justificaron la aplicación de aranceles más altos. No hubo discriminación entre competencia desleal y competencia severa. Como en Canadá durante 1904, la voz que demandaba la acción antidumping fue la misma voz de la protección habitual.

d) *La ley antidumping de 1921.* La ley antidumping de 1916 no tuvo los méritos suficientes para calmar la presión por una ley al estilo canadiense, así que las propuestas por una ley como ésta fueron introducidas pronto al Congreso norteamericano. Y aunque la mayoría de las demandas por

competencia extranjera no eran contra exportadores cuyas ventas fueran a un precio más bajo en los Estados Unidos que en sus propios mercados domésticos, la comisión continuó recomendando una ley similar a la de Canadá.

El congreso norteamericano aprobó una ley al estilo canadiense en 1921. La actual ley norteamericana tiene sus antecedentes precisamente en ella. La ley faculta a la Secretaria del Tesoro (cuyo departamento incluyó el servicio de aduanas) para imponer un derecho especial antidumping cuando determinase que una industria norteamericana estuviera siendo dañada o probablemente estuviera siendo dañada o se impidiera su establecimiento por las importaciones de un producto a un precio por debajo de su justo valor en el país de exportación o en otros mercados de exportación. Desde entonces, el Congreso asignó la determinación del daño a la Comisión de Comercio Internacional de Estados Unidos y ha presionado al Presidente para asignar la determinación de *dumping* al Departamento de Comercio. Este esquema legal ha permanecido casi intacto, aunque se han incrementado los detalles técnicos a través de numerosas enmiendas.

Los cambios en la leyes antidumping de Estados Unidos de 1890 a 1921.

Como extensiones de la legislación antitrust, las primeras regulaciones contra importaciones en condiciones de *dumping* en los Estados Unidos de América compartían la forma de aplicación y los patrones de prueba del sistema antitrust. Las reformas posteriores introdujeron cambios en ambas dimensiones. El objeto de la regulación legal pasó de los cárteles a las importaciones y el medio jurídico para su establecimiento varió de un instrumento legal a un procedimiento burocrático.

Cambio de criterio: la naturaleza de la ofensa.

El mayor cambio introducido por las reformas legales estriba en el cambio de criterio, al pasar de un patrón antitrust al de "daño por las importaciones". La ley de 1916 eliminó la necesidad de identificar una conspiración o combinación de vendedores organizados para cometer algún acto hacia semejante fin. La ofensa, bajo la ley de 1916, es simplemente la venta de importaciones por debajo del valor actual de mercado de los bienes. Y aunque

la ley de 1916 mantiene el lenguaje de que esta fijación de precio es ilegal si tiene por propósito restringir la competencia, la ley agregó una segunda condición mas fácil: el intento de dañar a la industria de Estados Unidos. La ley de 1921 complementa el cambio de criterio. Cualquier mención referida al criterio antitrust -conspiración, combinación o restricción de la competencia- fue desechada. El patrón del antitrust "daño a la competencia" ha sido reemplazado por uno de "desviación de negocios", la clase de desviación que es una parte normal del proceso competitivo. De esta manera se crea un remedio consistente en la restricción comercial, previsto contra la fijación de precios para ganar compradores sólo si esa fijación es por una empresa extranjera y los compradores son los domésticos, mas no cuando las dos partes de la relación comercial son locales

Los Patrones de prueba.

La ley de 1921 difiere de la de 1916 en dos aspectos: (1) El criterio de daño de la primera no está precedida por las palabras "intento de" y (2) su aplicación es un asunto más administrativo que judicial; más procedimental que procesal.

Los proponentes de la acción antidumping utilizan la palabra "*intento*" para explicar porque la ley de 1916 no ha engendrado ninguna restricción a las importaciones. Un "*Intento*", arguyen, es difícil de probar; si el concepto *efecto* hubiera sido usado, la ley habría funcionado.

Para algunos, el defecto de la acción bajo la ley de 1916 y leyes previas en contra de la depredación extranjera es un signo de que no había dicha depredación, o por lo menos no era tan grave como lo insistió la retórica política. Después de todo, la ley de 1916 había sido el tercer intento para establecer legislativamente las bases para perseguir esa depredación.

Existen otros fundamentos para argumentar que la inserción de la palabra "intento" no implicó un cambio significativo. De manera similar a la ley de 1921, la sección 316 de la ley arancelaria de 1922 no calificó su cláusula de daño con la palabra intento. La diferencia entre ambas fue que la aplicación de la sección 316 se haría bajo la estricta tradición de la legislación antimonopolios. Viner, destacando este aspecto de la sección 316 concluyó que ésta no sería efectiva.

Un nuevo argumento surge del experimento mental de insertar la palabra "intento" en la cláusula de daño de la ley antidumping de 1921. Parece

improbable que la palabra adicional cambiaría la forma en que la cláusula es interpretada hoy día, o sea, cualquiera que ofrece bienes en venta con el intento de ganar la venta a cualquier otro. De esta manera, en un contexto administrativo, libre de los precedentes del sistema jurídico, es improbable que la palabra intento hubiera limitado las circunstancias bajo las cuales el daño sería encontrado.

En conclusión, el limitado alcance de la ley de 1916 se debe a que es un remedio legal, una parte de la ley criminal y por lo tanto sujeta a las estrictas reglas de significado aplicables a esa ley. Las cortes tomaron la ley antitrust como el contexto legal relevante para dar significado a los términos de la ley y en este contexto, la ley de 1916 era interpretada para requerir el standard de "daño a la competencia".

La ley de 1916 dejó insatisfacción política, no jurídica. Y en política, esa insatisfacción sólo desaparecería hasta la aprobación de una ley al estilo canadiense. Para efectuar ese cambio y restringir las importaciones con mayor efectividad era menester sustituir en el nuevo ordenamiento jurídico el enfoque legal (es decir, procesal) por uno administrativo.

La ley antidumping australiana hizo expreso el cambio de un proceso legal a un procedimiento administrativo. En 1906, cuando la ley fue remitida a la Alta Corte de Australia, se estableció que los procedimientos de la misma no estaban sujetos a las reglas de la jurisprudencia general y de la evidencia. Los Estados Unidos y Canadá efectuaron el mismo cambio para construir una regulación antidumping con tendencia administrativa y por tanto, no sujetas a las reglas generales aludidas.

El cambio de los criterios, al pasar de un régimen probatorio legal a uno administrativo, ha permitido al sistema antidumping mayor flexibilidad frente a las formalidades y rigidez que el sistema legal confiere a los procesos judiciales. Esto ha permitido legalmente a los gobiernos intervenir en favor de las industrias afectadas por la competencia internacional, que presionan por conseguir protección, en no pocas ocasiones, degenerando en proteccionismo.

La regulación antidumping fue ganando su lugar como importante instrumento para restringir las importaciones a través de sucesivas enmiendas.

En Australia, Sudáfrica y especialmente en Canadá, las enmiendas a la cláusula canadiense antidumping (1921 y 1930) confirieron mayor flexibilidad para su interpretación, situación aprovechada inmediatamente por los administradores de aduanas. Estas reformas consistieron en precisar que el

justo valor de mercado no sería, en ningún caso "menos que el actual costo de producción de bienes similares, más un razonable aumento por costos de venta y ganancia". Naturalmente, el ministro de aduanas tenía amplio margen de discrecionalidad para determinar el monto del costo actual y la ganancia razonable, facultad por la cual, de hecho, el mismo funcionario canadiense y sus consejeros se convirtieron en el árbitro final del "justo valor de mercado".

III.- EL ANTIDUMPING EN EL GATT.

En 1902 se suscribió entre diversos países europeos un acuerdo para evitar el *dumping* respecto al azúcar. A falta de acuerdos entre los estados miembros de la comunidad internacional, algunos de ellos comenzaron a legislar individualmente.⁶² Es el caso de Canadá en 1904. Estados Unidos de América puso en vigor su Ley Antidumping en 1921, complementada por el Reglamento Aduanero. Y aunque en éste último país, como ya hemos visto, existen otros antecedentes, en 1921 se consolida el sistema antidumping en la versión más aproximada a la actual.

La proliferación de las legislaciones antidumping motivó el interés acerca del tema y el mismo fue considerado por la Liga de las Naciones y por la Conferencia Económica Internacional de 1930. Ante la diversidad de ordenamientos nacionales antidumping, se hizo necesario darle uniformidad a tales disposiciones, sin desconocer el derecho de los Estados para enfrentar el *dumping* como una conducta desleal en el comercio internacional. Se otorgaría así mayor seguridad jurídica, limitando la aplicación de medidas antidumping únicamente a los casos en que esa práctica desleal existiera. En esos días, como ahora, la preocupación fue evitar un proteccionismo disfrazado.

En los trabajos preparatorios del GATT el tema fue abordado y los esfuerzos cristalizaron en la redacción del artículo VI del mismo acuerdo. Este artículo contempla el asunto de los derechos antidumping y los compensatorios. La historia de la negociación del GATT refiere que ninguna delegación nacional insistió demasiado para incluir en el texto del acuerdo alguna estipulación o norma antidumping. La inclusión de tales mecanismos en el texto del acuerdo, su reconocimiento formal, preocupó a más de uno en caso

⁶² Álvarez, Juan Antonio y Claudio Lizana. *Dumping y Competencia Desleal Internacional*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1995. p.p. 81, 82.

de que fuesen utilizados excesivamente, pues ello implicaría comprometer los objetivos mismos del acuerdo.

A pesar de esa preocupación fundada, los comités redactores concluyeron, sin controversia, en la necesaria inclusión de algunas normas referidas al *dumping* y los derechos compensatorios, cuyo resultado material se plasmó en el artículo VI.⁶³

El acuerdo entró en vigor en 1948 y durante las dos primeras décadas de su vigencia, las disposiciones antidumping en él reconocidas y su aplicación se consideraron un asunto de menor relevancia. Hasta 1958, las partes contratantes del GATT comenzaron a discutir seria y detenidamente acerca del uso de la normatividad contra el *dumping* dentro de esa primera década de vigencia. En esas condiciones, fue publicado un estudio de problemas derivados de la aplicación de derechos antidumping y compensatorios. Se reveló que hasta mayo de 1958, un total de 37 decretos antidumping se hallaban en vigor en todos los miembros del GATT, 22 de ellos en Sudáfrica. Sin embargo, no era eso todo. El reporte del GATT aclaró que esa cantidad no incluía cálculos para Canadá y Nueva Zelanda, debido a la facultad de las autoridades aduaneras de esos países para dictar medidas sin necesidad decreto previo y por consiguiente, una enumeración comparable con la de otros países fue imposible.

Como puede intuirse, la redacción del artículo VI resultó muy amplia. Esto impulsó a las partes contratantes del GATT a especificar y detallar más las normas antidumping. El estudio publicado en julio de 1958 por la Secretaria General del Acuerdo incluyó el análisis de las leyes y prácticas de ocho países que tenían legislación sobre la materia. Quedaron a la vista las divergencias en prácticas de diversos países y sobre esa base, las partes contratantes designaron a un grupo de expertos para tratar el tema, cuyos trabajos iniciaron en 1959. Posteriormente continuó sus labores en la Ronda Kennedy (1964-1967), culminando en Ginebra el 30 de junio de 1967 con la suscripción del Acuerdo Relativo a la Interpretación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (Código Antidumping). Este Código fue suscrito por 18 países, principalmente los desarrollados, y representó el primer acuerdo sobre barreras no arancelarias al comercio. El Código entró en vigor el 1 de julio de 1968.

⁶³ Finger, J. Michael. *Op. cit.* p. 25.

La Ronda Kennedy fue sucedida por la Ronda Tokio. En ésta se concluyeron las negociaciones respecto a las subvenciones y con ello, las partes contratantes se percataron de la necesidad de armonizar las normas del Código Antidumping de 1967 en relación con sus similares del nuevo Código de Subvenciones, principalmente las referidas a la determinación de la existencia de daño; compromisos entre los exportadores y el país importador; el establecimiento y percepción de derechos antidumping.

Como resultado de ese proceso de armonización y revisión fue suscrito el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, cuya principal innovación fue la eliminación del requisito del *dumping* como la "causa principal" del daño⁶⁴. El Código revisado entró en vigor en 1980 para los países que lo habían aceptado a esa fecha y su aceptación implicaba automáticamente la denuncia del código anterior. Se creó también un Comité de Prácticas Antidumping, con la finalidad de dar un mayor entendimiento y aplicación al nuevo Código.

El nuevo ordenamiento fue nombrado "Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio", aunque para efectos prácticos se abrevió con el nombre de "Código Antidumping". En el preámbulo del Código se reconoce que el *dumping* no debe ser un obstáculo para el comercio y que solo se aplicarían derechos antidumping cuando se causara daño, amenaza de daño o retraso sensible en una producción. También se reconoció la necesidad de normar el procedimiento de investigación contra esa práctica desleal.

En el artículo 3 se encuentran las disposiciones concernientes al daño y a continuación las transcribimos textualmente, incluyendo sus notas aclaratorias respectivas.

Artículo 3.

Determinación de la existencia de daño.(),(**)*

1. La determinación de la existencia de daño a los efectos del artículo VI del Acuerdo General se basará en pruebas positivas y comprenderá un examen objetivo : a) del volumen de las importaciones objeto de dumping y su efecto en los precios de productos similares en el mercado interno y b) de los efectos

⁶⁴ Alvarez, Juan Antonio y Claudio Lizana. *Op. cit.* p. 82

consiguientes de esas importaciones sobre los productores nacionales de tales productos.

2. Con respecto al volumen de las importaciones objeto de dumping, la autoridad investigadora tendrá en cuenta si ha habido un aumento considerable de las importaciones objeto de dumping, en términos absolutos o en relación con la producción o el consumo del país importador. Con respecto a los efectos de las importaciones de dumping sobre los precios, la autoridad investigadora tendrá en cuenta si se ha puesto a las importaciones objeto de dumping un precio considerablemente inferior al de un producto similar del país importador, o bien si de otro modo el efecto de tales importaciones es hacer bajar los precios en medida considerable la subida que en otro caso se hubiera producido. Ninguno de esos factores aisladamente ni varios de ellos juntos bastarán necesariamente para obtener una orientación decisiva.

3. El examen de los efectos sobre la producción nacional de que se trate incluirá una evaluación de todos los factores e índices económicos pertinentes que influyan en el estado de esa producción, tales como la disminución actual y potencial del volumen de producción, las ventas, las participaciones en el mercado, los beneficios, la productividad, el rendimiento de las inversiones o la utilización de la capacidad; los factores que repercutan en los precios internos; los efectos negativos actuales o potenciales en el flujo de caja ("cash flow"), las existencias, el empleo, los salarios, el crecimiento, la capacidad de reunir capital o la inversión. Esta enumeración no es exhaustiva, y ninguno de esos factores aisladamente ni varios de ellos juntos bastarán necesariamente para obtener una orientación decisiva.

*4. Habrá de demostrarse que, por los efectos*** del dumping, las importaciones objeto de dumping causan daño en el sentido del presente Código. Podrá haber otros factores**** que al mismo tiempo perjudiquen a la producción, y los daños causados por ellos no se habrán de atribuir a las importaciones objeto de dumping.*

5. El efecto de las importaciones objeto de dumping se evaluará en relación con la producción nacional del producto similar cuando los datos disponibles permitan identificarla separadamente con arreglo a criterios tales como: el proceso de producción, el resultado de las ventas de los productores, los beneficios. Cuando la producción nacional del producto similar no tenga una identidad separada con arreglo a dichos criterios, el efecto de las importaciones objeto de dumping se evaluará examinando la producción del grupo o gama más restringido de productos que incluya el producto similar y a cuyo respecto pueda proporcionarse la información necesaria.

6. La determinación de la existencia de una amenaza de daño se basará en hechos y no simplemente en alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas. La modificación de las circunstancias que daría lugar a una situación en la cual el dumping causaría un daño deberá ser claramente prevista e inminente.****

7. Por lo que respecta a los casos en que las importaciones objeto de dumping amenacen causar un daño, la aplicación de medidas antidumping se estudiará y decidirá con especial cuidado.

* En el presente Código se entenderá por "daño", salvo indicación en contrario, un daño importante causado a una producción nacional, una amenaza de daño importante a una producción nacional o un retraso sensible en la creación de esta producción, y dicho término deberá interpretarse de conformidad con las disposiciones del presente artículo.

** En el presente Acuerdo, el término "daño" designa el concepto expresado con la palabra "perjuicio" ("injury") en la actual versión española del Artículo VI del Acuerdo General. (Esta nota solo concierne al texto español).

*** Según se enuncian en los párrafos 2 y 3 del presente artículo.

**** Estos factores podrán ser, entre otros, el volumen y los precios de las importaciones no vendidas a precios de dumping, la contracción de las demandas o variaciones en la estructura del consumo, las prácticas comerciales restrictivas de los productores extranjeros y nacionales y la competencia entre ellos, la evolución de la tecnología y los resultados de la actividad exportadora y la productividad de la producción nacional.

***** Un ejemplo de ello, si bien de carácter no exclusivo, es que existan razones convincentes para creer que en el futuro inmediato habrá un aumento sustancial de las importaciones del producto a precios de dumping.

Tres elementos son constantes en la normatividad contra el dumping, en el asunto de la determinación de la existencia del daño: A) Un aumento considerable en las importaciones, B) El efecto sobre los precios internos y finalmente, C) El efecto sobre la producción de que se trate.

Además, queda clara la amplitud del concepto daño utilizado por el Código Antidumping: abarca al daño, la amenaza de daño o el retraso sensible en la creación de una producción nacional.

IV. LOS ACUERDOS ANTIDUMPING EL "CODIGO" (CAD) Y EL "ACUERDO" (AAD). ALGUNAS DIFERENCIAS.

El nombre completo de este cuerpo normativo internacional es "Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio", sin embargo existen dos versiones. Una pertenece a la Ronda Tokio y entró en vigor en 1980. El más reciente es el emanado de la Ronda Uruguay del GATT, en 1994, con la creación de la Organización Mundial

del Comercio (OMC). Para diferenciarlos se han acuñado, respectivamente, las expresiones “Código Antidumping” (CAD) y “Acuerdo Antidumping” (AAD).

Entre ambos ordenamientos reglamentarios del artículo VI del GATT existen algunas diferencias que es válido abordar en esta parte histórica, para tener una orientación acerca del sentido en que ha evolucionado esta materia a nivel internacional.

El CAD estaba integrado por 16 artículos, divididos en tres partes. El artículo primero aborda los “principios”; el segundo se refiere a la “determinación de la existencia del *dumping*”; el artículo 3 se refiere a la determinación de la existencia de daño”; el cuarto aborda la “definición del término ‘producción’”. El asunto del artículo cinco es la “iniciación y procedimiento de la investigación”, complementado con el sexto, relativo a las “pruebas”; el siete se refiere a los “compromisos relativos a los precios”; el “establecimiento y percepción de los derechos antidumping” corresponde al artículo 8; la “duración de los derechos antidumping” la estableció el artículo 9, mientras el décimo se refería a las “medidas provisionales”. La “retroactividad” de las medidas provisionales y los derechos antidumping era tema del artículo 11. “Medidas antidumping en favor de un tercer país” eran las disposiciones contenidas en el artículo 12. La previsión para los “países en desarrollo” se contempló en el artículo 13. El “Comité de Prácticas Antidumping” fue creado en el artículo 14. Algunos mecanismos como “consultas, conciliación y solución de diferencias” correspondían al artículo 15 y las “disposiciones finales” del acuerdo daban forma al artículo 16.

El AAD conserva una estructura similar al CAD. De hecho, los seis primeros artículos tienen el mismo nombre, sin embargo el cuarto se denomina “definición de rama de producción nacional”. El artículo siete se titula “medidas provisionales”; el ocho contiene las normas relativas a los “compromisos relativos a los precios”; el noveno se refiere al “establecimiento y percepción de derechos antidumping”. La retroactividad de los mismos es asunto del numeral 10. La “duración y examen de los derechos antidumping y de los compromisos relativos a los precios” es materia del artículo 11. “Aviso público y explicación de las determinaciones” se detallan en el número 12. Corresponde al artículo 13, en un sólo párrafo, una norma respecto a la “revisión judicial”. Las normas acerca de las “medidas antidumping en favor de un tercer país” son materia del artículo 14. Una previsión para los “países en

desarrollo Miembros” puede leerse en el artículo 15. El “Comité de Prácticas Antidumping” aparece en el AAD bajo el artículo 16. Las “consultas y solución de diferencias” es el asunto que toca al artículo 17. Por último, las “disposiciones finales”, integran al artículo 18 del AAD.

Si bien pareciera que no existen diferencias esenciales en cuanto al contenido de los artículos del AAD frente al CAD, la verdad es que se han reforzado algunas partes de aquel. Una diferencia que no puede apreciarse del contenido de los artículos de ambos ordenamientos es quizá, la más importante de todas: ha variado la condición del CAD al AAD. En efecto, bajo la OMC, la suscripción del arsenal de instrumentos internacionales que le corresponde administrar ha dejado de ser facultativa, como lo era en el GATT. Dentro de ese conjunto de acuerdos de la OMC se encuentra el AAD, y todo país que quiera ser Miembro de la organización citada, obligatoriamente ha de suscribir los acuerdos como el AAD, el ASMC, o el AS, por ejemplo.

Por otra parte, existe una serie de innovaciones en el AAD frente al CAD. Con seguridad, una de las más relevantes sea el que se hayan detallado con mayor precisión las normas acerca de la determinación de la existencia de *dumping*. En lo que concierne a la regulación del daño a la rama de producción nacional, los cambios más significativos se presentan en materia de acumulación de importaciones presuntamente objeto de *dumping*. De igual forma, en lo tocante a la amenaza de daño, se han precisado las normas relativas a los factores que la autoridad investigadora ha de considerar para fundamentar una amenaza de daño a la producción nacional.

El mismo sentido, se ha cambiado el concepto de “producción” por el de “rama de la producción nacional”. La incorporación del margen *de minimis* es otra innovación del AAD. El margen de *dumping* se considera *de minimis* “cuando sea inferior al 2 por ciento, expresado como porcentaje del precio de exportación” (art. 5.8). Algo similar sucede con el volumen de importaciones insignificante y esto sucede cuando se establece que las procedentes de un país “representan menos del 3 por ciento de las importaciones del producto similar en el Miembro importador, salvo que los países que representan menos del 3 por ciento de las importaciones del producto similar en el Miembro importador representen en conjunto más del 7 por ciento de esas importaciones.” (art. 5.8).

A la luz de las reformas antes aludidas, entre el CAD y el AAD puede notarse que se han perfeccionado más las técnicas para determinar la existencia del *dumping*, mientras que la vertiente de la determinación del daño a la

producción nacional aun no ha logrado depurarse como es deseable, pues precisamente, las dificultades consustanciales al mismo han sido objeto de ataque por los críticos del sistema antidumping.

2.- EN MEXICO.

I.- INTRODUCCION.

En nuestro país, la publicación de la primera ley antidumping es muy reciente. Su aparición coincide con una etapa de cambio en la economía nacional durante la segunda mitad de la década de los 80, etapa que ha sido denominada por el economista Leopoldo Solís⁶⁵ como "periodo de *ajuste macroeconómico y apertura comercial*" secundado, según el mismo autor, por un "periodo de *profundización del cambio estructural*" de la economía. Ambos periodos se distinguen por la redefinición del papel del Estado, así como por la orientación al libre mercado y el proceso de integración comercial con el mercado más grande del mundo (el mercado norteamericano). En fin, campea en nuestro país, desde esas fechas, el proyecto neoliberal⁶⁶.

Ese cambio estructural de la economía mexicana implicó, en materia de comercio exterior, la suscripción del GATT en el año de 1986. Cabe decir que la intención del gobierno mexicano para incorporar a nuestro país al GATT en calidad de Parte Contratante, se manifestó desde algunos años antes a su incorporación formal. En 1979 fue comenzada una negociación tendiente a conseguir la incorporación de México a ese Acuerdo General. Nuestros negociadores solicitaron que México fuera considerado un país en vías de

⁶⁵ *Medio Siglo en la Vida Económica de México: 1943-1993*. 1a ed. El Colegio Nacional. México, 1994. p. 6.

⁶⁶ "Como ya se apuntó, el proyecto neoliberal pretende ser una respuesta integral a la crisis actual del capitalismo. [...] La expresión teórica de estos cambios se sintetiza en el renacimiento de la doctrina económica neoclásica que postula el restablecimiento de los mecanismos automáticos del sistema económico y la máxima dependencia, para su regulación, del libre juego de las fuerzas del mercado.

[...]

"En el mismo sentido de restablecer las condiciones funcionales de autorregulación de la economía, se hacen proposiciones de política económica como las siguientes: reducir al mínimo posible la participación del Estado en la economía así como su función reguladora; [...] y, finalmente, liberar de trabas proteccionistas al intercambio de mercancías y capitales entre las naciones." Cordera, Rolando y Carlos Tello. *México: La disputa por la nación (perspectivas y opciones de desarrollo)*. 8a ed. Siglo Veintiuno Editores. México, 1989. p.p. 82, 83.

desarrollo, con el propósito de mantener medidas proteccionistas en actividades agropecuarias, sustituir permisos de importación por aranceles y conservar estímulos y apoyos para la producción exportable, de acuerdo con el plan de desarrollo industrial. Sin embargo, la negociación fue suspendida al año siguiente, en 1980, al señalar el entonces Presidente de la República, José López-Portillo que “no se recogen los elementos plenamente necesarios de protección e impulsos que requiere la flexibilidad de nuestro desarrollo económico”.⁶⁷

A partir de 1980 comenzaron a sujetarse a permiso previo de importación los bienes suntuarios y al año siguiente, ese instrumento de regulación del comercio exterior “vuelve a ser el principal instrumento de la política comercial, ya que después de cubrir el 83 por ciento de la importación total de ese año, para septiembre de 1982, lo hace también con el 27 por ciento restante (sic.) de esta importante actividad.” “Se puede considerar que en esta etapa no existió una política comercial consistente...”⁶⁸

La crisis petrolera confirmó la necesidad de suscribir el GATT y desmintió por completo la tesis de un México productor de materias primas, aislado de la competencia internacional. El 27 de noviembre de 1985 fue presentada la solicitud de México ante el GATT, con lo que inició el proceso de adhesión. A continuación, esta organización internacional *de facto*, designó un comité integrado por diversas partes contratantes miembros de la misma, a fin de que estudiaran la viabilidad de la adhesión. El Protocolo de Adhesión al GATT fue presentado al Senado mexicano para que lo ratificará, lo que fue hecho el día 26 de agosto de 1986.

La adhesión de nuestro país al Acuerdo General conllevó una serie de importantes transformaciones en el marco jurídico mexicano. En primer lugar, por virtud del artículo 133 de nuestra Constitución el GATT devino Ley Suprema de la Unión. Además, en materia de la práctica desleal conocida como *dumping* se suscribió el llamado Código Antidumping (CAD)⁶⁹, cuyas disposiciones (entre ellas, las referidas al daño y su determinación), al ser ratificadas por el Senado mexicano también adquirieron el carácter de Ley Suprema.

⁶⁷ Solís, Leopoldo. *Op. cit.* p. 95.

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ Publicado en el DOF el 21 de abril de 1988.

Gran cantidad de leyes y reglamentos fueron modificados o derogados y nuevas leyes fueron expedidas. Entre las nuevas leyes creadas con el propósito de adecuación a la nueva realidad, surge la Ley Reglamentaria del Artículo 131 Constitucional en Materia de Comercio Exterior (LRMCE). A la expedición de ésta ley sigue la de un Reglamento Contra Prácticas Desleales de Comercio Internacional (RCPD). A continuación presentamos una brevísimas reseña del contenido de ambos ordenamientos jurídicos, destacando los aspectos que interesan para los propósitos del presente trabajo.

II. LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTICULO 131 CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE COMERCIO EXTERIOR (LRMCE).

Esta ley fue publicada en el DOF. el día 13 de enero de 1986 y entró en vigor al día siguiente. La integran 29 artículos y siete transitorios. Los antecedentes inmediatos de la misma son, por una parte, la Ley Reglamentaria del Párrafo Segundo del Artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁷⁰ y los artículos 9 y 10 de la Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica. En el primer artículo se estableció la facultad del Ejecutivo "para imponer restricciones a la importación o exportación, cuando así lo requieran las condiciones de la economía nacional y el mejor abastecimiento de las necesidades del país". Los permisos de importación o exportación se entregarían directamente a los importadores, rechazándose los intermediarios.

De acuerdo con el artículo 10, los productores que exportasen materias primas o productos manufacturados estaban en la obligación de satisfacer primeramente la demanda del consumo nacional antes que exportar "en la inteligencia de que en estos casos el precio en el interior del país no podrá ser más alto que el precio del mercado exterior, para el artículo de que se trate, menos impuestos, fletes, seguros y demás gastos necesarios para efectuar la venta en el extranjero."

La LRMCE abrogó aquella ley reglamentaria del segundo párrafo y éstas disposiciones legales. No es extraño que bajo el contexto económico en que regían esas disposiciones, su utilización fuera eminentemente proteccionista.

⁷⁰ Publicada en el DOF el día 5 de enero de 1961.

Tres capítulos componen a la hoy abrogada LRMCE. El primero comprende las disposiciones generales; el segundo se titula "Restricciones a la Exportación e Importación" (en el están comprendidas las disposiciones respecto a la prácticas desleales de comercio internacional, del artículo 7 al 19) y el último se denomina "Inspección y Vigilancia, Sanciones y Recursos Administrativos".

El artículo primero de la LRMCE establece que las disposiciones de la misma son de orden público y de interés general. "Tienen por objeto regular y promover el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional o de realizar cualquier otro propósito similar en beneficio del mismo" a cuyo fin se facultaba al Ejecutivo Federal para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas arancelarias de las tarifas de exportación y para crear otras; establecer medidas de regulación y restricción a las exportaciones o importaciones como las " cuotas compensatorias, provisionales y definitivas, a la importación de mercancías en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional". La aplicación de la cuota compensatoria era independiente de la aplicación del arancel respectivo de la mercancía correspondiente. La imposición de cuotas compensatorias se publicaría mediante acuerdos o resoluciones de la SECOFI, (Ahora SE) previa opinión de la extinta Comisión de Aranceles y Controles al Comercio Exterior.

El artículo 7, en sus dos fracciones, contempló como las prácticas desleales de comercio internacional, el *dumping* y las subvenciones, respectivamente. En lo que se refiere al *dumping*, consideró como tal "la importación de mercancías a un precio menor al comparable de mercancías idénticas o similares destinadas al consumo en el país de origen o procedencia" en el curso de operaciones comerciales normales y en defecto de ese precio comparable o en caso de que no fuera representativo, señaló, sucesivamente, el precio de exportación de la misma mercancía del país productor a un tercer país y finalmente estableció la técnica del precio comparable reconstruido en base al costo de producción, una utilidad razonable, más los gastos de transporte y venta.

"Las personas físicas o morales que introduzcan mercancías al territorio nacional en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional, están obligadas a pagar una cuota compensatoria para no afectar la estabilidad de la producción nacional u obstaculizar el establecimiento de nuevas industrias o el desarrollo de las existentes". Tal era la fórmula del artículo 8 de la ley en comento.

La redacción podría originar dudas, pues como en la ley no había expresamente la referencia de probar el daño a la producción nacional, pareciera como si este supuesto no fuese necesario. Se aplicarían cuotas compensatorias sin necesidad de probar el daño a la producción nacional, bastando solo la prueba del *dumping*.

El artículo 14 complementó la idea de no probar el daño, al establecer la facultad del ejecutivo federal para negociar con otros países la "prueba de daño", es decir, Se aplicarían cuotas compensatorias probando el *dumping* y el daño a la producción nacional solo respecto de aquellos países con los que el nuestro tuviese suscrita la prueba de daño, y con los que no hubiera un acuerdo semejante, bastaría con probar el *dumping* para aplicar la cuota compensatoria.

Sin embargo, como el daño es uno de los elementos requeridos por el GATT y por ser esta Ley Suprema de la Unión, consideramos indispensable la prueba del daño.

En cuanto al monto de la cuota compensatoria, esta comprendería la diferencia entre el precio inferior y el precio comparable y en caso de que la misma mercancía fuera objeto de subvenciones, comprendería el monto de la misma.

El artículo 9 concedió a SECOFI la facultad de establecer cuotas compensatorias provisionales.

El artículo 10 determinaba el requisito de la representatividad de los productores nacionales. Las personas físicas o morales productoras de la mercancía idéntica o similar a la que se estuviera importando o fueran a importarse a precios *dumping* y "representen , por sí mismas o agrupadas, cuando menos el 25 por ciento de la producción nacional de dichas mercancías o las organizaciones legalmente constituidas de productores de las mismas, podrán denunciar a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial los hechos que ameriten la determinación de la cuota compensatoria ...", indicando el mismo artículo los requisitos de la denuncia.

En un plazo poco realista, el legislador contempló que la autoridad administrativa debería emitir una resolución provisional en cinco días hábiles, estableciendo o no cuota compensatoria provisional y determinado si continuaría o no la investigación de la práctica desleal.

A los treinta días hábiles posteriores al que surta efectos la resolución provisional, la misma sería revocada, modificada o confirmada, con base a la

información que aportaran los productores nacionales, importadores y la misma que se hubiere allegado la propia SECOFI.

En un plazo de seis meses posteriores a la fecha en que surta efectos la resolución provisional, se dictaría la resolución definitiva procedente, que como la primera, serían publicadas en el DOF.

Muy importante para los propósitos de nuestro trabajo resulta el artículo 15 de la LRMCE, que transcribimos íntegro:

Artículo 15. La determinación de que la importación de mercancías causa o amenaza causar daño o perjuicio a la producción nacional u obstaculiza el establecimiento de industrias, la hará la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial considerando los criterios previstos en los convenios a que se refiere el artículo anterior, o en su defecto, cuando menos, los elementos siguientes:

I . El volumen de la importación de mercancías objeto de prácticas desleales de comercio internacional, para determinar si ha habido un aumento considerable de las mismas, en relación con la producción o el consumo interno del país.

II . El efecto que sobre los precios de productos idénticos o similares en el mercado interno, causa o puede causar la importación de mercancías en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional, para lo cual deberá considerarse si la mercancía importada se vende en el mercado interno a un precio considerablemente inferior al de los productos idénticos o similares, o bien, si el efecto de tales importaciones es hacer bajar los precios anormalmente o impedir en la misma medida el alza razonable que en otro caso se hubiera producido.

III . El efecto causado o que pueda causarse sobre los productores nacionales de mercancías idénticas o similares a las importadas, considerando todos los factores e índices económicos pertinentes que influyan en la producción y ventas, tales como su disminución apreciada o potencial; la participación en el mercado; el rendimiento de las inversiones; la utilización de la capacidad instalada; los factores que repercuten en los precios internos; los efectos negativos apreciados y potenciales en el empleo, los salarios, el crecimiento, la inversión y demás elementos que considere convenientes.

Estos tres elementos son los mismos en el Código Antidumping y con muy ligeras variaciones en el Acuerdo Antidumping y la propia LCE. Conviene resaltar la tendencia civilista expresada en la frase: "causa o amenaza causar daño o perjuicio a la producción nacional".

Los importadores o cualquier otra persona que pudiera verse afectada por el establecimiento de cuotas compensatorias se hallaba facultada para pedir a SECOFI la modificación de su resolución, en caso que hubiera sido modificada la diferencia de precios,

La vigencia de la cuota compensatoria estaba fijada por el artículo 19. Estarían en vigor "hasta que se declare que han cesado las prácticas desleales de comercio internacional" La declaratoria de que el *dumping* había desaparecido la haría SECOFI, cuando los exportadores modificaran sus precios eliminando las causas que determinaron su imposición o bien, si los mismos exportadores se obligaban ante SECOFI a limitar sus exportaciones a nuestro país, en la cantidad conveniente, caso en el cual no se aplicarán cuotas compensatorias.

Finalmente, los artículos 20 al 29 estaban encaminados a regular las infracciones administrativas y los recursos administrativos de la materia.

Como hemos visto, no existió en la LRMCE una definición del daño a la producción nacional. En cambio, encontramos tres elementos o criterios constantes en la normatividad nacional e internacional de la materia para determinar el daño, que se reduce a los tres elementos indicados: A) El aumento considerable de la importaciones; B) El efecto sobre los precios internos y C) El efecto sobre los productores nacionales.

III. REGLAMENTO CONTRA PRACTICAS DESLEALES DE COMERCIO INTERNACIONAL.⁷¹

31 artículos integran este cuerpo normativo, repartidos en siete capítulos. El capítulo I se titula "Definiciones"; el segundo trata la "Determinación de Dumping"; el siguiente se ocupa de la "Determinación de la Subvención"; el cuarto hace lo propio respecto de la "Cuota Compensatoria"; la "Prueba de Daño" es materia del capítulo V, mientras que el capítulo VI detalla aspectos "De la investigación sobre Prácticas Desleales de Comercio Internacional" y el séptimo tiene como objeto, la "Conclusión de la Investigación".

⁷¹ Publicado en el DOF. el 27 de noviembre de 1986 y modificado por última vez el 19 de junio de 1988.

