

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



El producto similar en el derecho antidumping:

**La necesidad de actualizar los criterios que utiliza el órgano de solución
de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC)
para determinar el Producto Similar**

Tesis para obtener el grado académico de Maestro en Derecho Internacional
Económico que presenta:

Nelson Osvaldo Espino Rabanal

Asesor:

John Ramiro Cusipuma Frisancho

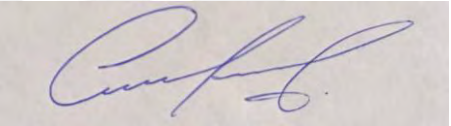
Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, John Ramiro Cusipuma Frisancho, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de la tesis para la obtención del grado académico de Maestro en Derecho Internacional Económico titulada “El producto similar en el derecho antidumping: La necesidad de actualizar los criterios que utiliza el órgano de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) para determinar el Producto Similar”, del señor Nelson Osvaldo Espino Rabanal, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 38%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 5 de agosto de 2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 22 de octubre de 2024

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: CUSIPUMA FRISANCHO JOHN RAMIRO	
DNI: 41148545	Firma
ORCID: 0009-0003-4820-4774	

Resumen ejecutivo

El propósito de la presente investigación es examinar si para determinar la existencia del Producto Similar en materia de dumping es necesario verificar la presencia de una relación de competencia. Para ello, analizamos las funciones que cumple el Producto Similar en el desarrollo de las investigaciones por prácticas de dumping según lo establecido en el artículo VI del GATT y en el Acuerdo Antidumping; estudiamos al Producto Similar determinado de conformidad con la definición del Acuerdo Antidumping; y exploramos los pronunciamientos emitidos por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC con respecto a la similitud de los productos y la relación de competencia. La conclusión a la que llegamos, es que para determinar el Producto Similar en materia de dumping es necesario comprobar la existencia de una relación de competencia entre los productos comparados.

Palabras clave

Dumping, funciones del Producto Similar, repercusión del Producto Similar en la determinación de la existencia de daño, relación de competencia.

Biografía del autor

Nelson Espino Rabanal, licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Lima, cuenta con más de veinte años de experiencia profesional en Defensa Comercial, Comercio Internacional, Acuerdos Comerciales y Derecho de la Competencia, ha ocupado cargos en el sector público y en el sector privado, actualmente se desempeña como consultor independiente.

A la Cámara de Diputados: Estamos sujetos a la competencia intolerable por parte de un rival extranjero, quien disfruta de unas instalaciones tan superiores para la producción de luz que puede inundar nuestro mercado nacional a un precio ínfimo. Este rival no es otro que el sol. Pedimos una ley que ordene cerrar todas las ventanas, aberturas y rendijas por las que suele penetrar la luz solar en nuestras viviendas, en perjuicio de la lucrativa fabricación con que hemos dotado al país.

Firmado:

Los fabricantes de velas

Cita consignada antes del prólogo en el libro “Los Derechos Antidumping en el Derecho Comunitario”¹.

¹Rodríguez, M. (1999). Los Derechos Antidumping en el Derecho Comunitario. Lex Nova.

ÍNDICE

Introducción	6
Capítulo I. El Derecho Antidumping	12
1.1. Historia del Derecho Antidumping	12
1.2. Por qué es necesario aplicar un derecho antidumping	20
1.3. El Derecho Antidumping en la OMC y el procedimiento antidumping	27
Capítulo II. El Producto Similar en el Derecho Antidumping	32
2.1. El Producto Similar en el GATT y en el Acuerdo Antidumping	32
2.1.1. El Producto Similar en el GATT	32
2.1.2. El Producto Similar en el Acuerdo Antidumping a partir de 1994	37
2.2. Características para determinar el Producto Similar	42
2.3. Implicancias de la determinación del Producto Similar en las investigaciones por prácticas de dumping	50
Capítulo III. Necesidad de actualizar los criterios jurisprudenciales que se utilizan para determinar el Producto Similar	57
3.1. ¿Qué es una relación de competencia entre productos?	57
3.2. ¿Cuándo la OMC ha empleado la relación de competencia para determinar un Producto Similar?	66
3.3. ¿Por qué el Producto Similar en el dumping tiene que determinarse sobre la base de la relación de competencia?	73
Conclusiones	88
Bibliografía	93

INTRODUCCION

El dumping es una práctica en el comercio internacional que consiste en exportar productos por debajo de su “valor normal”, es decir, a precios inferiores a los que el mismo producto o uno similar se comercializa en el mercado interno del país de origen del producto objeto de dumping. El dumping repercute en los mercados internos de los países a los que el producto objeto de dumping se destina, en tanto que las importaciones de dicho producto desplazan a los productos competidores en dichos mercados cualquiera sea su origen.

Sin embargo, el dumping sólo es condenable cuando causa un “daño importante” a la rama de producción nacional del país al que se destina el producto objeto de dumping y que se materializa en el deterioro de sus resultados económicos y financieros. El dumping también es condenable cuando “amenaza con causar un daño importante” en la rama de producción nacional y cuando causa un “retraso importante en la creación de dicha rama de producción”.

La regulación antidumping tiene como principal elemento al Producto Similar, en tanto que interviene directamente en la determinación de la existencia de dumping y en la determinación de la rama de producción nacional y, adicionalmente, repercute de forma particularmente importante en la determinación de la existencia de daño.

De acuerdo al plan de tesis y a su desarrollo en los siguientes capítulos, el objetivo de la presente investigación es determinar si la relación de competencia tiene que evaluarse y comprobarse para determinar el Producto Similar en materia de dumping. Para ello, la presente investigación se centra en la intervención y repercusión del Producto Similar en una investigación para determinar la existencia de dumping.

Así, por ejemplo, la incidencia del Producto Similar en la determinación de la existencia de daño tiene su origen en la injerencia del Producto Similar en la definición de rama de producción nacional y es consecuencia del hecho que para determinar la existencia de daño se examina el impacto de las importaciones a precios de dumping en la rama de producción nacional.

El Producto Similar influye en la rama de producción nacional desde el momento que el Acuerdo Antidumping la define como el conjunto de productores nacionales, o una parte importante de ellos, que fabrica un Producto Similar al producto objeto de dumping, lo que demuestra que el Producto Similar es el único criterio evaluador que se toma en consideración y en base al cual se construye la definición de rama de producción nacional y, al mismo tiempo, demuestra que el Producto Similar es el único criterio que diferencia a los productores nacionales que integran la rama de producción nacional de aquellos que no forman parte de ella.

En el contexto antes descrito, el Acuerdo Antidumping exige como requisito para determinar la existencia de daño el examen de la repercusión de las importaciones a

precios de dumping en la rama de producción nacional. Desde el momento que sólo se examina la repercusión del dumping en la rama de producción nacional, verificamos que la regulación antidumping toma en consideración únicamente el daño que experimentan los productores nacionales que fabrican Productos Similares y protege exclusivamente a los productores nacionales que fabrican Productos Similares.

El problema que plantea la presente investigación es la falta de idoneidad o insuficiencia de la definición de Producto Similar en el Acuerdo Antidumping. Ello debido a que para determinar la existencia de daño el Producto Similar tiene que ser necesariamente y por definición un producto que está en relación de competencia con el producto objeto dumping; sin embargo, en la definición de Producto Similar la relación de competencia no es un requisito ni para la similitud ni para determinar la existencia del Producto Similar. Agudiza el problema el hecho que la definición de Producto Similar en el Acuerdo Antidumping es exactamente igual a la forma como dicha figura es entendida previamente en el GATT de 1947 y posteriormente en el GATT de 1994.

El Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio se ha pronunciado con respecto al Producto Similar y la relación de competencia en repetidas ocasiones, pero siempre en el marco del GATT y donde ninguna de las funciones que le reconoce al Producto Similar requiere de comprobar o siquiera considerar la existencia de una relación de competencia entre los productos comparados. Menos aún en el caso particular del Producto Similar en el artículo VI del GATT donde cada uno de los productos comparados se comercializa en un país

distinto y, por lo tanto, resulta materialmente imposible que exista una relación de competencia entre ellos.

Sin embargo, siendo que la definición de Producto Similar en el Acuerdo Antidumping es exactamente igual a la forma como el GATT entiende el Producto Similar, el sentido de dichos pronunciamientos se extiende al Producto Similar en el Acuerdo Antidumping. Ello daría lugar a que la doctrina y los trabajos de investigación acepten la definición de Producto Similar en el Acuerdo Antidumping y se avoquen a otros aspectos económicos de la regulación en materia de dumping y sus efectos en los mercados.

No obstante lo señalado, aún existen quienes sostienen que el enforque de mercado tendría que ser el punto de partida de toda investigación por prácticas de dumping puesto que este sólo causa daño en la medida que exista una relación de competencia entre los productos comparados y, por lo tanto, el sólo hecho de constatar que los productos no están en relación de competencia sería suficiente para denegar la solicitud de inicio de investigación.

En el Capítulo I tratamos los aspectos que sirven de base para la presente investigación como son la evolución histórica del Derecho Antidumping, la necesidad de imponer derechos antidumping y la investigación por prácticas de dumping, puesto que demuestran que la práctica de dumping se desarrolla en el mercado afectando a los agentes económicos que concurren en él y compiten entre sí, y, del mismo modo,

demuestra que las medidas antidumping son la respuesta legal a un problema económico.

En el Capítulo II abordamos el tratamiento que recibe actualmente el Producto Similar en base a las normas en el GATT y los pronunciamientos emitidos por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC en los que interpreta dichas normas y donde establece la forma de entender y tratar el Producto Similar, puesto que resulta ser el mismo tratamiento que recibe el Producto Similar en el Acuerdo Antidumping; adicionalmente a ello, examinamos las implicancias del Producto Similar en la determinación de dumping y en la determinación de daño.