Es en el capítulo uno en el cual encontramos una serie de definiciones como la de operaciones comerciales normales, *dumping*, subvención, mercancía idéntica o similar y en la fracción VIII de ese primer artículo del reglamento, la siguiente definición:

VIII. Daño a la producción nacional es la pérdida o menoscabo patrimonial o la privación de cualquier ganancia lícita y normal que sufran o puedan sufrir uno o varios productores nacionales como consecuencia inmediata y directa de cualquiera de las prácticas desleales de comercio internacional previstas en el artículo 7o, de la Ley y en el presente Reglamento. Se incluye en este concepto el obstaculizar el establecimiento de nuevas industrias o el desarrollo de las existentes como resultado directo de prácticas desleales de comercio internacional.

Es notoria la tendencia civilista seguida en el RCPD al definir el daño a la producción nacional. Esta definición es el antecedente directo de la establecida en la vigente LCE. Creemos que es desafortunada la extrapolación de la definición de "daño" y la de "perjuicio" contenida en los artículos 2108 y 2109 del CCF al RCPD primero y luego a la LCE en su artículo 39.

CAPITULO III

EL DAÑO A LA PRODUCCION NACIONAL EN LA LEY DE COMERCIO EXTERIOR

*"Entre el fuerte y el débil es la libertad la
que mata"*

Mario de la Cueva.

A) NORMATIVIDAD ANTIDUMPING VIGENTE.

El marco jurídico antidumping reseñado en el capítulo precedente ha experimentado cambios sustanciales, efecto de la modificación y abrogación de diversos ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales sobre la materia. En el ámbito de nuestro derecho interno, la LRMCE y el RCPD, no regulan más el comercio exterior de nuestro país. En su lugar han quedado, respectivamente, la Ley de Comercio Exterior⁷² y el Reglamento de la Ley de Comercio Exterior⁷³.

En el plano internacional, el GATT de 1948 fue revisado y ahora existe una versión de 1994. Los "códigos" elaborados bajo el GATT de 1948, fueron sustituidos por un arsenal de acuerdos multilaterales⁷⁴: el "Código Antidumping" ya no se encuentra en vigor, pues en su lugar está el "Acuerdo Antidumping" (su nombre completo es "Acuerdo Relativo a la Aplicación del

⁷² Publicada en el DOF el día 27 de julio de 1993. Modificada por el art. 1o. del "Decreto que reforma, adiciona y deroga disposiciones de diversas leyes relacionadas con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte", publicado el 22 de diciembre de 1993.

⁷³ Publicado en el DOF el día 30 de diciembre de 1993.

⁷⁴ Los acuerdos cuya suscripción es optativa por parte de los miembros de la OMC son llamados "acuerdos plurilaterales", en contraste con los llamados "acuerdos multilaterales". Los plurilaterales versan sobre cuatro materias. Textiles, carne de bovino, aeronaves civiles y compras del sector público.

Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio"). Estos acuerdos multilaterales se distinguen de sus antecesores por ser instrumentos internacionales *de suscripción obligatoria* para todo los países que desean ingresar como miembros a la Organización Mundial de Comercio (OMC o WTO, por sus siglas en idioma inglés). Sólo basta recordar el carácter optativo de los códigos bajo el GATT de 1948 para notar la importancia del cambio.

La OMC también significa un cambio sustancial en el comercio mundial. La función de esta organización internacional consiste en administrar los acuerdos multilaterales y para tal propósito se le ha conferido personalidad jurídica internacional (Recordemos que el GATT era una organización internacional *de facto*). En la OMC se cristalizaron los esfuerzos que en vilo se mantuvieron por casi cincuenta años, después del fracaso de la Carta de la Habana, en la cual se contemplaba una Organización Internacional del Comercio, encargada de la administración de aquella.

B) EL DUMPING COMO PRACTICA DESLEAL DE COMERCIO INTERNACIONAL. SUPUESTOS JURÍDICOS QUE LA CONFIGURAN.

Cuando nuestro país contaba con un alto grado de protección para su industria nacional, la existencia de prácticas desleales como el *dumping* o las subvenciones carecía de relevancia; y no era motivo de preocupación porque la facultad del estado para incrementar *ad libitum* la protección arancelaria volvía nugatorio cualquier intento malicioso de los exportadores extranjeros en contra los productores locales.

En el momento que los estados negocian reducciones arancelarias y establecen límites a su facultad para elevar sus aranceles y para establecer otras medidas encaminadas a proteger su industria nacional, los productores locales se vuelven más vulnerables frente a las prácticas desleales realizadas por exportadores extranjeros. Este hecho dio motivo a los países para establecer medidas protectoras en favor de sus productores, cuando dichas prácticas se presentaran, de conformidad con las normas internacionales (y luego nacionales) establecidas.

México no se exceptuó de esta tendencia y luego de su incorporación al GATT (1986) suscribió también el Código Antidumping y desde entonces cuenta con un sistema administrativo *ad hoc* para enfrentar las prácticas desleales reconocidas en aquel acuerdo (*dumping* y subvenciones). En caso de

existir esas prácticas, las medidas protectoras internacionalmente aceptadas se resuelven en la aplicación de cuotas compensatorias⁷⁵. El propósito de las cuotas es restablecer las condiciones normales de competencia en el mercado mexicano entre productores nacionales y extranjeros, protegiendo a los primeros de los efectos indeseables y perniciosos de las prácticas comerciales injustas realizadas por los últimos.

Como requisitos para otorgar esa protección, la cual, según indicamos, en la práctica se ve traducida en el establecimiento de cuotas compensatorias, los ordenamientos de la materia determinan la existencia de tres supuestos fundamentales, que devienen requisitos de fondo o sustanciales:

1.- *La existencia del dumping*, esto es, la introducción a territorio nacional de mercancías a precios por debajo del valor de idénticos o similares bienes respecto al país de origen o procedencia.

2.- Debe existir un “*daño a la producción nacional*”.

3.- Entre los conceptos anteriores será necesaria la presencia de *un nexo causal*, una relación de causa a efecto, una vinculación entre ambos hechos de tal manera que el *dumping* tenga en el daño a la producción nacional su consecuencia necesaria. Pudiera existir la posibilidad de una concurrencia de causas generadoras del daño a la producción nacional; en todo caso deberá escindirse a la discriminación de precios como una de esas causas, para evaluar el efecto negativo de esa práctica en forma aislada. No es válido atribuir el daño cuyos orígenes sean distintos del *dumping* a éste último.

La fusión de estos tres supuestos jurídicos configura una práctica desleal de comercio internacional; la carencia de alguno de ellos impide la protección para los productores nacionales por esta vía.⁷⁶ Puede suceder que uno o más

⁷⁵ En el GATT se escinde entre derechos antidumping, para nulificar esta práctica desleal, de los derechos compensatorios, dirigidos a contrarrestar las subvenciones. El derecho mexicano ha dado el nombre de cuota compensatoria a lo que internacionalmente se conoce como derechos antidumping y derechos compensatorios.

⁷⁶ Conviene aclarar que los productores nacionales cuentan también con las medidas de salvaguarda para protegerse de la agresividad característica de la competencia internacional. Estas medidas puede establecerlas la autoridad administrativa cuando se *incrementen las importaciones* de mercancías idénticas, similares o directamente competitivas con las de

exportadores extranjeros discriminen precios respecto del mercado mexicano, vendiendo sus productos a un precio inferior al que venden el mismo bien en su mercado nacional; pero si en nuestro país no existen productores que resientan un daño en el sentido de los textos legales de la materia, no puede hablarse de práctica desleal, aunque si de *dumping*. En caso de no haber un nexo causal entre el *dumping* y el daño a los productores nacionales, tampoco pueden aplicarse las cuotas compensatorias. Si no hay daño porque el margen de discriminación sea mínimo o ya por un reducido volumen de las importaciones a precios inferiores a su valor normal (sin soslayar que puede alegarse amenaza de daño), tampoco es válido imponer cuotas compensatorias, pues no son patentes los efectos lesivos necesarios para aplicar dicho remedio legal.

Como hemos expuesto, la determinación de estas hipótesis normativas y la fusión que de las mismas es necesaria para la producción de la consecuencia jurídica prevista en la LCE (el establecimiento de las cuotas compensatorias), sólo podrá hacerse a través de una investigación seguida de conformidad con el procedimiento administrativo estructurado en la LCE (art. 29). Una revisión panorámica de la forma como se encuentra estructurado legalmente el procedimiento de referencia permite una mejor aproximación a su naturaleza y la del daño a la producción nacional, después de una revisión de conceptos sobre el *dumping*.

C) EL DUMPING O DISCRIMINACION DE PRECIOS.

1. ASPECTOS GENERALES.

Ya hemos mencionado que se atribuye al economista estadounidense Jacob Viner, la paternidad de la expresión *dumping*. Como generalmente sucede en la asignación de significado a las palabras, los hechos a los cuales se aplicó por primera vez esa expresión inglesa existían mucho antes de su

producción nacional y los productores locales sufran o puedan sufrir un *daño serio o amenaza de daño serio*, siempre que exista un *nexo causal* entre aquellas importaciones y este daño serio. Nótese que los requisitos entre cuotas compensatorias y medidas de salvaguarda varían en este caso. Es en materia de salvaguardas donde resulta más palmaria la discrecionalidad de la autoridad administrativa para imponer tales medidas, en atención a la oportunidad, mérito y conveniencia de su aplicación, en función del mejor interés de la economía nacional.

denominación, como lo señalan los doctores Jorge Witker Velázquez y Ruperto Patiño Manffer⁷⁷, quienes agregan:

La palabra inglesa, reconocida internacionalmente para denominar el hecho económico que estudiamos, es el gerundio del verbo *to dump* que significa arrojar fuera, descargar con violencia, vaciar de golpe y gramaticalmente, además, como señala Martín Alonso, significa la "inundación del mercado con artículos de precios rebajados especialmente para suprimir la competencia".⁷⁸

En efecto, la traducción de la palabra inglesa *dump* es, en materia de comercio, "inundar el mercado con"⁷⁹ y la de *dumping*, "venta (f.) de un producto en el extranjero a un precio inferior al aplicado en el interior"⁸⁰ o bien, "descarga; venta en grandes cantidades y a precios inferiores a los corrientes"⁸¹. En general encontramos consenso respecto a la definición del *dumping*; el uso de este neologismo goza de gran uniformidad.

Algunos autores⁸² manifiestan que la expresión discriminación de precios (usada por la LCE y otros autores) debe ser repudiada en favor del anglicismo *dumping*. En la literatura económica, añaden, aquella expresión equivale simplemente al fenómeno de vender en un mercado a precios diferentes un producto igual, y por lo tanto no coincide con la idea de *dumping*, porque esta implica un fenómeno entre países.

Encontramos discriminación de precios "cuando un vendedor ofrece el mismo bien a diversos compradores, o grupos de compradores, a precios diferentes."⁸³

⁷⁷ *Op. cit.* p. 19.

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ *Diccionario Moderno Larousse Grolier.* Ingles-Español. Dirigido y realizado por Ramón García-Pelayo y Gross y Micheline Durand. 2a ed. Editorial Cumbre. México, 1985.

⁸⁰ *Idem.*

⁸¹ *Diccionario Inglés y Español.* por Edwin B. Williams. 3a ed. Bantam Books. Estados Unidos de América, 1981. Esta definición es parecida a su versión inglesa: "dumping/n: the selling of goods in quantity at below market price esp. in international trade" *The Merriam-Webster Dictionary.* 3a ed. Pocket Books New York. Estados Unidos de América, 1974. *Dumping:* la venta de bienes en gran cantidad por debajo del precio de mercado, especialmente en comercio internacional" (traducción libre del autor).

⁸² *Cfr.* Witker, Jorge y Bernardo Jaramillo. *Comercio exterior de México. Marco Jurídico y operativo.* Mc. Graw Hill, México, 1996. p. 91.

⁸³ Napoleoni, Caludio. *Op. cit.* T. I.

En conclusión, todo *dumping* implica una discriminación de precios, mas no toda discriminación de precios involucra un *dumping*, aunque esto es relativo. En efecto, algunos autores indican que el *dumping* puede presentarse también en el mercado interno del país exportador y no sólo es un fenómeno entre países. Insistimos, el concepto expresado con la palabra inglesa comparte algunas características de la discriminación de precios. Por eso en el presente trabajo daremos preferencia al neologismo *dumping* y cuando usemos discriminación de precios, lo haremos en la inteligencia de aludir al mismo.

2. LA CONDUCTA DEL ESTADO FRENTE AL DUMPING.

Encontramos dos posturas respecto a la manera en que deben proceder los estados frente a esa práctica desleal, esto es, dos posiciones sobre las políticas antidumping. La primera de ellas, que puede denominarse "*negatoria*", sostiene el carácter proteccionista de las políticas antidumping⁸⁴. El *dumping* es tan solo una normal práctica comercial en beneficio de productores, consumidores y usuarios del país importador.

Los que de esta manera opinan fundamentan sus argumentos en estudios económicos acerca del fenómeno, para rechazar las medidas antidumping. En la base de su argumentación se encuentra la idea de *eficiencia económica*; ésta es dable cuando una transacción produce más beneficios de las pérdidas que ocasiona, sin importar quienes resientan las pérdidas. Basta tan sólo que en el sistema haya más beneficios que pérdidas para hablar de eficiencia económica. En algunos tipos de *dumping*, como el de largo plazo, los beneficios son mayores a las pérdidas.⁸⁵

Ahora bien, es menester un deslinde entre el *dumping* depredatorio o rapaz y las demás clases de *dumping*. Los más radicales en la tendencia

⁸⁴ Al respecto, el autor norteamericano Michael Finger manifiesta que: "El *dumping* es el retórico justificador de la acción contra las importaciones; no es el criterio que determine cuando tal acción será o no tomada. Cuando las políticas del asunto imponen o compelen una acción contra las importaciones, la definición legal del *dumping* puede ser estrechada para acomodarla [...]. En un sentido práctico, la palabra *dumping* no ha significado otra cosa que la implícita en las regulaciones antidumping. La definición pragmática del *dumping* es la siguiente: El *dumping* es cualquier cosa que pueda obtener el gobierno para actuar de acuerdo con la ley antidumping". *Op. cit.*, p. 17 (traducción libre del autor).

⁸⁵ Una exposición más profunda de estos conceptos se encuentra en Álvarez, Juan Antonio y Claudio Lizana. *Op. cit.* p. 51 y ss.

antedicha mencionan que el rapaz es una forma poco viable para quien lo pretenda ejecutar. Los fines perseguidos con esa conducta depredatoria (acabar con la competencia y una vez logrado ello, aumentar los precios para recuperar las pérdidas) pronto se desvirtúan si no existen altas barreras de a la entrada al mercado y en nuestros días es frecuente encontrar nulas o reducidas barreras de entrada. Los menos radicales aceptan dejar abierta la posibilidad de contar con medidas para contrarrestar el *dumping* depredatorio.

La postura contraria a la resumida arriba sostiene la legitimidad de las políticas antidumping, mientras su aplicación por las autoridades nacionales no sea abusiva: su objeto ha de ser la protección a los productores nacionales frente a prácticas mercantiles perniciosas y no el otorgamiento de una protección indebida a la industria doméstica, o sea, un proteccionismo furtivo, parapetado tras el respectivo sistema antidumping nacional.

Para quienes apoyan esta segunda posición que podemos denominar *legitimadora*, cualquier discriminación de precios supone competencia desleal. No cabe una distinción. Como las empresas ejecutoras de la práctica desleal se encuentran generalmente en la posibilidad de aumentar el monto de la discriminación positiva de precios, más vale prevenir esa posibilidad y para ello se justifica la reacción de las autoridades estatales en defensa de sus productores domésticos. Y la justificación del sistema antidumping se encuentra también por el lado de permitir una mejor asignación de los recursos y factores productivos, allende las fronteras nacionales, para un más óptimo funcionamiento de la economía mundial, finalidad ésta obstaculizada por las distorsiones cuyo origen, entre otras, reside en las prácticas desleales del comercio internacional.

La crítica de quienes son partidarios de la primera opinión hacia los de la segunda puede reducirse así: en verdad, los sistemas nacionales antidumping se han convertido precisamente en protección habitual de las industrias locales. Un supuesto interés público ubicado bajo la égida de las normas antidumping en realidad encubre intereses privados de ciertos empresarios.

Consideramos que debe encontrarse un justo medio entre estas dos posiciones. La carencia de una regulación adecuada contra éstas prácticas comerciales indebidas puede conducir a la negación misma del principio fundamental del sistema comercial internacional, el principio de la libre competencia (y concurrencia). Las prácticas desleales constituirían así el germen destructor de la "sana competencia" (base del sistema económico),

suplantada por una situación de monopolios, poco deseable. Por tanto, en obsequio de un mínimo de equidad en la competencia internacional debe existir un sistema que si bien no sancione estas prácticas desleales, por lo menos suprima sus efectos. Podría resultar peor no contar con un sistema como el descrito, so pena de la desaparición del sistema mundial de comercio, con las nefastas consecuencias que ello traería. Las guerras mundiales son dolorosos ejemplos de esas consecuencias.⁸⁶

Además es necesario introducir en el debate la situación de los países en vías de desarrollo. Las incipientes industrias de estos países deben recibir un trato diferenciado en su beneficio. Esto fue reconocido inclusive en el preámbulo del CAD (citado en el capítulo anterior), el cual fue creado "*Teniendo en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo por lo que respecta a su comercio, desarrollo y finanzas*". Sin temor a equivocarnos, los países en desarrollo arriesgan más sin una protección adecuada contra esas prácticas que los países desarrollados, en las condiciones actuales.

Tampoco deben desestimarse opiniones como la de Michael J. Finger, quien nos pone al tanto de como el *dumping* extranjero se ha convertido en los países desarrollados en el "justificador retórico" de la restricción a las importaciones, tanto como el modelo de sustitución de importaciones lo fue para los países en vías de desarrollo. Ambos dan al traste con el libre comercio.

El mismo autor indica y expone algunos puntos débiles del sistema antidumping. De esas debilidades (discrecionalidad administrativa, sustitución de los criterios antimonopolios, etc.) se han valido las autoridades administrativas competentes en los países desarrollados para restringir las importaciones arbitrariamente y en detrimento del interés público.

En nuestra opinión, el sistema antidumping cuenta con altos niveles de discrecionalidad, ciertamente. Pero también consideramos que un gran defecto en su contra se localiza en su definición de *dumping*. En los textos jurídicos respectivos se trata tan sólo de una venta de mercancías al exterior por debajo de su valor normal. Si en un principio el sistema en contra de la práctica desleal

⁸⁶ Se ha establecido, no sin fundamento, una relación entre la difícil situación económica de las potencias del eje y su papel como iniciadoras de la segunda guerra mundial. El acceso a los mercados para abastecerse de materias primas y colocar sus mercancías determinó a Italia, Japón y Alemania a buscar, aun por la fuerza, esas posiciones no conseguidas con la primera guerra mundial. De allí la vigencia de la frase "si las mercancías no cruzan las fronteras, las cruzarán los ejércitos", idea que ha sido empleada (aunque no expresada con las mismas palabras) por el director de la OMC, Mike Moore, en algunos discursos ante sindicalistas.

tuvo en mente al *dumping* depredatorio, con esa definición se abarcan una amplia gama de posibilidades intermedias, situadas entre la venta al exterior por debajo de costos hasta la reducción mínima en el precio de exportación. Ciertamente, el establecimiento del margen *de minimis* es un avance al respecto para solucionar este problema, pero debemos recordar que el porcentaje es tan sólo del 3 por ciento respecto del precio de exportación y sólo hasta 1994 comenzó a operar la norma que lo definió

Si un exportador extranjero decide enviar a un mercado de exterior una cantidad considerable de su producción disminuyendo un poco su precio y con ello sus ganancias, con el propósito de dar mayor competitividad a sus mercancías frente a las de producción nacional, sin vender por debajo de sus costos, de cualquier manera estará discriminando precios y su situación será apta para la aplicación de cuotas compensatorias.

Esa conducta podría incluso realizarse en el mercado interno del país importador por algún competidor dentro del mismo. Con una reducción en sus ganancias, sin ir más abajo de sus costos no se considera desleal. En cambio, cuando esa conducta es desplegada por el exportador extranjero entonces se califica como práctica desleal.

A continuación pasamos a exponer algunas definiciones de la conducta tomada en cuenta en la LCE y los textos internacionales de la materia.

3.- DEFINICIONES DE *DUMPING*.

Las definiciones del *dumping* planteadas en los textos legales y por los autores coinciden en lo esencial; se trata, por lo tanto, de un concepto muy uniforme. A continuación presentamos algunas definiciones tanto legales, como formuladas por expertos nacionales e internacionales.

a) Definiciones legales.

I.- En el artículo VI, 1 del GATT encontramos la definición de esta práctica desleal de comercio internacional:

“Las partes contratantes reconocen que el dumping, que permite la introducción de los productos de un país en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, es condenable cuando causa o amenaza causar un daño importante a una rama

de producción existente de una parte contratante o si retrasa de manera importante la creación de una rama de producción nacional."

Bajo esta definición, el *dumping* sólo es condenable cuando el mismo cause daño o amenace causarlo a la rama de producción nacional respectiva. Si no existiere una rama de la producción nacional, la conclusión será negar la condenabilidad del *dumping* y en consecuencia, no podrán imponerse las medidas para contrarrestar o impedir esa discriminación de precios. Verdaderamente es poco probable encontrar a un exportador extranjero vendiendo a un precio inferior al que vende los mismos bienes en su propio mercado, pues si no tiene competencia en el mercado de exportación, lo más seguro es que asuma la conducta contraria. La primera conducta señalada no entra dentro de la lógica comercial y empresarial; sin embargo, está abierta la posibilidad para tal hipótesis.

Si hay *dumping*, pero el volumen de las importaciones es insignificante, el daño a la rama de la producción nacional se diluye y no lo hace condenable. Entonces, la autoridad nacional competente no podrá aplicar derechos antidumping (en nuestro medio, cuotas compensatorias), salvo en el supuesto de alegarse y demostrarse en el procedimiento correspondiente una amenaza de daño.

II.- En el Acuerdo Antidumping, su artículo 2.1 dispone:

"A los efectos del presente Acuerdo, se considerará que un producto es objeto de dumping, es decir, que se introduce en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, cuando su precio de exportación al exportarse de un país a otro sea menor que el precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador."

Puede leerse en este párrafo la introducción de un nuevo elemento no contemplado en el artículo VI antes transcrito. Ese nuevo elemento consiste en que la comparación entre el valor normal y el precio de exportación debe efectuarse "en el curso de operaciones comerciales normales". Si bien este nuevo requisito no se encuentra reconocido expresamente por el GATT, su inclusión se justifica para llegar a una comparación más adecuada y real entre ambas cantidades. Además es un elemento de mayor seguridad para todos los

involucrados en una investigación antidumping, pues podría ocurrir que un exportador vendiera en su país a precios muy bajos, pero en un volumen ínfimo y la comparación no reflejará adecuadamente el monto de la discriminación de precios. Aunque también podría presentarse la hipótesis inversa de que el exportador tenga un poder monopólico en su mercado y entonces la discriminación de precios pudiera resultar ficticia, artificialmente alta. Por ende la necesidad de que las operaciones (comparables) efectuadas por el o los exportadores involucrados reflejen condiciones de mercado. Lo anterior se logra con la introducción del requisito en comento.

III.- En la LCE, se emplea la expresión 'discriminación de precios' y la figura se ve complementada por en el artículo 30 y el primer párrafo del 31, como sigue:

"Artículo 30. La importación en condiciones de discriminación de precios consiste en la introducción de mercancías al territorio nacional a un precio inferior a su valor normal.

Artículo 31. El valor normal de las mercancías exportadas a México es el precio comparable de una mercancía idéntica o similar que se destine al mercado interno del país de origen en el curso de operaciones comerciales normales."

b) Definiciones doctrinales.

I.- Jorge Witker y Bernardo Jaramillo⁸⁷ establecen: "El *dumping* es una práctica desleal que ejecutan las empresas, consistente en introducir mercancías originarias o procedentes de su país en el mercado de otro a un precio inferior a su valor normal (precio ex work-fábrica) y que perjudica a los productores nacionales de artículos idénticos o similares".

II.- Umberto Massei⁸⁸ señala: "En el comercio internacional, el *dumping* consiste en vender, en el extranjero, un producto por debajo de su valor normal en el mercado nacional, no necesariamente por debajo de su costo, durante un periodo prolongado"

⁸⁷ *Op. cit.* p. 91

⁸⁸ <http://www.nortropic.com/gerencia/g315/um.htm>.

III.- "El *dumping*, como discriminación de precios internacionales, tiene lugar cuando un bien se vende a los compradores externos a un precio que es más bajo (neto de costos, de transporte, aranceles y demás) que el precio que se cobra a los clientes domésticos por el mismo bien (o por uno comparable)" según establecen Jorge Witker y Ruperto Patiño Manffer⁸⁹.

IV.- Los mismos autores⁹⁰ señalados en el número anterior citan a Alonso Güemez Rodríguez quien distingue entre la definición usual y la "puramente ortodoxa" del *dumping*. En la primera se trata de la venta de un producto en los mercados exteriores a un precio inferior al del propio mercado en el mismo tiempo y circunstancias, en la segunda se trata de

la deliberada y persistente venta en un mercado de mercancías a un precio inferior a su costo con objeto de apoderarse del mismo, anulando a la producción interna, con ánimo de alcanzar una situación de monopolio que le permita resarcirse con posterioridad, mediante la elevación abusiva de sus precios, de las pérdidas sufridas anteriormente.

V.- "El *dumping* consiste en vender productos al extranjero a un precio inferior al precio de coste o bien a un precio sensiblemente inferior al practicado en el mercado interior. Hay **precio de exclusión** en el primer caso y **discriminación por los precios** en el segundo"⁹¹.

Por precio de exclusión se entiende una "estrategia deliberada de una empresa, generalmente en una situación dominante que consiste en eliminar a los competidores del mercado, fijando los precios a un nivel muy bajo o vendiendo a un precio inferior al costo marginal (a menudo asimilado [...] al costo variable)"⁹² y respecto de la discriminación por los precios, hay tal "cuando en diferentes segmentos del mercado, la clientela no recibe la aplicación de un mismo precio para un mismo bien o servicio, por motivos no relacionados con los costos."⁹³

⁸⁹ *Op. cit.* p. 20.

⁹⁰ *Idem.*

⁹¹ Glosario de Economía, Industrial y Derecho de la Competencia. *Op. cit.* p. 38.

⁹² *Ibidem* p. 73.

⁹³ *Ibidem* p. 36.

4.- CLASES DE DUMPING.

Encontramos varias clasificaciones en torno de esta práctica desleal. Se habla de *dumping* depredatorio, esporádico, persistente o de largo plazo, de divisas o valutarario y hasta de *dumping* social. A continuación señalaremos las características de cada uno de ellos, atendiendo, en primer, término a los fines que persiguen y una segunda clasificación en base al criterio de las causas de ese fenómeno económico.

a) Clasificación del dumping por la finalidad de quien lo practica.

I.- *Dumping depredatorio o rapaz.*

No puede existir forma más perniciosa e indeseable de práctica desleal de comercio internacional como el *dumping* depredatorio. Frente a él, la comunidad internacional debiera reaccionar en forma más enérgica⁹⁴.

Bajo esta clase de *dumping*, el productor-exportador extranjero vende con pérdida en el mercado externo, para ganar dicho mercado y eliminar a la competencia, pretendiendo así estructurar posiciones monopólicas, o con cualquier otro objetivo en el corto plazo.

A este tipo de *dumping* (cuando ha logrado sus objetivos) sigue un aumento en los precios, para obtener ganancias monopólicas y reponer las pérdidas resentidas.

II.- *Dumping esporádico.*

Cuando una empresa productora-exportadora se encuentra con grandes excedentes se ve en la necesidad de introducir en un mercado extranjero el exceso de su producción, para no perjudicar sus mercados normales. Este es el concepto del *dumping* esporádico.

⁹⁴ Si no se quiere sancionar el *dumping*, quizá una forma efectiva para desalentar este tipo de práctica abominable pueda ser la eliminación de la prueba de daño, una vez que la autoridad investigadora determine que un exportador extranjero vende por debajo de costos al mercado nacional. Esta medida se aplicaría conjuntamente con la imposición de cuotas compensatorias nunca inferiores a la discriminación de precios.

Las empresas que lo realizan “por lo general no se dedican a la exportación y proceden a efectuar esta operación solamente cuando se encuentran con existencias superiores a una capacidad de venta normal.”⁹⁵ Se trata de ventas externas a precios bajos como una forma de liquidar inventarios en productos perecibles y no tiene intención de destruir competidores.

Una característica de este tipo de *dumping* consiste en que no da tiempo para adecuarse al cambio y adoptar medidas al respecto.

III.- Dumping persistente o de largo plazo.

Se presenta cuando un producto se vende por sistema, a precios más bajos en el mercado extranjero que en el propio del productor-exportador.⁹⁶ Tiene fundamento en políticas maximizadoras de beneficios de empresas que gracias a las mismas podrían utilizar sus plantas a capacidad plena, con lo cual disminuirán sus costos unitarios y aumentarán sus beneficios.

b) Clasificación del dumping atendiendo a su causa o causas.

I.- Dumping social.

Se traduce en la reducción del costo de producción debido al exceso de mano de obra en un país o en razón de la inexistencia o insuficiencia de la legislación laboral y social (por ejemplo, debido a la anormal prolongación de la jornada de trabajo, escasas o nulas prestaciones laborales, etc.). El *dumping* social implica la violación de garantías sociales e incluso derechos fundamentales del hombre, más allá de la legítima búsqueda de ventajas comparativas que pudiesen existir en materia de salarios.

II.- Dumping de transportes y fletes.

Puede originarse por rebaja en los costes debido a reducciones en los transportes, bien por concesiones de tipo oficial o por presiones de los grupos económicos generadores de una masa importante de mercancías a transportar.

⁹⁵ Osorio Arcila, Cristobal. *Op. cit.* p. 82.

⁹⁶ *Idem.*

III.- Dumping directo.

Es el más frecuente y peligroso por sus efectos. Se realiza en forma concreta contra determinada producción del país importador, bien para impedir su iniciación o bien su desarrollo y crecimiento: suele producir violenta reacción defensiva de los industriales afectados y también en las esferas oficiales en defensa de la producción nacional.

III.- Dumping indirecto.

Sucede en el mercado de un tercer país neutro, que no cuenta con producción de la mercancía objeto de la práctica desleal, por parte del exportador de un país, y se dirige contra las empresas exportadoras de otro país que concurren al mercado receptor.

IV.- Dumping encubierto.

No se refleja en el precio, sino en el otorgamiento de condiciones favorables en otros aspectos como plazos de pago, intereses, embalajes, servicios posteriores a la venta, etc. aptos para incrementar la demanda de los bienes exportados al país de destino.

V.- Dumping de divisas o valutarío.

La devaluación de la moneda de un país ocasiona, al menos teóricamente, una reducción en el valor numérico de sus gastos de producción al compararlo a través del tipo de cambio establecido, respecto de los demás países que no han devaluado su moneda. "Su efecto es similar al de una prima general a la exportación, si bien se acaba generalmente produciendo una acomodación gradual en los países destinatarios"⁹⁷

⁹⁷ Witker, Jorge y Ruperto Patiño Manffer. *Op. cit.* p.22.

Esta especie del *dumping* nos parece muy interesante. Cristóbal Osorio Arcila⁹⁸, en similares conceptos, la explica así:

El término "Dumping" se aplica generalmente a la venta de un producto para exportación a un valor inferior al que normalmente se vende en el mercado interior del país de origen.

También puede haber "Dumping" cuando, para mejorar la posición de competencia de un producto de exportación, se emplea un tipo de cambio más ventajoso, lo cual da como resultado la reducción anormal de los precios en divisas extranjeras.

Las ventas a tales precios de exportación suele denominarse "Dumping de Divisas".

Cuando los precios de exportación se reducen como resultado de legítimos reintegros de tasas a la exportación, o de la exención del pago por los artículos exportados de impuestos directos, no se considera en general que haya "Dumping".

Algunas de las formas de "dumping" reseñadas en esta segunda clasificación no son, propiamente, clases de *dumping*: caso concreto el del "dumping social", pues en rigor se trata de una diferencia en el nivel de vida y grado de desarrollo de la mano de obra al interior de un país.

En los trabajos preparatorios que desembocaron en la redacción del GATT fueron considerados cuatro tipos de *dumping*. Se decidió finalmente que el concepto del mismo abarcaba únicamente la fijación de precios por las empresas. Las cuatro formas indicadas fueron el *dumping* de servicios, el *dumping* cambiario, el *dumping* social y la fijación de precios predatorios por las empresas, éste último reconocido en el Acuerdo General.⁹⁹

5.- SOMERA REFERENCIA A LAS TECNICAS PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DEL DUMPING.

Para determinar el monto de la discriminación de precios, los ordenamientos nacionales e internacionales contienen una serie de técnicas a disposición de la autoridad investigadora antidumping. En la LCE se encuentra

⁹⁸ *Op. cit.* p. 82.

⁹⁹ Seade, Jesús. "Prácticas desleales en el GATT de hoy y mañana". en *Prácticas Desleales de Comercio Internacional (Antidumping)*. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. México, 1994. p. 405.

establecida la regla fundamental, de la que se ha de partir para el cálculo: “La importación en condiciones de discriminación de precios consiste en la introducción de mercancías al territorio nacional a un precio inferior a su valor normal” (art. 30).

El valor normal de las mercancías exportadas a México se define como “el precio comparable de una mercancía idéntica o similar que se destine al mercado interno del país de origen en el curso de operaciones comerciales normales” (art. 31, pfo 1o). De este precepto se deriva una técnica proporcionada por el legislador a efecto de poder realizar la comparación entre el valor normal de la mercancía que se presume objeto de *dumping* y su precio de exportación.

En caso de que no pueda establecerse la existencia de ventas de la mercancía idéntica o similar en el país de origen, o cuando esas ventas no permitan establecer una comparación válida (por no realizarse en el curso de operaciones comerciales normales), otras técnicas que habrán de seguirse para efectuar la comparación serán, de conformidad con el artículo 31 de la LCE, en orden sucesivo:

- I.- El precio comparable de una mercancía idéntica o similar exportada del país de origen a un tercer país en el curso de operaciones comerciales normales. Este precio podrá ser el más alto, siempre que sea un precio representativo, o*
- II.- El valor reconstruido en el país de origen que se obtendrá de la suma del costo de producción, gastos generales y una utilidad razonable, los cuales deberán corresponder a operaciones comerciales normales en el país de origen.*

Se entiende por operaciones comerciales normales aquellas que reflejen condiciones de mercado en el país de origen y que se hayan realizado habitualmente, o dentro de un periodo representativo, entre compradores y vendedores independientes. Con esta disposición se persigue una comparabilidad adecuada entre el precio de exportación y el valor normal de la mercancía en cuestión. Una comparación podría resultar inadecuada si no se realiza en el curso de operaciones comerciales normales, ya porque las ventas en el país de exportación tengan un precio artificialmente alto, o bajo (por ejemplo, si el exportador quiere eliminar competencia al interior de su país).

Para efectos de calcular el valor normal de las mercancías objeto de investigación, deben excluirse las ventas realizadas a un tercer país que reflejen pérdidas sostenidas. Se considera que sucede lo anterior cuando las transacciones efectuadas no permiten cubrir los costos de producción y los gastos generales incurridos en el curso de operaciones comerciales normales en un periodo razonable, el cual puede ser más amplio que el periodo de investigación.

El último párrafo del artículo 32 reafirma el orden a seguir para emplear las técnicas de comparación. Si las operaciones en el país de origen o de exportación a un tercer país que generen utilidades son insuficientes para calificarlas como representativas, el valor normal debe establecerse conforme al valor reconstruido.

El artículo 33 contiene una técnica poco usual, creada especialmente para establecer el margen de discriminación de precios para mercancías procedentes de países con economía centralmente planificada. En estos casos, se tomará como valor normal de la mercancía de que se trate, el precio de la mercancía idéntica o similar en un tercer país con economía de mercado, que pueda ser considerado como sustituto del país con economía centralmente planificada para propósitos de la investigación. En cuanto a lo demás, se aplican las disposiciones antes descritas para determinar el valor normal. No es necesario abundar en la problemática introducida por la disposición del artículo 33.

En la LCE (art. 34) también se encuentra prevista la posibilidad de que la mercancía objeto de investigación sea exportada a México desde un país intermediario y no directamente del país de origen, hipótesis en la cual debe tomarse como valor normal el precio comparable de una mercancía idéntica o similar en el país de procedencia.

Sin embargo, cuando la mercancía de que se trate solo transite, no se produzca o no exista un precio comparable en el país de exportación, el valor normal se determinará tomado como base el precio en el mercado del país de origen.

El legislador del comercio exterior también adoptó una técnica especial en relación con el denominado “*dumping* disimulado”. Este es cometido “por empresas asociadas (es decir, la venta hecha por un importador a un precio inferior al que corresponde facturado por un exportador con el que aquel esté

asociado e inferior también al precio que rija en el país exportador) constituye una forma de *dumping* de precios¹⁰⁰. El margen de la discriminación de precios debe ser calculado, en estos casos, sobre la base del precio al cual el importador revende las mercancías al primer comprador independiente en nuestro país.

Cuando se presenta el *dumping* disimulado, el precio de exportación resulta irreal y por lo tanto no puede ser válidamente comparado con el valor normal, o bien, puede suceder que no exista precio de exportación por alguna razón fundada. En tales condiciones, ese precio “podrá calcularse sobre la base del precio al que los productos importados se revenden por primera vez a un comprador independiente en el territorio nacional” (art. 35). Es el caso de operaciones comerciales entre partes relacionadas; en ellas se distorsionan las condiciones normales que suelen tener las operaciones entre compradores y vendedores independientes, o sea, las condiciones de mercado.