El Capítulo III desarrolla las características condiciones y requisitos de la relación de competencia entre productos en tanto supuesto básico de la similitud y justificamos por qué el Producto Similar en el Acuerdo Antidumping tiene que determinarse primero sobre la base de la existencia de dicha relación de competencia, después de lo cual recién puede exigirse adicionalmente que los productos comparados sean idénticos o tengan características muy parecidas.

Para el desarrollo de esta investigación se ha efectuado una evaluación histórica del desarrollo del derecho antidumping, en particular, hemos comparado la evolución de la normativa existente en el artículo VI del GATT y en el Acuerdo Antidumping. Ahora bien, siendo que el Producto Similar es una figura común a distintas materias en el GATT y es mencionado en nueve de sus artículos, en un primer momento hemos

analizado y determinado el tratamiento que el Producto Similar recibe en el GATT (en tanto figura común a distintas materias) y para ello nos hemos remontado hasta el Producto Similar en la Liga de Naciones. Recién sobre la base de lo anterior hemos podido establecer el tratamiento que el GATT otorga al Producto Similar y a partir de ello, el tratamiento que el artículo VI del GATT otorga al Producto Similar en materia de dumping.

En un segundo momento y sólo después de lo anterior, hemos examinado la evolución del Producto Similar en el artículo VI del GATT y en el Acuerdo Antidumping, así como la bibliografía y jurisprudencia existente sobre el particular, lo que ha permitido concluir que es recién con la entrada en vigor del Acuerdo Antidumping que la determinación de la existencia de un Producto Similar tiene que incluir necesariamente la comprobación de una relación de competencia entre el producto nacional y el producto importado a precios de dumping.

CAPÍTULO I

EL DERECHO ANTIDUMPING

1.1. HISTORIA DEL DERECHO ANTIDUMPING

El dumping en el comercio internacional de bienes tiene una larga historia y forma parte de la dialéctica de la política económica desde hace mucho tiempo²; en ese sentido, podemos mencionar que ya en 1791, Alexander Hamilton³ advertía en los Estados Unidos de Norteamérica sobre la práctica de otros países consistente en vender sus productos a precios artificialmente menores que los de sus competidores.

Igualmente, Rodríguez Fernández María⁴ señala que, si bien las primeras manifestaciones de la práctica de dumping se pierden en el tiempo, se reconoce que el desarrollo de la legislación antidumping responde en gran medida a las prácticas comerciales desarrolladas por la industria química alemana entre 1880 y 1913.

Al respecto, la misma autora refiere que para 1880 el sector químico alemán había alcanzado un importante desarrollo industrial como resultado de su superioridad

²Salvatore, D. (1994). Reviewed work: Antidumping: How it works and who gets hurt J. Michael Finger. *Southern Economic Journal*, 61(1). <https://www.jstor.org/stable/1060167>

³Alexander Hamilton (1757-1804). Fue uno de los padres fundadores de los Estados Unidos de Norteamérica y el primer secretario del Tesoro. Fundador del sistema financiero de los Estados Unidos de Norteamérica, del Partido Federalista, de la Guardia Costera y del periódico The New York Post. Economista, estadista, político, escritor y abogado. https://en.wikipedia.org/wiki/Alexander_Hamilton

⁴Rodríguez, M. (1999). *Los Derechos Antidumping en el Derecho Comunitario*. Lex Nova.

científica, una alta protección arancelaria (que limitó el ingreso de productos competidores extranjeros al mercado interno alemán) y su cartelización. El crecimiento de la industria química alemana pronto dio paso a la sobreproducción y *sobrestock*, debido a que la demanda del mercado interno alemán era menor a la cada vez mayor oferta de productos químicos fabricados localmente.

Según Rodríguez Fernández María, las empresas químicas alemanas, para no generar pérdidas o reducirlas en la mayor medida de lo posible, comienzan a exportar sus productos a precios iguales o menores que los precios de su competencia en los distritos mercados de destino de sus exportaciones. En algunos casos, los productos químicos alemanes eran exportados a precios incluso por debajo de sus costos de fabricación.

En esa línea, la misma autora destaca que como resultado de dicha práctica comercial, los productos alemanes desplazan a sus competidores en los mercados de destino a donde son exportados, incluidos los productos químicos fabricados por la industria nacional en el país de destino de las exportaciones alemanas.

Por otro lado, resulta importante referirnos a la *Sherman Antitrust Act* de 1890, ya que es considerada como precursora de la normativa multilateral sobre el antidumping⁵.

⁵Al respecto, véanse Cruz, O. (2008). Antecedentes del Sistema contra Prácticas Desleales de Comercio en México. La evolución de las disposiciones antidumping. Boletín Mexicano De Derecho Comparado, XL(119). <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3920/4946>; así como Mankiw Gregory y Swagel Phillip (2005).

Al respecto, la *Sherman Antitrust Act* de 1890, es la primera norma que promulga el congreso de los Estados Unidos de Norteamérica destinada a combatir las prácticas monopólicas en el mercado interno norteamericano. Se le considera como la precursora de la normativa antidumping ya que, entre otros, proscribía y sancionaba aquellas conductas que tuvieran como propósito, o como resultado, la monopolización de una parte del comercio internacional desarrollado por los Estados Unidos de Norteamérica con terceros países⁶.

Después de todo lo anterior, tenemos que la primera normativa antidumping en el mundo la promulgó Canadá en el año de 1904⁷. Dicha norma establecía que todo producto importado de una clase o tipo que también se fabricara en el país, sería

Antidumping: El tercer carril de la política comercial. Relaciones Internacionales 84(4). https://scholar.harvard.edu/sites/scholar.harvard.edu/files/mankiw/files/dumping_-_foreign_affairs_julyaug_2005_mankiws_wagel.pdf.

⁶La Sherman Antitrust Act de 1890 en su sección 2 disponía lo siguiente: *Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a misdemeanor, and, on conviction thereof; shall be punished by fine not exceeding five thousand dollars, or by imprisonment not exceeding one year, or by both said punishments, in the discretion of the court* [Toda persona que monopolice, o intente monopolizar, o se combine o conspire con cualquier otra persona o personas, para monopolizar cualquier parte del comercio entre los distintos Estados, o con naciones extranjeras, será considerada culpable de un delito menor, y , por convicción del mismo; será castigado con multa que no exceda de cinco mil dólares, o con prisión que no exceda de un año, o con ambas penas, a discreción del tribunal.] <https://www.archives.gov/milestone-documents/sherman-anti-trust-act>.

⁷Al respecto, véanse Cruz, O. (2008). Antecedentes del Sistema contra Prácticas Desleales de Comercio en México. La evolución de las disposiciones antidumping. Boletín Mexicano De Derecho Comparado, XL(119). <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3920/4946> ; así como Blonigen, B., & Prusa, T. (2015). Dumping and Antidumping Duties [Dumping y Derechos Antidumping}. En National Bureau of Economic Research (working paper 21573). <https://www.nber.org/papers/w21573>

objeto de aranceles adicionales sujetos a un tope, en la medida que el precio al que se comercializa el artículo importado en el mercado interno del Canadá menos su costo de envío, fuera menor que el precio de dicho producto comercializado en el mercado interno del país exportador⁸.

El Ministro de Finanzas de Canadá fue quien propuso la promulgación de dicha norma y justificó su necesidad en los siguientes términos:

“El monopolio o una combinación de empresas, habiendo obtenido el comando y el control de su propio mercado, y encontrando que tiene una sobreoferta de productos, busca obtener el comando del mercado vecino y tiene como objetivo su control [...] Estos [productores] envían los productos [al Canadá] con la esperanza y la expectativa de arrojar [del mercado] a las industrias nativas canadienses”⁹

A Canadá le siguieron Nueva Zelanda en 1905, Australia en 1906, y la República de Sudáfrica en 1914; las diferencias entre las regulaciones antidumping de cada país se hicieron notar desde el principio. Canadá fue el único país que dispuso la utilización de derechos antidumping como medio para contrarrestar el efecto de las prácticas de

⁸Sykes, A. (2005). Leyes de Defensa Comercial. Chicago Sin Ataduras, documento de trabajo 240,

https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1590&context=law_and_economics

⁹de la Reza, G. (2003). Eliminación de las medidas antidumping en el ALCA: de la "práctica desleal" al debate sobre los efectos anticompetitivos en el hemisferio occidental. Problemas del Desarrollo. Revista Latinoamericana de Economía, 34(133).

<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11825949011>

dumping y proteger puntualmente a los sectores perjudicados (en lugar de incrementar los derechos arancelarios de forma general y permanente). Por su parte, Nueva Zelanda otorgaba ayudas a sus industrias perjudicadas; Australia prohibía o restringía las importaciones (incluso autorizaba al Ministro de Justicia a iniciar procedimientos criminales) y la República de Sudáfrica seguía casi la misma estructura y contenido que la regulación canadiense¹⁰.

En los años siguientes, se produce un rápido crecimiento de las regulaciones nacionales en materia antidumping que promulgan los países alrededor del mundo. Debido a ello, el tema comienza a ser tratado en diversos foros multilaterales con el propósito de alcanzar una regulación uniforme. La Liga de las Naciones trata el tema en 1920, la Conferencia de Génova lo hace en 1922 y la Conferencia Económica Internacional en 1933¹¹. Ningún resultado positivo se obtuvo en dichas ocasiones.

En 1947 y durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Empleo y Trabajo, diversos países adoptan y suscriben un acuerdo multilateral denominado Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 o GATT de 1947 por sus siglas en inglés (*General Agreement on Tariff and Trade*)¹²

¹⁰Rodríguez, M. (1999). Los Derechos Antidumping en el Derecho Comunitario. Lex Nova.