Finalmente, el artículo 36 contiene la importantísima disposición referente a los ajustes a efectuar para hacer comparables el valor normal y el precio de exportación. La SECOFI debe realizar los ajustes pertinentes para que el valor normal y el precio de exportación resulten comparables. Entre otros conceptos a considerar se encuentran: los términos y condiciones de venta, diferencias en cantidades, diferencias físicas y diferencias en cargas impositivas. Cuando una parte interesada solicite a la Secretaría tomar en consideración determinado ajuste, tiene la carga procedimental de aportar la prueba correspondiente.

D) EL DAÑO A LA PRODUCCION NACIONAL

1.- GENERALIDADES.

En este asunto no encontramos más definición legal que la establecida en nuestra LCE y que constituye el centro de atención de esta tesis. El Capítulo IV del Título V (denominado “Prácticas Desleales de Comercio Internacional”) de la LCE se encuentra dedicado al “Daño y Amenaza de Daño a la Producción Nacional” regulación que involucra seis artículos legales, del número 39 al 44. Tales normas están detalladas en el Capítulo Tercero (llamado también “Daño y

¹⁰⁰ Velázquez Elizarrarás, Miguel Angel. *Ley de Comercio Exterior (Análisis y comentarios)*. 2a ed. Editorial Themis. México, 1997. Comentario al artículo 35 (p. 109 ca.).

amenaza de daño a la producción nacional") del Título IV ("Prácticas desleales de comercio internacional") del RLCE, el cual comprende once artículos, del 59 al 69 del ordenamiento nombrado.

En este apartado es importante realizar una descripción de las disposiciones nacionales que norman el daño en materia del comercio exterior. Nos guiaremos entonces por la LCE y en lo procedente por su reglamento.

2.- DEFINICION DE 'DAÑO' EN LA LCE.

El artículo 39 de la LCE contiene la siguiente definición legal:

"Para los efectos de esta Ley, daño es la pérdida o menoscabo patrimonial o la privación de cualquier ganancia lícita y normal que sufra o pueda sufrir la producción nacional de las mercancías de que se trate, o el obstáculo al establecimiento de nuevas industrias."

Asimismo, el segundo párrafo del mismo numeral requiere la causalidad entre el *dumping* y el daño, de manera que en la investigación administrativa se debe probar que el daño o la amenaza de daño a los productores nacionales es consecuencia directa de las importaciones en condiciones de discriminación de precios.

Curiosamente el artículo 59 del RLCE tiene establecido de manera categórica, en la última parte de su primer párrafo (en negrillas nuestras), una disposición en apariencia contraria a la del artículo 39 arriba transcrito:

"La Secretaria habrá de constatar a través del procedimiento de investigación correspondiente que el daño o amenaza de daño a que se refiere el artículo 39 de la Ley, deriva del análisis mínimo de todos los elementos a que se refieren los artículos 41 y 42 del mismo ordenamiento. En ningún caso la autoridad investigadora determinará la existencia de daño conforme lo establece la legislación civil.."

Conviene saber si existe una contradicción entre dos normas de diversa jerarquía. Al respecto pueden formularse las siguientes preguntas: ¿Cómo se determina el daño de acuerdo con la legislación civil? ¿En que consiste "determinar" el daño, sea en materia civil o en comercio exterior? ¿Existe una

diferencia entre el daño en materia civil y el daño en materia de comercio exterior a tal grado que pueda determinarse de manera diferente en ambas ramas del derecho positivo? ¿Hay alguna diferencia esencial entre ambos conceptos, o se trata de la misma realidad, de manera que solo difiere el método para establecer su existencia? La respuesta a éstas preguntas, consideramos, depende directamente de lo que se entienda por “determinar” el daño. El siguiente capítulo de esta tesis se ocupará, entre otros, de los anteriores asuntos.

El artículo 40 de la ley será objeto de comentario en el número 1 del siguiente inciso. A guisa de adelanto, diremos que en la discusiones al interior de la Cámara de Diputados, el diputado y economista Jorge Alfonso Calderón Salazar se pronunció por una reducción en el requisito de la representatividad, en el debate del día 13 de julio de 1993:

Quinto. Artículo 40. Se propone la siguiente redacción:

“Para los efectos de esta Ley, la expresión “producción nacional” se entenderá en el sentido de abarcar cuando menos el 10% de la producción nacional de la mercancía de que se trate.

“En tratándose de productores agropecuarios la expresión “producción nacional” se entenderá en el sentido de abarcar cuando menos, el 5% de la producción nacional de la mercancía de que se trate. Sin embargo, cuando unos productores estén vinculados a los exportadores o a los importadores, o sean ellos mismos importadores del producto investigado, el término producción nacional podrá interpretarse en el sentido de abarcar cuando menos el 10% del resto de los productores”¹⁰¹

El legislador federal esgrimía como argumento en favor del cambio, la situación económica que atravesaba el país después del cambio tan radical entre el proteccionismo y la apertura comercial; y aunque manifestó su aceptación en general a las medidas adoptadas en la ley para protección de productores mexicanos en contra de competencia desleal, externó lo siguiente:

Sin embargo, las disposiciones que aparecen, particularmente en el Capítulo XL, [sic.] relativo a en que condiciones se inicia un procedimiento de protección de los nacionales y las que aparecen en el artículo 45 sobre definición de salvaguardas, nos parecen insuficientes.

¹⁰¹ *Diario de los Debates*, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Año II. núm 35. Julio. p. 3244.

Hay que proteger la producción nacional cuando se percibe que un 10% de los productores son afectados.

Y en el caso particular de la producción agrícola hay que proteger a nuestros agricultores cuando se perciba que un 5% de la producción nacional es afectada con importaciones especulativas o prácticas desleales.¹⁰²

La propuesta no tuvo eco entre los legisladores y no fue adoptada al final, de modo que la iniciativa del Ejecutivo no sufrió modificaciones en cuanto al requisito del 25%, por lo menos, de la producción nacional.

Respecto al llamado "conflicto de intereses", el artículo 61 del RLCE pone a disposición de la Secretaría los criterios de la legislación nacional y las normas internacionales para determinar la existencia de vinculación entre productores y exportadores e/o importadores, a propósito de la disposición establecida en el segundo párrafo del artículo 40 en la LCE y además señala algunos supuestos, de entre los que cabe destacar: "I.- Si una de ellas ocupa cargos de dirección o responsabilidad en una empresa de la otra; II.- Si están legalmente reconocidas como asociadas en negocios;" [...] "V.- Si una de ellas controla directa o indirectamente a la otra"; etc. Se considera que una persona controla a la otra cuando la primera se encuentre jurídica u operativamente en una posición de limitar o dirigir a la segunda.

La consideración de la vinculación procederá cuando existan razones para presumir una vinculación de tal naturaleza que el productor actúa de una manera diferente a como lo harían productores sin vinculación alguna. Esto se hace para evitar distorsiones en los precios.

3.- FACTORES Y CRITERIOS PARA DETERMINAR EL DAÑO A LA PRODUCCION NACIONAL.

El legislador también previó en el artículo 41 de la LCE, siguiendo los criterios internacionales, una serie de factores que la autoridad investigadora ha de tomar en cuenta para establecer la existencia del daño a la producción nacional:

"Artículo 41. La determinación que la importación de mercancías causa daño a la producción nacional, la hará la Secretaría tomando en cuenta:"

¹⁰² *Ibidem.* p. 3232.

a) Un aumento considerable en el volumen de las importaciones.

"I.- El volumen de la importación de mercancías objeto de prácticas desleales de comercio intencional, para determinar si ha habido un aumento considerable de las mismas en relación con la producción o el consumo interno del país."

Los detalles de éste fracción los encontramos en el art. 64, fracción I del RLCE:

"Con respecto al volumen de las importaciones investigadas, si ha habido un aumento considerable de las mismas en términos absolutos o en relación con la producción nacional destinada al mercado interno o el consumo interno del país. La Secretaría evaluará si las importaciones investigadas concurren al mercado nacional para atender los mismos mercados o a los mismos consumidores actuales o potenciales de los productores nacionales y si utilizan los mismos canales de distribución;"

b) El efecto sobre los precios internos.

"II. El efecto que sobre los precios de los productos idénticos o similares en el mercado interno, causa o pueda causar la importación de mercancías en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional, para lo cual deberá considerar si la mercancía importada se vende en el mercado interno a un precio considerablemente inferior al de los productos idénticos o similares, o bien, si el efecto de tales importaciones es hacer bajar los precios anormalmente o impedir en la misma medida el alza razonable que en otro caso se hubiera producido, y"

En relación a los efectos de las importaciones sujetas a investigación sobre los precios internos (art. 64 fr. II RLCE):

"A. Se analizará el comportamiento y la tendencia de los precios de las importaciones investigadas y si éstos muestran una disminución en el periodo investigado con respecto a los que se habían observado en periodos comparables, o si éstos son inferiores al resto de las importaciones que no se realizan en condiciones de discriminación de precios o de subvención;

B. Si existe una relación significativa entre la disminución de los precios de las importaciones y el crecimiento de los volúmenes importados;

C. Si las importaciones investigadas tienen un precio de venta considerablemente inferior al precio de venta comparable del producto nacional similar:

D. Si el efecto de las importaciones investigadas es deprimir los precios internos o impedir en la misma medida el alza razonable que en otro caso se hubiera producido, y

E. Si el nivel de precios a los que concurren las importaciones investigadas al mercado nacional es el factor determinante para explicar el comportamiento y la participación de las mismas en el mercado nacional;"

c) El efecto sobre los productores nacionales.

"III. El efecto causado o que pueda causarse sobre los productores nacionales de mercancías idénticas o similares a las importadas, considerando todos los factores e índices económicos pertinentes que influyan en la condición del sector correspondiente, tales como la disminución apreciada y potencial en el volumen de producción, las ventas, la participación en el mercado, las utilidades, la productividad, el rendimiento de las inversiones o la utilización de la capacidad instalada, los factores que repercuten en los precios internos; y los efectos negativos apreciados y potenciales en el flujo de caja, las existencias, el empleo, los salarios, la capacidad de reunir capital, la inversión y el crecimiento de la producción; y"

Por lo que respecta a esta fracción, su complemento se encuentra en el propio artículo 64 del RLCE, en su fracción:

"III. Con respecto a los efectos de las importaciones investigadas sobre la producción nacional de mercancías idénticas o similares deberá realizarse una evaluación de las operaciones de la industria en el territorio nacional. Dicha evaluación deberá incluir el impacto de las cantidades y los precios de las importaciones investigadas sobre todos los factores e índices económicos pertinentes que influyan sobre la condición de la industria correspondiente, tales como:

A. La disminución real y potencial de la producción y el empleo, las ventas internas, la participación en el mercado, la productividad, la utilización de la capacidad instalada y el aumento real o potencial en los inventarios;

B. Los factores que repercutan en los precios internos tales como las condiciones o términos de venta, y

C. Los efectos negativos, reales y potenciales de la depresión o contención de los precios internos y de las ventas sobre las utilidades, el flujo de caja, el rendimiento de las inversiones, los salarios, la capacidad de reunir capital, la inversión y el crecimiento de la producción, y”

d) Otros elementos, factores e índices económicos.

Además, en la LCE se encuentra establecida la facultad de la autoridad investigadora para fundar y motivar su decisión en otros índices económicos diferentes de los señalados, en los siguientes términos:

“IV. Los demás elementos que considere conveniente la Secretaría.”

Esos otros elementos diferentes de los antes enunciados en la LCE son detallados por el mismo artículo 64, fracción IV del RLCE y deben referirse a factores o índices económicos relevantes para la industria en cuestión. *“En este caso, la Secretaría deberá identificar dichos factores y explicar la importancia de los mismos en la determinación respectiva.”*

La facultad de la Secretaría para considerar y examinar otros factores de los cuales tenga conocimiento, se encuentra también en el artículo 69 RLCE, mismo que especifica algunos de ellos, *“distintos de las importaciones objeto de investigación, [y] que al mismo tiempo afecten a la producción nacional, para determinar si el daño o amenaza de daño alegados son causados directamente por dichas importaciones. Entre los factores que se podrán evaluar están los siguientes:*

I. El volumen y los precios de las importaciones que no se realizan en condiciones de discriminación de precios o de subvención;

II. La contracción de la demanda o variaciones en la estructura de consumo;

III. Las prácticas comerciales restrictivas de los productores extranjeros y nacionales, así como la competencia entre ellos, y

IV. La evolución de la tecnología, la productividad y los resultados de la actividad exportadora.”

e) Acumulación de efectos de la importaciones de varios países.

Para la determinación del daño en base a la valoración de los elementos a que se refieren las cuatro fracciones del artículo 41 y sus correlativas

disposiciones reglamentarias, SECOFI puede acumular el volumen y los efectos de las importaciones del producto idéntico o similar provenientes de dos o más países sujetos a investigación en contra de prácticas desleales, siempre que las importaciones procedentes de los países investigados compitan entre ellas y con los productos idénticos o similares a los importados que se fabriquen en México.

La secretaría puede dejar de hacer esa evaluación acumulativa de los efectos de importaciones de determinada procedencia si dichas importaciones no son significativas y no tienen algún efecto adverso identificable sobre la producción nacional. Con el fin de determinar lo anterior, la secretaría hará un análisis del comportamiento de tales importaciones y tomará en cuenta los factores económicos relevantes, considerando lo siguiente:

"I. Si la tasa de crecimiento del volumen y la participación de las importaciones analizadas en el mercado nacional no muestra ningún indicio de un incremento sostenido durante el periodo investigado, ni la probabilidad real de que aumente en el futuro inmediato;

II. Si las ventas del producto importado, procedente del país en cuestión, en el mercado nacional son aisladas y esporádicas, y

III. Si por la naturaleza del producto investigado y las características específicas del mercado nacional, la presencia de tales importaciones no tiene ninguna influencia identificable sobre los precios internos o los factores que influyen sobre los precios del producto nacional y las condiciones de la industria nacional que produce la mercancía idéntica o similar."

f) Evaluación del daño respecto a la producción nacional total.

El artículo 63 del RLCE viene a complementar las anteriores disposiciones en lo referente a la evaluación del daño a la producción nacional, de esta manera:

"Para la determinación de la existencia de daño, la Secretaría deberá evaluar el impacto de las importaciones investigadas sobre la producción nacional total, o sobre aquellos productores nacionales cuya producción conjunta constituya la parte principal de la producción nacional de la mercancía de que se trate.

Si los solicitantes no representan al total de la producción nacional, éstos deberán presentar a la Secretaría, a través de los formularios que ésta determine, la información de la producción nacional total siempre que las cifras requeridas se encuentren razonablemente disponibles para los solicitantes. En todo caso, siempre deberán presentar en la solicitud una estimación confiable, y la metodología correspondiente, de las cifras relativas a la producción nacional total considerada.

La Secretaría deberá asegurarse de que la determinación de daño correspondiente sea representativa de la situación de la producción nacional total. Para tal efecto, la Secretaría deberá allegarse de la información necesaria de los productores nacionales no solicitantes y éstos últimos deberán presentar a la Secretaría la información que se les requiere"

g) Examen de la situación de la producción nacional.

"La Secretaría deberá evaluar los factores económicos descritos en el artículo anterior dentro del contexto del ciclo económico y las condiciones de competencia específicas a la industria afectada. Para tal fin, los solicitantes aportarán la información de los factores e indicadores relevantes y característicos de la industria considerando por lo menos tres años previos a la presentación de la solicitud, incluyendo el periodo investigado, salvo que la empresa de que se trate se haya constituido en un lapso menor. Asimismo, los productores nacionales solicitantes o las organizaciones que lo representen aportarán estudios económicos, monografías, literatura técnica y estadísticas nacionales e internacionales sobre el comportamiento del mercado en cuestión o cualquier otra documentación que permita identificar los ciclos económicos y las condiciones de competencia específica a la industria afectada."

"Art. 66.- El efecto de las importaciones en condiciones de prácticas desleales se evaluará en relación con la producción nacional del producto idéntico o similar cuando los datos disponibles permitan identificarla separadamente, con arreglo a criterios tales como el proceso de producción, las ventas de los productores y sus beneficios. Si no es posible efectuar tal identificación separada de esa producción, el efecto de tales importaciones se evaluará analizando la producción del grupo o gama más restringido de productos que incluya el producto idéntico o similar y del que si se pueda proporcionar toda la información necesaria para la prueba de daño."

4.- EL DAÑO REGIONAL.

Dispone el artículo 44 de la LCE:

“Podrá considerarse que existe daño o amenaza de daño a la producción de un mercado aislado dentro del territorio nacional siempre y cuando haya una concentración de importaciones en condiciones de prácticas desleales en ese mercado que afecten negativamente a una parte significativa de dicha producción. En este caso, el mercado aislado podrá considerarse como tal, sólo si los productores de ese mercado venden una parte significativa de su producción en dicho mercado y si la demanda no está cubierta en grado sustancial por productores situados en otro lugar del territorio.”

5.- EL DAÑO EN EL DUMPING INDIRECTO.

Aunque no se encuentra reconocida en la LCE, la figura del “dumping indirecto” o “dumping en un tercer país” es parte de nuestro sistema jurídico por virtud del sistema establecido en el artículo 133 constitucional, en el cual se confiere la calidad de Ley Suprema de la Unión a la propia Ley Fundamental, a las leyes federales y los tratados internacionales suscritos por el Presidente de la República y aprobados por el Senado.

Entonces, nuestro país tiene la obligación internacional de aplicar la figura aludida respecto de aquellos otros países o productores de otros países que se lo soliciten.

En el Acuerdo Antidumping la figura está expresamente reconocida y por lo tanto regulada legalmente, bajo el título de “Medidas Antidumping a favor de un tercer país”, en el artículo catorce.

La solicitud de que se adopten medidas antidumping en favor de un tercer país las solicitarán las autoridades del tercer país que solicite la imposición de esas medidas (14.1). La solicitud deberá estar apoyada con datos sobre los precios que muestren que las importaciones son objeto de *dumping*, así como con información detallada acerca de que el supuesto *dumping* causa daño a la rama de la producción nacional de que se trate del tercer país. El gobierno del tercer país prestará todo su concurso a las autoridades del país importador para obtener cualquier información complementaria que aquellas puedan necesitar (14.2).

“Las autoridades del país importador, cuando examinen una solicitud de este tipo, considerarán los efectos del supuesto dumping en el conjunto de la rama de la producción nacional de que se trate del tercer país; es decir, que el daño no se evaluará en relación con el efecto del supuesto dumping en las exportaciones de la rama de la producción de que se trate al país importador ni incluso en las exportaciones totales de esta rama de producción “(14.3).

El artículo 14.4 tiene establecido que la decisión de dar o no curso a la solicitud es facultad del país importador y en optar por lo primero, tomará la iniciativa de dirigirse al Consejo del Comercio de Mercancías para pedir su aprobación.

E) EL NEXO CAUSAL.

La conducta desplegada por el exportador extranjero, la discriminación de precios, puede repercutir sobre la producción nacional de la mercancía idéntica o similar. Generalmente esto ocurre. Mas puede suscitarse la cuestión de que en la causación del daño concurren una serie de factores difíciles de distinguir. La autoridad nacional encargada de sustanciar el procedimiento antidumping esta obligada a separar las causas, para evaluar aisladamente el *dumping*, labor nada sencilla.

Este es uno de los datos que nos permiten apreciar con mayor facilidad alguna diferencia entre el daño de nuestro derecho civil y el daño a la producción nacional. En derecho civil, el daño como una pérdida o menoscabo patrimonial, el establecimiento del vínculo causal no es tan problemático como en materia de comercio exterior. La prueba del daño patrimonial no es difícil de obtener, aunque en algunas ocasiones se requiera la intervención de peritos, generalmente ésta se presenta para fijar el monto, la cuantía del daño, más no para establecer si existe o no.

Para esclarecer lo anterior bastan dos ejemplos muy comunes. En un accidente automovilístico, la pérdida o menoscabo patrimonial se establece con relativa sencillez. Si dos automóviles sufren una colisión, sufren algún deterioro, pues uno golpeó al otro. El nexo causal se establece fácilmente con pruebas testimoniales y hasta con la apreciación directa de los hechos. La intervención pericial se justifica en la medida que es necesario fijar la cuantía o importancia económica del daño sufrido en el automóvil de la víctima. Si además esta era un taxista, el perjuicio, o sea la privación de una ganancia lícita

y normal que debiera haberse percibido de no haberse originado la colisión, equivaldrá al monto de los días no trabajados mientras el automóvil es reparado. Daño y perjuicio se suman para integrar el concepto daño patrimonial.

El segundo ejemplo es el incumplimiento de un contrato. Este sin duda será el documento base de la acción que se ejercite. Si una persona se obliga a devolver una suma de dinero en cierto plazo y no cumple, el daño patrimonial se probará con el contrato y, supongamos que la obligación de devolver el dinero se cumplía mediante el depósito de la suma prestada en una cuenta bancaria del mutuante, este podrá exhibir su estado de cuenta para demostrar que el mutuuario no ha cumplido. Supongamos también que éste último no tiene recibo alguno que demuestre su pago, ni la ficha de depósito que demostraría esta operación bancaria. El nexo causal se establecerá con base en todos estos hechos.

El establecimiento del vínculo causal entre la conducta y su efecto generalmente se desprende de una confrontación entre los dos hechos y las pruebas respectivas de los mismos. En comercio exterior, con el propósito de dar mayor objetividad a esa confrontación, las normas nacionales e internacionales establecen una serie de elementos a evaluar. A ellos nos hemos referido en el inciso anterior y no tienen mucho parecido con el daño de nuestro derecho civil.

Un ejemplo de la última afirmación del párrafo precedente puede desprenderse de la fracción II del artículo 41 LCE. En ella se requiere a la autoridad nacional ante la cual se tramita el procedimiento antidumping que tome en consideración el precio de las mercancías importadas al territorio nacional. Esto es, "si la mercancía importada se vende en el mercado interno a un precio considerablemente inferior al de los productos idénticos o similares. Pudiera suceder que se importen con discriminación de precios; sin embargo, por más que el margen de discriminación de precios sea muy grande, si la mercancía importada es más cara que la de producción nacional, difícilmente puede competir contra esta (soslayando el problema de las calidades) y tener una demanda apta para provocar un daño a la producción nacional.

F) BREVE REFERENCIA AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE INVESTIGACION CONTRA PRACTICAS DESLEALES.

La LCE organiza el procedimiento administrativo de investigación contra prácticas desleales de comercio internacional, *antidumping* y *antisubvenciones*. Este procedimiento administrativo de investigación tiene por finalidad otorgar una eficiente protección a los productores nacionales frente a esta especie del género "competencia desleal", en el caso de nuestra incumbencia, reconocido internacionalmente con el neologismo inglés *dumping*.

1.- SOLICITUD DE INICIO DE INVESTIGACION.

El procedimiento puede iniciar a petición de parte o de oficio. Lo primero es lo más frecuente.

Pueden solicitar el inicio de un procedimiento *antidumping*, las personas físicas o morales productoras de mercancías idénticas o similares a las que se estén importando en condiciones de *dumping*. Pero la ley solo concede legitimación para solicitar el inicio a esas personas en tanto sean representativas de una parte importante de la producción nacional. El artículo 40 de la LCE en su párrafo primero indica, no sin cierta circularidad en su definición, que: "*Para los efectos de esta ley, la expresión producción nacional se entenderá en el sentido de abarcar, cuando menos, el 25 por ciento de la producción nacional (sic.) de la mercancía de que se trate*".

De manera que no son las personas aisladas las que pueden solicitar el inicio de la investigación *antidumping*¹⁰³, sino que la ley les concede legitimación para solicitar el inicio del procedimiento en tanto se reúna el 25 por ciento de la producción nacional de la mercancía de que se trate, lo que es entendible en atención a lo siguiente. Existen empresas (de personas físicas o morales) que producen poco; su participación en la producción total de mercancías que se elaboran en el país es reducida en relación con ese conjunto total que es la producción nacional. De concederse legitimación a una sola empresa con una reducida participación en relación con el total producido en el

¹⁰³ No se rechaza la contingencia de que en nuestro país exista una sola empresa productora de la mercancía idéntica o similar a la que es objeto de *dumping*. En este caso, esa sola persona tendrá la legitimación requerida por la ley para solicitar el inicio de una investigación *antidumping*, pues representará al cien por ciento de la producción nacional de la mercancía.

país, se iniciarían procedimientos inútiles de ser solo esa pequeña empresa la afectada por la competencia internacional y en el caso que nos ocupa, por el *dumping*, pues se podría suponer, válidamente, que las otras empresas no están resintiendo ninguna afectación al ser más competitivas, por ejemplo.

Consideramos a esa como una de las razones por las que en este tipo de procedimientos se exige una cantidad de interesados en los términos antes aludidos de suerte que puedan representar al menos un 25 por ciento del total de la producción nacional de la mercancía en cuestión. Este porcentaje será, de alguna forma, un indicador del interés de los productores nacionales y de la posible y probable afectación que están resintiendo.

Las anteriores ideas se confirman a la luz de las disposiciones del RLCE, principalmente en la primera parte del asunto número 60: "Los solicitantes a que se refiere el artículo 50 de la Ley deberán probar que representan cuando menos el 25 por ciento de la producción nacional de la mercancía de que se trate." Se distingue así entre el sujeto y el objeto, esto es, entre los solicitantes y lo que éstos deben representar.

Si lo dicho anteriormente es razonable, entonces puede resultar confusa la disposición de la primera parte del segundo párrafo del mismo artículo 40, en el denominado "conflicto de intereses", cuando determina: "*Sin embargo, cuando unos productores estén vinculados a los exportadores o a los importadores o sean ellos mismos importadores del producto investigado, el término producción nacional podrá interpretarse en el sentido de abarcar, cuando menos el 25 por ciento del resto de los productores.*" Literalmente, podría entenderse que el 25 por ciento del resto de los productores están legitimados para solicitar el inicio del procedimiento antidumping, sin importar que ese 25 por ciento del resto de los productores no represente al 25 por ciento de la producción nacional de la mercancía en cuestión.

Consideramos errónea la adopción, por parte del legislador, de dos criterios respecto a lo que significa producción nacional. Por un lado designa, para los propósitos de legitimación, al conjunto de mercancías producidas en el país (criterio objetivo) y en el segundo caso, atiende al grupo de productores que pueden designarse como producción nacional (criterio subjetivo). Pensamos que la adopción del primer criterio es lo correcto y por ende excluye al segundo. De adoptarse este segundo criterio, pudiera suceder, en el caso de

industrias muy fragmentadas¹⁰⁴, que muchas microempresas productoras cuya participación dentro del conjunto de la producción nacional fuese mínima, verbigracia, de un 10 por ciento, pero que en conjunto representan al 25 por ciento del resto de los productores (digamos, por ejemplo, que de un total de 100 empresas productoras, excluyendo a las que se encuentran vinculadas con los exportadores extranjeros, 27 sean las que promuevan, pero cuya participación en el total de la producción en nuestro país sea del 10 por ciento aludido), no sería congruente con los propósitos del legislador.¹⁰⁵

Por otro lado, las anteriores reflexiones nos permiten darnos cuenta de la equivocidad con que el legislador manejó el término "producción nacional" a lo largo de la LCE.

El procedimiento de investigación también puede iniciar de oficio. Esta facultad de la autoridad investigadora puede ser muy importante para defender a industrias en las que debido a la cantidad de productores se encuentran muy atomizadas (como la señalada en la nota 59). Esta es la vía adecuada que tiene la autoridad en nuestro país para defender a productores (como los agrícolas o pesqueros) que debido a su número no pueden organizar su defensa eficazmente en contra de prácticas desleales como el *dumping*.

2.- SOLICITANTES Y TERCEROS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO.

a) *Aclaración previa.*

A nuestro juicio, la LCE utiliza equivocadamente la expresión "partes interesadas en el procedimiento". La palabra "partes" es propia de la jerga

¹⁰⁴ No es difícil encontrar este tipo de situaciones en la realidad industrial mexicana. Un ejemplo de industria con esas características puede ser la zapatera. Una descripción de la situación industrial en nuestro país hasta la década de los ochenta y de la cantidad de empresas que siendo pequeñas productoras, no representan una parte considerable de la producción nacional puede verse en el ensayo "Origen de la Crisis Industrial: El Agotamiento del Modelo de Sustitución de Importaciones. Un Análisis Preliminar", por Boltvinik, Julio y Enrique Hernández Laos en la obra *Desarrollo y Crisis de la Economía Mexicana (Ensayos de interpretación histórica)*. Selección de Rolando Cordera. Serie Lecturas. Número 39. 1a ed. México, 1981.

¹⁰⁵ No deja de manifestarse en éstas reglas un cierto desprecio a las pequeña y medianas empresas. Solo queda reconocer que es el sistema económico promotor de la libre competencia de nuestros días el que por su naturaleza excluye y discrimina a las pequeñas y medianas empresas. La competencia internacional exige, para la supervivencia de los que se quieren mantener en ella, la búsqueda de beneficios al máximo, mismos que no puede lograr una microempresa. Esas son las reglas del juego en nuestros días.

procesal, y ha sido definida por el procesalista hispano Niceto Alcalá Zamora como "los sujetos que reclaman una decisión jurisdiccional respecto a la pretensión que en el proceso se debate"¹⁰⁶, notas éstas las de "pretensión", "proceso" y "decisión jurisdiccional" sin equivalente dentro de un procedimiento administrativo.

En la función administrativa, en cambio, los sujetos suelen limitarse a dos personas: el administrado que solicita y el agente u órgano de la administración pública que resuelve. "Eventualmente se da intervención a terceros, para que manifiesten su opinión sobre la procedencia de su solicitud. Pero estos terceros conservan este carácter y no se convierten en contrapartes del solicitante, que tampoco es parte"¹⁰⁷. En este mismo sentido, el Dr. Ruperto Patiño Manffer¹⁰⁸ abunda acerca del carácter de los sujetos facultados para intervenir en el procedimiento antidumping, al afirmar que "no existen partes en el sentido judicial del término y ninguna de las personas que intervienen en una investigación adquieren derechos litigiosos".

b) Las "partes interesadas" en la LCE.

En la LCE el legislador señala como *partes interesadas en el procedimiento* y que como tales pueden intervenir en el mismo, a los siguientes:

- 1.- Los productores solicitantes;
- 2.- Los importadores;
- 3.- Los exportadores;
- 4.- Las personas morales extranjeras que tengan un interés directo en la investigación. En el caso de las subvenciones, esta fracción ampara la intervención de los representantes de los gobiernos extranjeros que presuntamente otorgan la subvención a sus exportadores.
- 5.- Aquellas que tengan tal carácter en los tratados y convenios internacionales de la materia. En esta hipótesis podría pensarse en el llamado

¹⁰⁶ Cit. por Ovalle Favela, José. *Teoría General del Proceso*. 4a ed. Oxford University Press Harla. México, 1998. p. 265. Este último autor define a las partes como "los sujetos procesales cuyos intereses jurídicos se controvierten en el proceso". Esta definición y otras similares permiten percatarse de la uniformidad con la que se define la expresión 'partes'.

¹⁰⁷ Ibidem. p. 124.

¹⁰⁸ *La naturaleza jurídica de las investigaciones antidumping, el juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación y revisión por los Paneles Binacionales*. Documentos de Trabajo. SECOFI. México, diciembre de 1999. p. 6.

dumping de terceros países en el cual, los exportadores que no siendo productores nacionales, ni los que cometen *dumping*, también se ven afectados en sus exportaciones al mercado mexicano. Nuestra LCE no reconoce esta figura, pero el Acuerdo Antidumping si lo hace y al formar parte del orden jurídico mexicano por virtud del artículo 133 constitucional, en conclusión pueden exportadores extranjeros, solicitar el inicio de un procedimiento de investigación en contra de exportadores de un tercer país que discriminan precios al exportar al mercado mexicano.

c) Clasificación propia.

Una clasificación acorde con la aclaración hecha al inicio de este inciso permite agrupar a los sujetos que pueden intervenir dentro del procedimiento como sigue:

1.- Solicitante: Los productores nacionales, personas físicas o morales, mientras en conjunto representen al menos el 25% de la producción nacional de la mercancía de que se trate.

2.- Organismo de la administración pública competente: La SECOFI a través de la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales.

3.- Terceros: Exportadores extranjeros, importadores, personas morales extranjeras que tengan un interés directo en la investigación y demás personas que puedan intervenir de acuerdo con los tratados y convenios internacionales de la materia.

A todos estos sujetos, la secretaría podrá requerir los elementos probatorios, información y datos que estime pertinentes. En caso de que no aporten lo requerido, la autoridad investigadora esta facultada para resolver conforme a la información disponible.

Otros terceros en el procedimiento. La autoridad investigadora puede también requerir a los "productores (sic.), distribuidores y comerciantes de la mercancía de que se trate, así como a los agentes aduanales, apoderados o consignatarios de los importadores o cualquier otra persona que estime conveniente, la información y datos que tengan a su disposición" (Art. 55). Los productores también pueden tener el carácter de terceros en el caso del *dumping* de terceros países a que hemos aludido líneas arriba, de allí que encontraríamos

justificada su inclusión en el presente artículo, de no ser porque nuestra ley no reconoce, como hemos dicho, esa figura.

3.- ACEPTACION Y RECHAZO DE LA SOLICITUD .

La autoridad investigadora nacional tiene un plazo de 30 días para tomar alguna de las siguientes determinaciones:

a) Aceptar la solicitud y declarar el inicio de la investigación administrativa correspondiente.

b) Requerir al solicitante para que en un plazo de 20 días siguientes a la recepción de la prevención aporte mayores elementos de prueba o datos. Si se satisface o requerido por la autoridad investigadora, ésta tendrá un plazo de 20 días para proceder conforme al inciso a). En caso contrario, la autoridad podrá declarar abandonada la solicitud y se lo notificará al promovente.

c) Desechar la solicitud cuando no se cumpla con los requisitos establecidos en el reglamento y notificárselo al solicitante.

En cualquiera de estos casos, la resolución respectiva debe publicarse en el DOF.

4.- RESOLUCIÓN DE INICIO DE LA INVESTIGACION.

Esta resolución decreta el inicio de la investigación antidumping y a partir del día siguiente a la publicación de la misma en el DOF, la autoridad investigadora notificará a las partes interesadas de que tenga conocimiento para que en un plazo de 30 días posterior a la publicación indicada comparezcan para formular su defensa y presenten la información que se les requiera.

5.- AUDIENCIA CONCILIATORIA.

En el curso de la investigación pueden las partes interesadas solicitar la celebración de una audiencia conciliatoria. En ella, las partes pueden proponer fórmulas de solución y conclusión de la investigación, mismas que de ser consideradas procedentes por la Secretaria, se incorporarán a la resolución respectiva, que tendrá el carácter de resolución final. Esta será publicada en el DOF y notificada a las partes.

Esta es otra de las formas que la ley establece para dar por terminada una investigación. En materia procesal se habla de *transacción* cuando las partes, de común acuerdo, ponen fin a una controversia actual o presente y se caracteriza por ser bilateral. En caso de llegar al acuerdo en el curso del proceso, se suscribe un *convenio judicial*.

Puede hablarse de una *conciliación* en la hipótesis de que la autoridad investigadora participe activamente planteando a las partes formas de solución.

6.- RESOLUCION PRELIMINAR.

Esta se dictará dentro de los posteriores 130 días contados a partir del siguiente a la publicación de la resolución de inicio en el DOF y mediante ella se podrá:

a) Decretar cuota compensatoria provisional siempre que se hayan cumplido las formalidades del procedimiento y hayan transcurrido por lo menos 45 días siguientes a la publicación de la resolución de inicio de la investigación en el DOF;

b) No imponer cuota compensatoria provisional y continuar con la investigación administrativa;

c) Dar por concluida la investigación en caso de no existir pruebas suficientes del *dumping*, el daño a la producción nacional o la relación causal entre uno y otro.

Esta resolución preliminar se notifica a las partes y se publica en el DOF.

7.- RESOLUCION FINAL.

La Comisión de Comercio Exterior¹⁰⁹ deberá emitir su opinión respecto al proyecto de resolución final del procedimiento de investigación. La resolución final deberá emitirse dentro de los 260 días contados a partir del siguiente en

¹⁰⁹ Esta es "órgano de consulta obligatoria" en una serie de asuntos determinados en la LCE, entre los que se incluyen las medidas arancelarias y las de regulación y restricción no arancelarias a la exportación e importación de mercancías, así como en relación a la conducción de negociaciones comerciales internacionales. Las cuotas compensatorias son consideradas medidas no arancelarias y por lo tanto, la Comisión debe emitir su opinión antes de que entren en vigor y durante su vigencia " a fin de recomendar las modificaciones a que haya lugar" (arts. 4, 6 LCE y 9 fr. XIII del RLCE).

que fue publicada la resolución de inicio en el DOF. En ella, la autoridad investigadora podrá:

- a) Imponer cuota compensatoria definitiva;
- b) Revocar la cuota compensatoria provisional;
- c) Declarar concluida la investigación sin imponer cuota compensatoria.

Como las anteriores, esta resolución debe ser notificada a las partes interesadas y publicada en el DOF.

8.- FORMAS DE CONCLUIR LA INVESTIGACION. COMPROMISOS DE EXPORTADORES Y GOBIERNOS.