¹¹Cruz, O. (2008). Antecedentes del Sistema contra Prácticas Desleales de Comercio en México. La evolución de las disposiciones antidumping. Boletín Mexicano De Derecho Comparado, XL(119). <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3920/4946>

¹²Entender la OMC: información básica. Los años del GATT: de La Habana a Marrakech. (1a. C.). Organización Mundial de Comercio. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact4_s.htm

El artículo VI del GATT de 1947 es la primera norma antidumping internacional. Ello debido a que, estableció una regulación antidumping de cumplimiento obligatorio para todos los países que se hubieran adherido al GATT de 1947.

El paso del tiempo demostró que la regulación prevista en el artículo VI del GATT de 1947 resultaba insuficiente, ya que la mayor imposición de derechos antidumping puso en evidencia que la aplicación indistinta e injusta de la normativa antidumping resultaba dañina para el libre comercio¹³.

En 1967, en el marco de la Ronda Kennedy del GATT, se llevan a cabo negociaciones sobre el dumping toda vez que el uso arbitrario de la normativa antidumping se veía como pernicioso para el libre comercio¹⁴. En ese contexto, era necesario garantizar su correcta aplicación y eliminar la posibilidad de darle fines proteccionistas o

El GATT de 1947 fue concebido como un acuerdo multilateral, sin embargo, dio lugar a la creación de una organización internacional de carácter provisional denominada GATT. En sus orígenes, el texto del GATT de 1947 es parte del texto de la Carta de La Habana para una Organización Internacional de Comercio que se negocia en Cuba y en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo (celebrada entre el 21 de noviembre de 1947 y el 24 de marzo de 1948). Si bien la Carta de La Habana es adoptada la misma nunca entra en vigor, mientras que el GATT de 1947 se mantiene en vigor de forma provisional hasta que sus disposiciones pasaron a formar parte del GATT de 1994, que a su vez es uno de los componentes del Acuerdo sobre la OMC.

¹³de la Reza, G. (2003). Eliminación de las medidas antidumping en el ALCA: de la "práctica desleal" al debate sobre los efectos anticompetitivos en el hemisferio occidental. Problemas del Desarrollo. Revista Latinoamericana de Economía, 34(133). <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11825949011>

¹⁴Cruz, O. (2008). Antecedentes del Sistema contra Prácticas Desleales de Comercio en México. La evolución de las disposiciones antidumping. Boletín Mexicano De Derecho Comparado, XL(119). <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3920/4946>

mercantilistas¹⁵. Por tanto, diversos países aprueban y suscriben el Acuerdo Relativo a la Interpretación del Artículo VI del GATT de 1947 o Código Antidumping de 1967, sin embargo, éste no alcanzó los efectos esperados a nivel mundial toda vez que el congreso de los Estados Unidos de Norteamérica no lo ratificó por considerar que los negociadores norteamericanos excedieron las facultades negociadoras otorgadas y que el texto del acuerdo contradecía sus normas internas.

En 1979, en el marco de la Ronda Tokio del GATT, se adoptó un nuevo Acuerdo Relativo a la Interpretación del Artículo VI del GATT de 1947, o Código Antidumping de 1979, elaborado sobre la base del acuerdo aprobado previamente en la Ronda Kennedy. Dicho acuerdo no generó los efectos esperados, ya que sólo fue suscrito por veintisiete (27) de los ciento dos (102) países miembros del GATT.

En 1994, en el marco de la Ronda Uruguay del GATT de 1947, se produce lo siguiente:

- a. la extinción del GATT de 1947 y de la organización de carácter provisional denominada GATT; y
- b. se adoptan, entre otros, los siguientes acuerdos:

¹⁵Millet, M. (2001). La regulación del comercio internacional: del GATT a la OMC. Colección De Estudios Económicos, 24. https://www.caixabankresearch.com/sites/default/files/content/file/2016/09/ee24_esp.pdf

- i. el Acuerdo General de Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 o GATT de 1994 por sus siglas en inglés (*General Agreement on Tariff and Trade*)¹⁶;
- ii. el Acuerdo de Marrakech que crea la Organización Mundial de Comercio, en reemplazo del organismo internacional denominado GATT; y
- iii. el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994 (en adelante el Acuerdo Antidumping)

Como se indica en el GATT de 1994, el GATT de 1947 forma parte de dicho instrumento multilateral y por lo tanto el artículo VI del GATT de 1947 pasa a ser en la actualidad el artículo VI del GATT de 1994. Asimismo, junto al GATT de 1994 se adopta el Acuerdo Antidumping de 1994, que desarrolla en extenso y regula a detalle las disposiciones previstas en el artículo VI del GATT de 1994.

Por tanto, el artículo VI del GATT de 1994 y el Acuerdo Antidumping de 1994 son los instrumentos legales que establecen toda la normativa antidumping a nivel multilateral

¹⁶Si bien el Acuerdo GATT de 1994 es el Acuerdo GATT de 1947 rectificado, enmendado y modificado, estamos antes dos (2) instrumentos legales distintos. Ello es expresamente señalado en el artículo II.4 del Acuerdo de Marrakech: “*el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 según se especifica en el Anexo 1A (denominado en adelante "GATT de 1994") es jurídicamente distinto del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de fecha 30 de octubre de 1947, anexo al Acta Final adoptada al término del segundo período de sesiones de la Comisión Preparatoria de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo, posteriormente rectificado, enmendado o modificado (denominado en adelante "GATT de 1947")*”.

que actualmente se encuentra vigente, que es de cumplimiento obligatorio para todos los países miembros de la Organización Mundial de Comercio (en adelante OMC)¹⁷.

1.2. POR QUÉ ES NECESARIO APLICAR UN DERECHO ANTIDUMPING

El dumping es conceptualizado como una práctica comercial basada en discriminación de precios¹⁸ que no está prohibida ni es condenable *per se*¹⁹, salvo cuando desplaza del mercado a los productores nacionales²⁰. El Acuerdo Antidumping no se pronuncia con respecto a si se trata o no de una práctica de comercio internacional desleal, sólo se preocupa en la respuesta que los gobiernos puedan adoptar con respecto al dumping²¹.

¹⁷De acuerdo con lo establecido en los artículos XI y XIV del Acuerdo de Marrakech, los países que se incorporan a la OMC aceptan y se someten a los acuerdos e instrumentos jurídicos listados en sus Anexos I, II, III y IV. En el Anexo I se incluyen al GATT de 1994 y al Acuerdo Antidumping.

¹⁸Al respecto, véanse Ostoni, L. (2005). Elusión de las normas antidumping en la UE y EEUU: ¿Hay futuro para la cooperación multilateral? Fordham Revista de Derecho Corporativo y Financiero, 10(2). <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1192&context=jcfl>; así como Bhala, R. (1995). Repensando las normas antidumping. Revista George Washington de Derecho Internacional y Economía, 29, Publicaciones de la facultad. <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1845&context=facpubs>; también Sykes, A. (2005). Leyes de Defensa Comercial. Chicago Sin Ataduras, documento de trabajo 240, https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1590&context=law_and_economics

¹⁹Madaj, E. (1990). J.Jackson, El Sistema de Comercio Mundial: Derecho y Política de las Relaciones Económicas Internacionales. Revista Fordham de Derecho Internacional, 14, 13. <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1269&context=ilj>

²⁰Stiglitz, J. (1997). Dumping en Libre Comercio: Leyes de Importación y Exportación en U.S. Diario Económico Southern, 64(2). <https://www.jstor.org/stable/1060858>

²¹Entender la OMC: Los Acuerdos. Antidumping, subvenciones, salvaguardias: casos imprevistos, etc. (s. f.). Organización Mundial de Comercio. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm8_s.htm

Sin embargo, la defensa política para la imposición de medidas antidumping a las que se denominan derechos antidumping (en adelante, DDAA) se sustenta en la necesidad de eliminar el dumping, en tanto práctica comercial internacional desleal y distorsionadora que desarrollan las empresas extranjeras con el propósito de capturar los mercados a los que exportan sus productos desplazando a los productos y productores nacionales.

Lo antes mencionado se ajusta a la descripción que hace la OMC del dumping como la *venta a precios deslealmente bajos*²² y a lo que establece el artículo VI del GATT en el sentido que los DDAA se aplican con el propósito de contrarrestar el daño o amenaza de daño que causa el dumping a la rama de producción nacional; a saber:

1. 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.

(...)

²²Entender la OMC: Los Acuerdos. Antidumping, subvenciones, salvaguardias: casos imprevistos, etc. (2a. C.). Organización Mundial de Comercio. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm8_s.htm

2. 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. (...)

Además del “daño importante” y la “amenaza de daño importante” que menciona el artículo VI del GATT, la nota a pie de página 9 del Acuerdo Antidumping²³ incorpora “el retraso importante en la creación de una rama de producción” como una tercera modalidad o expresión del daño que puede causar el dumping, en cuyo caso también resulta necesario aplicar DDAA.

De conformidad con todo lo antes expuesto verificamos que la aplicación de DDAA es necesaria para neutralizar el daño que causa el dumping en la industria nacional del país al que se exportan los productos a precios de dumping, y que resulta del hecho que la práctica de dumping consiste en la *venta a precios deslealmente bajos*.

Habiendo dicho lo anterior, nos referimos al artículo 3.4° del Acuerdo Antidumping el cual establece que la determinación de la existencia de daño requiere de distintos análisis y evaluaciones, uno de ellos es el examen de la repercusión de las importaciones a precios de dumping en la industria nacional, que consiste en:

²³Acuerdo Antidumping nota de pie de página 9 *En el presente Acuerdo se entenderá por "daño", salvo indicación en contrario, un daño importante causado a una rama de producción nacional, una amenaza de daño importante a una rama de producción nacional o un retraso importante en la creación de esta rama de producción, y dicho término deberá interpretarse de conformidad con las disposiciones del presente artículo.*

(...) la evaluación de todos los factores e índices económicos que influyen en el estado de la industria nacional afectada esa rama de producción, incluidos la disminución real y potencial de las ventas, los beneficios, el volumen de 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 capital o la inversión. (...)

Desde el momento que el Acuerdo Antidumping examina la repercusión del dumping en los indicadores económicos y financieros de la industria nacional, verificamos que en el caso particular del “daño importante” los DDAA son necesarios para neutralizar el deterioro que causa la práctica de dumping en la situación económica de la línea de producción del producto que fabrica la industria nacional que es similar al producto importado a precios de dumping²⁴.

Cabe destacar que el Informe del Grupo Especial en el asunto Pakistán – Películas de BOPP (UAE) (2021) señala expresamente que el deterioro de todos y cada uno de

²⁴Cure, K. (2012). Análisis comparado del procedimiento y la aplicación de derechos antidumping. Colombia, Estados Unidos de América y la Unión Europea. En Pontificia Universidad Javeriana.
<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/10055/CureFrancoKarlaMargarita2013.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

los indicadores de la industria nacional no es requisito para reconocer la existencia de daño importante e imponer DDAA; a saber:

Si bien una autoridad investigadora debe evaluar los factores enumerados en el párrafo 4 del artículo 3, esta disposición no exige que todos los factores sean indicativos de daño²⁵.

En ese mismo sentido, en el caso de la “amenaza de daño importante” donde la práctica de dumping todavía no ha deteriorado los indicadores económicos y financieros de la industria nacional, la aplicación de DDAA resulta necesaria para neutralizar el deterioro inminente y claramente previsto que experimentará la industria nacional y se materializará en un futuro cercano²⁶.

En efecto, el supuesto de hecho que describe el artículo 3.7° del Acuerdo Antidumping y que da lugar a la necesidad de aplicar DDAA en la “amenaza de daño”, es el cambio inminente y previsto que ocurrirá en un futuro inmediato de las circunstancias existentes en la actualidad debido a lo cual el dumping en dicho futuro inmediato deteriorará los indicadores económicos y financieros de la industria nacional; a saber:

²⁵Informe del Grupo Especial. (2021). Pakistán - Medidas antidumping sobre las películas de polipropileno orientado biaxialmente procedentes de los Emiratos Árabes Unidos. En Organización Mundial de Comercio (WT/DS538/R). <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/WT/DS/538R.pdf&Open=T rue>.

²⁶Saldaña, J. (2017). La práctica desleal de dumping. Elementos sustantivos. Revista de la Facultad de Derecho de México, 63(260), Revistas UNAM. <https://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60716>.

3.7. La determinación de la existencia de una amenaza de daño importante 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

Con respecto al “retraso importante en la creación de una rama de producción nacional”, debemos destacar que el Acuerdo Antidumping no lo regula ni brinda orientación alguna con respecto a cuáles son los requisitos o condiciones para determinar su existencia y para aplicar DDAA. Por lo tanto, no podemos justificar por qué resulta necesario aplicar DDAA en dicho supuesto.

La conclusión a la que llegamos después de examinar la regulación antidumping, es que:

- a. la aplicación de DDAA resulta necesaria para neutralizar el daño que causa el dumping en la industria nacional; en particular, debido a que: la práctica de dumping consiste en la *venta a precios deslealmente bajos* (es decir, por debajo de su “valor normal”);
- b. los DDAA adoptan la forma de un derecho de importación adicional que incrementa el costo de nacionalización del producto importado a precios de dumping y, por lo tanto, incrementa el precio *deslealmente bajo* al que se comercializa en el mercado al que se destina; y

- c. el monto de los DDAA se calcula con el único propósito de neutralizar el *precio deslealmente bajo* al que se comercializa el producto objeto de dumping, en tanto que daña a la industria nacional del país al que se destina dicho producto.

Ahora bien, si nos centramos únicamente en el hecho que el dumping es conceptualizado como una práctica comercial basada en la discriminación de precios que es condenable cuando daña a la industria nacional del país al que se exporta el producto a precios de dumping, constatamos que las normas antidumping y las normas de competencia tienen el mismo objetivo común: evitar distorsiones de la competencia²⁷.

Lo señalado en el párrafo anterior demuestra que la necesidad de aplicar DDAA también se justifica en el hecho que las conductas que distorsionan la competencia son condenables.

Por otro lado, a pesar que la consolidación arancelaria y su aplicación igualitaria en virtud del Trato general de la nación más favorecida o cláusula NMF son claves para el comercio de mercancías sin dificultades, existen algunas circunstancias

²⁷Raju, K. (2005). Jurisprudencia del órgano de apelación de la OMC sobre antidumping: Una revisión crítica. En Revista India de Derecho Internacional, 44, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=813326

excepcionales expresamente previstas que exigen la intervención de los estados en el comercio internacional de productos, una de ellas es el dumping²⁸.

En el contexto descrito en el párrafo anterior verificamos que la aplicación de DDAA también se justifica en la necesidad de preservar los beneficios alcanzados con la reducción de los derechos arancelarios y otras cargas que repercuten en la importación de productos²⁹.

1.3. EL DERECHO ANTIDUMPING EN LA OMC Y EL PROCEDIMIENTO ANTIDUMPING

La reducción y consolidación arancelaria que mencionamos anteriormente, que en principio no permite el incremento de las tasas arancelarias por sobre el porcentaje máximo acordado y al que se denomina arancel consolidado, admite tres supuestos excepcionales donde los países miembros de la OMC están legitimados para apartarse de dichos compromisos³⁰. A las tres disciplinas que tratan y regulan dichos supuestos se les conoce en su conjunto como Medidas de Defensa Comercial.

²⁸Al respecto, véanse Entender la OMC: Los Acuerdos. Antidumping, subvenciones, salvaguardias: casos imprevistos, etc. (s. f.). Organización Mundial de Comercio. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm8_s.htm; así como Saldaña, J. (2017). La práctica desleal de dumping. Elementos sustantivos. Revista de la Facultad de Derecho de México, 63(260), Revistas UNAM. <https://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60716>.

²⁹Raju, K. (2005). Jurisprudencia del órgano de apelación de la OMC sobre antidumping: Una revisión crítica. En Revista India de Derecho Internacional, 44, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=813326.

³⁰Gallegos, J. (2015) Medidas de defensa comercial en el contexto de la OMC. En Revista de Derecho, 10(11). <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/134034/Medidas-de-defensa-comercial-Rev-Derecho-Uruguay.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Las Medidas de Defensa Comercial son tres tipos de regulaciones que imponen restricciones temporales a la importación de productos y son las siguientes: i) los derechos antidumping; ii) los derechos compensatorios, que se imponen cuando las importaciones de un producto que recibe subvenciones en su país origen causa daño, amenaza con causar daño o un retraso importante en la creación de una rama de producción nacional; y iii) las medidas de salvaguardia, que se imponen ante un súbito incremento de las importaciones que causa daño o amenaza con causar daño en la industria nacional³¹.

Así las cosas, el Derecho Antidumping en la OMC es una Medida de Defensa Comercial que faculta y legitima a los países miembros a adoptar medidas comerciales correctivas frente a las importaciones para proteger su industria nacional frente a prácticas desleales como el dumping³², siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos para ello.

El marco legal que rige la imposición de DDAA está compuesto por el artículo VI del GATT y el Acuerdo Antidumping, a pesar de no formar parte de la regulación antidumping también debemos mencionar a los artículos 31°, 32° y 33° de la

³¹Sykes, A. (2005). Leyes de Defensa Comercial. Chicago Sin Ataduras, documento de trabajo 240, https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1590&context=law_and_economics

³²Nota informativa: Antidumping, subvenciones y salvaguardias. (s. f.). Organización Mundial de Comercio. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/mc9_s/brief_adp_s.htm

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados toda vez que, de acuerdo con el Manual sobre el Sistema de Solución de Diferencias en la OMC³³ (documento elaborado por la misma OMC), al interpretar y aplicar tanto las normas sustantivas como las normas del procedimiento en las investigaciones por prácticas de dumping los grupos especiales y el Órgano de Apelación deben partir de las reglas de interpretación de las normas de derecho internacional público codificadas en dichos artículos.

Con respecto a la imposición de DDAA propiamente dicho, el primer requisito exigido y que está consignado en el artículo 1° de Acuerdo Antidumping es iniciar y desarrollar una Investigación de conformidad con las normas que establece el mismo acuerdo; a saber:

Sólo se aplicarán medidas antidumping (...) en virtud de investigaciones iniciadas y realizadas de conformidad con las disposiciones del presente Acuerdo (...)

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 5.1° del Acuerdo Antidumping³⁴ la Investigación se inicia a solicitud de la rama de producción nacional,

³³Organización Mundial de Comercio. (s. f.). Manual sobre el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC. En Organización Mundial de Comercio. https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/dispuhandbook17_ch01_s.pdf

³⁴Acuerdo Antidumping. *Artículo 5. Iniciación y procedimiento de la investigación.*
5.1 Salvo en el caso previsto en el párrafo 6, las investigaciones encaminadas a determinar la existencia, el grado y los efectos de un supuesto dumping se iniciarán previa solicitud escrita hecha por la rama de producción nacional o en nombre de ella.

el artículo 4.1° del mismo acuerdo la define como el conjunto de productores nacionales, o un parte importante de ellos, que fabrique un producto idéntico o que tiene características muy parecidas al producto importado a precios de dumping.