Como resumen mencionaremos las formas de conclusión de un procedimiento de investigación antidumping:

a) Mediante una resolución preliminar en la cual se determine que no existen los elementos de prueba suficientes acerca del *dumping*, el daño o de la relación causal entre ambos.

b) La conciliación de intereses entre los solicitantes y los terceros interesados, por medio de fórmulas sancionadas como procedentes por la autoridad investigadora, lo que hace las veces de resolución final.

c) Mediante resolución final que revoque las cuotas compensatorias provisionales o que imponga o no cuotas compensatorias.

d) A las anteriores se suma otra forma de dar por concluida una investigación antidumping; se trata de los compromisos de exportadores: *"Cuando en el curso de una investigación el exportador de la mercancía en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional, se comprometa voluntariamente a modificar sus precios o cesar sus exportaciones, {...} la Secretaría podrá suspender o dar por terminada la investigación sin aplicar cuotas compensatorias. Para ello, la Secretaría deberá evaluar si con dichos compromisos u otros análogos que se asuman se elimina el efecto dañino de la práctica desleal"*

A diferencia de la conciliación, ésta forma de concluir la investigación, por ser unilateral, es decir por contar con la voluntad de uno de los intervinientes (independientemente del número de exportadores que la acepten), puede equipararse a lo que en materia procesal se conoce como *allanamiento*, aunque no deje de haber arbitrariedad al emplear ese término procesal.

F) EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACION CONTRA EL DUMPING. ALGUNAS NOTAS ACERCA DE SU NATURALEZA.

La terminología empleada para describir este procedimiento puede dar lugar a confusión acerca de su naturaleza. El uso que hemos dado a términos como 'partes interesadas', 'allanamiento', 'terceros', 'audiencia conciliatoria' merece aclaración. En realidad, algunos de estos conceptos vienen a ser empleados ante la ausencia de términos propios en materia procedimental; aunada a la circunstancia de que el procedimiento administrativo antidumping tiene una naturaleza *sui generis*; es, si se quiere, un procedimiento administrativo con carácter *cuasi jurisdiccional*, debido a la forma como se encuentra estructurado legalmente. Aunque esto sea verdad, prevalece la naturaleza procedimental de la investigación contra prácticas desleales.

Para justificar las anteriores apreciaciones bástenos recordar la dificultad que han tenido los teóricos del derecho administrativo para diferenciar los actos derivados de la función administrativa y los propios de la función jurisdiccional, o lo que es lo mismo, el acto administrativo del jurisdiccional.

Tanto en el proceso como en el procedimiento encontramos una serie de etapas que culminan con un acto propio de la naturaleza de los mismos, el acto jurisdiccional y el administrativo respectivamente. Ambas funciones estatales se encuentran encomendadas por la Constitución y las leyes respectivas a órganos creados para la aplicación del derecho.

Piero Calamandrei¹¹⁰, uno de los doctrinarios del derecho procesal más distinguidos, ha puesto de relieve una diferencia muy ilustrativa para

¹¹⁰ Cit. por Ovalle Favela, José. *Op. cit.* p. 152.

las funciones legislativa, administrativa y jurisdiccional desplegadas por el gobierno del estado:

Pero en realidad, en nuestro ordenamiento jurídico, lo mismo que en los de todos los Estados (civilizados) contemporáneos ..., la regla fundamental es que no se tiene jurisdicción sin acción; esto es, que la justicia no se mueve si no hay quien la solicite.

...El Estado hace leyes aun sin que los ciudadanos se lo pidan, y toma en el campo administrativo todas las iniciativas que cree útiles a la sociedad, pero no juzga, si no hay alguien que le pida que juzgue. De suerte que la acción aparece como una condición indispensable para el ejercicio de la jurisdicción (*nemo iudex sine actore*).

A la luz de las líneas arriba transcritas, el procedimiento de investigación contra el *dumping* puede iniciar de oficio o a petición de parte; siendo esta doble posibilidad característica del procedimiento administrativo¹¹¹, mientras que el inicio a *petición de parte* es exclusivo del proceso jurisdiccional. A este criterio se vienen a sumar otros argumentos con mayor poder esclarecedor del problema.

a) Distinción entre la función jurisdiccional y la administrativa.

Un criterio más nos indica que la autoridad investigadora, en nuestro país la Secretaria de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI) a través de su Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales (UPCI) no realiza *función jurisdiccional*, es decir, no dice el derecho de algunos sujetos jurídicos que se pretenden partes. En primera instancia, porque esto sería contrario a nuestro régimen constitucional, ya que el artículo 49 de nuestra Ley Fundamental prohíbe la reunión de dos o más poderes en una sola persona o corporación, o el depósito

¹¹¹ Cfr. Acosta Romero; Miguel. *Compendio de Derecho Administrativo (parte general)*. 1a ed. Porrúa. México, 1996 p.p. 417-418. El autor manifiesta su reserva acerca de la posibilidad de establecer una serie de notas válidas para todo procedimiento administrativo, debido a la gran cantidad de materias que corresponde conocer a la administración pública. "En cada caso habría que atender a las peculiaridades de la materia y a las necesidades prácticas para determinar el procedimiento adecuado. Pensamos, asimismo, que no es posible hablar de un procedimiento administrativo unitarios por estas razones y que tampoco puede, en ciertos casos, seguir la impronta del proceso judicial y ni admitir siempre y en cada caso a los particulares. ¿Porqué afirmamos esto?

El procedimiento administrativo no siempre afecta los intereses de los particulares, ni tampoco debe ajustarse a formalidades determinadas, cuando no sean estrictamente indispensables"

del Poder Legislativo en una sola persona, siendo excepciones constitucionalmente reconocidas a este principio, la establecida en la segunda parte del mismo párrafo segundo del artículo 49, la suspensión de garantías y la existencia de tribunales administrativos.

Además, la jurisdicción entendida como “la función que ejercen órganos del Estado independientes o autónomos, a través del proceso, para conocer de los litigios o controversias que les planteen las partes y emitir su decisión sobre ellos; así como para, en su caso, ordenar la ejecución de dicha decisión o sentencia”¹¹² exige la presencia de ciertas notas, sin las cuales no es posible pensar que los órganos estatales ejerzan la función jurisdiccional; para que la misma exista:

Es indispensable que posean [los órganos estatales referidos] *independencia* o, al menos, *autonomía funcional*, en el caso de los tribunales no judiciales. Por *independencia funcional* entendemos la situación institucional que permite a los juzgadores emitir sus decisiones conforme a su propia certeza de los hechos -obtenida con base en las pruebas practicadas en el proceso- y de acuerdo con el derecho que estimen aplicable al caso concreto, sin tener que acatar o someterse a indicaciones o sugerencias provenientes de órganos de los otros poderes (*independencia externa*) o de los superiores jerárquicos (*independencia interna*).¹¹³

En el caso de la UPCI, es indiscutible que se encuentra jerárquicamente subordinada dentro de la SECOFI y en todo caso, se halla sujeta a la opinión de la Comisión de Comercio Exterior, pues aquella tiene que presentar a ésta (órgano de consulta obligatoria) su proyecto de resolución final en materia de *dumping* y cuotas compensatorias, así como de otras medidas que se pretendan adoptar en materia de comercio exterior. También la SECOFI se encuentra en un estado de subordinación administrativa respecto al titular del Poder Ejecutivo Federal.

¹¹² Ovalle Favela, José. *Op. cit.* p. 119, 120.

¹¹³ *Ibidem.* p.120.

b) Derecho de acción y derecho de petición.

Los solicitantes (productores nacionales) de este procedimiento administrativo no ejercitan un derecho de acción, sino el derecho de petición¹¹⁴. La acción es un concepto esencial del derecho procesal y se define como "el derecho subjetivo procesal que se confiere a las personas para promover un juicio ante el órgano jurisdiccional, obtener una sentencia de ésta sobre una pretensión litigiosa y, lograr, en su caso, la ejecución forzosa de dicha resolución"¹¹⁵. Bastarán entonces, algunos comentarios para consolidar estas ideas.

El procedimiento antidumping, como ya lo expresamos, no se desarrolla ante un órgano jurisdiccional, sino ante uno administrativo que no tiene por misión resolver un litigio en el sentido procesal del término. Lo que el Acuerdo Antidumping y la LCE buscan es el respeto a la garantía de audiencia de las personas que eventualmente pudieran verse afectadas por los resultados de la investigación antidumping. Sin duda, la intervención de los exportadores importadores y de los gobiernos de los países se concede con el ánimo de dar transparencia a la investigación y en todo caso, respetar la consabida garantía de audiencia para los gobernados involucrados.

Pero en todo caso, la autoridad investigadora tiene a su favor el llamado *principio de deferencia* para determinar si adopta o no las medidas antidumping, así como el contenido que las mismas han de tener en caso de adoptarlas. Esto es así porque a nivel internacional, en los textos legales, se acepta que toda medida antidumping es, finalmente, una medida de política comercial, misma que sólo corresponde conducir a las autoridades competentes de la administración pública.¹¹⁶ Sin embargo, para dar transparencia y claridad al procedimiento antidumping se notifica y da intervención a los terceros que pudieran verse involucrados en el mismo, con el propósito de evitar, en los posible, que una medida de protección a los productores nacionales degenerare en proteccionismo.¹¹⁷

¹¹⁴ Patiño Manffer, Ruperto. *Op. cit.* p. 5.

¹¹⁵ Ovalle Favela, José. *Op. cit.* p. 164.

¹¹⁶ Patiño Manffer, Ruperto. *Op. cit.* p. 4.

¹¹⁷ Este objetivo no se ha logrado totalmente; al respecto *vid. supra.* lo dicho respecto al neoproteccionismo, Cap. I, B), 3, p.12.

c) La resolución que impone cuotas compensatorias no es una sentencia.

El procedimiento antidumping no tiene como finalidad o resultado la obtención de una sentencia. Esta es propia de la jurisdicción y constituye el acto por el cual el juzgador da por terminada una controversia, procesalmente calificada como litigio. Para no abundar más en conceptos ya vertidos, diremos al respecto que la sentencia, para la teoría jurídica, crea una norma jurídica individual entre las partes que en ella intervienen. No puede decirse lo mismo en el caso de la resolución administrativa por la cual se impone o no cuotas compensatorias y ello debido a su naturaleza: es un acto formalmente administrativo que establece una norma general, con efectos *erga omnes* para todas las personas ubicadas dentro de los supuestos establecidos en esa resolución, que concretan los establecidos en los ordenamientos legales que la sustentan legalmente; se trata de un *acto materialmente legislativo*¹¹⁸. Con independencia de que una persona hayan intervenido o no en el procedimiento de investigación, éstas se encuentran en la obligación de pagar las cuotas compensatorias que en su caso se determinen, si desean importar las mercancía indicadas en la resolución correspondiente.

La naturaleza de norma de carácter general de la resolución que determina cuotas compensatorias es entendible teniendo en cuenta que produce efectos posteriores a su publicación en el DOF. para todas aquellas importaciones de mercancías especificadas en la resolución respectiva. Muy deficiente sería la protección a los productores nacionales de no preverse el efecto perjudicial ocasionado por importaciones futuras de mercancías a precios discriminados. En caso de que la resolución solo previera o sancionara¹¹⁹ los efectos producidos por las importaciones investigadas sobre la producción nacional, quedarían en el desamparo frente a futuras importaciones, que incluso podrían incrementarse en cuanto a su volumen.

¹¹⁸ Debido al carácter normativo de la resolución por la cual se establecen cuotas compensatorias definitivas (y aun las provisionales) , puede ser considerada como una ley en sentido material. En tal virtud, el sistema establecido en la LCE es congruente con nuestra Constitución Política, pues se encuentra prohibida la aplicación retroactiva de las leyes, garantía individual bajo la cual se comprenden las leyes tanto en sentido formal como en sentido material." *A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna*" (art. 14, primer párrafo de la CPEUM)..

¹¹⁹ Respecto a la caracterización de las CC como sanciones, vid. infra. Capítulo IV, C)

Por otra parte, esa resolución que determina cuotas compensatorias no es ejecutable en contra de los exportadores que incurren en la práctica desleal conocida como *dumping*. Tampoco hay ejecución forzosa en contra de los importadores, que puede optar entre dejar de importar la mercancía sujeta a cuotas o bien, hacerlo, con la obligación de pagar las cuotas compensatorias correspondientes. La ejecución es una característica peculiar de las sentencias y de algunos actos administrativos.

d) La imposición de cuotas compensatorias como un acto formalmente administrativo.

El acto administrativo (aún en sentido formal) se encuentra sujeto a una serie de modalidades como lo son la conveniencia, el mérito, la oportunidad, situación que es *palmaria* en el caso de la resolución que dicta cuotas compensatorias provisionales y principalmente, las definitivas. La sentencia, en cambio, se limita a la aplicación del derecho (no solo de la ley en sentido estricto). Es por ello que la autoridad administrativa encargada de la investigación antidumping cuenta con una serie de facultades, muchas de ellas discrecionales, para darle contenido a los actos administrativos que emite, facultades que generalmente no tiene los órganos jurisdiccionales para resolver los litigios que se le plantean.

Como hemos demostrado en los párrafos precedentes, el procedimiento administrativo contra el *dumping* presenta algunos rasgos que podrían orillar a la confusión de considerarlo como jurisdicción. Creemos haber deslindado suficientemente este asunto, lo que nos permitirá llegar a otras conclusiones en el presente trabajo.

CAPITULO IV

ESTUDIO JURIDICO DEL DUMPING Y EL DAÑO A LA PRODUCCION NACIONAL

PRIMERA PARTE

DUMPING Y CUOTAS COMPENSATORIAS

A) JUSTIFICACION.

Aunque no existe unanimidad en cuanto a su enumeración y contenido, la importancia de los *conceptos jurídicos fundamentales* ha sido puesta fuera de duda por jusfilósofos y juristas. No se trata de una afirmación altanera y hueca: de estos conceptos depende una correcta perspectiva jurídica y la adecuada solución de los problemas surgidos en la ciencia del derecho.¹²⁰

Los conceptos jurídicos fundamentales están presentes de manera permanente y constante en toda relación jurídica, es decir, en toda forma de conducta jurídica que se produce por la aplicación de la norma de derecho a los casos concretos. Dichos conceptos son las categorías esenciales de todo derecho, presente o pasado, positivo o natural, etc. Son los instrumentos imprescindibles del abogado, del legislador o del profesor de derecho para pensar y resolver cualquier problema jurídico, ya que permiten describir y entender con mayor exactitud el derecho positivo de una comunidad jurídica determinada.¹²¹

La aparición de instituciones novedosas en el derecho nacional trae de la mano nuevos problemas. Los conceptos jurídicos fundamentales son las

¹²⁰ Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil (Introducción, personas y familia)* T.I. 26a ed. Porrúa. México, 1995. p. 66 - 67.

¹²¹ Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y el Estado*. (trad. de Eduardo García Máynez) 2a ed. Universidad Nacional Autónoma de México. 1988. p.p. V y VI.

herramientas intelectuales idóneas para explicar y estudiar esas instituciones; emplearlos permite que los nuevos conocimientos estén en armonía con el cúmulo de conocimientos e ideas integrantes de la ciencia jurídica.

Queda de manifiesto, entonces, la importancia de plantear y resolver los problemas de la ciencia jurídica utilizando esos conceptos fundamentales.

Para estudiar el daño (objeto de este capítulo) consideramos útil, hasta el grado de lo necesario, aplicar los conceptos jurídicos fundamentales, con la intención de lograr un enfoque más adecuado y completo (aunque no exhaustivo) de la práctica desleal conocida por *dumping* y la peculiar naturaleza de uno de sus elementos, el daño a la producción nacional. Ya en el capítulo anterior hemos seguido esta línea, cuando al revisar las notas del procedimiento administrativo de investigación antidumping aplicamos nociones como 'jurisdicción' o 'acción' y "proceso", la llamada trilogía procesal, o sea, los conceptos fundamentales dentro de la Teoría General del Proceso.

B) HECHO ILÍCITO Y *DUMPING*.

Es el hecho ilícito uno de los conceptos jurídicos fundamentales idóneos para dilucidar algunos aspectos relevantes acerca del *dumping*. Desde ahora manifestamos la inconveniencia de calificar a ésta práctica desleal como un hecho ilícito, por las razones expuestas en los siguientes apartados.

Para empezar es necesario responder, aunque de manera preliminar, las siguientes cuestiones: ¿Cuál es la conducta calificada como desleal? ¿Discriminar precios al exportar mercancías a México o importar esas mismas mercancías objeto de *dumping*, o ambas? ¿Equivale el calificativo de desleal al de ilícito?.

Una de las primeras opiniones emitidas sobre el tema pocos años después de la adopción del sistema antidumping en México fue la del Dr. Jorge Barrera Graf, quien en su obra ya citada "Instituciones de Derecho Mercantil" (pags. 146-147) aporta algunos elementos para responder las anteriores interrogantes. Comenzaremos en el orden inverso al en que fueron planteadas las preguntas.

Después de señalar algunas características de la competencia en nuestro derecho (entre ellas el reconocimiento del *dumping* y las subvenciones como prácticas desleales reconocidas por la LRMCE), para el maestro, "el calificativo de 'desleal', es sinónimo de ilícito, en el amplio sentido que de esta palabra da el art. 1830 del CCF, o sea, todo lo que es contrario a las leyes de orden público

y a las buenas costumbres" y en consecuencia, -según el mismo autor- se incurre en responsabilidad, bajo el artículo 1910 del propio código.

En cuanto a la conducta calificada como desleal, esta sería la importación de mercancías a precios de *dumping*. En efecto, el autor cita el texto legal en donde se define el *dumping* como "la importación de mercancías..." y además indica que el art. 8 de la abrogada LRMCE, "impone sanciones a las personas físicas o morales que introduzcan mercancías al territorio nacional en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional, consistentes en la obligación de pagar una cuota compensatoria..."

En esta opinión la tendencia civilista no requiere mayor comentario. No es cierto que las cuotas compensatorias sean una sanción y luego es incorrecto calificar como desleal o ilícita la importación de mercancías cuyos precios han sido discriminados por una empresa extranjera. En todo caso la conducta "condenable" (calificación utilizada por el artículo VI del GATT) es la desplegada por la empresa exportadora y no la importación en sí.

La teoría del derecho proporciona un criterio sólido para esclarecer si la práctica desleal de *dumping* es un ilícito. A la luz de este criterio, el hecho ilícito es la condición de la aplicación de una sanción. El maestro Rolando Tamayo y Salmorán¹²², siguiendo las ideas de Kelsen, ha escrito al respecto

El hecho ilícito constituye un antecedente o condición de la aplicación de las sanciones. Y con independencia que se considere o no a la sanción como elemento esencial para la definición del derecho, la sanción es un término primario que nos permite establecer cuándo estamos en presencia de un hecho ilícito.

Esto implica que sin tener información sobre la aplicación real o prevista de la sanción, el jurista no puede calificar como ilícita una acción (por disvaliosa o perjudicial que le parezca). Constituiría una contradicción conceptual afirmar la existencia de un *hecho ilícito* (civil, penal, administrativo) que no acarrea una *sanción*.

La estructura normativa bajo la cual se desenvuelve la sanción puede ilustrarse como sigue: si 'q', entonces 's' en donde 'q' es una variable que cubre las condiciones o antecedentes de 's', la sanción.

¹²² *Elementos para una Teoría General del Derecho (Introducción a la Ciencia Jurídica)*. 2a ed. Editorial Thémis. México, 1997. p. 120.

Esta caracterización de la sanción presenta la ventaja de establecer un criterio objetivo para determinar la existencia de un hecho ilícito (en sentido amplio, es decir, abarca hecho ilícito en sentido estricto y acto ilícito). Con sustento en ella no puede calificarse una conducta de ilícita invocando únicamente la valoración negativa que nos merezca. "La ilicitud de un acto proviene de la decisión política de hacerlo condición de una sanción. Técnicamente el hecho ilícito no puede ser definido como una clase de acciones determinadas por su contenido"¹²³. Colateralmente esta postura explica porqué en ocasiones la calificación de un hecho ilícito entra en conflicto con las valoraciones del grupo social regido por el derecho, aunque casi invariablemente ambos patrones coinciden.

La máxima "*nullum crimen sine lege, nullum crimen sine poena*" del derecho penal no es más que una manifestación bien conocida de esta postura teórica. Su observancia esta justificada en respuesta a la necesidad de un alto grado de seguridad jurídica, aplicable y deseable en cualquier rama jurídica.

Para saber si el *dumping* es un ilícito debemos investigar primero si la CC es o no una sanción.

C) LAS CUOTAS COMPENSATORIAS.¹²⁴

Las cuotas compensatorias son las prestaciones en dinero que debe pagar el importador al introducir en territorio nacional mercancías objeto de *dumping* o subvenciones, mientras exista una resolución administrativa (provisional o definitiva) con validez general, emanada de una investigación contra prácticas desleales de comercio internacional que determine el pago de esa prestación.

Técnicamente esas sumas de dinero se identifican con la prestación objeto de una obligación de dar. Esta obligación es un crédito fiscal¹²⁵ cuyo sujeto

¹²³ Idem.

¹²⁴ En los acuerdos internacionales como el GATT, el AAD y el ASMC, se diferencia entre derechos antidumping y derechos compensatorios según se trate de medidas contra el *dumping* o las subvenciones, respectivamente. El derecho mexicano unifica ambos conceptos bajo el nombre de cuotas compensatorias. Estas se aplican ya para contrarrestar el *dumping* o las subvenciones. En lo sucesivo, cuando hagamos alusión a los acuerdos internacionales emplearemos la expresión "derechos antidumping" como sinónimo de CC en su modalidad antidumping.

¹²⁵ La doctrina señala que solo merece el calificativo de fiscal los créditos derivados de contribuciones, o sea, impuestos, derechos, contribuciones de mejoras y los accesorios de estos mismos conceptos. Rodríguez Lobato, Raúl. *Derecho Fiscal*. 2a ed. Harla. México, 1995. p.p. 11 y

activo es el Estado y el sujeto pasivo las personas físicas o morales en su carácter de importadoras de la mercancía objeto de *dumping*. Se trata de un derecho de crédito entre el ente público dotado de *imperium* y el particular que importa la mercancía sujeta a CC.

Creemos que la primera parte de esta definición no merece mayor comentario. La segunda parte, en cambio, requiere aclaración. Ciertamente puede existir la práctica desleal de comercio internacional antes de dictarse la resolución administrativa preliminar en donde se fijen CC provisionales. Pero sólo pueden cobrarse CC hasta que se dicte y entre en vigor esa resolución preliminar en donde se establezcan de manera presuntiva el *dumping*, el daño y su probable relación causal. Si al concluir la investigación no se acreditan esos tres elementos fijados preliminarmente, deberán devolverse las cuotas compensatorias provisionales cobradas o liberarse las garantías otorgadas en defecto de aquellas. En la hipótesis inversa, las CC provisionales no serán devueltas y se continuará cobrando una cantidad en concepto de CC definitivas, con las disminuciones o incrementos especificados en la resolución final.

Respecto de las importaciones realizadas durante el periodo sometido a investigación (generalmente el año próximo pasado a la presentación de la solicitud de inicio), se tienen por consumadas y no tienen ningún efecto, salvo la rara excepción del artículo 10.6 del AAD. Únicamente sirven como una referencia para que la autoridad investigue si se han discriminado precios. No se autoriza a los miembros del GATT para cobrar cantidad alguna en concepto de derechos antidumping por esas importaciones, sino hasta que entre en vigor la decisión de imponerlos, en congruencia con lo dispuesto por el art. 10.1 del mismo acuerdo.

El establecimiento de CC, como hemos visto, no es inmediato, en el sentido de que la SECOFI debe llevar a cabo una investigación administrativa para cerciorarse si existe o no la práctica desleal de comercio internacional. En la resolución definitiva con la cual termina esa investigación, al imponer CC crea una *situación jurídica general*, aplicable a todas las personas que en lo futuro deseen importar las mercancías sobre las cuales versó la investigación en donde se confirmó la existencia de la práctica desleal correspondiente.

12. Sin soslayar esa opinión, el artículo 4 del propio CFF incluye a los ingresos derivados de aprovechamientos como créditos fiscales.

1.- FINALIDAD DE LAS CUOTAS COMPENSATORIAS.

Para comprender mejor el sistema antidumping se requiere precisar la finalidad de las CC. El sistema contra practicas desleales no tiene en la mira al *dumping* para sancionarlo. El artículo VI. 2 del GATT autoriza esta conclusión, al establecer que: “*Con el fin de contrarrestar o impedir el dumping, toda parte contratante podrá percibir, sobre cualquier producto objeto de dumping, un derecho antidumping que no exceda del margen de dumping relativo a dicho producto.*” El margen de *dumping* se determinará en base a las técnicas expresamente reconocidas en el GATT¹²⁶, y estribará en la diferencia habida entre el valor normal y el precio de exportación. Se pueden establecer CC por una cuantía menor al margen de discriminación de precios, pero nunca mayor al mismo, si con ello cesa el daño, a juicio de la autoridad investigadora.

Contrarrestar es un verbo transitivo que significa resistir, hacer frente y oposición, desafiar, oponerse; sin embargo no incluye la idea de sancionar la conducta o hecho que se va a contrarrestar. *Impedir* denota ideas como la de estorbar, imposibilitar la ejecución de una cosa. Detener, dificultar, empecer. Por eso, al sistema contra prácticas desleales y en particular al antidumping no pueden atribuírsele cualidades represivas o de castigo en contra de quien incurre en la práctica desleal. Su propósito radica en evitar los efectos perniciosos de esa conducta realizada por el productor-exportador foráneo, a través del procedimiento administrativo y su consecuencia.

Como puede colegirse entonces, la enérgica declaración hecha por los redactores del GATT al calificar al *dumping* como una práctica “condenable”, pronto se evidencia limitada, debido a la regulación jurídica creada para *contrarrestarlo* o *impedirlo*. Se infiere entonces que el sistema no tiene la finalidad de establecer sanciones¹²⁷. No se contempla el cierre de las fronteras a las importaciones con precios discriminados, ni se extrae del patrimonio del exportador que comete esa práctica desleal cantidad monetaria alguna. Tampoco es válido, insistimos, imponer CC superiores al margen de

¹²⁶ Ya hemos abordado esas técnicas. *Vid. supra*. Capítulo III, inciso C, número 4.

¹²⁷ “En las normas del GATT hay algunas salvaguardias respecto de los procedimientos anti-dumping [...] Otra salvaguardia consiste en que el procedimiento anti-dumping no debe ser punitivo.” Cristóbal Osorio Arcila. *Op. cit.* p 82. (negritas nuestras).

discriminación, ni aun tratándose de *dumping* depredatorio. Y no se encuentra contemplado algún acto coercible en contra de las empresas que cometen discriminación¹²⁸ con el propósito real o presunto de constreñirlas a un aumento de sus precios al nivel normal, desvirtuando así la distorsión comercial introducida por ellas.

Las CC o “derechos antidumping” son las medidas reconocidas y aceptadas por los miembros del GATT -ahora de la OMC- para suprimir los efectos de prácticas internacionales deshonestas en sus relaciones comerciales.

En la experiencia administrativa, la SECOFI (Ahora Secretaría de Economía) ha manifestado en diversas resoluciones acerca de prácticas desleales, que la finalidad de las CC es restablecer el equilibrio de las condiciones de competencia comercial. El nombre mismo de esta figura, “cuotas compensatorias” proporciona indicios sobre su designio: intenta *compensar* la discriminación ejecutada por el exportador extranjero. Con las CC se encarecen los productos cuya importación está sujeta al pago de ellas, llevándolas a un nivel de precio real, o al menos a un nivel en que no cause daño a la producción nacional.

La efectividad de este sistema se explica al ponerse en relación con el objetivo de contrarrestar o impedir el *dumping*, no de sancionarlo. Por eso, la aplicabilidad de la resolución que establece CC se refiere a las importaciones realizadas con posterioridad a la publicación de la misma. Esa es la forma más adecuada de conseguir su cometido. Cada vez que alguien importe mercancías a precios discriminados deberá erogar una cantidad adicional para hacerlo. Si el precio discriminado de una mercancía era atractivo y por ello la cantidad demandada resultaba importante, al encarecerla con la CC, pierde en alguna medida el lucro que ofrecía a los importadores, pues la hace más onerosa y la coloca en el nivel de precio que el exportador debió haber respetado.

¹²⁸ La autoridad investigadora no puede imponer sanciones ni actos coactivos a sujetos que estén más allá del alcance de su competencia territorial. Tampoco las autoridades nacionales del productor extranjero que discrimina precios están obligadas a ejercer sanción o acto coactivo alguno contra la empresa cuyas exportaciones en otro país han sido identificadas como objeto de *dumping* y se encuentran sujetas al pago de derechos antidumping (como se conoce a las CC a nivel internacional).

2.- LA CUOTA COMPENSATORIA COMO APROVECHAMIENTO.

El derecho del Estado mexicano a percibir un ingreso (la prestación de una suma de dinero) derivado de las importaciones sujetas a CC encuentra fundamento jurídico en el artículo 63 de la LCE y el Código Fiscal de la Federación, ordenamiento en cuyos artículos 2 y 3 se hallan definidos los ingresos del estado que pasarán a formar parte de su patrimonio.

El estado consigue sus ingresos por vías de derecho público o vías de derecho privado. Para la obtención de los primeros actúa como ente soberano y los segundos los consigue cuando se sujeta a las normas que lo colocan en situación de igualdad relativa con los particulares.¹²⁹

Por vías de derecho público son recaudadas las contribuciones (impuestos, aportaciones de seguridad social, contribuciones de mejoras y derechos) y los aprovechamientos (cuya amplia definición permite agrupar como tales a una amplia variedad de ingresos). Por vías de derecho privado se obtienen los *productos*, concepto dentro del cual se agrupan los ingresos obtenidos por el estado en sus funciones de derecho privado (por ejemplo, el arrendamiento de bienes de propiedad estatal), así como por el uso, aprovechamiento o enajenación de bienes del dominio público.

En el artículo 63 de la LCE expresamente el legislador le confirió el carácter de aprovechamiento a las CC. En el primer párrafo del artículo 3o. CFF se define a los aprovechamientos como *"los ingresos que percibe el Estado por funciones de derecho público distintos de las contribuciones, de los ingresos derivados de financiamientos y de los que obtengan los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal."*

Es ésta una amplia definición legal; es también una definición negativa, obtenida por exclusión y entonces "resulta difícil encontrar qué ingresos por la vía del derecho público [...] cabrían en este renglón [de aprovechamientos]"¹³⁰. Consideramos que fue intención del legislador fiscal establecer una definición amplia, para no dejar sin fundamento jurídico nuevas fuentes de ingresos del estado surgidas con posterioridad a las ya conocidas (impuestos, contribuciones de mejoras, derechos y aportaciones de seguridad social).

¹²⁹ Martínez Morales, Rafael L. *Derecho Administrativo*. 3er y 4o cursos. 3a ed. Editorial Oxford. México. 1999. p. 73

¹³⁰ *Ibidem*. p. 75.

El CFF en el artículo 4 declara créditos fiscales “los que tenga derecho percibir el Estado o sus organismos descentralizados que provengan de contribuciones, de aprovechamientos o de sus accesorios ...”. Dentro de los créditos fiscales, se encuentran los provenientes de “aprovechamientos”. Este último concepto aglutina un largo elenco de ingresos de índole variada¹³¹. Las CC se cuentan entre ese elenco.

Que las CC son ingresos percibidos por el estado es evidente. Lo que ya no es tan evidente es si el estado obtiene esos ingresos por *funciones de derecho público*. En derecho administrativo aún no está suficientemente clara la idea exteriorizada con el término “funciones”; sin embargo consideramos que el texto legal no se refiere a las funciones administrativa, legislativa y jurisdiccional. De hecho el propio CFF emplea la expresión “funciones de derecho privado” para definir a los “productos” y la misma expresión de “funciones de derecho público” para definir las contribuciones denominadas “derechos”.

¿Cual criterio debe seguirse para considerar a las funciones como de derecho privado o público? La respuesta a esta pregunta conduce a la inagotable polémica en torno a la distinción entre derecho público y privado. Este no es el espacio adecuado para entrar en ella. Debemos dar por sobreentendida esa diferenciación.

Con la expresión “funciones de derecho público”, los textos legales parecen hacer alusión al estado en su carácter de ente público, es decir, dotado del *imperium* propio de la autoridad, en contraste con las funciones de derecho privado, respecto de las cuales su posición es de cierta igualdad con los particulares, despojado de su imperio. Cuando el estado impone multas, cobra derechos por consulta en archivos públicos, recauda impuestos, o cobra cuotas compensatorias está desempeñando funciones de derecho público. Por ende, la

¹³¹ Una lista de los ingresos considerados aprovechamientos puede verse en la Ley de Ingresos de la Federación para el año 2000, publicada en el DOF. del 31 de diciembre de 1999. En el artículo 1 de este cuerpo normativo se lee: “En el ejercicio fiscal de 2000, la federación percibirá los ingresos provenientes de los conceptos y en las cantidades estimadas que a continuación se enumeran:” entre ellos (impuestos, derechos, productos, etc.), las fracción VII contempla a los *aprovechamientos*. Entre otros, se enlistan como tales a las multas, indemnizaciones, reintegros, regalías provenientes de fondos y explotaciones mineras, provenientes de decomiso y de bienes que pasan a propiedad del Fisco Federal, etc. El número 16 de esta fracción se refiere a las cuotas compensatorias y prevé una percepción de ingresos por 380 millones de pesos bajo este concepto. Como puede apreciarse, se trata de ingresos derivados de funciones de derecho público.

definición de aprovechamientos excluye expresamente a las contribuciones y otros ingresos logrados también por vías de derecho público (ingresos derivados de financiamientos, los obtenidos por empresa de participación estatal mayoritaria, etc.) La tesis aislada transcrita a continuación puede contribuir en una concepción más clara:

ACTOS DE AUTORIDADES.

Tanto en la Constitución Federal como en la Ley de Amparo, el juicio de garantías se establece como una defensa del particular contra actos de autoridades y por éstos debe entenderse la actuación de funcionarios o empleados de organismos estatales o descentralizados que impone (unilateralmente) obligaciones a los particulares, con motivo de funciones oficiales y con base en la ley, modifica las obligaciones existentes o limita derechos; es decir, cuando se actúa con el imperio propio de las funciones de derecho público.

8a época. Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Tomo I, segunda parte-1, Enero a Junio de 1988. Página 52.

Ahora resulta más claro que el estado obtiene las CC en funciones de derecho público cuando actúa en papel de autoridad. Sus actos, en tal papel deben ser a la vez fundados y motivados legalmente. Sólo cuando exista *dumping* que cause daño a la producción nacional el estado debe intervenir en favor de sus productores nacionales. Esa intervención, reconocida y aceptada internacionalmente, se limita a poner en vigor del régimen de CC.

El interés público exige una participación del estado tendiente a remediar una situación que va en detrimento de la economía nacional. No está en juego (o no sólo) el patrimonio de las personas físicas o morales con calidad de productores nacionales. Se ponen en juego intereses más allá de los puramente privados. Con seguridad, esta situación, convertida en razón para actuar, ha redundado en una serie de facultades discrecionales en favor de la autoridad investigadora antidumping para facilitarle una mejor apreciación del mérito o la oportunidad de su actuación.

El mejor funcionamiento de la economía nacional es, en este caso, la manifestación concreta del interés público. Este circunstancia debe ser considerado por la autoridad antidumping. Por consiguiente, las CC son medidas de la política comercial de un país. Y siendo la conducción de la

política comercial una facultad propia de las autoridades administrativas, corresponde a ellas definir lo conveniente a la economía nacional. De allí que la autoridad administrativa esté facultada incluso para imponer o no cuotas compensatorias, aun cuando existan los tres elementos que configuran la práctica desleal materia de la investigación (artículo 9.1 del AAD). A la inversa, la facultad para imponer esta medida de política comercial reconoce los límites jurídicamente establecidos: solo puede aplicarse CC a las importaciones objeto de una discriminación de precios, cuando causen daño a los productores nacionales.

Entender las CC como medidas de política comercial revestidas con el ropaje jurídico de créditos fiscales es una representación adecuada con la realidad. Los intereses involucrados en la adopción de esas medidas pueden ser vistos como las razones que determinan a las autoridades estatales para adoptarlas o no.

Una representación adecuada de las CC debe describirlas como una intervención del estado, imponiendo un sobreprecio, un pago adicional a las mercancías importadas a un precio inferior al de su valor normal, para encarecerlas, en obsequio de mayor equidad en la competencia entre sus productores y los productores extranjeros concurrentes al mercado de nuestro país. Esa intervención estatal en favor de los productores domésticos se hace efectiva a través del importador, quien finalmente no paga más de lo que siempre debió haber pagado por la mercancías introducidas a territorio nacional si el exportador no hubiera discriminado precios.

Tenemos ya las condiciones para seguir adelante en el estudio de las CC en su relación con las sanciones.

3.- CUOTAS COMPENSATORIAS Y SANCIONES.

“La sanción -dice Eduardo García Máynez¹³²- puede ser definida como la consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado”. La sanción se manifiesta entonces como una consecuencia de derecho, pero de carácter secundario; su realización depende de la actualización de un supuesto secundario, constituido por el incumplimiento del deber establecido por una norma a cargo del sujeto sancionado. Además de las

¹³² *Introducción al Estudio del Derecho*. 42a ed. Porrúa, México, 1991. p 295.

sanciones, existen otras consecuencias jurídicas secundarias de las cuales no puede predicarse el carácter de sanción.