Además de la información regular que debe presentarse con toda solicitud o pedido que se formula a una autoridad, la solicitud de inicio de Investigación tiene que ir acompañada de “datos” sobre los precios al que se comercializa el producto objeto de dumping en su mercado interno y “datos” sobre su precio de exportación a precios de dumping, dicha información es necesaria para determinar la existencia de dumping. Igualmente, tienen que presentarse “datos” sobre la evolución del volumen de las importaciones objeto de dumping, el efecto de esas importaciones en los precios del producto nacional y la consiguiente repercusión de las importaciones en la rama de producción nacional, toda vez que dicha información es necesaria para determinar la existencia de daño y de relación causal.

Constatamos de lo anterior que la Investigación tiene dos componentes particulares: un componente de dumping y un componente de daño³⁵, la autoridad investigadora emite una “determinación preliminar” y una “determinación final” sobre ambos componentes³⁶; a saber:

³⁵Sykes, A. (2005). Leyes de Defensa Comercial. Chicago Sin Ataduras, documento de trabajo 240,
https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1590&context=law_and_economics

³⁶Bhala, R. (1995). Repensando las normas antidumping. Revista George Washington de Derecho Internacional y Economía, 29, Publicaciones de la facultad.
<https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1845&context=facpubs>

- a. la “determinación preliminar” se emite después de analizar la solicitud de inicio de Investigación y puede ser positiva, en cuyo caso se da inicio a la Investigación, o puede ser negativa, en cuyo caso se rechaza la solicitud; y.
- b. la “determinación final” se emite después de analizar toda la información presentada en el desarrollo de la Investigación y da por concluida la misma, pudiendo ser positiva, en cuyo caso la Investigación acaba con la imposición de DDAA, o puede ser negativa, en cuyo caso no se imponen DDAA.



CAPÍTULO II

EL PRODUCTO SIMILAR EN EL DERECHO ANTIDUMPING

2.1. EL PRODUCTO SIMILAR EN EL GATT Y EN EL ACUERDO ANTIDUMPING

2.1.1. EL PRODUCTO SIMILAR EN EL GATT

El GATT de 1994 menciona al Producto Similar en nueve de sus artículos cada uno de los cuales trata y regula una materia distinta; a saber:

- a. artículo I, *Trato general de la nación más favorecida*;
- b. artículo II, *Listas de concesiones*;
- c. artículo III, *Trato nacional*;
- d. artículo VI, *Derechos antidumping y derechos compensatorios*;
- e. artículo IX, *Marcas de origen*;
- f. artículo XI, *Eliminación general de las restricciones cuantitativas*;
- g. artículo XIII, *Aplicación no discriminatoria de las restricciones cuantitativas*;
- h. artículo XVI, *Subvenciones*; e
- i. artículo XIX, *Medidas de urgencia sobre la importación de productos determinados*.

Ninguno de los nueve artículos define el Producto Similar, pero en todos es el término que identifica a los productos sobre los que recaen los derechos y obligaciones que

establece cada uno de ellos³⁷. Los artículos III y XIX del acuerdo además de mencionar el Producto Similar incorporan al Producto Directamente Competidor o Producto Sustituto Directo (en adelante Producto Competidor), y lo hacen de manera tal que genera una vinculación entre ambos.

Ante la falta de definición de Producto Similar el GATT recurrió a las definiciones desarrolladas previamente por la Liga de Naciones (1920 - 1946) y en el Código Antidumping de 1967, tal como detalla el Informe del Grupo Especial en el asunto Programa comunitario europeo de precios mínimos de importación, licencias y depósitos de garantía para determinadas frutas y verduras procesadas (1978)³⁸; y, en base a ellas, entendió que el Producto Similar es un producto idéntico o que tiene características muy parecidas a otro producto, en todos los casos y en todas las disposiciones que mencionan al Producto Similar en el GATT de 1947.

El GATT también entendió que el Producto Similar era distinto al Producto Competidor, en ese sentido, el Informe de las Partes Contratantes en el asunto Australia subsidio al sulfato de amonio (1950), señaló que *el Acuerdo General hacía una distinción entre*

³⁷ Bronckers, M., & McNelis, N., Repensando la definición de Producto Similar en las normas antidumping de la OMC. En Revista de Comercio Mundial, (33)3. <https://www.researchgate.net/publication/294612016>

³⁸ 4.12. (...) Durante este examen, el Grupo Especial tomó nota de la definición de la Liga de las Naciones de "prácticamente idéntico a otro producto" y de las interpretaciones divergentes de esos términos por las partes contratantes en diferentes contextos. El Grupo Especial tomó nota además de la definición de "producto similar" que figura en el Código Antidumping del GATT [idéntico o que tiene características muy parecidas a otro producto] y de las definiciones de "bienes idénticos" y "bienes similares" que figuran en las Notas explicativas sobre valoración en aduana de la definición de valor de Bruselas del Consejo de Cooperación Aduanera.

*"productos similares" y "productos directamente competidores o sustituibles entre sí"*³⁹.

En conclusión, el GATT entiende que el Producto Similar es un producto idéntico o que tiene características muy parecidas al producto con el que se compara y, adicionalmente, que es distinto al Producto Competidor.

Posteriormente, el GATT modifica su forma de tratar el Producto Similar y en su lugar entiende que no existe una definición única y absoluta de lo que es similar y, del mismo modo, que el término Producto Similar tiene que ser objeto de interpretación considerando el contexto, objeto y finalidad de la disposición que pretende aplicarse, así como el objeto y fin del acuerdo donde obra la disposición que pretende aplicarse y las circunstancias particulares en cada caso. En ese sentido, podemos mencionar los Informes del Órgano de Apelación en el asunto Japón - Bebidas alcohólicas II (1996)⁴⁰ y en el asunto CE- Amianto (2001)⁴¹.

³⁹Informe de las Partes Contratantes. (1950). Australia subsidio al sulfato de amonio (1950). En Organización Mundial de Comercio (GATT/CP.4/39) https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/50amosul.pdf

⁴⁰Informe del Órgano de Apelación. (1996) Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas. En Organización Mundial de Comercio. <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/8ABR.pdf&Open=True>

⁴¹Informe del Órgano de Apelación. (2001). Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto. En Organización Mundial de Comercio (WT/DS135/AB/R). <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/135ABR.pdf&Open=True>

Ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 31° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴² y en razón a que el GATT no define el Producto Similar y, adicionalmente, lo incorpora en diversas regulaciones cada cual con un contexto, objeto y fin distinto. Al respecto, el Manual sobre el Sistema de Solución de Diferencias en la OMC señala que al interpretar y aplicar las disposiciones de la OMC, los grupos especiales y el Órgano de Apelación deben partir de las reglas de interpretación de las normas de derecho internacional público codificadas en los artículos 31°, 32° y 33° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴³.

El GATT también modifica posteriormente su forma de entender la distinción entre Producto Similar y Producto Competidor. En ese sentido, reconoce que los Productos Similares son una subcategoría de los Productos Competidores, que todos los Productos Similares son por definición Productos Competidores, mientras que no todos los Productos Competidores entre sí son Productos Similares. En ese sentido podemos mencionar el Informe del Órgano de Apelación en el asunto Corea – Impuestos a las bebidas alcohólicas (1999)⁴⁴ que señala lo siguiente:

⁴²Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

31. Regla general de interpretación

- 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*

⁴³Organización Mundial de Comercio. (s. f.). Manual sobre el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC. En *Organización Mundial de Comercio*. https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/dispuhandbook17_ch01_s.pdf

⁴⁴Informe del Órgano de Apelación. (1999). Corea – Impuestos a las bebidas alcohólicas (1999). En *Organización Mundial de Comercio* (WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R). <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/75ABR.pdf&Open=True>.

Los productos “similares” son una subcategoría de los productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí: todos los productos similares son, por definición, productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí, mientras que no todos los productos “directamente competidores o directamente sustituibles entre sí” son productos “similares”. El concepto de producto similar debe interpretarse en sentido restringido, pero la categoría de productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí es más amplia.⁴⁵

En conclusión, el GATT entiende que el Producto Similar no tiene un contenido propio y en sí mismo⁴⁶ y agrega que tiene que interpretarse teniendo en cuenta el contexto, objeto y fin de la disposición que lo menciona, así como las circunstancias particulares de cada caso. Pero, el Producto Similar es siempre y en todos los casos un Producto Competidor del producto con el que es comparado.

⁴⁵Informe del Órgano de Apelación. (1999). Corea – Impuestos a las bebidas alcohólicas (1999). En Organización Mundial de Comercio (WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R). <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/75ABR.pdf&Open=True>.

⁴⁶Al respecto, véanse Horn, H., & Mavroidis, P. (2004) Todavía confuso después de todos estos años: La definición de Trato Nacional en el GATT/OMC en el caso de Discriminación Tributaria. En Revista Europea de Derecho Internacional, 15(1). <https://doi.org/10.1093/ejil/15.1.39>; así como Bronckers, M. & McNelis, N. (1999), Repensando la definición de Producto Similar en las normas antidumping de la OMC. En Revista de Comercio Mundial (33)3. https://www.researchgate.net/publication/294612016_Rethinking_the_Like_Product_Definition_in_WTO_Antidumping_Law.

2.1.2. EL PRODUCTO SIMILAR EN EL ACUERDO ANTIDUMPING A PARTIR DE 1994

Empezamos destacando que el OSD reconoce que el Producto Similar es por definición un Producto Competidor de aquel con el que se compara, lo que debe tomarse en cuenta junto con la definición de Producto Similar que obra en el artículo 2.6° del Acuerdo Antidumping; a saber:

2.6 En todo el presente Acuerdo se entenderá que la expresión "producto similar" ("like product") significa un producto que sea idéntico, es decir, igual en todos los aspectos al producto de que se trate, o, cuando no exista ese producto, otro producto que, aunque no sea igual en todos los aspectos, tenga características muy parecidas a las del producto considerado.

Al respecto, empezamos señalando que el texto transcrito es absolutamente claro cuando establece dos categorías en la definición de Producto Similar, una principal, según la cual el producto examinado tiene que ser idéntico al producto con el que se compara, y una supletoria, que sólo se aplica cuando no existe un producto idéntico y que exige que el producto examinado tenga características muy parecidas a las del producto con el que se compara.

Con respecto a la primera categoría destacamos los términos rígidos y absolutos en los que está redactada, puesto que sólo califica como Producto Similar aquel que es idéntico en todos y cada uno de los aspectos del producto con el que se compara. Si

tenemos en consideración que los productos tienen tantos distintos aspectos como distintas aproximaciones a partir de las cuales pueden ser analizados y/o comparados, la pregunta que surge de inmediato es ¿qué aspectos tienen que ser tomados en consideración? El Acuerdo Antidumping no señala nada al respecto por lo que debe entenderse que el producto examinado tiene que ser exactamente igual al producto con el que se compara en absolutamente todos sus aspectos.

Con respecto a la segunda categoría que consideramos supletoria destacamos que está redactada en términos relativos y flexibles, toda vez que sólo exige que el producto examinado tenga características muy parecidas a las del producto con el que se compara⁴⁷; sin embargo, el Acuerdo Antidumping no señala cuáles son dichas características.

Ahora bien, si comparamos la primera categoría con la segunda observamos que la primera hace referencia a los “aspectos” de los productos mientras que la segunda se refiere a sus “características”, sin embargo, el Acuerdo Antidumping no define ni proporciona orientación con respecto a qué debe entenderse por cada uno de estos elementos.

⁴⁷Bronckers, M., & y McNelis, N. (1999), Repensando la definición de Producto Similar en las normas antidumping de la OMC. En Revista de Comercio Mundial (33)3. https://www.researchgate.net/publication/294612016_Rethinking_the_Like_Product_Definition_in_WTO_Antidumping_Law

El artículo 31° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴⁸ precisa que los términos utilizados en los tratados deben interpretarse en su sentido corriente. Por lo tanto y de conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, el término “aspecto” debe ser entendido como la apariencia de las cosas a la vista⁴⁹, mientras que el término “característica” debe ser entendido como una cualidad que da carácter o sirve para distinguir a algo de sus semejantes⁵⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, el concepto de Producto Similar no puede aplicarse sin especificar los aspectos o características en virtud de las cuales se mide la similitud de los productos, resulta imposible determinar si una manzana es similar a otra sin especificar características como la calidad comestible, el sabor, el color, el tamaño u otras características, salvo que se establezcan reglas de interpretación o criterios para determinar la similitud⁵¹.

⁴⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

31. Regla general de interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

⁴⁹ Diccionario de la Lengua Española (s.f) En Real Academia Española <https://dle.rae.es/aspecto?m=form>

⁵⁰ Diccionario de la Lengua Española (s.f) En Real Academia Española <https://dle.rae.es/caracter%C3%ADstico?m=form>

⁵¹ Hudec, R. (2000) “Producto Similar”: Las diferencias en sus significados en los artículos I y III del GATT.

https://www.ivr.uzh.ch/institutsmitglieder/kaufmann/archives/fs14/iel-1/text_17_robert_hudec_complete_version.pdf

No obstante lo anterior, debemos destacar que la definición de Producto Similar en el Acuerdo Antidumping es exactamente igual a la definición en el Código Antidumping de 1979 de la Ronda de Tokio;

Código Antidumping de 1979.

Artículo 2.2. En todo el presente Código se entenderá que la expresión "producto similar" ("like product") significa un producto que sea idéntico, es decir, igual en todos los aspectos al producto de que se trate, o, cuando no exista ese producto, otro producto que, aunque no sea igual en todos los aspectos, tenga características muy parecidas a las del producto considerado

y a la definición en el Código Antidumping de 1967 de la Ronda Kennedy

Código Antidumping de 1967.

Artículo 2. b) En todo el presente Código, la expresión «producto similar» («like product» - «produit similaire») se interpretará en el sentido de un producto que sea idéntico, es decir, igual en todos los aspectos al producto de que se trate, o, cuando no exista ese producto, a otro producto que, si bien no sea igual en todos los aspectos, tenga características muy parecidas a las del producto considerado.

Lo anterior demuestra que la definición de Producto Similar que se aplica actualmente tiene una antigüedad superior a los cincuentaicuatro (54) años y tiene como contexto el estado de la ciencia y desarrollo tecnológico existentes antes de 1967.

A ello debemos agregar que, la Ronda Kennedy trata el dumping debido a el uso arbitrario de la normativa antidumping se veía como perniciosa para el libre comercio y con el propósito de garantizar su correcta aplicación y eliminar la posibilidad de darle fines proteccionistas o mercantilistas⁵². En dicho contexto, la definición de Producto Similar en el Código Antidumping de 1967 de la Ronda Kennedy (y, por ende, la definición en el Acuerdo Antidumping) antes que responder al propósito y finalidad real de la normativa antidumping, tiene como objetivo limitar artificialmente su campo de aplicación para evitar su uso indiscriminado y evitar fines proteccionistas.

En conclusión, el Producto Similar en el Acuerdo Antidumping es un producto idéntico en todos sus aspectos o que tiene características muy parecidas al producto con el que se compara y que, al no precisar cuáles son los aspectos o características que deben examinarse para determinar la similitud, requiere de reglas de interpretación o criterios para su determinación. Sin embargo, en todos los casos, se trata de un Producto Competidor de aquel con el que se compara ya que así lo establece el Informe del Órgano de Apelación en el asunto Corea Impuestos a las bebidas alcohólicas (1999)⁵³.

⁵²Al respecto, véanse Cruz, O. (2007). Antecedentes del Sistema contra Prácticas Desleales de Comercio en México. La evolución de las disposiciones antidumping. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, X(119) <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3920>; así como_ Millet, M. (2001). La regulación del comercio internacional: del GATT a la OMC. Colección De Estudios Económicos, 24. https://www.caixabankresearch.com/sites/default/files/content/file/2016/09/ee24_esp.pdf; también Sykes, A. (2005). Leyes de Defensa Comercial. Chicago Sin Ataduras, documento de trabajo 240, https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1590&context=law_and_economics

⁵³Informe del Órgano de Apelación. (1999). Corea – Impuestos a las bebidas alcohólicas (1999). En Organización Mundial de Comercio (WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R).

2.2. CARACTERÍSTICAS PARA DETERMINAR EL PRODUCTO SIMILAR

Hemos señalado en el numeral 2.1 anterior que el GATT entiende y trata al Producto Similar como un producto idéntico o que tiene características muy parecidas al producto con el que se compara y, del mismo modo, que el concepto de similitud no puede aplicarse sin especificar los aspectos o características en virtud de las cuales se mide la semejanza de los productos, salvo que se establezcan reglas de interpretación o criterios para determinar la similitud⁵⁴.

En 1970, el Informe del Grupo de Trabajo en Medidas en Frontera del GATT propone las siguientes reglas de interpretación o criterios para determinar la similitud de los productos (en adelante los Criterios); a saber:

*18. (...) Se sugirieron algunos criterios para determinar, caso por caso, si el producto es "similar": los usos finales del producto en un mercado determinado; los gustos y hábitos de los consumidores, que cambian de un país a otro; las propiedades del producto, naturaleza y calidad.*⁵⁵

Los Criterios, a los que posteriormente se incorpora la clasificación arancelaria de los productos, fueron adoptados por el GATT y aplicados por la gran mayoría de grupos

<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/75ABR.pdf&Open=True>.

⁵⁴Hudec, R. (2000). "Producto Similar": Las diferencias en sus significados en los artículos I y III del GATT [shttps://www.ivr.uzh.ch/institutsmitglieder/kaufmann/archives/fs14/iel-1/text_17_robert_hudec_complete_version.pdf](https://www.ivr.uzh.ch/institutsmitglieder/kaufmann/archives/fs14/iel-1/text_17_robert_hudec_complete_version.pdf)

⁵⁵Informe del Grupo de Trabajo sobre ajustes fiscales en frontera (1970). En Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 (L/3464). <https://www.worldtradelaw.net/document.php?id=reports/gattpanels/bordertax.pdf>

especiales en el marco del GATT de 1947. En ese sentido, el Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Japón -Bebidas alcohólicas II* (1996) recuerda que: *Este enfoque se siguió en casi todos los informes de grupos especiales adoptados después del de los ajustes fiscales en frontera.*⁴⁶

Nota de pagina 46: *La subvención concedida por Australia al sulfato de amonio, BISDII/188; Medidas de la CEE en relación con las proteínas destinadas a la alimentación animal, IBDD 25S/53; España - Régimen arancelario del café sin tostar, IBDD 28S/109; Japón - Derechos de aduana, impuestos y prácticas de etiquetado respecto a los vinos y bebidas alcohólicas importados, IBDD 34S/94; Estados Unidos - Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas, IBDD34S/157. Véase también Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional, WT/DS2/9, adoptado el 20 de mayo de 1996.*

Con respecto a la clasificación arancelaria de los productos que se incorpora a los Criterios, el documento *Analytical Index of the General Agreement* de 1953⁵⁶ que consigna extractos de los informes y debates que se desarrollaron en cada uno de los artículos del GATT de 1947 previos a su firma, evidencia que ya en ese entonces se pensaba en dicho criterio para determinar la similitud de los productos⁵⁷.