El problema de conceptualizar a las CC como sanciones¹³³ justifica el estudio por separado de las dos conductas por medio de las cuales el *dumping*, se efectúa a saber, la importación de mercancías y la discriminación de precios,

a) **La importación de mercancías en condiciones de discriminación de precios.**

En un primer acercamiento pareciera que la cuota compensatoria es una consecuencia jurídica secundaria derivada del incumplimiento de un deber. En congruencia con la opinión del Dr. Barrera Graf transcrita en el capítulo primero, ese deber consistiría en no importar mercancías a un precio inferior al de su valor normal en el mercado interno del exportador. El incumplimiento de ese deber primario tendría en las CC su consecuencia jurídica secundaria, o sea, la sanción. La aceptación incondicional de ésta afirmación conduce a una serie de errores, pues la regulación que en la materia tienen la LCE y los acuerdos internacionales como el AAD, ya hemos visto, sólo buscan desvirtuar la práctica desleal.

En primer lugar, la discriminación de precios es una conducta realizada por empresas extranjeras y las definiciones doctrinales del *dumping* corroboran esta afirmación.¹³⁴ Y aunque las definiciones legales utilizan el criterio inverso para definir esta práctica, es decir, la introducción de mercancías y no la exportación de las mismas, es claro que quien discrimina precios es el exportador extranjero; él es el comisor de la conducta "condenable". La explicación de esa diferencia entre las definiciones se explica como sigue: el procedimiento antidumping se confiere a las autoridades administrativas nacionales; cuya competencia, naturalmente, se limita al territorio nacional del país al cual pertenecen. Esas autoridades sólo pueden reaccionar contra el *dumping* cometido por una exportadora extranjera, una vez que la discriminación de precios se encuentra dentro de su alcance competencial,

¹³³ Dos opiniones acerca de las CC como "sanciones" o "multas", pueden leerse en Vázquez González, Bertín. "Cuotas compensatorias: Naturaleza y Competencia del Tribunal Fiscal". *Nuevo Consultorio Fiscal, jurídico, laboral y contable-financiero*. Año 13, núm. 234. 16 de mayo de 1999 y Martínez Vera, Rogelio, Op. cit. p.110, 111, respectivamente.

¹³⁴ Vid. *supra*. Capítulo III, B), 3, a) y b).

momento que se identifica con la introducción al territorio nacional de las mercancías sujetas a investigación. La persona que importa, obviamente, no es causante de la discriminación de precios; sin embargo es a través de ella que el *dumping* puede llegar a tener efectos. Para configurar el *dumping* se requieren entonces dos momentos o la participación de por lo menos dos sujetos. En un primer momento, un sujeto, o sea el productor-exportador, discrimina el precio de una mercancía. En el segundo momento alguien introduce a territorio nacional esa mercancía. Puede tratarse de un importador vinculado o no con el exportador (por el momento eso es irrelevante). Por supuesto, sólo quien importa se encuentra dentro de la competencia territorial de las autoridades nacionales competentes.

De hecho, el agente causante del *dumping* es el exportador. En su poder se encuentra la posibilidad de iniciarlo o cesarlo. El importador es sólo una intermediario. Pensar en el importador como sujeto pasivo de un deber, cuyo incumplimiento le acarrea una sanción es tergiversar el asunto, pues ¿acaso con dejar de importar las mercancías materia del *dumping* el importador estaría cumpliendo con su deber para evitar la sanción? ¿Depende del importador cesar la discriminación de precios? Si la sanción tiene como propósito que alguien haga la conducta ordenada u omita la prohibida, entonces las CC concebidas como sanción significarían que importar mercancías a un precio inferior al de su valor normal es una conducta prohibida y como tal, *no hay derecho a la conducta prohibida*. El enunciado que expresaría ese deber estaría concebido en los siguientes términos: “no importes mercancías objeto de *dumping*; si lo haces te impondré una cuota compensatoria”.

Una explicación de este tipo pugna con la realidad. Para tener un concepto adecuado de lo que en realidad acontece, debemos partir de la siguiente idea. Toda persona tiene el derecho a importar aun cuando se determine que la mercancía que había venido importando fue objeto de *dumping*. Sin embargo, el ejercicio del derecho a importar esas mercancías, se encuentra sujeto a la obligación de pagar la CC puesta en vigor. No puede decirse lo mismo respecto de las sanciones. Si alguien comete un delito castigado con multa, verdaderamente el pago de la multa no le justifica como titular de un derecho a realizar la conducta ilícita. Como tampoco quien incumple un contrato, al aplicársele ejecución forzada sobre sus bienes podrá decirse que tenía el derecho a no cumplir el contrato.

Afirmar que con el pago de la cuota compensatoria el importador ya no comete una supuesta conducta ilícita no es un enunciado verdadero. El pago de la CC no le resta "ilicitud" a la importación de mercancías respecto de las cuales se efectúa una discriminación de precios. Las CC no convalidan esa ilicitud si, como generalmente sucede, el exportador continua su actitud discriminatoria o incluso incrementa el monto de la discriminación.

Lo expuesto hasta ahora viene a confirmar el derecho a importar. Esta explicación se robustece con los siguientes argumentos. La resolución en la cual se imponen CC crea una situación general. Todo aquel que importe las mercancías por ella señaladas como sujetas al régimen de CC estará obligado al pago de éstas. De manera que aun cuando no haya intervenido en el procedimiento de investigación, una persona que desee importar esas mercancías, estará obligada a pagar la CC correspondiente. Esa persona tiene el derecho de importar las mercancías, pero tiene el deber correlativo de solventar las CC.

A la luz de las consideraciones vertidas en el párrafo anterior, son válidas las siguientes preguntas: ¿Cómo sancionar a una persona que no ha tenido el derecho de ser oído y vencido en el procedimiento administrativo? Imponer sanciones fuera del debido procedimiento legal es contrario a nuestro sistema constitucional (art. 14 CPEUM). Ahora bien, nada en la LCE ni en los acuerdos internacionales sobre la materia tiene un asomo de privar el derecho de importar las mercancías en cuestión y en la hipótesis no concedida de que lo hicieran incumplirían el artículo 5 constitucional en tanto se refiere a la libertad de comercio.¹³⁵ ¿Es posible que el ejercicio de un derecho sea a la vez un ilícito? Esta última pregunta pone de relieve la contradicción existente entre las CC y la idea de sanción. El principio lógico de la no contradicción repudia una respuesta afirmativa. En todo caso no se priva al importador del ejercicio de ese derecho; simplemente se le sujeta al cumplimiento de una obligación: el pago de la suma respectiva en concepto de CC.

¹³⁵ La garantía de libertad de trabajo y comercio contenida en el art. 5 constitucional no acepta una privación absoluta. Sólo se restringe respecto de ciertas actividades, con las limitaciones constitucionalmente establecidas. En materia de comercio exterior, la importación de ciertas mercancías viene a ser una de esas limitaciones. Por ejemplo, por razones de seguridad nacional los particulares no pueden importar armas de uso exclusivo del ejército. En algunas ocasiones se ha prohibido la importación a México de mercancías como carne de bovino enfermo, para evitar la propagación de enfermedades entre la población.

El ejercicio del derecho a importar mercancías se encuentra sujeto al cumplimiento de la obligación consistente en pagar una suma por concepto de CC. En la medida que importe una cantidad mayor de mercancía, se incrementará el monto de su obligación. Semejante afirmación no es contradictoria porque se trata de dos conductas. Por un lado, la conducta de importar mercancías es un derecho y como tal, puede hacerse u omitirse. Hasta que se dicte una resolución administrativa que imponga la obligación de pagar cuotas compensatorias por las mercancías que se pretenden importar, surgirá una obligación a cargo de los importadores cada vez que decidan ejercitar su derecho a importar. Si no importan, obviamente no hay razón para que paguen cantidad alguna.

Existen otros ejemplos de este tipo de derechos que traen vinculada una obligación para el titular del mismo cuando se ejercitan. Es el caso de la expedición de la licencia de conducir, pues si bien cualquier ciudadano tiene derecho a conducir un automóvil, tiene la obligación de solicitar la respectiva licencia, aunque en estos casos esta se debe cumplir en atención de que el peticionario de la licencia cumpla con los requisitos mínimos para considerarlo apto para conducir. Obviamente no se solicita una licencia cada vez que se quiera conducir, pero en términos generales la conducta debida es solicitarla.

Un ejemplo más aproximado a las CC lo podemos encontrar en los impuestos creados para desalentar ciertas actividades económicas. En este ejemplo, el particular tiene el derecho de ejercitar esa actividad económica; pero el legislador considera de interés público que esa actividad ya no se realice o sea menos frecuente, se impondrá un impuesto elevado para desalentarla. Es el caso de la producción y venta de bebidas alcohólicas. No es ilícito producirlas y comercializarlas, bajo ciertas condiciones. Sin embargo, el alcoholismo es considerado un mal social y por ello el legislador establece altas tasas impositivas a la producción de bebidas alcohólicas. Indudablemente se encarecen esos productos y, al menos teóricamente, la población consumirá con menor frecuencia esas bebidas. Producir y vender bebidas alcohólicas es una actividad económica perfectamente lícita. Toda persona tiene derecho a desempeñarla, bajo ciertas condiciones y su prohibición por las autoridades sería inconstitucional. Las remedio jurídico-político para compaginar el ejercicio de ese derecho con el interés público es la creación de un impuesto destinado a encarecer el producto y con ello desalentar su consumo. Nadie podrá pensar, al menos jurídicamente, que el impuesto es una sanción

En el caso de las CC, si por alguna razón el importador omitiera pagarlas y esto fuera posteriormente demostrado, entonces ya estaríamos en condiciones de hablar de un ilícito, porque esa conducta tiene prevista una pena. Las CC generan un crédito fiscal; si se omite pagarlo, además de enterarlo con sus accesorios se imponen otras sanciones. Sólo a guisa de ejemplo, el artículo 102 del CFF tiene la siguiente descripción típica: *“Comete el delito de contrabando quien introduzca al país o extraiga de él mercancías: I. Omitiendo el pago total o parcial de las contribuciones o cuotas compensatorias que deban cubrirse”*. La pena de prisión prevista en caso de cometerse este delito, varía en relación con el monto de la obligación omitida.

Otras razones referidas al aspecto procesal son útiles para despojar a las CC del carácter de sanciones. La manera en virtud de la cual se impone una sanción opera como a continuación se describe. Si alguien comete un ilícito (penal, civil, administrativo, fiscal, etc.), es decir, si realizan la conducta jurídicamente prohibida u omiten la ordenada, serán sometidos a proceso o procedimiento para determinar si efectivamente se realizó la conducta ilícita y enseguida, aplicar al responsable de la misma, la consecuencia jurídica secundaria prevista normativamente, es decir, la sanción por la conducta desplegada en el pasado.

Si alguien comete homicidio en los términos del código penal, será juzgado por la conducta cuyo resultado ha sido privar de la vida a otra persona, conducta cuyos efectos se refieren al pasado. El proceso penal y en su caso la pena, es posterior, pero se aplica respecto de hechos ya acontecidos. Algo similar sucede en materia civil (y en otras materias, como la fiscal y la administrativa) pues si alguien incumple una obligación, los respectivos procesos o procedimientos irán a determinar si en la realidad se verificó la conducta que condiciona la aplicación de la sanción, es decir, del hecho ilícito y en el caso de probarse su comisión, se aplicará por ello una sanción, como el cumplimiento de la obligación omitida o la imposición de la multa respectiva, para que el infractor ya no cometa la misma acción u omisión ilícitas.

En la imposición de las CC sucede algo diverso. La autoridad investigadora, a solicitud de los productores nacionales fijan un periodo de investigación de las importaciones presuntamente objeto de *dumping* (generalmente un año antes de la presentación de la solicitud de investigación). Si la autoridad investigadora logra establecer los supuestos a que nos hemos referido en el inciso B del capítulo III de este trabajo, entonces procederá, si lo

estima oportuno, imponer CC para las mercancías que se vayan a importar, esto es, se aplicarán las CC a todas las mercancías indicadas en la resolución final que las imponga. La lógica de la sanción reseñada en el párrafo anterior permitiría concluir que la sanción (la CC) se aplicaría por la importación de mercancías realizada por los importadores durante el periodo de investigación; pero eso no es correcto. Si la resolución final impone CC, tiene la virtud (o el defecto, según se quiera ver) de entrar en vigor *después* de concluido el procedimiento antidumping, y regirá las importaciones que se vayan a efectuar y no por las ya consumadas al introducirlas al territorio nacional. Las importaciones a precios discriminados que fueron sujetas a investigación no tendrán ningún efecto.¹³⁶

En un ejemplo absurdo, sucedería algo como lo siguiente: Un sujeto priva de la vida a otros y en el proceso penal su responsabilidad se demuestra. Entonces no se le aplicaría la sanción por aquel homicidio, sino por los que en el futuro pudiese cometer; mas si en el futuro no comete ningún delito, esa consecuencia que se ha querido ver como sanción no se aplicará. O bien, quien incumple la obligación fiscal de presentar la declaración anual del impuesto sobre la renta, en un procedimiento administrativo se le prueba su incumplimiento de tal obligación, se imponga una multa para "sancionar" una omisión posterior en la declaración del citado impuesto. Pero si el contribuyente muere o deja de residir en el país, no tendrá efectividad esa "sanción". Estaría a su albedrío el cumplimiento de los deberes que la sanción implica.

b) La discriminación de precios.

Para un estudio completo de la naturaleza de las CC no debe soslayarse la conducta desplegada por el exportador. Se trata de una discriminación positiva¹³⁷, conducta verificada cuando al exportar, una empresa productora

¹³⁶ De admitirse que las CC tengan el carácter de sanciones y en consecuencia, que el *dumping* sea un hecho ilícito, entonces habría que admitir cierto grado de impunidad respecto de las importaciones hechas antes de la entrada en vigor de la CC.

¹³⁷ Los especialistas distinguen entre *discriminación positiva* y *discriminación negativa*. Aquella es la contemplada por el GATT dentro de su sistema y ésta consiste en vender al mercado de exportación a un precio *superior* al del valor en el mercado propio del exportador. La discriminación negativa se identifica entonces con el *dumping* reversivo.

extranjera vende cierta mercancía a un precio inferior al que ofrece la misma mercancía en el mercado de su país.

Si esa mercancía es introducida al territorio de otro país en donde haya producción de idéntico o similar bien, se cumple la hipótesis fundamental consignada en el primer párrafo del artículo VI del GATT. Allí *“Las partes contratantes reconocen que el dumping, que permite la introducción de los productos de un país en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, es condenable cuando causa o amenaza causar un daño importante a una rama de producción existente de una parte contratante o si retrasa de manera importante la creación de una rama de producción nacional.”*

Haciendo a un lado la metodología (planteada al inicio de este tema) para precisar la existencia del hecho ilícito y siguiendo la pauta de la teoría tradicional, de acuerdo con la cita textual anterior el ilícito sería la discriminación de precios, o sea, el *dumping*. Y siendo esta la conducta “condenable” según el texto legal transcrito, en contra de ella estaría orientada la sanción, por antonomasia, los derechos antidumping.

El exportador sería entonces el sujeto pasivo de un deber que podría enunciarse en los siguientes términos: “No discriminar positivamente los precios de las mercancías vendidas al exterior”. El incumplimiento de este deber constituiría el ilícito y su sanción, los derechos antidumping para las mercancías exportadas. Este enfoque tampoco es totalmente correcto y padece defectos similares a los manifestados al estudiar la importación de mercancías materia de la discriminación positiva.

La primera crítica a la anterior explicación puede dirigirse en los siguientes términos. En ocasiones, la autoridad administrativa a pesar de tener la seguridad de la existencia de los tres elementos de la práctica desleal (*dumping*, daño y relación causal) puede decidir no imponer CC. Esta posibilidad esta reconocida normativamente en el artículo 9.1 del AAD: *“La decisión de establecer o no un derecho antidumping en los casos en que se han cumplido todos los requisitos para su establecimiento y la decisión de fijar la cuantía del derecho antidumping en un nivel igual o inferior a la totalidad del margen de dumping, habrán de adoptarlas las autoridades del Miembro importador. Es deseable que el establecimiento del derecho sea facultativo en el territorio de todos los Miembros y que el derecho sea inferior si ese derecho inferior basta para eliminar el daño a la rama de producción nacional.”*

En ocasiones, entonces, el *dumping* no es "condenable" en el sentido de merecer una sanción. Insistimos en la discrecionalidad otorgada a las autoridades para apreciar la conveniencia de su actuación. Resurge así el carácter de los derechos antidumping como medidas de regulación pertenecientes a la política comercial. La sanción no cuenta con esta característica, pues generalmente se aplica sin apreciar la conveniencia o inconveniencia de su adopción. Parece haber un reconocimiento tácito de esta situación en el AAD.

Siendo la coacción la aplicación forzada de la sanción, como sanciones, las CC serían muy defectuosas. La coacción es una característica o nota esencial de la sanción y se traduce en un acto de fuerza efectiva (si no se cumple voluntariamente) o latente (cuando se cumple la sanción de manera espontánea). No podría aplicarse forzosamente la sanción (CC) al exportador extranjero, quien puede incluso continuar exportando con discriminación de precios, o bien, dejar de importar a nuestro país. La razón de la imposibilidad para ejercer coercibilidad la hemos explicado antes. Es casi seguro que los redactores del GATT tuvieron en mente que la imposición de derechos antidumping finalmente es facultad de las autoridades nacionales. Obviamente esa limitación competencial en cuanto al territorio impide a esas autoridades una actuación completa contra la práctica desleal. Esta sólo se halla dentro de su alcance cuando las mercancías son introducidas al territorio de su país. El exportador sólo se ve afectado indirectamente por los derechos antidumping, pues de hecho, tampoco se le priva del derecho de exportar sus mercancías.

La sanción se traduce, para quien le es impuesta, en una serie de deberes¹³⁸. El exportador no tendría ningún deber derivado de las CC, porque estas las paga el importador. Si el comisario de la práctica desleal es el exportador ¿no sería adecuado que sobre él recayera la obligación derivada de la "sanción"?

Por otra parte, la conducta en contra de la cual se dirige la sanción se mantendría impune frente a la "sanción" que se ha querido ver en las CC. Efectivamente, ya hemos señalado la forma operativa del sistema con el cual se imponen CC. Las importaciones utilizadas para la investigación no estarían "sancionadas" por las CC. La admisión de cierta impunidad en las relaciones comerciales tendría reconocimiento legal.

¹³⁸ Eduardo García Maynez. *Op. cit.* p 299.

Son válidos también los señalamientos hechos acerca de la finalidad de las CC y el sistema antidumping.

Las ideas anteriores revelan la naturaleza de las cuotas compensatorias y la finalidad del sistema antidumping. Aquellas tienen los rasgos propios de las medidas de la política comercial del país que las aplica y como tales son una manifestación concreta de la intervención estatal en obsequio de conseguir el equilibrio que debe guardar la competencia internacional para cumplir sus objetivos, entre otros, el de conseguir la eficiente asignación de los recursos productivos y contribuir a la creación y en su caso, al mantenimiento de una situación en la economía internacional lo más parecida al mercado de competencia perfecta.

La exposición anterior no es una apología del *dumping*. Hemos manifestado que ciertas clases del mismo son conductas negativas y despreciables, principalmente cuando se dirigen en contra de los productores locales. Pero la valoración negativa que nos merece no permite calificarlo técnicamente de ilícito. De hecho, en el ámbito internacional y en el campo de la economía está abierta la polémica respecto a la verdadera nocividad de algunas especies como el *dumping* de largo plazo.

SEGUNDA PARTE

EL DAÑO A LA PRODUCCION NACIONAL.

Desde la creación del GATT, su artículo VI, 1 ha declarado condenable al *dumping* cuando causa o amenaza causar un daño importante a una rama de producción existente de una parte contratante o si retrasa de manera importante la creación de una rama de producción nacional. El daño es desde entonces, un elemento indispensable para la aplicación de las medidas antidumping, al lado del propio *dumping* y la relación causal entre éste y aquel.

La regulación del daño vuelve a este un concepto de difícil aprehensión. En realidad es una idea de matiz peculiar. A partir de las normas que lo informan y los conceptos en ellas vertidos, puede darse una idea aproximada del mismo, si se renuncia a la vana pretensión de explicarlo totalmente en términos jurídicos y se acepta que una interpretación correcta de esas normas debe acudir al significado técnico de las palabras empleadas por el texto legal. Finalmente la economía ha puesto de su parte en la regulación del daño a la producción nacional y en general, dentro del sistema creado por el GATT.

En la práctica, denuncian algunos, el daño en el AAD se ha vuelto un concepto muy dúctil, sujeto a la apreciación discrecional de la autoridad encargada de verificar su existencia para imponer CC. Quizá lo más criticable del concepto sea su laxa regulación legal. Ciertamente el AAD y la LCE tiene previstos una serie de indicadores económicos *ad hoc* para detectarlo y fijarlo; pero el primer ordenamiento citado remata la lista de esos indicadores materia del examen, señalando que ni todos esos indicadores ni uno sólo de ellos puede bastar para orientar decisivamente a la autoridad investigadora.

A este problema inicial ha de agregarse uno endémico de nuestro país. Nuestro legislador del comercio exterior aprobó, a instancia del ejecutivo federal quien envió la iniciativa de LCE (art. 39), una definición del daño doblemente criticable: por un lado es incongruente con los propósitos de la regulación antidumping a nivel internacional y por el otro resulta técnicamente deficiente respecto al derecho nacional. El daño a la producción nacional, de rica y compleja naturaleza, no puede ser regulado y luego explicado con una definición privatista y nacional de daño patrimonial, creada por el legislador civil, bajo un criterio de reparación.

Es palmario que el concepto daño a la producción nacional no es un concepto jurídico fundamental, sino contingente o histórico. Un análisis adecuado del mismo demanda la intervención de ciertos conocimientos fuera del alcance del estudiante del derecho. Sin embargo, ello no impide la introducción de algunas nociones económicas elementales para un conocimiento más exacto del objeto de estudio. La importancia capital del concepto nos impele a seguir esa línea, sin soslayar la naturaleza y los alcances eminentemente jurídicos de un trabajo como el presente, así como la formación indiscutiblemente jurídica del que esto escribe.

A) EL DAÑO.

Pérdida, deterioro, maltrato, detrimento, menoscabo, dolor, etc. son algunos de los vocablos que tienen una significación semejante a la de "daño". La idea que puede ser común a todos ellos permite ser resumida en los siguientes términos: se trata de una afectación negativa o molestia respecto de algo: un bien, los sentimientos, la salud, el ambiente, etc.

El multicitado diccionario de la Real Academia señala como raíz de la voz castellana "daño" a "*damnum*", dicción latina; aquella es "efecto de dañar o dañarse". El verbo transitivo "dañar", de acuerdo con la misma autoridad idiomática, hunde raíz etimológica en "*damnare*", condenar. "Dañar" equivale a "causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia."; también significa "maltratar o echar a perder una cosa."

La doctrina del derecho civil ha dado un contenido más preciso a la expresión "daño", vinculando la idea que esta palabra representa, con una noción propiamente jurídica, de importancia capital en ese derecho. Nos referimos a la noción de *patrimonio*. Doctrinariamente la aceptación y reconocimiento de ese contenido han sido casi unánimes y no han suscitado polémica. Conviene resaltar que en esa reconstrucción conceptual, el civilismo ha partido de la noción que el lenguaje común ha conferido a "daño", cuyo uso necesariamente acarrea la imagen mental ya indicada.

El civilismo, suministrador de un arsenal de conceptos a las demás ramas jurídicas, proporciona a la sistemática penalista la construcción conceptual que de daño ha obtenido, para explicar el delito llamado "*daño en propiedad ajena*". Y de manera casi necesaria, el derecho mercantil, en indispensable relación con el

civil, emplea esa construcción civilista y con mucha frecuencia en materia de seguros.

B) LAS DEFINICIONES LEGALES.

Antes de estudiar la definición de daño tanto en la LCE como en el CCF, consideramos pertinente revisar lo que son las definiciones legales. Este asunto es importante, pues, como veremos, dichas definiciones en realidad forman parte del lenguaje prescriptivo del derecho; por eso no es válido aplicarles la calificación de verdadero o falso, como a las definiciones científicas.

La "definición legal es el enunciado o conjunto de enunciados que formula un órgano del Estado, generalmente el legislador, para indicar el significado de una palabra o expresión en el lenguaje del derecho positivo"¹³⁹. Esto sucede con los artículos 2108 y 2109 del CCF al señalar el contenido de 'daño' y de 'perjuicio' respectivamente y con el artículo 39 de la LCE, en que el legislador define legalmente lo que ha de tenerse por daño en materia de prácticas desleales de comercio internacional.

Se ha discutido la naturaleza y función de las definiciones en los textos legales. Al respecto, Hans Kelsen¹⁴⁰, las considera *normas no independientes*, ya que sólo adquieren carácter normativo en relación con una norma jurídica que establece una sanción (*norma independiente*):

A las normas no independientes pertenecen, por fin, aquellas que determinan con mayor especificidad el sentido de otras normas, en cuanto definen un concepto utilizado en la formulación de otra norma, o interpretan de otra manera auténticamente una norma. Un código penal, por ejemplo, puede contener un artículo que establezca que: "Homicidio es la acción de un hombre mediante la cual éste produce intencionalmente la muerte de otro." Este artículo es una definición del homicidio; sólo tiene carácter normativo en su relación con otro artículo, que dispone: "Si un hombre comete homicidio, el tribunal competente impondrá pena de muerte"; y este segundo artículo está a su vez en inseparable relación con un tercero, que prescribe: "La pena de muerte se aplicará en la horca."

¹³⁹ Pérez Carrillo, Agustín. *Introducción al Estudio del Derecho (La definición en la ciencia jurídica y en el derecho)*. s/e. Joaquín Porrúa. México, 1982. p. 169.

¹⁴⁰ *Teoría Pura del Derecho*. (trad. de Roberto J. Vernengo) 10a ed. Porrúa. México, 1998. p. 70.

Eduardo García Máñez¹⁴¹ da similar tratamiento a las definiciones contenidas en los textos legales. En su obra "Introducción al Estudio del Derecho", al clasificar las normas jurídicas desde el punto de vista de su complementación, señala la existencia de normas que por sí solas tiene sentido pleno, en tanto otras sólo lo adquieren cuando se les relaciona con aquellas. Cuando la regla de derecho complementa a otra, se llama "*secundaria*", mientras las complementadas se denominan "*primarias*". "Las secundarias no encierran una significación independiente, y solo podemos entenderlas en relación con otros preceptos".

"Tiene igualmente carácter secundario las [normas] que explican o definen los términos empleados en otros preceptos. En los códigos es frecuente el uso de vocablos que poseen diversas significaciones, además de la propiamente jurídica. La acepción en que el legislador toma los tecnicismos de que se vale suele explicarse en nuevas normas, las llamadas de *definición o declarativas*".

El mismo jurista cita como ejemplo la definición de "alimentos" establecida por el artículo 308 del CCF y pone de relieve la amplitud del concepto legal respecto a lo que entendemos por tal palabra en el lenguaje ordinario.

Estas dos opiniones demuestran suficientemente el carácter normativo de las llamadas "definiciones legales". Su aplicación jurídica puede dar mayor amplitud o restringir la idea comúnmente asociada a la palabra. Esa es su función en el derecho positivo, en relación con otras normas jurídicas.

Ciertamente las definiciones legales no obligan a los jueces o autoridades administrativas que en ellas tiene que fundar y motivar sus resoluciones, para estar al pie de la letra en cuanto a su aplicación. Ese es el caso de la definición del artículo 39 LCE en cuanto a daño. Sin embargo, puede considerarse violatorio de garantías individuales una actitud que sea evidentemente contraria al significado que el legislador ha querido dar a la expresión que define. Esto es más evidente cuando la definición legal es correcta o adecuada a los propósitos del autor de la ley.¹⁴²

¹⁴¹ 42a ed. Porrúa. México, 1991. p.p. 92, 93.

¹⁴² Agustín Pérez Carrillo. *Op. cit.* p. 177

C. LAS DEFINICIONES LEGALES DEL DAÑO. DERECHO CIVIL Y DEL COMERCIO EXTERIOR.

Con el propósito de precisar más la diferencia entre el daño a la producción nacional y el daño patrimonial en el derecho civil, nos damos a la tarea de realizar un estudio sobre este último, de su definición y naturaleza. Nuestro objetivo es tener los elementos necesarios para compararlo con el concepto daño y su definición legal, establecida por el artículo 39 de la LCE.

1.- EL DAÑO¹⁴³ EN EL CODIGO CIVIL FEDERAL.

a) Ubicación dentro del Código Civil Federal.

Nuestro CCF en vigor se encuentra dividido en cuatro libros. El Libro Primero trata "De la Personas". El Libro Segundo, "De los Bienes". El Libro Tercero aborda el tema "De las Sucesiones" y el Cuarto hace lo propio respecto "De las Obligaciones".

El Libro Cuarto del citado Código se denomina "De las Obligaciones" y está dividido en tres partes. La primera de ellas denominada "De las Obligaciones en general", contiene a su vez un Título Cuarto, cuya designación es la de "Efectos de las Obligaciones", nuevamente dividido en dos apartados, ambos referentes a los "Efectos de las obligaciones entre las partes". En primer plano se encuentran las disposiciones relativas al "Cumplimiento de las Obligaciones"; en segundo lugar se ubica, naturalmente, el "Incumplimiento de las Obligaciones". Este último apartado contempla al Capítulo I, llamado "Consecuencias del incumplimiento de las Obligaciones" en donde finalmente hallamos las definiciones legales de daño y perjuicio¹⁴⁴, inspiradoras del

¹⁴³ Por razones obvias excluimos del presente trabajo el llamado "daño moral" definido en el primer párrafo del artículo 1916 del CCF.

¹⁴⁴ Idéntica definición del daño puede leerse, por ejemplo, en el Código Civil del Estado de México (Publicado en la "Gaceta de Gobierno" del Estado de México el 29 de diciembre de 1956), artículo 1937 "Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación" y 1938 "Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación." El Código Civil para el Estado de Guerrero (Publicado en el "Periódico Oficial" del Estado de Guerrero, el día dos de marzo de 1993), en su artículo 1759 establece: "Se entenderá por daño la pérdida o menoscabo sufridos en el patrimonio; y por perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que pudiera haberse obtenido de no mediar el hecho causante del daño"

legislador del comercio exterior, en dos artículos extraídos del citado ordenamiento legal:

Artículo 2108. Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.

Artículo 2109. Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

b) Análisis de las definiciones del Código Civil Federal.

El Código Civil tiene por objeto regular las relaciones entre particulares. Dentro de estas relaciones privadas encontramos en un importantísimo lugar, las relaciones patrimoniales entre personas (físicas y morales o jurídicas). Incluso algunos académicos arguyen que el derecho civil bien puede dividirse en *derecho patrimonial*, en el cual se incluyen relaciones cuyo contenido es eminentemente económico (bienes, obligaciones, contratos, sucesiones, etc.) y el *derecho de familia*, regulador de las relaciones familiares.

Las disposiciones del Código Civil resultan así la normatividad aplicable para regular las relaciones privadas entre particulares, o bien, las relaciones entre los particulares y los órganos estatales cuando éstos entran en relaciones de coordinación con aquellos; en otras palabras, cuando se despojan de su *imperium* y celebran, por ejemplo, contratos privados con particulares.

Los conceptos 'daño' y el de 'perjuicio' citados se inscriben, en las normas patrimoniales del derecho civil. Son dos conceptos con una importancia capital dentro del código y especialmente en su parte patrimonial. Están incluidos nada menos que en las prescripciones referentes al incumplimiento de las obligaciones, y con ellos, la doctrina ha elaborado, según veremos, la importantísima noción de 'responsabilidad civil'.

I.- Pérdida o menoscabo.

La pérdida es privación de lo que se poseía, es decir, daño o menoscabo; perder implica dejar de tener o no hallar la cosa que se poseía. Menoscabo es efecto de menoscabar o menoscabarse, lo que significa disminuir las cosas quitándoles una parte, acortarlas, reducir las; deteriorar y deslustrar una cosa, quitándole parte de la estimación o lucimiento que antes tenía.

II.- Sufrido en el patrimonio.

El patrimonio es una universalidad de derechos y obligaciones valorables pecuniariamente. Los derechos (como el de votar) no susceptibles de esa valoración no forman parte de esa universalidad. En nuestro derecho, como veremos posteriormente, la noción de patrimonio está indisolublemente ligado a la de persona. Por eso decimos que el derecho civil en su parte patrimonial tiene como objeto la regulación de las relaciones entre personas, titulares de patrimonios por naturaleza.

III.- Por la falta de cumplimiento de una obligación.

Este elemento de las definiciones es importantísimo. No toda pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio es indemnizable: sólo aquellos cuya causa inmediata y directa sea la falta de cumplimiento de una obligación (art. 2110 C. Civ). Sin embargo, es posible (y de hecho ha sucedido) ampliar la causa de la pérdida o menoscabo al incumplimiento de un deber legal.

El incumplimiento de un deber jurídico u obligación es un hecho ilícito. Cuando se configura el mismo, surge la consecuencia normativa secundaria: la responsabilidad civil, con independencia de que surjan otras sanciones jurídicas para el ilícito.

No toda pérdida o menoscabo patrimonial encuadra en la definición legal, porque si no es causada por el incumplimiento de un deber legal, en sentido amplio, no habrá daño desde la perspectiva civil. Por ejemplo, si una tormenta descomunal inunda una población, sus habitantes resentirán daños, pero no derivados del incumplimiento de obligación alguna. También, cuando para detener a un peligroso presunto delincuente escondido en una casa, la policía derriba la puerta o rompe cristales para entrar, el dueño de la propiedad, presunto delincuente, sufrirá pérdida o menoscabo en su patrimonio, más no por el incumplimiento de una obligación si la policía cuenta con una orden judicial para detener al sujeto que se resiste violentamente a ser aprehendido.

IV. El perjuicio.

Definido en el art. 2109, no es independiente del concepto establecido por el artículo que lo precede. El daño puede existir sin perjuicio, pero este no

puede existir jurídicamente sin aquel. La propia definición del perjuicio señala su causa: el incumplimiento de una obligación. Inclusive, la doctrina lo ha aglutinado con el daño, designando a esta unión "daño patrimonial", oponiéndolo al daño moral.

2.- DEFINICION DE DAÑO EN LA LCE..

a) El artículo 39 de la LCE

En el capítulo previo hicimos notar la sola existencia de una definición legal sobre el daño en materia de prácticas desleales de comercio internacional. En esa oportunidad mencionamos que la LCE contiene la siguiente definición, en la primera parte del párrafo primero, artículo 39:

Artículo 39. Para los efectos de esta Ley, daño es la pérdida o menoscabo patrimonial o la privación de cualquier ganancia lícita y normal que sufra o pueda sufrir la producción nacional de las mercancías de que se trate, o el obstáculo al establecimiento de nuevas industrias:

No es necesario profundizar acerca de la similitud (que no identidad) entre esta definición y la de daño y perjuicio de los artículos 2108 y 2109. Sin duda, el ejecutivo que envió la iniciativa de Ley de Comercio Exterior y el legislativo que la aprobó, consideraron acertados ambos conceptos extraídos de nuestro derecho civil y con ligeras variaciones los trasladaron al artículo 39 citado.

La exposición de motivos de la iniciativa de LCE tampoco contiene detalles acerca de la definición del artículo 39 que nos ocupa, como lo revela el siguiente párrafo de la misma:

En el caso del concepto de daño, la iniciativa lo define como la pérdida o menoscabo patrimonial, o la privación de cualquier ganancia lícita y normal, que sufra o pueda sufrir la producción nacional, o el obstáculo al establecimiento de nuevas industrias; mientras que la amenaza de daño es el peligro inminente y claramente previsto de daño a la producción nacional. Además, el texto describe los factores que la autoridad tendrá que considerar para determinar cuando se está en presencia de uno y de otro.

El examen del Diario de los Debates correspondiente a los días en que la iniciativa de la LCE en vigor fue discutida en le Cámara de Diputados, muestra que la definición de daño no causó controversia entre los legisladores; no fue asunto de discusión en lo particular y se aprobó en lo general. Ocasionalmente en los debates se hizo somera referencia a la misma, más no para sujetarla a crítica, ni entrando en detalle sobre la misma. No hay muchas pistas que nos auxiliien a profundizar más acerca de la razón del legislador para adoptar esa definición.

Conviene resaltar, sin embargo, una serie de detalles sobre la definición del artículo 39:

I.- La definición del artículo 39 ha trasladado la definición civil del daño patrimonial, pero suprime la referencia al incumplimiento de una obligación. Con ello se confirma que el *dumping*, conceptualizado como la introducción de mercancías al territorio nacional a precios discriminados positivamente no es un ilícito. Sin embargo el artículo 39 mantiene incólume la referencia al patrimonio, lo cual es causa de una serie de confusiones.

II.- La definición en comento presenta una tricotomía insoportable. El daño puede ser o la pérdida o menoscabo patrimonial, o la privación de una ganancia lícita y normal o el obstáculo al establecimiento de nuevas industrias, de donde puede preguntarse, justificadamente, ¿Qué es el daño?, ¿Cuál de estas tres opciones puede tomar la autoridad para fundar y motivar sus resoluciones en donde se determine la existencia de daño?