⁵⁶Las Partes Contratantes del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. (1953). Índice Analítico del Acuerdo General. En Organización Mundial de Comercio (MGT.10/53). <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/MGT/53-10.PDF>

⁵⁷Índice Analítico del Acuerdo General de 1953. *ARTICULO I – TRATO GENERAL DE LA NACION MAS FAVORECIDA. (...) 6. “producto similar” (párrafo 1) (...) Se sugirió que la clasificación arancelaria podría usarse para determinar si los productos eran “productos similares” o no.*

Si bien los Criterios no se han integrado formalmente al texto del GATT de 1994, el OSD ha seguido aplicándolos en prácticamente en todas las controversias donde se lleva a cabo un análisis de similitud⁵⁸; en ese sentido podemos mencionar:

- a. el Informe del Grupo en el asunto Estados Unidos – Gasolina (1996)⁵⁹;
- b. el Informe del Órgano de Apelación en el asunto Japón – Bebidas alcohólicas II de 1996⁶⁰;
- c. el Informe del Órgano de Apelación en el asunto CE- Amianto del 2001⁶¹;
- d. el Informe del Grupo Especial en el asunto UE y determinados Estados miembros — Aceite de palma (Malasia) del 2024⁶².

⁵⁸Potts, J. (2008). La legalidad de los PMP en el marco del GATT: desafíos y oportunidades para una política comercial sostenible. En Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible. <https://www.iisd.org/publications/legality-ppms-under-gatt-challenges-and-opportunities-sustainable-trade-policy#:~:text=Following%20an%20examination%20of%20the,given%20measure%20is%20favoured%20by>

⁵⁹Informe del Grupo. (1996). Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional. En Organización Mundial de Comercio (WT/DS2/R). <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/2R.pdf&Open=True>

⁶⁰Informe del Órgano de Apelación. (1996). Japón - Bebidas alcohólicas II (1996). En Organización Mundial de Comercio (WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R). <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/8ABR.pdf&Open=True>

⁶¹Informe del Órgano de Apelación. (2001). Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto. En Organización Mundial de Comercio (WT/DS135/AB/R). <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/135ABR.pdf&Open=True>

⁶²Informe del Grupo Especial. (2024). Unión Europea y determinados estados miembros - Determinadas medidas relativas al aceite de palma y los biocombustibles basados en cultivos de palma de aceite. En Organización Mundial de Comercio (WT/DS600/R). <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/WT/DS/600R.pdf&Open=True>

Cabe destacar que el OSD utiliza los Criterios establecidos en el marco del GATT de 1947 a pesar que dicha norma fue incorporada al GATT de 1994. Ello obedece a que el texto del GATT de 1994 es exactamente igual al texto del GATT de 1947 y, de manera particular, responde a que *las disposiciones del GATT de 1947, incorporadas en el GATT de 1994, siguen teniendo efecto jurídico como parte del GATT de 1994, que a su vez es uno de los componentes del Acuerdo sobre la OMC*⁶³.

Lo anteriormente señalado responde a que el cambio no significó que no existiera continuidad entre uno y otro⁶⁴; en particular, si tenemos en consideración que el artículo XVI.1 del Acuerdo que establece la OMC dispuso que *[s]alvo disposición en contrario en el presente Acuerdo o en los Acuerdos Comerciales Multilaterales, la OMC se regirá por las decisiones, procedimientos y práctica consuetudinaria de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947 y los órganos establecidos en el marco del mismo.*

A mayor abundamiento, el OSD en el Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas II* (1996), señala que *[l]os informes adoptados de los grupos especiales son una parte importante del acervo del GATT. Los grupos especiales posteriores suelen examinarlos. Estos informes crean expectativas*

⁶³El GATT de 1947 y el GATT de 1994: ¿cuál es la diferencia? (s.f.). Organización Mundial de Comercio. www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legalexplgatt1947_s.htm

⁶⁴Bermejo, R., & San Martín, L. (1996). Del GATT a la Organización Mundial del Comercio: análisis y perspectivas de futuro. En Anuario de derecho internacional, XII. <https://core.ac.uk/download/pdf/83570859.pdf>

legítimas en los Miembros de la OMC y, por consiguiente, deben tenerse en cuenta cuando son pertinentes para una diferencia⁶⁵.

En este punto, debemos recordar que el GATT entiende el Producto Similar como un producto idéntico o que tiene características muy parecidas a otro producto, debido a ello todos y cada uno de los Criterios:

- a. responden a la misma premisa: el Producto Similar es un producto idéntico o que tiene características muy parecidas a otro producto; y
- b. únicamente examinan aquellos aspectos que permitan determinar si los productos comparados son idénticos o tienen características muy parecidas.

Debido a ello, el examen similitud al que se somete un producto cualquiera y en el que se aplican los Criterios establecidos por el GATT, sólo permite llegar a dos conclusiones válidas: i) el producto si es idéntico o si tiene características muy parecidas al producto con el que se compara; o ii) el producto no es idéntico o no tiene características muy parecidas al producto con el que se compara.

Como consecuencia de lo antes expuesto verificamos que todo examen de similitud que realice el OSD utilizando los Criterios, independientemente de la norma que está

⁶⁵Informe del Órgano de Apelación. (1996). Japón - Bebidas alcohólicas II (1996). En Organización Mundial de Comercio (WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R). <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/8ABR.pdf&Open=True>.

siendo aplicada o del tratamiento particular que pueda o pretenda reconocerle al Producto Similar:

- a. sólo toma en consideración aquellos aspectos que le permitan determinar si los productos comparados son idénticos o tienen características muy parecidas; y
- b. el único resultado válido que puede y está en capacidad de arrojar es si el producto examinado es o no, idéntico o tiene características muy parecidas al producto con el que se compara.

Sin embargo, constatamos que en algunas Diferencias el OSD ha utilizado los Criterios para determinar la existencia o no de una relación de competencia, en ese sentido podemos mencionar:

- a. el Informe del Órgano de Apelación en el asunto CE- Amianto (2001), que señala lo siguiente:

99. *Así pues, una determinación de la "similitud" en el marco de dicho párrafo es, fundamentalmente, una determinación de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos.*

109. *Estimamos que, habiendo adoptado un enfoque basado en los cuatro criterios expuestos en Ajustes fiscales en frontera, el Grupo Especial debió haber examinado los elementos de prueba relativos a cada uno de esos cuatro criterios (...)*⁶⁶

⁶⁶Informe del Órgano de Apelación. (2001). Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto. En Organización Mundial de Comercio (WT/DS135/AB/R).

- b. el Informe del Grupo Especial en el asunto UE y determinados Estados miembros — Aceite de palma (Malasia) de 2024:

7.422. Las partes coinciden en que, análogamente a los artículos I.1 y III.4, el análisis de la similitud en el marco del artículo 2.1 conlleva una determinación de la "naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos". Las dos partes también se basan, en sus comunicaciones, en cuatro criterios pertinentes para la evaluación de los productos similares: (...)

7.424. El Grupo Especial seguirá el mismo enfoque general teniendo presente que el concepto de "productos similares" puede variar en función de la obligación específica en cuestión y que los cuatro criterios de similitud no están "impuestos por un tratado" ni constituyen "una lista cerrada de criterios" para determinar la "caracterización jurídica de los productos. (...)

Por lo tanto y siendo que el OSD reconoce que no existe una definición única y absoluta de lo que es similar, la aplicación de los Criterios sólo resulta válida y sólo permite determinar correctamente el Producto Similar en aquellos casos en los que, previamente y como consecuencia de interpretar el contexto, objeto y fin del acuerdo que se aplica y las circunstancias particulares en cada caso, se defina al Producto

<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/135ABR.pdf&Open=True>

Similar como un producto que es idéntico o tiene características muy parecidas al producto con el que se compara.

En el caso particular los criterios utilizados para determinar el Producto Similar en materia de dumping (en adelante Criterios Dumping), Czako Judith y otros en su Manual para las Investigaciones Antidumping⁶⁷ listan los Criterios Dumping mayormente empleados en las investigaciones por prácticas de dumping; a saber:

- a. características físicas del producto;
- b. el grado de sustitución en el nivel comercial;
- c. materias primas empleados en su fabricación;
- d. los procesos productivos y tecnología utilizada en la fabricación de los productos;
- e. los usos y funciones de los productos;
- f. las especificaciones técnicas;
- g. precio;
- h. calidad;
- i. clasificación arancelaria;
- j. canales de distribución y marketing de los productos;

⁶⁷Czako, J., Human, J., & Miranda, J. (2003). Manual para las investigaciones antidumping. Cambridge University Press.

- k. la presencia de instalaciones de fabricación comunes o el uso de empleados comunes en la fabricación de la mercancía;
- l. la percepción del producto por parte de los consumidores y productores; y
- m. el prestigio de la marca.

Siendo que el artículo 2.6° del Acuerdo Antidumping de 1994 define al Producto Similar como un producto idéntico o que tiene características muy parecidas a otro producto, todos y cada uno de los Criterios Dumping tienen como único propósito o finalidad determinar si el producto examinado es o no, idéntico o tiene características muy parecidas al producto con el que se compara.

2.3. IMPLICANCIAS DE LA DETERMINACIÓN DEL PRODUCTO SIMILAR EN LAS INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS DE DUMPING.

En las investigaciones por prácticas de dumping el Producto Similar interviene en la determinación de la existencia de dumping y en la determinación de la rama de producción nacional, en cada una de dichas intervenciones cumple una función distinta cuyas implicancias analizamos en este punto.

En lo que atañe a la intervención en la determinación de la existencia de dumping debemos tener en cuenta lo establecido en el artículo 2.1° del Acuerdo Antidumping:

2.1 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.