III.- Finalmente, la frase "*el obstáculo al establecimiento de nuevas industrias*" es un rompimiento con la tendencia civilista hasta ese momento seguida por el legislador. Esta última frase viene a desmentir la lógica civilista con la que algunos explican instituciones de la LCE. A reserva de entrar en mayores detalles cuando hablemos de la producción nacional, merece destacarse el significado técnico de 'industria' en la noción de daño. 'Industria' es una palabra cuyo verdadero alcance se halla dentro de la ciencia economía.

b) Artículo 59 del RLCE.

El artículo 59 *in fine* del RLCE que en ésta ocasión transcribimos íntegro, contiene una disposición que parece ser contraria a la definición del artículo 39 LCE citada en el apartado anterior:

Artículo 59.- La Secretaría habrá de constatar a través del procedimiento de investigación correspondiente que el daño o amenaza de daño a que se refiere el artículo 39 de la Ley, deriva del análisis mínimo de todos los elementos a que se refieren los artículos 41 y 42 del mismo ordenamiento. En ningún caso, la autoridad investigadora determinará la existencia de daño conforme lo establece la legislación civil.

Parece ser que los redactores del RLCE se percataron de la incongruente definición del art. 39 y pretendieron enmendar el error, aunque tímidamente, con la parte final de este artículo 59. Aparentemente, entonces, hay contrariedad entre el artículo 39 de la LCE y el 59 del RLCE.

No debemos perder de vista que *la definición legal de daño no es un juicio enunciativo, sino una norma*. Es decir, la definición legal no describe la realidad, sino que prescribe, ordena que es lo que ha de entenderse por la palabra definida. La descripción es propia de la ciencia jurídica; la prescripción, en cambio, es característica del lenguaje en el que se expresa el derecho.

Ante esa contrariedad ha de preferirse la norma de la LCE frente al RLCE, por ser de mayor jerarquía normativa aquella. Insistimos en que no es válido juzgar a una norma de verdadera o falsa.

c) La determinación del daño civil y del daño a la producción nacional. Crítica al concepto 'daño' del artículo 39 LCE.

El verbo "*determinar*" y su derivado *determinación*, son claves en esta contrariedad. El artículo 41 de la LCE dice: "La *determinación* de que la importación de mercancías causa daño a la producción nacional, la hará la Secretaría tomando en cuenta:" y el artículo 42 de la misma indica: "La *determinación* de la existencia de una amenaza de daño a la producción nacional, la hará la Secretaría tomando en cuenta:". La última parte del artículo 59, como hemos visto, usa la frase "*determinará* le existencia de daño".

A nivel internacional el vocablo "determinación" también se usa en el AAD: "Artículo 2. *Determinación* de la existencia de dumping"; "Artículo 3 *Determinación* de la existencia de daño"; artículo 3.1 "La *determinación* de la existencia de daño a los efectos del artículo VI del GATT de 1994....". Está demostrado el uso constante de la expresión '*determinación*' en los textos nacionales e internacionales.

Por '*determinación*' en nuestra lengua puede entenderse tanto la "acción y efecto de determinar o determinarse" (v.gr: "Tomó la *determinación* de quedarse"), como "osadía, valor" (v.gr: "Tuvo la *determinación*, el coraje de seguir adelante"). De donde el primer sentido es el que ha de tomarse en cuenta para el estudio del daño.

Determinar, con raíz latina en *determinâre*, es un verbo transitivo con diversos significados, como lo revela la definición que del mismo nos proporciona la Real Academia de la Lengua Española, en su célebre diccionario. La transcripción siguiente pertenece al mismo:

determinar. (Del lat. *determinare*.) tr. Fijar los términos de una cosa. ||2. Distinguir, discernir. || 3. Señalar, fijar una cosa para algún efecto. DETERMINAR *día, hora*. || 4. Tomar resolución. U. t. c. prnl. ||5. Hacer tomar una resolución *Esto me DETERMINÓ a ayudarle*. || 6. Der. Sentenciar, definir. DETERMINAR *el pleito, la causa*.

El enunciado del art. 41 de la LCE "La *determinación* de que la importación de mercancías causa daño a la producción nacional, la hará la Secretaría tomando en cuenta:" puede explicarse como sigue. Este enunciado es una norma dirigida a la autoridad investigadora antidumping, quien tiene el deber de definir el daño, distinguirlo, apreciarlo, o bien fijar sus términos en base a tres indicadores recurrentes en la legislación nacional e internacional de la materia: a) Aumento considerable en el volumen de las importaciones; b) Efectos sobre los precios internos y, c) Efectos sobre los productores nacionales. La decisión de la autoridad de que la importación de mercancías a precios discriminados positivamente causa daño a la producción nacional lo debe hacer la secretaria mediante el estudio de esos indicadores. Estos son los factores que la autoridad administrativa debe estudiar para, en su caso, llegar a la conclusión de que el *dumping* causa el daño.

Puede ser que haya otras causas que estén dañando a la producción nacional, pero con estos indicadores se busca no imputar al *dumping*, el daño proveniente de otras causas. Existe disposición expresa en el AAD, artículo 3.5. para examinar otros factores que la mismo tiempo perjudiquen a la rama de producción nacional “y los daños causados por esos otros factores no se habrán de atribuir a las importaciones objeto de *dumping*”. Los tres factores citados en el párrafo anterior deben ser estudiados por la SECOFI para fijar el daño. Por eso dice que la determinación de que la importación de mercancías causa daño la hará la Secretaría evaluando *esos y no otros factores*.

De hecho, en base a esos tres factores debe construirse un concepto de daño congruente con el esquema bajo el cual se desenvuelve el sistema antidumping.

Por su parte, el daño civil se determina en función del concepto legal del mismo. Efectivamente, en materia civil el daño patrimonial (daño *stricto sensu* y perjuicio) viene determinado por su propia definición, de manera que quien lo alegue deberá probar ante el juzgador, en el proceso civil correspondiente:

- 1.- Una pérdida o menoscabo sufrido en su patrimonio;
- 2.- El incumplimiento de una obligación.
- 3.- El vínculo causal entre las dos situaciones anteriores.

Así se determina “la existencia de daño conforme lo establece la legislación civil”. Pongamos un ejemplo extremo: en un accidente automovilístico ocurre un choque múltiple y dos conductores descuidados golpean en la parte trasera a un tercer automóvil al mismo tiempo. Indudablemente el propietario del tercer automóvil ha sufrido una pérdida o menoscabo patrimonial, al haberse deteriorado su auto. Además de que pueda haber responsabilidad penal, el dueño afectado demanda a los dos conductores que han chocado contra él. La legislación civil prescribe que ese es un daño pues se ha incumplido el deber de cuidado que todos debemos tener para no afectar a otros.

Como en nuestro régimen constitucional esta prohibido en la Constitución (art. 17) hacerse justicia por uno mismo, y en nuestro ejemplo no estamos en el supuesto de una autocomposición, en el proceso civil respectivo, deberá determinarse la existencia de daño ¿Cómo se logra esto? Mediante las pruebas periciales, testimoniales, confesionales respectivas, que la parte actora ofrezca

con su demanda, para demostrar por separado que los dos conductores demandados golpearon su automóvil en la parte trasera y que con su conducta culpable han ocasionado ese deterioro en su automóvil.

Hasta el momento parece tratarse de un problema de prueba. Sin embargo, no hay mucha diferencia entre las pruebas aportadas en el proceso civil y el procedimiento contra prácticas desleales, pues en éste también se usan pruebas periciales, documentales, testimoniales, etc. Por ende, la diferencia no es tan sólo procesal, sino de fondo. La forma de probar el daño, o sea, de determinarlo, está en relación de dependencia con el fondo, o sea, el concepto mismo que de él se tenga. *Prima facie*, la conclusión que se puede derivar es la inadecuación o la falta de equivalencia entre los conceptos daño patrimonial y daño a la producción nacional.

Estas ideas cobran más fuerza si se toman en cuenta los elementos o factores sujetos al análisis de la autoridad antidumping para determinar el daño a la producción nacional, constantes en los textos legales sobre la materia (el volumen de las importaciones, su efecto sobre los precios internos y el efecto sobre los productores nacionales). Es inconcuso que esos factores, aún a primera vista, no coinciden y superan en complejidad a la noción del daño patrimonial. No hay correspondencia entre ambas nociones, no son equivalentes. Además, el artículo 59 del RLCE, en su primera parte, indica que el daño al que se refiere el artículo 39 de la LCE deriva del análisis de los factores contemplados en el artículo 41 y que no son otros sino los tres indicados en este párrafo.

La determinación del daño "*conforme lo establece la legislación civil*" está en relación directa con la noción civil del mismo, ya que es una norma jurídica. Siguiendo esa tendencia civilista las persona físicas o morales presuntamente afectadas por el *dumping* tendrían la carga de probar esa pérdida, menoscabo patrimonial o la privación de una ganancia lícita y normal a causa de esa práctica desleal y en realidad desconoce el sentido auténtico de lo que por producción nacional o rama de la producción nacional ha de entenderse. En realidad el daño así entendido dificultaría la reacción estatal contra el *dumping*.

Miguel Angel Velázquez Elizarrarás¹⁴⁵, al comentar esta definición advierte la misma incongruencia a la cual nos hemos referido en los párrafos precedentes. Este autor hace notar como el artículo 41 de la LCE establece de

¹⁴⁵ *Op. cit.* Comentario al artículo 39 de la LCE. p. 130 ca.

manera enunciativa los elementos o factores que han de tomarse en cuenta para la evaluación del daño y la causalidad en las investigaciones administrativas contra el *dumping*:

La revisión de estos elementos permite apreciar que el análisis no debe centrarse en un concepto tradicional y privado de daño. Si este fuera el caso sería prácticamente imposible probar que todas y cada una de las empresas productoras nacionales han sufrido menoscabo patrimonial o privación de una ganancia lícita y normal como consecuencia de importaciones en condiciones de discriminación de precios o subvención. De allí la necesidad de que este artículo se reforme de tal modo que, congruente con el AD y el ASMC, se incorpore un concepto de daño más flexible.

Esta opinión es de las pocas en contra de la definición legal objeto de nuestro estudio. Consideramos que el equívoco de la mayoría de los autores es seguir una lógica civilista para entender el daño, además de tratar a la definición legal *como un juicio enunciativo y no como una norma*.

Otra opinión que además de criticar el concepto del artículo 39 propone un nuevo derrotero para conocer el daño es la del Dr. Ruperto Patiño Manffer. Deliberadamente queremos presentar más adelante esta nueva forma de entender el daño, que compartimos en gran parte.

De hecho, en nuestro país, la SECOFI (Ahora SE) y su UPCI no han utilizado en sus resoluciones la definición del artículo 39.¹⁴⁶ Un concepto de daño en el sentido de este artículo es incongruente con la finalidad del sistema contra prácticas desleales, con las CC e incluso se aleja mucho del verdadero contexto sobre el cual opera. Lo que las normas nacionales e internacionales buscan resguardar no es el patrimonio de la "producción nacional", sino la producción nacional misma, o como dice el AAD, la "rama de la producción nacional", concepto que es ante todo *económico*-y sólo después jurídico.

¹⁴⁶ En una entrevista radiofónica, el Jefe de la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la SECOFI, Armando Ortega, al ser cuestionado por el periodista Martín Espinosa acerca del daño a la industria azucarera nacional no utilizó la definición legal del artículo 39 LCE y en cambio, realizó una definición ostensiva del mismo, al ejemplificar con algunos indicadores económicos, como los siguientes: la disminución en los ingresos de la industria azucarera nacional, que la rentabilidad operativa de la misma disminuyó, etc. Noticiario "Monitor de la tarde" (Radioprograma) Radiodifusora XHRED Red FM (88.1 FM) México, D.F. 20 de septiembre del año 2000. 13:00 a las 15:15 hrs.

3.- FUNCION DEL CONCEPTO 'DAÑO' EN EL CODIGO CIVIL FEDERAL...

a) Delimitación de la idea común del daño.

Ya hemos destacado el carácter normativo de las definiciones legales. En el caso particular de la que nos ocupa, la contenida en los artículos 2108 y 2109 puede comentarse lo siguiente.

La idea 'daño' utilizada por el derecho civil (y en su caso por el ecológico, mercantil, internacional, etc.) no es más que una especie de ese amplio género que comprende la más amplia idea de daño perteneciente al lenguaje ordinario. Esta ha servido para la construcción conceptual del daño civilista.

Pero en el derecho civil positivo se requiere mayor precisión de lo que por daño ha de entenderse. La ambigüedad del lenguaje ordinario no conviene al lenguaje jurídico-normativo y es por ello que se justifica introducir en el CCF una definición de "daño", encargada de precisar el contenido de esta palabra.

b) El método de la definición estipulativa.

Al 'daño' pecuniario (esto es daño y perjuicio) corresponde una *definición estipulativa*. Así se llama a la contenida en los artículos 2108 y 2109 del CCF. En efecto, reiteramos que en nuestro lenguaje común la voz daño tiene una connotación bastante amplia. Cualquier pérdida, detrimento, deterioro, menoscabo, etc., pueden ser considerados un daño, si no hay restricción que indique lo contrario.

Cuando el Poder Legislativo define los términos que emplea, lo hace para determinar o delimitar los casos de aplicación de las normas que implican esa palabra. El legislador restringe el uso que válidamente ha de darse a la expresión 'daño', de manera que no todo daño (como se entiende en el lenguaje común) cae dentro de la protección jurídica de las normas referidas a ese concepto.

Al definir 'daño', el legislador civil recurre al método de la definición estipulativa. Una definición estipulativa "consiste en acordar explícita y conscientemente un significado a una palabra o el acto de asignar una palabra a un significado" [...] "Este tipo de definición carece de valor veritativo en tanto es

sólo una decisión, una exigencia, un mandato y no un enunciado o aserción, pues no tiene la función de describir la realidad.”¹⁴⁷ Esta tesis se robustece si consideramos que el legislador tiene por misión dar las normas del comportamiento para los sujetos bajo su poder constitucional y no emitir enunciados encaminados a señalar cómo es la realidad.

Una de las ventajas que presenta la definición estipulativa radica en la eliminación de las ambigüedades y equívocos que pudieran tener lugar al emplear el concepto al que define. La definición estipulativa se constituye así en una orden de como debe entenderse una palabra, y sirve como un discriminante respecto al concepto más amplio que pertenece al lenguaje común. Con esta función discriminatoria, el legislador indica *que daño es susceptible de ser indemnizado*, por estar incluido dentro de la norma complementaria o no independiente y cuales otros significados de la palabra no entran dentro de la interpretación de las normas que a él se refieren y, por consiguiente, *son daños no indemnizables*.

D) EL DAÑO EN LA DOCTRINA DEL DERECHO CIVIL.

Por su antigüedad, por la calidad intelectual de los juristas que han intervenido a través del tiempo en su elaboración, por la importancia y trascendencia científico-jurídica de los temas por ella abordados, entre otras muchas razones, sin duda, la doctrina del derecho civil es la más refinada, técnica y acabada de cuantas ramas existen en la ciencia jurídica.

En la dogmática civilista, singular atención ha merecido la “Teoría de las obligaciones”, a menudo declarada la “columna vertebral” de la ciencia jurídica. Uno de los temas más relevantes de esa teoría es el que se encarga de la responsabilidad civil, cuya fuente son los hechos ilícitos civiles y los riesgos creados; la primera es origen de la llamada responsabilidad civil subjetiva, mientras que la segunda es causa de la llamada responsabilidad civil objetiva, pues en lo que se refiere a su comisión no requiere del elemento subjetivo de la culpa (*lato sensu*), como la primera. Dentro de este contexto hallamos al ‘daño pecuniario’. Por eso su definición involucra la nota del incumplimiento de una obligación o deber jurídico.

¹⁴⁷ Pérez Carrillo, Agustín *Op. cit.* p. 18.

1.- DEFINICIONES DOCTRINALES DEL DAÑO CIVIL.

Independientemente de la doctrina asumida frente a la responsabilidad civil, la nota esencial del daño (según se piense elemento del hecho ilícito civil, o bien de la responsabilidad civil en sí) tiene las mismas características para los civilistas y similar contenido.

La Real Academia¹⁴⁸ tiene establecido en su Diccionario de la Lengua Española que en Derecho, el daño emergente es el “detrimento o destrucción de los bienes a diferencia del lucro cesante”. Este concepto, aunque parecido, no es idéntico a las definiciones de la doctrina civil.

A continuación pasamos a exponer algunas definiciones del concepto ‘daño’ elaboradas por autores civilistas. En todas ellas resaltamos en cursivas la nota común que será fundamental en nuestra explicación: el daño es un concepto referido al patrimonio y este, en el derecho civil mexicano (salvo contadas excepciones) necesariamente tiene un titular, persona jurídica individual o colectiva.

a) Para Rafael Rojina Villegas¹⁴⁹, el daño patrimonial

...implica todo menoscabo *sufrido en el patrimonio* por virtud de un hecho ilícito, así como la privación de cualquiera ganancia que legítimamente la víctima debió haber obtenido y no obtuvo como consecuencia de ese hecho. Los artículos 2108 y 2109 del Código Civil vigente, dan una definición del daño y del perjuicio desde el punto de vista del incumplimiento de una obligación, pero fácilmente son adaptables a la responsabilidad delictuosa o cuasidelictuosa.

El concepto daño es amplio, pues la ubicación que tal definición tiene en el CCF no debe limitar su aplicación a otras situaciones en donde exista una pérdida o menoscabo patrimonial y en consecuencia pueda surgir la responsabilidad civil aludida líneas arriba.

De esta definición también resaltamos que el daño deriva *de un hecho ilícito*. El criterio en el cual está montado el concepto es el del hecho ilícito y en

¹⁴⁸ *Op. cit.* nota 1.

¹⁴⁹ *Derecho Civil Mexicano. Obligaciones.* T. V. vol II. 5a ed. Porrúa, México, 1985. p. 130.

consecuencia, la sanción (la responsabilidad civil) corresponde a un criterio de reparación del daño.

b) Ernesto Eduardo Borga¹⁵⁰ atribuye a “daño” una significación amplia y una restringida. La primera se identifica con la ilicitud y por lo que respecta a la segunda acepción:

“La significación restringida se concreta a la disposición general del artículo 1067, en cuanto exige la existencia del daño como *conditio sine qua non* del acto ilícito, anteponiéndolo al dolo, culpa o negligencia de su autor, lo cual no implica necesariamente que solo haya acto ilícito en tal supuesto, sino que para la acepción restringida de la expresión daño se requiere la efectividad del mismo en el *aspecto material* o moral del patrimonio de la persona.” [...]

“De modo que en cuanto hace a la responsabilidad civil, la expresión daño ha de usarse en sentido o acepción restringida o estricta, esto es, aquella lesión, detrimento o menoscabo que ha de repararse mediante el pago de la correspondiente indemnización.”

c) Según Joaquín Martínez Alfaro¹⁵¹ el “daño pecuniario [en oposición al daño moral] es la suma de los daños y perjuicios, es decir, es el menoscabo sufrido en el patrimonio de la víctima más la privación de la ganancia lícita que se hubiera obtenido si no hubiese sucedido el hecho causante del daño.”

d) Federico Puig Peña,¹⁵² en relación con el daño comenta: “La prestación de daños y perjuicios es la obligada restauración del desequilibrio patrimonial ocasionado por la conducta injusta del obligado, satisfaciendo al perjudicado aquellos que se le originaron.” Cuando una obligación no puede ser cumplida en la forma establecida, o bien, cuando en general no se puede restituir la situación dañosa al estado que guardaba antes de la comisión del daño, “la relación de Derecho se proyecta entonces directamente contra el patrimonio del deudor, a fin de extraer del mismo la cantidad de bienes suficientes para que

¹⁵⁰ Voz “daño”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*. T.V.(Cost-Dere). Director Bernardo Lerner. Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L. Buenos Aires, Argentina.

¹⁵¹ *Teoría de las Obligaciones*. 5a ed. Porrúa, México, 1988. p. 168.

¹⁵² Voz “daño” en *Nueva Enciclopedia Jurídica*. T. V. (Crimi-Dep) Director Carlos E Mascareñas. Editorial Francisco Seix, S.A. Barcelona, España. 1985.

quede restaurado el desequilibrio económico provocado por el incumplimiento de aquel. Esto es lo que se llama resarcimiento de daños y perjuicios".

La restauración del desequilibrio patrimonial antes indicado se consigue satisfaciendo los dos conceptos siguientes: el daño propiamente causado y la ganancia frustrada, el *damnum emergens* y el *lucrum cesans*. "Se entiende por daño el mal producido en las personas o en las cosas a consecuencia de una acción que recae sobre ellas." La determinación de los perjuicios siempre ofrece mayor dificultad, ya que el daño se refiere a una cuestión consumada que será reparada y el perjuicio no cuenta con esa base firme.

El mismo autor se manifiesta por una apreciación subjetiva del daño causado (*pretium singulare* del bien dañado), en tanto que la apreciación objetiva de ese concepto (es decir, el valor que el objeto tenga para todos o *pretium commune*) no es adecuada. "Pero un análisis más profundo hizo ver que la cosa objeto del daño no se encuentra en realidad aislada, sino conectada con otras dentro del patrimonio; y, ciertamente, el menoscabo sufrido en ella repercute o puede repercutir sobre las demás; por lo cual la desvalorización del objeto lleva consigo aparejada la desvalorización de los otros puestos en conexión [cursivas nuestras]."

2.- EL DAÑO EN PROPIEDAD AJENA DEL CODIGO PENAL

La noción 'daño' suministrada por el CCF sirve de base en otros ordenamientos jurídicos. Existe una descripción típica correspondiente al delito llamado *daño en propiedad ajena*, en los artículos 397 y 399 del Código Penal para toda la República en Materia Federal, éste último textualmente reza: "Cuando por cualquier medio se causen daño, destrucción o deterioro de cosa ajena, o de cosa propia en perjuicio de tercero, se aplicarán las sanciones del robo simple."

Considerando a una cosa (o con mayor propiedad técnica "un bien") como parte integrante del patrimonio cuyo titular es una persona, es obvio que si el bien es deteriorado o incluso destruido, por muy insignificante que sea su valor con respecto a la magnitud del patrimonio, jurídicamente se produce un daño en el sentido civil antes expuesto¹⁵³: un patrimonio ha sido menoscabado,

¹⁵³ Aunque en el plano normativo, la consecuencia jurídica de causar un daño patrimonial sea el surgimiento de la obligación de reparar el mismo por parte de quien lo comete con culpa *lato sensu* o sin ella (caso de la responsabilidad objetiva), la práctica jurídica muestra que por daños menores resulta incosteable litigar ante los tribunales, sobre todo cuando se litiga en causa

pues, hablando en términos de apreciación económica, el mismo ha disminuido económicamente, con independencia de su magnitud. Un bien es dañado a consecuencia de la realización de la conducta típica, la cual, en el fondo es incumplimiento al deber jurídico *erga omnes* de no interferir injustificadamente en los derechos reales de los demás y principalmente en el de propiedad (materialmente identificados con los bienes mismos sobre los cuales recae este derecho subjetivo). No es una coincidencia que el tipo penal del *daño en propiedad ajena* se encuentre ubicado en el Capítulo VI del Título Vigésimo segundo, denominado "Delitos en contra de las personas en su patrimonio".

En lo referente al delito de daño en propiedad ajena, los penalistas no se excepcionan de los supuestos bajo los cuales opera el concepto civilista 'daño'. A continuación transcribimos los comentarios del maestro Alvaro Búnster¹⁵⁴, acerca de este ilícito penal:

DAÑO EN PROPIEDAD AJENA. I. En derecho penal, [es un] *atentado contra el patrimonio* consistente en la destrucción o deterioro de una cosa ajena o de cosa propia en perjuicio de tercero. II. El delito de daños presenta, frente a los demás atentados contra la propiedad, la particularidad de que se comete, por así decirlo, *dentro del patrimonio de la víctima*, enunciado éste que no vale íntegramente, por cierto, para la hipótesis relativamente anómala de la destrucción de cosa propia en perjuicio de tercero.

La sanción a éste delito así como los demás que se encuentran tipificados en el Capítulo VI del Título Vigésimo segundo indicado y las normas civiles como las que rigen el enriquecimiento sin causa, la responsabilidad civil, etc. constituyen un grupo de normas que puede ser entendida con más claridad en atención a su finalidad: se trata de la protección jurídica del patrimonio de las

ajena. Pero esta situación del mundo fáctico no obsta para que se den los supuestos normativos correspondientes y se originen las consecuencias de derecho previstos por la norma jurídica.

¹⁵⁴ Voz "Daño en propiedad ajena", en *Diccionario Jurídico Mexicano*. Op. Cit. Tomo D-O. Hemos destacado en cursivas las frases "*atentado contra el patrimonio*" y "*dentro del patrimonio de la víctima*", para resaltar nuestras ideas acerca del daño. Si el daño se resiente en el patrimonio de la víctima, la dogmática penal enseña que el sujeto pasivo del delito o víctima del mismo puede ser tanto la persona física como la persona moral. En cuanto al sujeto activo del delito existe cierta polémica que no es tan importante en nuestro derecho; sin embargo no hay duda en cuanto al sujeto pasivo del delito: ha de ser una *persona juris*.

personas. En torno al patrimonio (que algunos consideran como atributo de la personalidad, mientras otros le niegan ese carácter) existe un sistema de normas cuya finalidad es protegerlo, de manera que no existan intromisiones ilícitas en esta importante parte de la esfera jurídica de los sujetos de derecho, individuales o colectivos.

3.- EL DAÑO EN MATERIA ECOLOGICA.

La Ley Ambiental del Distrito Federal¹⁵⁵ define al daño ambiental o ecológico en la fracción XII de su artículo 6, como sigue:

"XII. Daño ambiental o ecológico: la pérdida o menoscabo sufrido en cualquier elemento natural o el ecosistema por la falta de cumplimiento de una obligación establecida en esta Ley o en las normas oficiales mexicanas ambientales;"

Las palabras resaltadas hacen patente el paralelismo entre la definición civil y ecológica del daño. El legislador ambiental del Distrito Federal sigue la línea trazada por el CCF en materia de daño y la aplica a su definición ecológica.

4.- LA RELACION CONCEPTUAL ENTRE DAÑO, PATRIMONIO Y PERSONA JURIDICA.

La revisión del apartado anterior arroja luces para aclarar muchas cuestiones técnicas, a menudo confundidas en la LCE. La definición jurídica de daño contenida en el artículo 39 no es adecuada con nuestro sistema legal y la doctrina del mismo.

Sin duda el modelo a seguir con el artículo 39 LCE fue el derecho civil; pero el legislador introdujo la tesis seductoramente sencilla de que el daño a la producción nacional era la pérdida, menoscabo patrimonial o privación de una ganancia lícita y normal que sufriera o pudiera sufrir ésta. Tal tesis (expresada como definición jurídica) sería correcta si la producción nacional fuera una persona jurídica, lo cual no es verdadero.

¹⁵⁵ Publicada en el DOF el 9 de julio de 1996 (las cursivas son nuestras).

Antes de entrar a precisar lo que el concepto producción nacional realmente es, procedemos a detallar la relación existente entre los conceptos daño pecuniario, patrimonio y persona jurídica.

a) Idea de daño en general y su adaptación al derecho civil.

A la idea de afectación negativa implicada por 'daño' en el lenguaje común, la definición civilista enlaza un concepto jurídico muy importante como lo es el de patrimonio. Y aunque el legislador suprimió la nota de la falta de cumplimiento de una obligación, para los propósitos de nuestra investigación nos basta con explicar sólo el concepto patrimonio.

El patrimonio es "un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de una valorización pecuniaria, que constituyen una universalidad de derecho (*universitas juris*)."¹⁵⁶ Según Marcel Planiol¹⁵⁷ "se llama patrimonio al conjunto de derechos y obligaciones *pertenecientes a una persona, apreciables en dinero*".

La noción de patrimonio está fuertemente unida a la de persona jurídica. Nuestro derecho, siguiendo las tendencias y caracteres principales del derecho francés, adopta la doctrina clásica del patrimonio, con ciertas modalidades, al derogar el principio de la indivisibilidad, principalmente en el régimen de las sucesiones con la excepción principal de que el heredero tenga dos patrimonios:

Fuera de esta excepción fundamental, se mantiene en sus características principales la doctrina clásica del patrimonio, puesto que en nuestro derecho *toda persona necesariamente debe tener un patrimonio y solamente pueden tener bienes las personas*. No se admite, como en el derecho alemán, que puedan existir patrimonios sin dueño, porque éste es un sistema tan ficticio como el de la doctrina clásica. Afirmar que puede existir un patrimonio sin dueño, es formular un concepto contrario a la realidad misma. Es necesario que el conjunto de bienes tenga siempre como soporte un titular que debe ser una persona física o moral. Principalmente esto en el campo de las personas morales donde alcanza mayor amplitud la posibilidad de afectar un conjunto de bienes a la realización de fines concretos.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano. Bienes, Derechos Reales y Posesión*. T. III 7a ed. Editorial Porrúa, México, 1991. p. 67.

¹⁵⁷ Tratado Elemental de Derecho Civil. T.III. De los Bienes. P. 13. Trad. de José Ma. Cajica. (las cursivas son nuestras).

¹⁵⁸ Rojina Villegas, Rafael. *Op. ult. cit.* p. 82.

Como puede colegirse de las definiciones transcritas en el apartado C, 1 de este capítulo, el patrimonio es un concepto que ha de referirse necesariamente a la persona jurídica. No puede entenderse un concepto sin el otro. El uso de la expresión 'patrimonio', o alguna similar o derivada de ella, necesariamente ha de tener como presupuesto a una persona física o moral.

Aún con la moderna teoría del *patrimonio de afectación*, la universalidad de derechos y obligaciones no se desvincula de la persona; de hecho, esa vinculación puede considerarse una nota definitoria. Esta moderna teoría no ha sido recogida cabalmente en nuestra legislación civil, como no lo ha sido en la mayoría de los derechos. "Justamente, los que derivan del derecho romano, han ligado tan íntimamente el concepto de patrimonio con el de personalidad, que sólo se admiten a las reglas que en un principio enunciarnos y en las que se vincula estrechamente el patrimonio con la persona."¹⁵⁹

Ciertamente esta nueva doctrina acerca del patrimonio de afectación se adopta en el derecho mexicano para explicar instituciones de fundamental importancia, insuficientemente cubiertas por la doctrina clásica del patrimonio-personalidad. A pesar de que ésta última subsiste en nuestro derecho civil, es con la modalidad de no admitirse como principios absolutos la inalienabilidad ni la indivisibilidad.

La moderna doctrina del patrimonio de afectación considera que la universalidad jurídica no debe fundamentarse en función de la capacidad de la persona como lo hace la doctrina clásica del patrimonio. "En nuestra opinión, el patrimonio adquiere autonomía no en relación con la persona, sino en función de un vínculo jurídico-económico, que el derecho reconoce para afectar el conjunto de bienes a la consecución de ese fin. . ."¹⁶⁰ En el derecho mexicano es aplicable la teoría del patrimonio de afectación en los siguientes casos: 1.- Patrimonio familiar; 2.- Sociedad Conyugal; 2.- Patrimonio del ausente; 3.- Patrimonio hereditario; 5.- Patrimonio del concurso o quiebra.

En conclusión, no puede haber patrimonio sin persona jurídica que sea titular del mismo, por lo menos en nuestro derecho. En consecuencia, toda pérdida o menoscabo patrimonial (*ídem est*, todo daño jurídicamente considerado) ha de impactar o afectar necesariamente al patrimonio de una

¹⁵⁹ Ibidem. p. 81.

¹⁶⁰ Ibidem. p. 83.

persona, sea jurídica individual o colectiva. Ya que la definición legal no es un juicio enunciativo que describa una realidad, sino una norma complementaria o secundaria, en los términos señalados al iniciar esta segunda parte. Y si, como hemos adelantado, la producción nacional carece de personalidad jurídica, no puede tener un patrimonio susceptible de verse afectado por un daño, o sea, una pérdida o menoscabo *patrimonial* o la privación de alguna ganancia lícita.

b) El daño como referencia.

Un comentario final nos merece el concepto civil 'daño'. También sirve como un referente respecto a la persona que lo sufre. De allí su esencialidad en relación con la responsabilidad civil.

Podría darse la circunstancia de que se cometiera un hecho supuestamente antijurídico y culpable que no fuese apto para provocar una pérdida o menoscabo patrimonial. Técnicamente no existiría persona o sujeto perjudicado que pudiera verse afectado por ese hecho. El daño se hace necesario en la medida que es el efecto de esa conducta antijurídica y culpable sobre el patrimonio de un sujeto pasivo. Si el patrimonio o un bien que forma parte del mismo no sufren detrimento, no son afectados por la conducta supuestamente ilícita y culpable, será irrelevante para el derecho, pues no hay adecuación con el concepto legal del daño y en consecuencia, ¿Quién podría presentar una demanda si nadie ha sufrido un daño?, ¿Quién podría ser considerado sujeto pasivo que resiente ese efecto pernicioso calificado por la ley como 'daño'?

"La existencia de un daño es una condición *sine qua non* de la responsabilidad civil, pues es evidente que para que exista la obligación de reparar, es necesario que se cause un daño."¹⁶¹

5.- DAÑO, HECHO ILÍCITO Y RESPONSABILIDAD CIVIL.

La responsabilidad civil es "la obligación de carácter civil de reparar el daño pecuniario causado directamente por el obligado a la reparación o por las personas o cosas que están bajo su cuidado". Uno de los elementos¹⁶²

¹⁶¹ Rafael Rojina Villegas. *Op. cit.*, nota 149 p 129.

¹⁶² La autores organizan de diferente manera el estudio de la responsabilidad civil. Algunos manejan el tema del daño como un elemento del hecho ilícito, fuente de la responsabilidad civil; otros estudian el daño como uno de los elementos de esta última. Esto es una

definitorios de la responsabilidad civil es precisamente el daño¹⁶³ o “daño pecuniario” (para no confundirlo con el daño moral).

En el derecho privado, el asunto de la responsabilidad civil es amplio y a menudo interfiere en la regulación jurídica de diversas instituciones. “En verdad puede decirse que su ámbito es tan amplio, como extenso es el campo de las sanciones en el derecho privado. La reparación del daño por hecho ilícito es una sanción específica del derecho privado en general”¹⁶⁴. Mas la responsabilidad civil se encuentra también cuando se trata de incumplimiento de obligaciones preconstituidas, como las que nacen de contrato, de testamento, de sentencia o de la declaración unilateral de la voluntad; casos en lo cuales a nuestro juicio también puede hablarse de hecho ilícito.

En la rescisión de los contratos y en general en todos los casos de violación de los deberes jurídicos impuestos por la ley, en unión con un hecho o acto jurídicos, también puede aparecer la cuestión relativa a indemnizar daños y perjuicios. “En las consecuencias restitutorias de la nulidad, puede suscitarse la cuestión relativa a la reparación de los daños y perjuicios causados. De esta suerte aun cuando la responsabilidad civil pueda considerarse como una sanción específica del derecho privado, interfiere con las otras sanciones a que acabamos de referirnos.”¹⁶⁵

La exposición que hemos hecho hasta ahora nos permite afirmar que la responsabilidad civil es la sanción jurídica para un hecho ilícito civil, a saber, el incumplimiento de una obligación, calificada por una pérdida o menoscabo patrimonial.

El criterio inspirador de la definición jurídica de los artículos 2108 y 2109 CCF es un **criterio de reparación del daño**. Esta es la idea animadora de

consecuencia de la polémica monismo-dualismo, acerca de la misma. Según los monistas, la responsabilidad civil debe ser abordada como una sola, pues no vale la distinción entre responsabilidad civil contractual y extracontractual (dependiendo si el incumplimiento es de una obligación contractual o de un deber legal, respectivamente), porque entre ambas no hay diferencias esenciales. Los dualistas hacen valer esas diferencias para fundamentar su opinión acerca de la existencia de ambos tipos de responsabilidad.

¹⁶³ Este elemento es indispensable, con independencia de la postura doctrinal asumida frente a la responsabilidad civil, que hemos destacado en la nota anterior. Los restantes elementos que coincide la doctrina son: A) La culpa (misma que no es necesaria tratándose de la responsabilidad objetiva por riesgo creado) y C) La relación de causalidad entre el hecho culpable y el daño o el riesgo generado y éste último.

¹⁶⁴ Rojina Villegas, Rafael.. *Op. ult. cit.* p. 120

¹⁶⁵ *Idem.*

semejante definición y la base para su operación. El criterio del cual emana la definición jurídica en comento podemos denominarlo *indemnizatorio*, pues busca que la persona pasiva de algún daño en su patrimonio por el incumplimiento de una obligación sea indemnizada por el monto de la pérdida o menoscabo resentido, así como de la ganancia no obtenida. De donde el concepto también sirve para fijar el monto de la indemnización. Esta última debe cumplirse restituyendo las cosas al estado en que se encontraban antes del incumplimiento (indemnización restitutoria) y en caso de no ser posible, la relación de derecho se proyecta contra el patrimonio del sujeto comisor del daño, para extraer de él una cantidad para compensar lo que ya no puede ser reparado (indemnización compensatoria).

En cambio, el sistema antidumping y las CC (las cuales no son sanciones, como lo demostramos en el capítulo previo) operan sobre un **criterio de competencia comercial equitativa**. La importación de mercancías en condiciones de discriminación de precios no es ilícita y es dudoso que la discriminación de precios efectuada por el exportador sea ilícita y esté sancionada, pues a este sujeto no se le priva de ningún bien.

Las CC no sancionan y si, en cambio, buscan el equilibrio de las condiciones de competencia comercial, aunque se limiten a buscar el equilibrio en el factor precios, directamente afectado por el *dumping*. En nuestro derecho, como hemos visto, las CC no se dirigen a reparar una pretendida pérdida o menoscabo patrimonial a los productores nacionales. Esto sería realmente difícil. El monto de las CC ingresa a patrimonio estatal; se trata de ingresos sin finalidades fiscales; son *parafiscales* o *extrafiscales* en el sentido de que tienen por cometido equilibrar las condiciones de competencia comercial entre los productores nacionales y los extranjeros.

Toca ahora depurar la noción de producción nacional, así como la función de esta idea en la LCE, para saber si en realidad puede resentir un daño en los términos del CCF. Esto será cierto en la hipótesis de que la producción nacional sea un persona jurídica, pues sólo como tal puede tener un patrimonio susceptible de verse afectado por el *dumping*. Consideramos que una adecuada representación del daño causado por el *dumping* debe tomar en cuenta el significado de "producción nacional" o "rama de la producción nacional", como la llama el AAD.

E) LA PRODUCCION NACIONAL.

Consideramos que existe en la LCE y en algunas opiniones respecto a la misma, cierta confusión en cuanto a la naturaleza de la producción nacional. Debe afirmarse rotundamente: La producción nacional no es una persona jurídica¹⁶⁶; no es un centro de imputación de derechos, deberes y responsabilidades jurídicas. A pesar de la evidencia de este juicio, la redacción de la LCE sin duda justifica la confusión. Frases como “el patrimonio de la producción nacional”, o “promover en nombre y representación de la producción nacional”, “la producción nacional tiene derecho a iniciar el procedimiento antidumping”¹⁶⁷, sin duda, tienden una cortina de humo en torno a su naturaleza, ya que estos enunciados le dan tratamiento implícito de *persona juris*.

1.- CONFUSION CONCEPTUAL EN LA LCE.

La LCE usa el término “producción nacional” con notoria displicencia, haciéndolo un equívoco. La propia definición de daño contenida en el artículo 39 y citada líneas arriba, al relacionarla con el artículo 40, así lo revela.

Entre las definiciones del CCF, arts. 2108, 2109 y la del art. 39 en cuanto a daño, es evidente la similitud. Sin duda, el legislador de comercio exterior dio por buenas las definiciones de aquel ordenamiento para la materia objeto de regulación en la LCE. Y aunque hizo algunas adecuaciones a esos conceptos, utilizó al CCF por modelo.

En efecto, la LCE entiende al daño como “pérdida o menoscabo *patrimonial*”; ésta última es una palabra derivada, en la cual intervienen el sustantivo ‘patrimonio’ y el sufijo ‘al’. La palabra ‘patrimonial’ es aquí un adjetivo, pues califica o determina a ‘pérdida’ o ‘menoscabo’. Como adjetivo,

¹⁶⁶ El maestro Ruperto Patiño Manffer es muy claro al respecto. *cfr.*, su *op. cit.* en la nota 108 de este trabajo.

¹⁶⁷ Enunciados como los anteriores implican el reconocimiento previo de la producción nacional como sujeto jurídico. Por ejemplo, el primero indica que la producción nacional tiene un patrimonio. En nuestro derecho, insistimos, *sólo las personas tienen patrimonio*, con limitadas excepciones y dentro de estas no se incluye a la producción nacional. Cuando se promueve a nombre y representación, previamente debe existir un sujeto jurídico en favor de quien se promueve. En consecuencia, bajo esta errónea perspectiva, la producción nacional es esa *persona juris*.

denota "relación o pertenencia y deriva de nombres y adjetivos"¹⁶⁸. Se trata, según esto, de una pérdida relativa o perteneciente patrimonio.

Al definir el concepto *daño a la producción nacional*, el legislador presupone que ésta tiene un patrimonio. Sin embargo, esto es consecuencia de una premisa falsa. Bajo esa definición, si las importaciones objeto de *dumping* causan daño, es decir, una pérdida, menoscabo o la privación de una ganancia en el patrimonio, el titular de éste será la producción nacional, pues ella lo sufre o puede sufrirlo; luego, producción nacional es *persona jurís*. Una descripción así no es inexacta para el derecho civil. Si un sujeto 'A' origina con su actuar una pérdida o menoscabo patrimonial, necesariamente debe existir un sujeto 'B' (persona jurídica individual o jurídica colectiva) titular de ese patrimonio para que haya tal pérdida o menoscabo.

Con similar orientación, el art. 39, pfo. 1, segunda parte de la LCE establece: "*Amenaza de daño es el peligro inminente y claramente previsto de daño a la producción nacional.*". Para comprobarlo basta sustituir la palabra definida por la definición de la misma, o sea, el *definendum* por la *definentia*.

Y del segundo párrafo se pueden colegir similares consecuencias con sólo sustituir la palabra *daño*, por la definición en comento:

"En la investigación administrativa se deberá probar que el daño o la amenaza de daño a la producción nacional es consecuencia directa de importaciones en condiciones de discriminación de precios o subvenciones, en los términos de esta Ley."

El artículo 40 de la LCE arroja algunas luces sobre la naturaleza de la producción nacional; sin embargo contiene una defectuosa, por circular, definición del mismo:

"Para los efectos de esta Ley, la expresión producción nacional se entenderá en el sentido de abarcar, cuando menos, el 25 por ciento de la producción nacional de la mercancía de que se trate."

"Toda definición es una respuesta (juicio) cuyo sujeto (*definiendum*) es la materia por definir y el predicado la suma de notas conceptuales aplicables

¹⁶⁸ Nueva Enciclopedia Autodidáctica Quillet. T.I. Editorial Cumbre. México, 1979. p. 19.

(*definentia*)”¹⁶⁹. Una definición es circular o tautológica cuando recurre a lo que pretende definir en el predicado del juicio en que se expresa. Trátase de un defecto o vicio cometido al definir un concepto. Este tipo de definición viciada, conocida también como *idem por idem*, “es aquella cuyo predicado repite lo expresado por el sujeto, bien que, algunas veces en diferente giro verbal”¹⁷⁰. Por ende, una de las características de la definición es la *no circularidad*, regla que se manifiesta de dos formas: “1.- No incluir el definiendum ni algún sinónimo de él en el definiens; 2.- En el definiens no se debe incluir ninguna palabra o expresión que sólo pueda ser definida en términos del definiendum.”¹⁷¹

2.- LA PRODUCCION NACIONAL NO ES PERSONA JURIS.

Para la teoría del derecho, la calidad de *persona juris* está condicionada por las reglas de identificación vigentes dentro del propio sistema jurídico. Los juristas han reconocido en el artículo 25 del CCF el principal criterio de identificación en materia de personas morales (obviamente la producción nacional, si fuera *persona juris*, no podría ser persona física) para el derecho mexicano. Ninguna de las fracciones allí enlistadas puede dar fundamento jurídico para atribuir la calidad de persona moral a la producción nacional.

Tampoco la ley de la materia (LCE) contiene alguna disposición expresa por virtud de la cual haya de entenderse a la producción nacional como persona moral. A menudo sucede que la ley con la cual se crea una persona moral contiene alguna disposición o frase dándole ese carácter al o a los entes en ella reconocidos o creados (v.gr: “La Universidad Nacional Autónoma de México es una corporación pública -organismo descentralizado del Estado- dotado de plena capacidad jurídica ...” art. 1. Ley Orgánica de la UNAM). No es el caso de la LCE. La producción nacional no tiene personalidad jurídica; es un fenómeno esencialmente procedimental y con repercusiones en el derecho sustantivo.

Desde un punto de vista procedimental nos resistimos a llamarle litisconsorcio, porque esta denominación supone un litigio. Sin embargo, el género aplicable puede ser la *representación común*.

¹⁶⁹ Larroyo, Francisco. La Lógica de las Ciencias. 20a ed. México, 1979. p. 192.

¹⁷⁰ *Ibidem*. p. 193.

¹⁷¹ Pérez Carrillo, Agustín. *Op. cit.* p. 37.

3.- LA DISTINCION ENTRE "RAMA DE PRODUCCION NACIONAL" Y "PRODUCCION NACIONAL" EN EL AAD.

Sin precisarla el GATT emplea la noción "rama de producción existente" y "rama de producción nacional" (Artículo VI, 1) . El AAD se encarga de darle un contenido más exacto, en su artículo 4.1.:

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

A diferencia de la LCE, el AAD distingue entre "rama de la producción nacional" y "producción nacional", dando más claridad. Bajo el primer significado designa al "conjunto de los productores" de las mercancías similares; mas ni expresa ni tácitamente puede entenderse con esto un acto jurídicamente idóneo para crear una persona jurídica colectiva a partir de ese conjunto. Afirmar lo contrario implicaría reconocer personalidad jurídica a la rama de producción nacional, así como capacidad de goce y capacidad de ejercicio; sólo conclusiones falsas se obtendrían de ello. Por ejemplo, ese conjunto de productores estaría facultado, como persona jurídica colectiva, para celebrar actos jurídicos (compraventas, arrendamientos, mutuo, denunciar penalmente, etc.) o ejercitar derechos subjetivos, como el de usar, disfrutar y disponer de bienes. Solamente cuando la rama de producción nacional estuviese facultada para efectuar actos y derechos como los indicados podríamos hablar de la misma como un centro de imputación de derechos, facultades, deberes y responsabilidades jurídicas. Como es patente, el AAD no tiene por finalidad otorgar personalidad jurídica a la producción nacional. La organización que se le da al conjunto de productores no tiene más efectos fuera del propio AAD.

Cuando el AAD establece en su artículo 5.4. que la solicitud se haga "por o en nombre de la rama de la producción nacional", en nota a pié de página aclara que en algunos países los empleados de los productores nacionales o representantes de esos empleados (sindicatos) también están facultados para solicitar una investigación. En otras palabras, cuando la solicitud es presentada

directamente por los productores nacionales se entiende como una solicitud del conjunto de productores, aglutinados bajo el *nombre colectivo* "rama de la producción nacional". Y cuando la solicitud se presente "en nombre la rama de la producción nacional", será en el la hipótesis de que la hayan planteado los trabajadores de los productores nacionales o los sindicatos, representantes de esos trabajadores.

De cualquier manera, aun cuando se inicie con una representatividad del 25% de la producción nacional, para que prospere la aplicación de CC, la solicitud deberá estar apoyada por productores nacionales (estos si personas individuales o colectivas) "cuya producción conjunta representa más del 50 por ciento de la producción total del producto similar producido (sic.) por la parte de la rama de la producción nacional que manifieste su apoyo o su oposición a la solicitud". No hay diferencias posteriores entre la solicitud presentada por la rama de producción nacional y la promovida en nombre de ella. En ambos casos se requiere el 50% de la producción nacional total como mínimo para que prospere la aplicación de CC.

El mismo artículo 5.4, en su parte citada en el párrafo previo, nos muestra el significado de "producción nacional" distinto de "rama de la producción nacional". Con aquel se designa a la actividad económica conocida bajo el término "producción", puesta en relación con los resultados de la misma, de allí que se hable de "*una proporción importante de la producción nacional total de dichos productos*". El 50% aludido en el párrafo anterior es la proporción importante.

En la LCE no se distingue entre "rama de producción nacional y "producción nacional", por lo que ésta última frase hace las veces de aquella, situación que resta claridad al momento de su análisis.

F) EL CONCEPTO DE DAÑO SEGUN EL GATT Y EL AAD.

Ahora bien, como hemos expuesto, si en lugar de producción nacional hablamos de rama de la producción nacional y entendemos ésta ultima como el conjunto de productores, se estaría entonces tentado a pensar que la pérdida, menoscabo patrimonial o la privación de cualquiera ganancia lícita y normal la resienten los productores que forman ese conjunto. Esta idea sencilla es, sin dudarla, atractiva; sin embargo, los textos legales impiden una conclusión tan apresurada.

Existe una cantidad importante de situaciones insuficientemente cubiertas con una explicación tan sencilla como excesivamente simplificadora de la realidad. Esta es más compleja y no se resuelve con un simple traspaso de conceptos civiles al derecho del comercio exterior.

1.- SENTIDO ECONOMICO DE RAMA DE PRODUCCION EN EL GATT.

En la redacción del GATT, sus autores utilizaron conceptos económicos. El concepto de producción es uno de ellos. En el artículo VI del citado ordenamiento correspondiente al año de 1994 (que no es esencialmente distinto del de 1948), se reconoce "condenable" el *dumping* cuando "causa o amenaza causar un daño importante a una rama de producción existente de una parte contratante o si retrasa de manera importante la creación de una rama de producción nacional". La referencia a "una rama de producción" es económica, no jurídica. A la luz de las razones vertidas en los apartados precedentes, es evidente que 'producción' no designa a una *persona juris*; en cambio se trata de un concepto económico utilizado en el texto legal.

El concepto de daño involucra, como hemos indicado líneas arriba, la idea de una disminución, pérdida, afectación negativa respecto de algo. En derecho civil ese objeto sobre el cual recae el daño es el patrimonio de una persona (con las excepciones ya indicadas). En el GATT, el AAD, e incluso la LCE ese algo es la rama de producción nacional, o sea, un conjunto de productores del bien idéntico o similar al importado bajo *dumping*. Dichos ordenamientos internacionales enlazan a la noción "daño" la de "rama de la producción nacional" y con equívocidad, en la LCE sólo la de "producción nacional".

'Producción' tiene un significado técnico, útil para precisar la naturaleza de la producción nacional, tanto en la LCE como en el GATT y el AAD.

a) Significado de 'Producción' en el lenguaje común.

En el lenguaje común, el significado de '*producción*' guarda afinidad con el significado técnico de la misma voz en economía. En el Diccionario de la Lengua Española, la Real Academia tiene establecidos varias acepciones para esa palabra. En primer lugar designa la "acción de producir", enseguida se identifica con la "cosa producida", para luego indicar el "acto o modo de

producirse" y finalmente es la "suma de los productos del suelo o de la industria."

El Diccionario Porrúa de la Lengua Española¹⁷² agrega a los anteriores, un nuevo objeto significado por 'producción': un "conjunto de actividades y operaciones referentes al proceso económico, que convierte algo en un bien de uso o utilizable", sentido que es compatible con la definición dado por la Academia para el verbo "producir", "7. Econ. Crear cosas o servicios con valor económico."

b) Concepto de "producción" en economía.

La acepción técnica de la palabra en estudio pertenece indisputablemente al campo de las ideas económicas y no a la ciencia del derecho. El concepto económico de producción es más complejo que en el lenguaje común:

Se llama producción a la actividad que transforma determinados bienes en otros que poseen una utilidad mayor. [...] en efecto, se debe entender por producción no solamente una transformación técnica de determinados bienes en otros distintos (por ejemplo, las hilaturas en tejidos, el mineral de hierro y el carbón en acero, etc.), sino cualquier otra transformación que conduzca al resultado antedicho de obtener bienes más útiles que aquellos de los que se parte.¹⁷³

Con esta definición se incluyen actividades excluidas de la idea que corrientemente tenemos de la misma (v.gr: el transporte). Si un bien en un lugar 'A' no tiene la misma utilidad que en el lugar 'B', el transporte será una actividad productiva cuando la utilidad del bien económico del objeto 'B' es mayor que la del bien económico constituido por el objeto 'A'. Incluso la conservación de un bien que tenga una utilidad económica hoy, es una actividad productiva si el mismo bien tiene mayor utilidad mañana. "Por lo tanto, las transformaciones de bienes en otros bienes que pueden dar lugar a actividades productivas, son de tres especies: tecnológicas, espaciales y temporales."¹⁷⁴

¹⁷² Op. cit. nota 2, capítulo I

¹⁷³ Napoleoni, Claudio. *Op. cit.*. T. II. p. 1377.

¹⁷⁴ *Idem.*

La siguiente es definición de los economistas ingleses Arthur Seldon y F.G. Pennance¹⁷⁵:

producción. Cualquier actividad que sirva para satisfacer necesidades humanas. En su sentido más amplio, la producción incluye los esfuerzos de todos los servicios y ocupaciones profesionales -actores y contables, bailarines de ballet y carniceros, dentistas y barrenderos, etc. -. En el lado de la manufactura, no solo comprende el proceso de fabricación sino también a las personas empleadas en el traslado de los bienes de las fábricas y granjas, *donde carecen de utilidad*, a los hogares de los consumidores, *dónde son útiles*, es decir, las actividades de transporte, almacenamiento, venta al por mayor y venta al por menor.

Una definición más aproximada a lo que de ordinario se entiende por producción es de los autores hispanos Manuel Ahijado y Mario Aguer¹⁷⁶ en su *Diccionario de Economía y Empresa*:

producción (*production*). Consiste en la transformación de unos *inputs* o productos intermedios mediante la aplicación de ciertos *inputs primarios* y según una técnica productiva dada, obteniéndose unos *bienes finales* cualitativa y/o cuantitativamente distintos.

Para los propósitos de nuestra investigación podemos afirmar que en materia económica la producción es entendida como una *actividad* por la cual se aumenta el valor o utilidad de un bien. Esa actividad tiene el propósito de satisfacer necesidades humanas, directa (bienes para consumo final) o indirectamente (bienes de capital). Sin embargo, un concepto tan amplio no entra en el GATT y el AAD, pues en estos tratados internacionales la expresión se refiere mas bien a actividades productivas tecnológicas que temporales o espaciales.

¹⁷⁵ *Diccionario de Economía*. 4a ed. en lengua castellana. Oikos-Tausa Ediciones. Barcelona, España. 1986.(cursivas nuestras).

¹⁷⁶ Ediciones Pirámide. Madrid, España. 1996.

c) Naturaleza de "rama de producción nacional".

En la locución que titula este apartado "rama de producción" está calificado por el adjetivo 'nacional'. Entonces, el sistema antidumping de cada país sólo protege la *producción* en tanto que *nacional*. Sin embargo, realmente no hay una regla para definir lo nacional. No existe un criterio para saber cuáles productos pueden ser considerados nacionales y pareciera que los ordenamientos internacionales siguen un criterio territorialista.

La LCE y los tratados internacionales de la materia no piden a los promoventes la demostración de su nacionalidad (personas físicas o morales). Tampoco se requiere un mínimo de materia prima nacional o específica alguna cantidad en el valor de la mercancía para calificarla como nacional. Aunque no es el momento para profundizar en este asunto, es deseable una mayor precisión en el criterio para determinar lo nacional frente a lo que no lo es. Sin embargo, lo anterior nos permite formular el siguiente concepto.

La producción nacional *ha de entenderse como la actividad económica desplegada en nuestro país por una o más empresas cuya mercancía, resultado de esa actividad, es idéntica o similar a la denunciada como objeto de la práctica desleal de comercio internacional conocida por dumping*. En realidad hay empresas que producen bienes de una sola clase; sin embargo, otras diversifican su producción y crean mercancías de índole variada. *Por eso pensamos que producción nacional (en la LCE) o rama de la producción nacional (en el GATT y AAD) no designan a empresas en si, sino aquella actividad económica desplegada en el país cuyo resultado son los bienes idénticos o similares a los ya aludidos*. No se toma a todas las empresas, sino tan sólo su actividad en tanto productoras de las mercancías que compiten con las importadas bajo discriminación de precios. La actividad de cada empresa productora se suma a la de otras empresas y el resultado final es el concepto de producción nacional.

Esta idea de producción nacional no contradice a la de rama de producción nacional empleada por el AAD, entendiendo a esta como un conjunto de productores del bien idéntico o similar al supuestamente objeto de *dumping*. En el caso de empresas cuya producción es variada, no todas las mercancías que produce entran en competencia con las señaladas como importaciones objeto de discriminación de precios. Por ejemplo una empresa llantera puede producir llantas para una variedad de medios de transporte: aviones, avionetas, automóviles, tractocamiones, camiones, tractores, bicicletas,

etc. Si en un determinado momento los directivos de la empresa se percatan y tienen pruebas de que se han estado importando llantas para automóvil sedan a precios de dumping, de estimarlo conveniente, están en aptitud de solicitar el inicio de una investigación contra la práctica desleal.

Con el ejemplo anterior podemos hacer más notorio el sentido de "producción nacional" y "rama de producción nacional". No incluye a toda la empresa, aunque los indicadores económicos puedan referirse a ella, pero sólo para precisar en que medida ha sido afectada la producción de llantas para automóviles sedan. Sería poco congruente con la finalidad del sistema antidumping entrar al análisis de la afectación de la producción de llantas para tractor o bicicleta; éstas mercancía no compiten con las llantas de automóvil.

Otro ejemplo puede darse en la industria química nacional. Esta produce una variedad de sustancias químicas destinadas al mercado nacional. Una de ellas es llamada azul índigo o azul a la cuba 1 (73,000), sustancia química empleada para teñir mezcchilla. La empresa Pigmentos y Oxidos S.A. (PYOSA) solicitó ante la SECOFI una investigación antidumping respecto de las importaciones de azul a la cuba. Esa autoridad investigadora determinó imponer CC provisionales a las importaciones de azul a la cuba. Sin embargo, la empresa norteamericana Buffalo Color Corporation evitó que se le aplicaran a sus exportaciones de azul a la cuba esas cuotas, mediante la aceptación de un compromiso de precios. En 1997 la SECOFI revisó ese compromiso de precios y determinó que la empresa norteamericana lo había incumplido.

Pero durante la continuación del procedimiento de investigación los importadores, exportadores y usuarios de azul a la cuba demostraron de manera fehaciente el hecho de que PYOSA tenía varios años de no ofrecer al mercado nacional esa sustancia y no había otro productor nacional de esa sustancia. La empresa PYOSA jurídicamente existía como una sociedad mercantil (sociedad anónima), de lo contrario ¿con qué personalidad solicitaría el inicio de la investigación antidumping. Hasta la fecha de la resolución que nos esta sirviendo de ejemplo PYOSA existía pues en la misma resolución en comento SECOFI señala que le requirió mayor información, la que no quiso proporcionar. PYOSA existía en 1998; sin embargo tenía años de no producir azul a la cuba, o lo que es igual, *en el país no había ya actividad económica alguna, desplegada por una o más empresas, cuyo resultado fuera la producción de la sustancia referida.* Ante esto, en el número 25 de la resolución definitiva de la investigación antidumping, con fecha 15 de mayo de 1998, la SECOFI "concluye

que existen elementos suficientes para acreditar que la empresa Pigmentos y Oxidos S.A., en la actualidad PYOSA, S.A. de C.V., dejó de producir el colorante azul a la cuba 1 (73 000) , por lo que al no existir producción nacional que resulte afectada por las importaciones de dicha mercancía, originarias de los Estados Unidos de América, se determina eliminar la cuota compensatoria provisional impuesta...[cursivas nuestras]" y por lo tanto no se impone CC definitiva, dándose el asunto como total y definitivamente concluido. De donde se deduce que "producción nacional" tiene el significado que le hemos atribuido.

Si el AAD se refiere al conjunto de productores lo hace, creemos, por dos razones básicas, una de carácter procedimental y otra de índole sustantiva. La primera es porque los procedimientos antidumping a petición de parte deben ser incoados por personas físicas o morales titulares de empresas productoras de la mercancía idéntica o similar. Jurídicamente ellas tienen personalidad, de acuerdo con nuestro orden jurídico; pero esas personas han de aglutinarse de manera que sean representativas de la situación de la producción nacional y tengan un representante común defensor de sus intereses. No deben iniciarse procedimientos que no reúnan esa condición.

En el ámbito de lo sustantivo ya hemos mencionado que el daño es un efecto de la conducta (discriminación positiva de precios) que debe recaer sobre algo. Ese algo es la producción nacional, una actividad económica en el sentido apuntado. Sin embargo, esa actividad es desplegada por alguien, para determinar si ha sido afectada o no debe analizarse su situación, misma que se verifica en la actividad particular de cada empresa.

Puede suceder también que no todas las empresas productoras de bienes idénticos o similares tengan interés en promover el procedimiento contra prácticas desleales; sin embargo, aquellas que representan más del 50% de la producción nacional total solicitan el inicio de la investigación antidumping. Bastará que éstas demuestren el daño en el sentido aludido para que prospere la aplicación de CC. El concepto producción nacional se refiere a toda esta; pero basta que una parte representativa (el multicitado más del 50%) de la misma tenga el daño en el sentido de los textos internacionales para que pueda configurarse al daño a la producción nacional.

Ahora bien, no soslayamos el hecho de que algunas empresas nacionales produzcan un sólo bien. Citemos por ejemplo, el caso de la industria azucarera mexicana. Las empresas azucareras mexicanas (ingenios) producen principal,

pero no exclusivamente azúcar. Cuando las importaciones de mercancías idénticas o similares al azúcar se introducen a mercado mexicano con precios de *dumping*, indudablemente los indicadores económicos de las empresas nacionales serán negativamente afectados de una manera considerable, ya que esas empresas son monoproductoras. Su producción de otros endulzantes, como el piloncillo, no resienten ninguna afectación con las importaciones de jarabe de maíz de alta fructosa, pues esta mercancía no compete con el piloncillo, endulzante este último de usos muy tradicionales y consumo reducido.

Ante la diversidad de circunstancias y la dificultad de apreciar los efectos negativos sobre la producción nacional el AAD ha dejado un campo de discrecionalidad amplio a la autoridad investigadora. Sabemos que las facultades discrecionales se conceden ante situaciones que de regularse con facultades regladas podrían no ser adecuadas. En esta medida se justifican las facultades discrecionales concedidas a las autoridades antidumping de cada país, para apreciar adecuadamente el contexto específico.

2.- 'PRODUCCION NACIONAL' EN LA CPEUM.

En nuestra Ley Fundamental, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no es ajena la expresión "*producción nacional*". En efecto, su artículo 131, segundo párrafo, establece la posibilidad jurídica del Ejecutivo para restringir o prohibir la importación o exportación de mercancías con diversos propósitos, entre otros, "*a fin de regular ... la estabilidad de la producción nacional*". Y este objetivo fue plasmado en nuestra constitución en el año de 1951, cuando fue modificada la versión original de 1917¹⁷⁷ del citado artículo, incorporándose además el segundo párrafo, del que hemos extraído la cita textual.

¹⁷⁷ Como muestra del interés público inmerso en la regulación del comercio exterior, bástenos señalar, aunque sólo sea como dato histórico, que en la versión de 1917 del artículo 131 constitucional, el constituyente originario concedió como facultad privativa de la Federación la de "reglamentar en todo tiempo y aún prohibir, por motivos de seguridad o policía, la circulación en el interior de la República de toda clase de efectos cualquiera que sea su procedencia". La seguridad o policía, esta última entendida como policía administrativa es una noción fuertemente vinculada con las de orden público e interés general.

En la exposición de motivos de la iniciativa por la cual finalmente se adicionó dicho segundo párrafo, así como del dictamen de la iniciativa, emitido por las Comisiones unidas de Aranceles y Comercio Exterior y Segunda de Puntos Constitucionales, en ambos documentos puede leerse cual es el alcance de la palabra 'producción'. Sólo como ejemplo basta citar del primer documento que al referirse a las tarifas arancelarias, señala que según su nivel pueden ayudar al Estado para favorecer el desarrollo de las industrias nacionales, "lograr el florecimiento de industrias incipientes, *influir en el equilibrio de la producción*, estimular la producción agrícola en vez de la industrial o viceversa, incrementar o impedir el comercio internacional, tutelar la clase laboral, etc., etc.,". Líneas adelante, la exposición de motivos señala que mediante impuestos elevados o reducidos, o de restricciones o prohibiciones "es factible estabilizar la moneda e impedir la elevación de los precios en bien de la población mexicana y del propio país, o bien, cubrir un déficit presupuestario."

En el dictamen de la iniciativa se reconoce la finalidad extrafiscal de las tarifas, así como de las prohibiciones y restricciones a la importación y exportación, para "proteger la economía del país, regular el comercio exterior y tutelar la estabilidad de la moneda y de los precios *así como de proteger la producción nacional ...*". En base a los transcritos párrafos precedentes puede apreciarse mejor el alcance económico de producción nacional utilizado por nuestra Constitución. No es distinto del que hemos conceptualizado en los párrafos precedentes, aunque en nuestra Ley Fundamental el concepto producción nacional es muy amplio, que no ambiguo, sino más bien *genérico* y el contenido que le hemos dado en la LCE y el GATT, AAD es muy concreto, al haberlo circunscrito a la actividad por la cual se produce una mercancía nacional idéntica o similar a la que se importa en condiciones de discriminación de precios.

La razón del legislador para facultar al Ejecutivo a fin de regular el comercio exterior es la de dar estabilidad a la producción nacional, o sea, permitir esa actividad por la cual se producen bienes y servicios económicamente útiles en nuestro país. La idea anterior se robustece si se considera el contexto económico-político que sirvió de fondo a la reforma constitucional: se trataba de consolidar el modelo de sustitución de importaciones, a través del proteccionismo, que, como hemos visto en un capítulo precedente, buscó crear en cada país las condiciones necesarias para el

florecimiento de industrias nacionales propias, aptas para *producir* los bienes y servicios demandados por el país.

Por eso nos rehusamos a identificar a la producción nacional con una persona jurídica; ni siquiera cuando el AAD indica que "rama de producción nacional" es un conjunto de productores, ya que estos no constituyen una persona moral, pues como creemos haber demostrado, ese conjunto de productores se toma *en tanto que productores*, o sea en tanto desempeñan la actividad por la cual se crean mercancías que compiten con las denunciadas como objeto de *dumping*. Ciencia jurídica y ciencia económica designan cosas esencialmente diferentes con 'persona' y 'producción', respectivamente.

Por último es cierto que cuando se importan mercancías en condiciones de discriminación de precios las ventas de la mercancía nacional resienten una afectación negativa y los productores de la misma (personas individuales o colectivas) *pueden ver* disminuido su patrimonio o no obtienen la ganancia lícita y normal que les hubiera correspondido. Pero insistimos que la definición del artículo 39 es una norma y por lo tanto no es ni verdadera ni falsa, no describe una realidad. Quizá sea más adecuado juzgarla de adecuada o inadecuada, según los propósitos del legislador; o bien de aplicable o no aplicable y en ese caso, técnicamente de positiva o no positiva.

Sin embargo los indicadores económicos que el AAD y la LCE ordenan a la autoridad son más amplios e inclusive pueden no coincidir con la pérdida o menoscabo o privación de una ganancia lícita y normal. Pretender que el daño sea esto restringe en exceso su alcance y contenido legal.

Este planteamiento de la producción nacional es incompleto y por ende susceptible de objeciones. ¿Cómo saber cuándo se está dañando a la producción nacional? Cuando son varias las empresas dedicadas al bien idéntico o similar introducido a precios presuntamente de *dumping*, ¿Qué criterio seguir para considerar dañada la producción nacional? ¿Cuántos productores han de ser afectados para determinar que existe un daño a la rama de la producción nacional? ¿Basta con que un productor resienta una afectación negativa para establecer CC por estar siendo dañado?. Estas preguntas tiene varias respuestas, pues, en efecto, si en nuestro país existe solo un productor de una mercancía idéntica o similar a la importada bajo *dumping*, representa a la producción nacional total. Mas cuando son varias las empresas dedicadas a producir una misma mercancía idéntica o similar a la importada, han de ser aplicadas las reglas establecidas en la ley y el AAD.

Esas reglas toman a la producción en su aspecto cuantitativo y con ello aparece el segundo significado de producción nacional en la LCE (que si está bien distinguido en el AAD).

El artículo 4 del ordenamiento internacional aludido se encarga de definir la rama de la producción nacional en los términos ya transcritos líneas arriba. Es decir, la rama de la producción nacional es el conjunto de productores del bien idéntico o similar, o sea, la totalidad de los productores y en defecto de la totalidad, aquellos "cuya producción conjunta constituya una proporción importante de la producción nacional total de dichos productos". Ese mismo artículo da las reglas para el conflicto de intereses, es decir, cuando un productor en el país se encuentra vinculado al exportador o exportadores extranjeros, así como las normas para la separación de mercados en un mismo país.

¿Cuál es la "proporción importante" de la producción nacional total? La respuesta forma parte, a su vez, de una disposición procedimental. El artículo 5.4. dispone que no se iniciará ninguna investigación si la autoridad investigadora no ha determinado que la solicitud ha sido presentada "por la rama de producción nacional o en nombre de ella". Esto sucede cuando la solicitud está apoyada por los "productores nacionales cuya producción conjunta represente más del 50 por ciento de la producción total del producto similar producido (sic.) por la parte de la rama de producción (sic.) nacional que manifieste su apoyo o su oposición a la solicitud."¹⁷⁸

Lo anterior confirma la idea de que el conjunto de productores que integran la rama de la producción nacional no son tomados en tanto conjunto. Mas atinadamente debe decirse que son tomados en tanto *su actividad* sea representativa de la situación de la producción nacional total del bien idéntico o similar sobre los cuales el exportador extranjero comete *dumping*

3.- PRODUCCION NACIONAL E INDUSTRIA.

En un apartado anterior hicimos notar que la frase "o el obstáculo al establecimiento de nuevas industrias" es una nota discordante en la definición

¹⁷⁸ El mismo artículo citado acepta que puedan iniciarse investigaciones cuando promuevan los productores cuya actividad represente por lo menos el 25 por ciento de la producción nacional total. Pero en todo caso, para que prospere la aplicación de CC deberá reunirse el 50% referido.

jurídica del art. 39 de la LCE y la inercia civilista del legislador. La palabra industria alcanza su verdadera expresión en el ámbito de lo económico. De acuerdo a la famosa definición de Colin Clark, la industria es el sector secundario de la economía, al lado del primario (representado por la agricultura) y del terciario, (o sea, los servicios).¹⁷⁹

Industria designa "aquel grupo de empresas que producen bienes idénticos, es decir, que el consumidor considera como sustitutos perfectos aunque sean físicamente diferentes"¹⁸⁰. Sin embargo, el concepto puede ampliarse a las empresas productoras de bienes similares, aunque no sean idénticos, si los mismos entran en competencia entre sí.

Empresa es también una idea económica entendida como la "actividad o una iniciativa lanzada con el objetivo de realizar un beneficio. Habitualmente y por extensión designa la entidad comercial que realiza esa actividad y es, por consiguiente, sinónimo de <<sociedad>>, <<compañía>> y <<firma>>"¹⁸¹. En este postrer sentido, empresa es la unidad económica de producción de bienes o servicios. La empresa combina los factores de la producción para obtener bienes y servicios que vende a otras empresas, a los consumidores finales o al gobierno¹⁸². El mercado es el destino natural de las mercancías producidas por la empresa.

Reiteramos nuestra idea acerca de la limitación del concepto "producción nacional" o "rama de la producción nacional", para circunscribirlo a la actividad por la cual se crean bienes idénticos o similares a los denunciados como importaciones en condiciones de discriminación positiva de precios. Una empresa puede organizar los factores de la producción para crear una diversidad de bienes y sólo una clase de ellos podría verse afectada por el *dumping*. Es así como el daño a la producción nacional puede identificarse con un daño a la industria nacional. Con esto se pone de manifiesto la incongruencia de la definición del art. 39 al referirse al "obstáculo para el establecimiento de nuevas industrias" y de manera coetánea, sale a la luz el

¹⁷⁹ Seldon, Arthur y F. G. Pennance. *Op. cit.*

¹⁸⁰ *Idem.* En el mismo sentido Manuel Ahijado y Mario Aguer. "industria (*industry*). Conjunto de empresas que producen un bien homogéneo. La existencia de heterogeneidad del producto provoca la supresión del concepto de industria". *Op. cit.* p. 328.

¹⁸¹ Glosario de Economía, Industrial y Derecho de la Competencia. *Op. cit.* p. 43-44.

¹⁸² *Ibidem.* Voz "empresa".

derrotero que debe seguirse para una mejor conceptualización del daño en la LCE y los acuerdos internacionales de la materia.

Consideramos que el AAD usa "rama de producción nacional" en lugar de industria, porque, como ya dijimos, hay empresas o conjuntos de ellas que producen más de un bien. Además, reiteramos que los efectos del *dumping* pueden incidir en la totalidad o en parte importante de la rama de producción nacional, cuando las empresas incluidas en ella son monoproductoras o bien, la mercancía en competencia con la importada bajo *dumping* es su principal producto. El daño se diluye en una empresa de producción diversificada.

De hecho, en los textos sobre la materia, los expertos usan indistintamente las expresiones "industria nacional" como "producción nacional", que en nuestra LCE hace las veces de "rama de producción nacional", según lo hemos visto.

G) EL DAÑO A LA PRODUCCION NACIONAL. CONCEPTO Y OTRAS OPINIONES SOBRE EL MISMO EN COMPETENCIA DESLEAL.

De todos los ámbitos a que hemos hecho referencia, podemos concluir que todo daño implica detrimento, menoscabo o disminución en la apreciación, composición, valor, uso, situación o función de la cosa o persona que resienten la acción o hecho dañoso. Sin embargo, a esta idea, cada rama del derecho enlaza o debe enlazar el específico concepto que le corresponde regular o proteger. Así, el derecho civil, al proteger el patrimonio vincula este concepto con aquella idea básica y general representada por daño: la disminución, pérdida, deterioro, etc.

En el caso del derecho del comercio exterior e internacional, consideramos que el objeto en torno al cual gira la protección de las normas antidumping es la producción nacional, en los términos expuestos en los párrafos anteriores.

En esas condiciones proponemos el siguiente concepto, que no definición: el daño a la producción nacional es una afectación negativa en los indicadores económicos de la industria nacional productora del bien idéntico o similar al introducido al territorio nacional en condiciones de discriminación de precios como efecto de ésta. Dicha afectación repercute en su situación, de manera que puede apreciarse un deterioro, menoscabo, detrimento, etc., en la misma, a través de sus indicadores económicos. Y aún cuando no haya un deterioro de los indicadores citados, debe aceptarse también la hipótesis de un desempeño

inferior de la industria nacional al que tendría en el caso de no presentarse la discriminación de precios.

A continuación pasamos a exponer algunas consideraciones en torno a los tres indicadores establecidos para la determinación del daño. Las normas en donde se establecen los criterios para la evaluación del daño en las legislaciones antidumping y los ordenamientos internacionales como el AAD, han sido criticadas pues "distan mucho de lo que desde el punto de vista económico debería entenderse por procedimientos rigurosos y analíticamente sustentados para realizar una prueba de daño."¹⁸³

El artículo 3.1 del AAD impone a la autoridad nacional antidumping el deber de precisar la existencia de daño en base a "pruebas positivas (sic.) y comprenderá un examen objetivo: a) Del volumen de las importaciones objeto de *dumping* y el efecto de estas en los precios de productos similares en el mercado interno y b) de la consiguiente repercusión de esas importaciones sobre los productores nacionales de tales productos. La LCE escinde en dos el primer inciso, pero ello no afecta el fondo.

1.- El volumen de las importaciones objeto de *dumping*.

La relevancia de este factor se explica así. La autoridad nacional investigadora debe considerar si ha habido un aumento considerable en las importaciones objeto de *dumping* en términos absolutos o en relación con la producción o el consumo del país (art. 3.2). Este primer factor da pie a pensar en el daño como un *desplazamiento del mercado nacional*. Cuando aumentan las importaciones de un bien cuyo precio es inferior al valor al cual es vendido en su mercado de origen, sea a precios depredatorios o no, es lógico que aumente la demanda de los mismos en el mercado de importación y disminuya la de los productos idénticos o similares a los producidos en México.

De la redacción del artículo citado se desprende que la autoridad puede evaluar ese incremento de las importaciones en términos absolutos, o bien, en

¹⁸³ Reyes de la Torre, Luz Elena. "Metodología para evaluar el impacto de las importaciones en condiciones de *dumping* sobre la industria nacional: La experiencia mexicana" en *Prácticas desleales de Comercio internacional (antidumping)*. Op. cit. p. 385

relación con la producción o respecto del consumo interno del país importador. Nuevamente encontramos discrecionalidad en favor de la autoridad administrativa.

Es importante considerar el volumen de las importaciones, para que la autoridad se cerciore de no estar investigando volúmenes de importaciones insignificantes. "Normalmente se considerará insignificante el volumen de las importaciones objeto de *dumping* cuando se establezca que las procedentes de un determinado país representan menos del 3 por ciento de las importaciones del producto similar en el miembro importador, salvo que los países que individualmente representan menos del 3 por ciento de las importaciones del producto similar en el miembro importador representen en conjunto más del 7 por ciento de esas importaciones" (art. 5.8 AAD).

2.- El efecto de las importaciones objeto de *dumping* sobre los precios internos.

Un efecto natural del aumento de las importaciones de un producto es la disminución de los precios del mismo, en un país con economía de mercado. La ley de la oferta y la demanda enseña que a mayor cantidad de un bien, su precio tiende a bajar; en el caso contrario, cuando un bien es escaso, su precio aumenta. Si el volumen de las importaciones es considerable, aun cuando no haya *dumping*, los precios internos de las mercancías idénticas o similares disminuirán. Esto es un efecto natural de todo proceso competitivo; sin embargo, el AAD se refiere a una serie de situaciones a considerar. "Si ha habido una significativa subvaloración de precios de las importaciones objeto de *dumping* en comparación con el precio de un producto similar del miembro importador". En otras palabras, si el precio de la mercancía importada es inferior al precio de la mercancía nacional, siendo la causa de ello el *dumping*, resulta más claro que puede vincularse al mismo el daño a la producción nacional.

También puede suceder algo diverso de lo descrito en las líneas previas. El producto importado a nuestro país, aun a pesar de la discriminación de precios puede tener un precio más elevado que su similar mexicano. Esta hipótesis es difícil de encontrar en la realidad, ya que generalmente no se exporta a países en donde los precios internos son inferiores a los del mercado del exportador. Sin embargo, éste, para colocar mejor su mercancía, puede discriminar los

precios para hacer competitivo su producto, y sin embargo tener un precio superior al del producto local. Será poco verosímil pensar que pueda haber un daño a la producción nacional cuando el producto importado tiene un precio superior al de la mercancía local.

3.- Efecto sobre los productores nacionales.

Este factor sin duda es lo más próximo al daño en el sentido por nosotros expuesto. El artículo 3.4 del AAD contempla: “El examen de la repercusión de las importaciones objeto de *dumping* sobre la rama de producción nacional de que se trate incluirá una evaluación de *todos los factores e índices económicos pertinentes que influyan en el estado de esa rama de producción*, incluidos la disminución real y potencial de las ventas, los beneficios, el volumen de la producción, la participación en el mercado, la productividad, el rendimiento de las inversiones o la utilización de la capacidad; los factores que afecten a los precios internos; la magnitud del margen de *dumping*; los efectos negativos reales o potenciales en el flujo de caja (“cash flow”), las existencias, el empleo, los salarios, el crecimiento, la capacidad de reunir el capital o la inversión. Esta enumeración no es exhaustiva, y ninguno de estos factores aisladamente ni varios de ellos juntos bastarán necesariamente para obtener una orientación decisiva.”

En primer lugar hemos destacado en cursivas la parte de esta disposición relevante para sustentar nuestro concepto de daño. La autoridad investigadora antidumping debe estudiar la situación de la producción nacional. Para usar las palabras de nuestra Ley Fundamental al referirse al informe presidencial: se trata de averiguar “el estado general que guarda” la rama de la producción nacional y no sólo los solicitantes.

El artículo 63 del RLCE complementa las anteriores ideas en lo referente a la evaluación del daño a la producción nacional. Para la determinación de la existencia de daño, “la Secretaría deberá evaluar el impacto de las importaciones investigadas sobre la producción nacional total, o sobre aquellos productores nacionales cuya producción conjunta constituya la parte principal de la producción nacional de la mercancía de que se trate.”

La autoridad nacional antidumping debe estudiar la situación de la rama de producción nacional en su totalidad y cuando ello no sea posible por alguna razón (v. gr: que algunas empresas nacionales se nieguen a proporcionar

información delicada para ellas), una parte importante de la misma, en el sentido que le hemos conferido líneas arriba.

El mismo artículo 63 prescribe que si los solicitantes no representan al total de la producción nacional, deberán presentar a la Secretaría de Economía, en los formularios por ésta determinados, la información de la producción nacional total siempre y cuando las cifras requeridas se encuentren razonablemente a disposición de los solicitantes. En todo caso, siempre deberán presentar en la solicitud una estimación confiable, y la metodología correspondiente, de las cifras relativas a la producción nacional total considerada.

El tercer párrafo del artículo 63 RLCE confirma la idea anterior en los siguientes términos: la SE (antes SECOFI) "deberá asegurarse de que la determinación de daño correspondiente sea representativa de la situación de la producción nacional total. Para tal efecto, la Secretaría deberá allegarse de la información necesaria de los productores nacionales no solicitantes y éstos últimos deberán presentar a la Secretaría la información que se les requiere".

Esta prescripción es plenamente adecuada con la fracción III del artículo 41 LCE, la cual, en términos similares a los empleados por los acuerdos internacionales, dispone que la SE determinará el daño causado a la producción nacional por las importaciones objeto de *dumping*, tomando en cuenta: "III. El efecto causado o que pueda causarse sobre los productores nacionales de mercancías idénticas o similares a las importadas, considerando todos los factores e índices económicos pertinentes que influyan en la condición del sector correspondiente ..." y enseguida enlista los factores e índices señalados arriba cuando transcribimos textualmente el artículo 3.4 del AAD.

Para demostrar nuestra afirmación acerca del daño como una afectación negativa o deterioro en la situación de la producción nacional basta citar el tercer párrafo del artículo 63 del RLCE, resumido por nosotros como el *examen de la situación de la producción nacional*: "La Secretaría deberá evaluar los factores económicos descritos en el artículo anterior dentro del contexto del ciclo económico y las condiciones de competencia específicas a la industria afectada. Para tal fin, los solicitantes aportarán la información de los factores e indicadores relevantes y característicos de la industria considerando por lo menos tres años previos a la presentación de la solicitud, incluyendo el periodo investigado, salvo que la empresa de que se trate se haya constituido en un lapso menor. Asimismo, los productores nacionales solicitantes o las organizaciones que lo representen aportarán estudios económicos, monografías, literatura técnica y estadísticas nacionales e

internacionales sobre el comportamiento del mercado en cuestión o cualquier otra documentación que permita identificar los ciclos económicos y las condiciones de competencia específica a la industria afectada."

1.- DETERMINACION DE DAÑO COMO FACULTAD DISCRECIONAL.

Aunque la LCE no lo prevé, el AAD concede a la autoridad investigadora una amplia facultad para determinar el daño. En efecto, el artículo 3.2, al referirse al efecto de las importaciones objeto de *dumping* sobre los precios internos y señalar los conceptos sujetos a la revisión de la autoridad investigadora, señala que "*Ninguno de estos factores aisladamente ni varios de ellos juntos bastarán necesariamente para obtener una orientación decisiva*".

Tratándose de los efectos de las importaciones a precio *dumping* sobre la rama de producción nacional, el examen respectivo incluye la serie de índices económicos antes descritos (la disminución apreciada y potencial del volumen de producción, las ventas, la participación en el mercado, etc) Esta serie contemplada en el artículo 3.4 del AAD termina con una frase similar a la citada en el párrafo anterior: "*Esta enumeración no es exhaustiva, y ninguno de estos factores aisladamente ni varios de ellos juntos bastarán necesariamente para obtener una orientación decisiva.*"

En la resolución en la cual se determina el daño a la producción nacional, la autoridad puede invocar otros indicadores económicos que influyan en la situación de la rama de producción nacional respectiva, como pueden ser el efecto de otras importaciones que no sean objeto de *dumping*, los cambios en la estructura de la demanda, etc.

La facultad concedida a la autoridad investigadora es *discrecional técnica*, entendiendo por tal, la facultad concedida para apreciar determinados datos técnicos, ya sea de la realidad o del conocimiento científico al emitir el acto de autoridad.¹⁸⁴ Inclusive, puede motivar su determinación del daño en otros factores e indicadores no contemplados en los ordenamientos legales de la materia, al amparo de la fracción IV del artículo 41 de la LCE, siempre que sean idóneos para reflejar el estado de la producción nacional y la posible repercusión negativa del *dumping* sobre la misma. En esta caso la autoridad deberá justificar en su resolución el estudio del indicador respectivo.

¹⁸⁴ Acosta Romero, Miguel. *Op. cit.* p. 513.

La facultad discrecional se confiere al órgano de la administración, buscando más flexibilidad en la ley para adaptarla a situaciones imprevistas. La facultad discrecional supone el respeto al principio de legalidad y no una excepción al mismo. En efecto, la norma debe conceder al órgano esa posibilidad jurídica de apreciar técnicamente los elementos que concurren en un caso determinado o bien, con el objetivo de hacer más equitativa la aplicación de la ley.

En el caso del daño a la producción nacional esto sucede, como lo hemos demostrado. La SE, a través de su UPCI tiene una facultad discrecional para apreciar técnicamente los indicadores económicos de la producción nacional. Ante la dificultad real de precisar el daño, los ordenamientos internacionales conceden discrecionalidad en favor de las autoridades nacionales antidumping.

También existe discrecionalidad de la autoridad para imponer o no CC. En el AAD está reconocida la posibilidad legal de la autoridad bajo el artículo 9.1, aun cuando se hayan cumplido todos los requisitos para su establecimiento. Este mismo artículo reconoce lo que se ha denominado la *regla del menor derecho* antidumping como sigue: "La decisión de fijar la cuantía del derecho antidumping en un nivel igual o inferior a la totalidad del margen de *dumping*, habrán de adoptarlas las autoridades del Miembro importador. Es deseable que el establecimiento del derecho sea facultativo en el territorio de todos los Miembros y que el derecho sea inferior al margen si ese derecho inferior basta para eliminar el daño a la rama de producción nacional."

Una primera observación nos merece la última parte de esta disposición. En efecto, si el daño según nuestra ley fuera la pérdida o menoscabo patrimonial de la producción nacional no es posible pensar que con un derecho menor al margen de *dumping* se elimina esa pérdida o menoscabo en el patrimonio, si, como hemos dicho, las CC en nuestro derecho son prestaciones en favor del estado y no están enfocadas a una presunta reparación del daño.

La regla del menor derecho antidumping es justificable en atención a lo siguiente. Muchas investigaciones contra la práctica desleal de nuestro interés están dirigidas contra insumos importados por otras empresas nacionales, quienes las utilizan para sus procesos productivos. Al imponer un derecho antidumping elevado sobre esos productos, su adquisición se vuelve más onerosa e incidirá negativamente sobre los costos de las empresas usuarias de los mismos, restándoles competitividad si dichas empresas exportan; o bien cuando no lo hagan, pero el efecto será encarecer los productos finales en el mercado

nacional. Se demuestra con esto el uso de las CC como instrumentos de política comercial del Estado, la cual únicamente toca conducir a los órganos competentes de la administración pública.

2.- OTRAS DEFINICIONES DE DAÑO EN MATERIA DE COMERCIO EXTERIOR E INTERNACIONAL.

a) En el Acuerdo sobre Salvaguardias (AS).

Las medidas de salvaguardia son aplicables cuando las importaciones de una mercancía dañan gravemente o amenazan dañar gravemente a una rama de la producción nacional cuyos productos son idénticos, similares o directamente competidoras con las mercancías de importación.

No existe en las salvaguardias el requisito del *dumping* o las subvenciones. Tampoco se presenta el de la deslealtad comercial. Pero está previsto, en cambio el del daño calificado como "grave" o la "amenaza de daño grave" a la producción nacional.

A diferencia del AAD, el AS contiene una definición legal de "daño grave" en su artículo 4 "Determinación de la existencia de daño grave o de amenaza de daño grave", "1. A los efectos del presente Acuerdo: a) se entenderá por 'daño grave' un menoscabo general significativo de la *situación* de una rama de producción nacional"

Con esta definición legal se confirma el concepto del daño como una afectación a la situación de la rama de producción nacional, e inclusive un desempeño inferior al normal en la hipótesis de no presentarse la discriminación de precios.

La definición de "daño grave" corresponde a los propósitos del sistema sobre salvaguardias. Debe notarse la diferencia con la definición del artículo 39 de la LCE, aplicable también en materia de salvaguardias, pues no se pueden identificar ambos conceptos, el del art. 39 LCE y el del art. 4,1,a) del AS transcrito. Debe preferirse a la definición del AS sobre la LCE, con las reservas del caso.

b) Según la UPCI.

En un folleto emitido por la Unidad de Practicas Comerciales Internacionales de la entonces SECOFI, se abordaba el asunto del "dumping", en su parte referente al "daño, amenaza de daño y causalidad" El siguiente párrafo textualmente transcrito, se indica:

¿Que se entiende por daño y amenaza de daño?

Daño es el deterioro importante que sufre una *industria nacional* por efecto del dumping o de las subvenciones. Amenaza de daño es la probabilidad real de que se produzca daño a la producción nacional. También se considera que el dumping o las subvenciones dañan a la producción nacional si se obstaculiza el establecimiento de una industria

La anterior definición se aleja de la contenida en el artículo 39 de la LCE. A la vez, confirma nuestra idea del deterioro en la producción nacional. ¿Cómo se aprecia ese deterioro? Con el análisis económico-contable de los indicadores económicos de la industria nacional, que refleje su situación, su desempeño bajo condiciones de *dumping*.

3.- COMPETENCIA DESLEAL Y DAÑO.

a) La opinión del Dr. Ruperto Patiño Manffer.

En su cátedra y conferencias de la materia, así como en programas radiofónicos¹⁸⁵, el Dr. Patiño Manffer ha expuesto sus ideas acerca del daño a la producción nacional. Para él, este concepto debe entenderse como un daño en el mercado, es decir, el desplazamiento del mercado nacional sufrido por los productores. El abaratamiento artificial de las mercancías extranjeras idénticas o similares a las de producción nacional implica una mayor demanda de los bienes extranjeros. Esa es, según el mismo académico, un aproximación al concepto daño, aunque no soslaya la complejidad del concepto y su origen económico

El daño implica entonces, una pérdida de terreno en el mercado interno en detrimento de los productores nacionales. Nosotros compartimos esta opinión al principio del presente estudio; de hecho fue nuestra hipótesis de trabajo. En

¹⁸⁵ "Monitor de la mañana". (Radioprograma) Radiodifusora XHRED Red FM (88.1 FM) México, D.F. 5 de junio del año 2000, 6:00 a 10:00 hrs.

puridad, si se trata de practicas de competencia desleal¹⁸⁶, esa sería una buena descripción del daño. Sin embargo -y como lo reconoce el propio Dr. Patiño Manffer,- los textos legales nacionales e internacionales dan forma a una noción más complicada del daño. La pérdida de mercado no es más que una parte del daño; es tan sólo uno de los indicadores de la situación de la rama de la producción nacional. El AAD se refieren a la "participación en el mercado" (art. 3.4) e implícitamente, al referirse al volumen de las importaciones en relación con la producción o el consumo interno del país importador (arts. 3.1 y 3.2), el desplazamiento del mercado esta contemplado.

Como hemos visto, la autoridad investigadora puede fundamentar y motivar su resolución en otros factores y la misma normatividad al respecto tiene implícita la hipótesis de que este índice no se presente, al indicar que ni uno de ellos aisladamente ni varios de ellos juntos bastarán para obtener una orientación decisiva.

De cualquier modo, consideramos al desplazamiento del mercado como la idea central a seguir por la autoridad investigadora para precisar el daño a la producción nacional. Este criterio, pensamos, confiere mayor precisión en la determinación de la existencia de daño. De hecho, si las mercancías extranjeras ingresan a nuestro país a un precio más bajo que el de su propio mercado el lógico que la cantidad demandada de las mismas sea mayor respecto a los productos nacionales.

Debe tenerse muy en cuenta, sin embargo, que aun cuando no haya *dumping* (o subvenciones) de mercancías extranjeras introducidas a nuestro país, si las mismas tienen un precio igual o más bajo al del producto nacional, el desplazamiento del mercado será un efecto normal en todo proceso competitivo. Pero lo mismo sucede con el concepto de daño por nosotros expuesto en apartados anteriores. Si no hay discriminación de precios respecto de mercancías introducidas a nuestro país procedentes del extranjero y su precio es igual o inferior al del producto nacional, la industria o rama de producción respectiva sufrirá una afectación en sus indicadores económicos. De allí la importancia de

¹⁸⁶ Es sintomático que en la página web de la OMC referente a las medidas antidumping se desentienda de la competencia desleal. Dice el texto mencionado " Si una empresa exporta un producto a un precio inferior al que aplica normalmente en el mercado de su propio país, se dice que hace "dumping". ¿Se trata de una competencia desleal? El Acuerdo de la OMC no emite ningún juicio. Se centra en la manera en que los gobiernos pueden o no reaccionar ante el dumping; establece disciplinas para las medidas antidumping y a menudo se lo denomina 'Acuerdo Antidumping'". http://www.wto.org/spanish/tratop_s/adp_s/adp_s.htm.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La práctica comercial internacional "*dumping*" puede ser estudiada como una especie de la competencia desleal. No debe soslayarse, sin embargo, que el problema del *dumping* y los efectos del mismo rebasan los límites de lo jurídico y toman parte del campo de la ciencia económica. La doctrina de la competencia desleal es el enfoque jurídico de un problema en cuyo tratamiento jurídico-normativo intervienen de modo ineluctable aspectos económicos. Es honesto, por tanto, reconocer las limitaciones del saber jurídico.

SEGUNDA.- El reconocimiento de la existencia del *dumping* y la preocupación por sus efectos perniciosos indujeron la creación de los primeros cuerpos normativos para reprimirlo. Sin embargo, en su origen, tales ordenamientos de carácter nacional motivaron la arbitrariedad. En el ámbito internacional, la preocupación por los efectos de las legislaciones *antidumping* sobre el comercio internacional, ha permitido la evolución de estos ordenamientos, de lo que se percibe un avance dirigido a perfeccionar las técnicas para determinar la discriminación de precios de una manera objetiva, así como para refinar las técnicas de evaluación y determinación el daño mas allá de los criterios discrecionales.

TERCERA.- Si bien, en un principio la legítima preocupación por el *dumping* y sus efectos tenía en cuenta al *dumping* depredatorio o rapaz, la definición de *dumping* contenida en los ordenamientos nacionales e internacionales hizo aplicable a estos contra cualquier tipo de *dumping*, por mínimo que fuera su margen. Esta situación sólo ha sido remediada en fecha muy reciente, con la suscripción del Acuerdo Antidumping en el seno de la OMC y el establecimiento del margen *de minimis* para la discriminación de precios.

CUARTA.- En el plano internacional, la existencia de normas para combatir el *dumping* es un reconocimiento de la corriente que legitima el derecho de los estados para aplicar medidas contra esa práctica desleal, frente a las opiniones que rechazan la conveniencia de las mismas. No obstante la salvaguarda de ese derecho de los estados, el libre comercio ha exigido, en contraparte, limitar la actuación de las autoridades investigadoras nacionales para que sólo apliquen medidas *antidumping* (llámense derechos *antidumping* o cuotas compensatorias en nuestro país) en tanto haya realmente un *dumping* causante de daño a la producción nacional. Este objetivo, por mucho tiempo perseguido y difícilmente alcanzado, tiene su principal dificultad en la determinación del daño, pues las técnicas económicas existentes para fijarlo conllevan un margen discrecional lo suficientemente amplio para la arbitrariedad.

QUINTA.- El daño es un concepto que alcanza su mejor expresión en el terreno de las ideas económicas. De hecho, es el análisis económico-contable de los diversos indicadores de la rama de la producción nacional, lo que permite el cercioramiento acerca de si la misma está siendo afectada negativamente por el *dumping*, o sea, si esta siendo dañada en los términos del Acuerdo Antidumping. El complemento de esta idea, o sea "producción nacional" o "rama de la producción nacional" imprime mayor solidez a la afirmación anterior. En consecuencia, el daño a la producción nacional o a la rama de producción nacional es un término compuesto que expresa una idea cabal, propia y distinta del daño según lo define nuestro derecho civil.

SEXTA.- La cuota compensatoria no es una sanción encaminada a privar de un derecho al importador de bienes objeto de *dumping*. La caracterización de la cuota como una sanción, aunada a la concepción del daño como una pérdida o menoscabo patrimonial, son ideas incongruentes con la regulación internacional y objetivos del GATT y el Acuerdo Antidumping. En nuestro derecho fiscal, la cuota compensatoria comparte la naturaleza de los aprovechamientos.

SEPTIMA.- Existe una serie de condiciones (especiales de la rama de la producción nacional y generales de la economía) a las cuales también puede imputárseles algún grado de afectación negativa sobre los indicadores económicos de la rama de la producción nacional. La dificultad estriba en valorar atinadamente en que proporción el daño es atribuible al *dumping* y en

que medida a las demás condiciones económicas que inciden sobre los indicadores económicos de la producción nacional. La dificultad antes mencionada ha dado lugar a la aplicación de las cuotas compensatorias como instrumentos de la política comercial del país que las pone en vigor, para regular su comercio exterior, y en tal sentido se habla de un neoproteccionismo.

OCTAVA.- Debido a la compleja naturaleza del daño, hubiera sido más apropiado de parte del poder legislativo federal, abstenerse de definirlo como lo hizo en el artículo 39 LCE. Es una realidad que la autoridad investigadora define ostensivamente el daño en sus resoluciones de acuerdo a las circunstancias del caso concreto, sin atender a la definición del citado artículo. Entonces correspondería a la doctrina (jurídica y económica) intervenir en la construcción de este importantísimo concepto. De cualquier manera, la determinación de la existencia del daño es una facultad discrecional conferida a la autoridad administrativa competente, a causa de la complejidad que representa delimitarlo en cada caso concreto.

NOVENA.- El daño a la producción nacional, de acuerdo con nuestro derecho, puede entenderse como una afectación negativa en los indicadores económicos de la producción nacional. Puede interpretarse también como un deterioro en su situación, misma que esta constituida por una serie de conceptos económico-contables (productividad, flujo de caja, rentabilidad, ventas, etc.) a causa del *dumping* y sólo será daño el que tenga como causa esta práctica desleal. Es conveniente no llamar daño a la afectación negativa sobre los indicadores de la producción nacional cuando tiene una causa distinta de las importaciones objeto de la discriminación de precios.

DECIMA.- El enfoque de la competencia desleal de nuestro derecho mercantil no alcanza a explicar cabalmente la naturaleza del daño a la rama de producción nacional, pues este, reiteramos, es un concepto que ha de construirse sobre la base de nociones económicas. De allí que el desplazamiento del mercado o disminución de la clientela sea una explicación que aun siendo incompleta frente al fenómeno del daño a la producción nacional, no deja de ser suficientemente ilustrativa del fenómeno competencial implicado por el *dumping*.

.....

BIBLIOGRAFIA

.....

BIBLIOGRAFIA

A) OBRAS CONSULTADAS.

- 1.-ACOSTA ROMERO, Miguel. *Compendio de Derecho Administrativo (Parte general)*. 1a ed. Porrúa, México, 1996.
- 2.-AHIJADO, Manuel y Mario AGUER. *Diccionario de Economía y Empresa*. Ediciones Pirámide. Madrid, España. 1996.
- 3.-ALVAREZ AVENDAÑO, Juan Antonio y Claudio LIZANA ANGUITA. *Dumping y Competencia Desleal Internacional*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 1995.
- 4.-AZUARA PEREZ, Leandro. *Sociología*. 13a ed. Porrúa. México, 1994.
- 5.-BARRERA GRAF, Jorge. *Instituciones de Derecho Mercantil. Generalidades. Derecho de la Empresa. Sociedades*. 1a ed. Porrúa, México, 1989.
- 6.-BOLTVINIK, Julio y Enrique HERNANDEZ LAOS. "Origen de la crisis industrial: El agotamiento del modelo de sustitución de importaciones. Un análisis preliminar" en *Desarrollo y Crisis de la Economía Mexicana (Ensayos de interpretación histórica)* Selección de Rolando Cordera. Serie lecturas. No. 39. 1a ed. México, 1981.
- 7.-BORGA, Ernesto Eduardo. "Daño", *Enciclopedia Jurídica Omeba*. t. V (Cost- Dere). Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, Argentina. 1954.
- 8.-BUNSTER, Álvaro. Voz "daño en propiedad ajena" en *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo D-O. 10ª ed. México, 1997.
- 9.-CICERON, Marco Tulio. "Los Oficios". (Trad. de Manuel de Valbuena) en *Tratados Morales, Cicerón y Séneca, (Col. Los Clásicos)* 13a ed. Grolier Internacional- Editorial Cumbre. México, 1979.
- 10.-CORDERA, Rolando y Carlos TELLO. *México: La disputa por la nación (Perspectivas y opciones de desarrollo)*. 8a ed. Siglo Veintiuno Editores. México, 1989.
- 11.-DIEZ, Ma. Dolores y Sergio QUESADA. "Demanda y oferta de mercado", *Introducción a la Economía*. 1a ed. Ediciones Pirámide. Madrid, España. 1997.

- 12.-FINGER, J. Michael. "Antidumping: How Works it, and Who Gets Hurt", The University of Michigan Press. U.S.A. 1997.
- 13.-GACHARNA, Ma. Consuelo. *La competencia desleal. s/e*. Editorial Temis Librería. Bogotá, Colombia, 1982.
- 14.-GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. 42a ed. Porrúa, México, 1991.
- 15.-HERNANDEZ-VELA SALGADO, Edmundo. *Diccionario de Política Internacional*. 4a ed. Porrúa. México, 1996.
- 16.-HERRERIAS TELLEIRA, Armando. *Fundamentos para la Historia del Pensamiento Económico*. 4a ed. Editorial Limusa-Noriega Editores. México, 1997.
- 17.-KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. 2a ed. (Trad. de Eduardo García Máynez). 4a reimp. UNAM, México, 1988.
18. ———. *Teoría pura del Derecho*. 10 ed. (Trad. de Roberto J. Vernengo). Porrúa, México, 1998.
- 19.-LARROYO, Francisco. *La lógica de las ciencias*. 20a ed. Porrúa, México, 1979.
- 20.-MALPICA DE LAMADRID, Luis. *El sistema mexicano de defensa contra prácticas desleales de comercio internacional*. 2a ed. Porrúa, México, 1999.
- 21.-MANTILLA MOLINA, Roberto. *Derecho Mercantil*. 28a ed. Porrúa. México, 1992.
- 22.-MARGADANT S., Guillermo F. *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*. 14a ed. Esfinge. México, 1997
- 23.-MARTINEZ ALFARO, Joaquín. *Teoría de las obligaciones*. 5a ed. Porrúa, México, 1998.
- 24.-MARTINEZ MORALES, Rafael I. *Derecho Administrativo 3er y 4o cursos*. 3a ed. Oxford University Press.(Col. Textos Jurídicos Universitarios). México, 2000.
- 25.-MARTINEZ VERA, Rogelio. *Legislación del Comercio Exterior*. Mc. Graw Hill. México, 1998.*
- 26.-MASSEI, Umberto. *Comercio Internacional. Dumping y subsidios en la OMC*. <http://www.nortropic.com/gerencia/g315/um.htm>
- 27.-NAPOLEONI, Claudio. Voz "Política del comercio internacional" en *Diccionario de Economía Política*. T. I. (Traducción del italiano por José Blasco Martín et. al). Editorial Alfredo Ortells. Barcelona, España. (Primera edición en italiano) 1956.
- 28.-OSORIO ARCILA, Cristóbal. *Diccionario de Comercio Internacional*. s/e. Grupo Editorial Iberoamérica. México, 1995.
- 29.-OVALLE FAVELA, José. *Teoría General del Proceso*. 4a ed. Oxford University Press-Harla México.(Col. Textos Jurídicos Universitarios). México, 1998.
- 30.-PATIÑO MANFFER, Ruperto. *La naturaleza de las investigaciones antidumping, el juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación y revisión por los Paneles Binacionales*. SECOFI. (Col. Documentos de trabajo).México, 1999.
- 31.-PEREZ CARRILLO, Agustín. *Introducción al estudio del Derecho. La Definición en la Ciencia Jurídica y en el Derecho*. s/e. Editorial Joaquín Porrúa.(Col. Textos universitarios. México, 1982.

- 32.-PLANIOL, Marcel. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. T. III. De los bienes. Cárdenas Editor y Distribuidor.
- 33.-PLATON. *Diálogos*. 21a ed. Porrúa, México, 1989.
- 34.-PUIG PEÑA, Federico. "Daños y Perjuicios". *Nueva Enciclopedia Jurídica*. t. V (Crimi-Dep). Editorial Francisco Seix. Barcelona, España, 1985.
- 35.-REYES DE LA TORRE, Luz Elena. "Metodología para evaluar el impacto de las importaciones en condiciones de dumping sobre la industria nacional: la experiencia mexicana". en *Prácticas Desleales de Comercio Internacional (Antidumping)*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México, 1994.
- 36.-RODRIGUEZ LOBATO, Raúl. *Derecho Fiscal*. 2a ed. Editorial Harla. México, 1995.
- 37.-ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil. Introducción, personas y familia* t. I. . 26 ed. Porrúa, México, 1995.
38. ———, *Derecho Civil Mexicano. Obligaciones*. t. V, vol. II. 5a ed. Porrúa, México, 1985.
39. ———, ———. t. III. Bienes, derechos reales y posesión. 7a ed. Porrúa. México, 1991.
- 40.-SANCHEZ MEDAL, Ramón. *De los Contratos Civiles*. 17 ed. México, 1999.
- 41.-SEADE, Jesús. "Prácticas desleales en el GATT de hoy y mañana", en *Prácticas Desleales de Comercio Internacional (Antidumping)*. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. México, 1994.
- 42.-SELDON, Arthur Y F.G. PENNANCE. *Diccionario de Economía*. 4a ed.(en español). Oikos-Tausa Ediciones. Barcelona, España. 1986.
- 43.-SEPULVEDA, César. *El Sistema Mexicano de Propiedad Industrial. Un estudio sobre patentes, los certificados de invención, las marcas, los avisos, los nombres comerciales y la competencia desleal*. 2a ed. Porrúa. México, 1987.
- 44.-SMITH, Adam. *Investigaciones sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones*. Fondo de Cultura Económica (Serie Economía). Edición de Edwin Cannan. 6a reimp. México, 1990.
- 45.-SOLIS, Leopoldo. *Medio Siglo en la Vida Económica de México: 1943-1993*. 1a ed. El Colegio Nacional. México, 1994.
- 46.-TAMAMES, Ramón. *Estructura Económica Internacional*. 15a ed. Alianza Editorial. Madrid, España, 1991.
- 47.-TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. *Elementos para una teoría general del Derecho. Introducción al estudio de la ciencia jurídica*. 2a ed. Editorial Témis. México, 1992.
- 48.-TORRES GAYTÁN, Ricardo. *Teoría del Comercio Internacional*. 18a ed. Siglo XXI Editores. México, 1993.
- 49.-VELAZQUEZ ELIZARRARAS, Miguel Ángel. *Ley de Comercio Exterior (Análisis y comentarios)*. 2a ed. Editorial Themis. México, 1997.
- 50.-WITKER, Jorge. Voz "Comercio Exterior" en *Diccionario Jurídico Mexicano*. t. I. 10a. ed Porrúa-UNAM. México, 1997.
- 51.-WITKER, Jorge y Laura HERNANDEZ. *Régimen jurídico del comercio exterior en*

México. 1ª ed. UNAM, México, 2000.

52.-WITKER, Jorge y Bernardo JARAMILLO. *Comercio Exterior de México. Marco Jurídico y Operativo*. 1ª ed. Mc Graw-Hill. México, 1996.

53.-WITKER V., Jorge y Ruperto PATIÑO MANFFER. *La Defensa Contra Prácticas Desleales de Comercio Internacional (Ley de Comercio Exterior Comentada)*. Porrúa, México, 1987.

B) ARTICULOS DE REVISTAS.

1.-DIAZ BRAVO, Arturo. "Aspectos Jurídicos de la Competencia Desleal". *Revista Mexicana de la Propiedad Industrial y Artística*. Año IV. No. 7, enero-junio y No. 8. julio-diciembre de 1966. México, D.F.

2.-VAZQUEZ GONZALEZ, Bertín. "Cuotas compensatorias: Naturaleza y Competencia del Tribunal Fiscal". *Nuevo Consultorio Fiscal, jurídico, laboral y contable-financiero*. Año 13, núm. 234. 16 de mayo de 1999. México, D.F.

C) DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.

1.-DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Espasa-Calpe. Madrid, España. 1970.

2.-DICCIONARIO ENCICLOPEDICO. ECONOMIA PLANETA. T. II. Editorial Planeta. Barcelona, España, 1980.

3.-DICCIONARIO INGLES Y ESPAÑOL. Por Edwin B. Williams, 3ª ed. Bantam Books. Estados Unidos de América, 1981.

4.-DICCIONARIO MODERNO LAROUSSE GROLIER. Inglés-español. Dirigido y realizado por Ramón García-Pelayo y Gross y Micheline Durand. 2ª ed. Editorial Cumbre. México, 1985.

5.-DICCIONARIO PORRUA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 21ª ed. Porrúa. México, 1987.

6.-GLOSARIO DE ECONOMIA, INDUSTRIAL Y DERECHO DE LA COMPETENCIA. Coedición Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos y Mundi-prensa. México, 1995.

7.-NUEVA ENCICLOPEDIA AUTODIDACTICA QUILLET. T. I. Editorial Cumbre. México, 1979.

8.-THE MERRIAM-WEBSTER DICTIONARY. 3ª ed. Pocket Books New York. Estados Unidos de América, 1974.

D) LEGISLACION CONSULTADA.

I.- VIGENTE.

- 1.-Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.
- 2.-Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. (Acuerdo Antidumping).
- 3.-Acuerdo sobre Salvaguardas.
- 4.-Código Civil del Estado de México.
- 5.-Código Civil Federal.
- 6.-Código Civil para el Estado de Guerrero.
- 7.-Código Penal Federal.
- 8.-Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 9.-Ley de Comercio Exterior.
- 10.-Ley de Propiedad Industrial.
- 11.-Reglamento de la Ley de Comercio Exterior.

II-DEROGADA.

- 1.-Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. (Código Antidumping).
- 2.-Ley Reglamentaria del Artículo 131 Constitucional en Materia de Comercio Exterior.
- 3.-Reglamento contra Practicas Desleales de Comercio Internacional.

D) OTRAS FUENTES.

- 1.- Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados, correspondiente al día 10 y 13 de Julio de 1993. (Discusiones acerca de la iniciativa de la Ley de Comercio Exterior enviada por el Senado de la República). Incluye la iniciativa de ley remitida por el Senado.
- 2.- <http://www.secofi.gob.mx> Página de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (Ahora Secretaría de Economía).
- 3.- <http://www.wto.org> Página web de la Organización Mundial del Comercio.