Como se aprecia, en el citado artículo, el Producto Similar cumple la función de identificar al producto que se comercializa en el mercado interno del país de origen del producto importado a precios de dumping (o que se exporta a tercer país) y que es similar a él, puesto que el precio al que se comercializa el producto objeto de dumping en su mercado interno (o se exporta a un tercer país) es un *precio comparable* que permite determinar si el producto es importado a precios de dumping o no.

El punto de referencia por definición para encontrar el *precio comparable* es el precio de comercialización en el mercado interno del exportador⁶⁸, en ese mismo sentido, el Informe del Grupo Especial en el asunto Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos (2004) señala que, *el párrafo 1 del artículo 2 deja claro que el punto de partida para el valor normal es "el*

⁶⁸Sykes, A. (2005). Leyes de Defensa Comercial. Chicago Sin Ataduras, documento de trabajo 240, https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1590&context=law_and_economics

*precio comparable (...)", del producto similar cuando está destinado al consumo en el país exportador. (...)*⁶⁹

Ahora bien, si tenemos en consideración que para determinar la existencia de dumping y para calcular el margen de dumping es necesario contar con el "valor normal" del producto objeto de dumping, y el "valor normal" se calcula en base al precio de un Producto Similar cuando se comercializa en el mercado interno del país de origen del producto objeto de dumping, verificamos que la determinación del Producto Similar repercute y/o tiene implicancias en: i) el cálculo del valor normal; ii) la determinación de la existencia de dumping y iii) el cálculo del margen de dumping.

De otra parte, en lo que atañe a la intervención en la determinación de la rama de producción nacional (en adelante RPN) se debe tener en consideración que de conformidad con lo establecido en el artículo 4.1° del Acuerdo Antidumping:

4.1 A los efectos del presente Acuerdo, la expresión "rama de producción nacional" se entenderá en el sentido de abarcar el conjunto de los productores nacionales de los productos similares, o aquellos de entre ellos cuya producción conjunta constituya una proporción importante de la producción nacional total de dichos productos. (...)

⁶⁹Informe del Grupo Especial. (2004). Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos. En Organización Mundial de Comercio (WT/DS268/R)

<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/268R-00.pdf&Open=True>.

El Producto Similar cumple la función de identificar al producto fabricado por los productores nacionales que es similar al producto objeto de dumping y, adicionalmente, define la RPN (conjunto de productores nacionales, o una parte importante de ellos, que fabrican Productos Similares al producto objeto de dumping).

Con respecto a la definición de RPN en el Acuerdo Antidumping, debemos destacar que es exactamente igual a la definición de producción nacional para la determinación de la existencia de daño en el Código Antidumping de 1967 de la Ronda Kennedy; a saber:

Artículo 4

Definición del término "producción"

a) A los efectos de la determinación del perjuicio, la expresión «producción nacional» se entenderá en el sentido de abarcar el conjunto de los productores nacionales de los productos similares, o aquellos de entre ellos cuya producción colectiva de los productos constituya una parte principal de la producción nacional total de dichos productos.

En este punto y tal como hemos desarrollado en el numeral 2.1.2. de la presente investigación, la Ronda Kennedy trata el dumping debido a que la aplicación indiscriminada de la legislación antidumping se veía como perjudicial al libre comercio

y con el propósito de garantizar su correcta aplicación y eliminar la posibilidad de darle fines proteccionistas o mercantilistas⁷⁰.

En dicho contexto, la definición de producción nacional en el Código Antidumping de 1967 de la Ronda Kennedy (y, por ende, la definición en RPN en el Acuerdo Antidumping) antes que responder al propósito y finalidad real de la normativa antidumping, tiene como objetivo limitar artificialmente su campo de aplicación para evitar su uso indiscriminado y evitar fines proteccionistas.

La determinación del Producto Similar que define la RPN, también repercute y tiene implicancias en el acceso al Derecho Antidumping ya que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.1° del Acuerdo Antidumping, sólo la RPN puede solicitar el inicio de una investigación por prácticas de dumping. Es decir, de entre todos los productores nacionales perjudicados por las importaciones a precios de dumping, los únicos que tienen el derecho o están legitimados para acceder al Derecho Antidumping son aquellos que fabrican productos idénticos o que tienen características muy parecidos a las del producto objeto de dumping.

⁷⁰Al respecto, véanse Cruz, O. (2007). Antecedentes del Sistema contra Prácticas Desleales de Comercio en México. La evolución de las disposiciones antidumping. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, X(119). <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3920>; así como Millet, M. (2001). La regulación del comercio internacional: del GATT a la OMC. Colección De Estudios Económicos, 24. https://www.caixabankresearch.com/sites/default/files/content/file/2016/09/ee24_esp.pdf; también Sykes, A. (2005). Leyes de Defensa Comercial. Chicago Sin Ataduras, documento de trabajo 240, https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1590&context=law_and_economics

A lo antes mencionado, debemos agregar que el artículo 5.1° del Acuerdo Antidumping revoca el derecho o legitimidad que el artículo VI del GATT les reconoce a los productores nacionales perjudicados por el dumping que *no* fabrican productos idénticos o con características muy parecidas a las del producto objeto de dumping, para acceder al Derecho Antidumping.

Al respecto, empezamos citando el artículo VI del GATT cuando señala que *el dumping (...) es condenable cuando causa o amenaza causar un daño importante a una rama de producción existente*, a partir de lo cual comprobamos que la RPN es el término que identifica a los productores nacionales perjudicados por las importaciones a precios de dumping.

Ahora bien, desde el momento que el artículo VI del GATT no define la RPN y no establece requisito alguno para ser reconocido o integrar la RPN (como podría ser, fabricar un producto idéntico o que tiene características muy parecidas al producto objeto de dumping), verificamos que todos los productores nacionales perjudicados por las importaciones a precios de dumping ya sea que fabriquen o no, productos idénticos o con características muy parecidas a las del producto objeto de dumping, forman parte de la RPN y, en consecuencia, tienen el derecho y están legitimados para acceder al Derecho Antidumping.

Así las cosas, constatamos que el derecho o legitimidad que el artículo VI del GATT les reconoce a los productores nacionales que *no* fabrican productos idénticos o con

características muy parecidas a las del producto objeto de dumping para acceder al Derecho Antidumping, es revocado por el artículo 5.1° del Acuerdo Antidumping.



CAPÍTULO III

NECESIDAD DE ACTUALIZAR LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES QUE SE UTILIZAN PARA DETERMINAR EL PRODUCTO SIMILAR

3.1. ¿QUÉ ES UNA RELACION DE COMPETENCIA ENTRE PRODUCTOS?

Como elemento inicial en este punto, empezaremos haciendo referencia a lo señalado en el Informe del Órgano de Apelación en el asunto Corea – Impuestos a las bebidas alcohólicas (1999)⁷¹ del cual extraemos las siguientes ideas que consideramos centrales; a saber:

- a. la relación de competencia describe un determinado tipo de relación entre productos, cuya esencia radica en que los productos están en competencia;
- b. los productos que tienen una relación de competencia son productos intercambiables entre sí o se ofrecen como medios alternativos para satisfacer una necesidad o inclinación determinada de los consumidores; y
- c. el entorno donde se verifica la relación de competencia es el mercado en todos los casos, por ser el escenario donde se verifica la elección de los productos ofertados por parte de los consumidores.

⁷¹Informe del Órgano de Apelación. (1999). Corea – Impuestos a las bebidas alcohólicas (1999). En Organización Mundial de Comercio (WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R). <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/75ABR.pdf&Open=True>

Los términos que se utilizan para identificar o hacer referencia a los productos que están en relación de competencia son “productos competidores”, “productos sustitutos” o “productos sustitutivos”. Los productos sustitutos/sustitutivos son aquellos que pueden ser sustituidos por otros que satisfacen la misma necesidad del consumidor, en otras palabras, se trata de aquellos productos que compiten entre sí en el mercado⁷².

Según Fouad Sabry⁷³, dos productos son competidores o sustitutos/sustitutivos entre sí cuando los consumidores pueden utilizarlos con el mismo propósito, para lo cual deben cumplirse los siguientes requisitos:

- a. los productos deben tener características de rendimiento idénticas o comparables;
- b. deben tener el mismo propósito o un propósito comparable; y
- c. deben comercializarse en el mismo mercado.

Si bien en este punto de nuestra investigación tratamos la sustituibilidad de los productos desde el lado de la demanda (es decir, cómo perciben los consumidores a los productos), debemos mencionar que también existe la sustituibilidad de los productos desde el lado de la oferta. Solamente para fines didácticos, precisamos que

⁷²Los bienes sustitutivos y los bienes complementarios, ¿qué son?. (s.f.) ilerna <https://www.ilerna.es/blog/bienes-sustitutivos-complementarios>

⁷³Sabry, F. (2024). Buena Sustituta: Revelando la economía de la elección e impulsando sus decisiones: Vol. 338 de Ciencias Económicas. Mil millones de conocimientos. https://www.google.com.pe/books/edition/Buena_sustituta/AEfzEAAAQBAJ?hl=es-419&gbpv=1&dq=productos+sustitutivos+microeconomia&printsec=frontcover

la sustituibilidad desde el lado de la oferta examina y establece la capacidad que tienen las empresas para reconvertir su producción, en un lapso de tiempo breve y sin que ello le demande costos significativos, hacia otro producto⁷⁴.

Bajo ese marco, destacamos que la sustituibilidad desde el lado de la demanda es determinada únicamente por la percepción que tienen los consumidores de las características de los productos comparados, lo que los lleva a concluir si los productos comparados son sustitutos/sustitutivos entre sí y, por lo tanto, competidores uno del otro.

En ese sentido, independientemente de si es real o es inducida artificialmente, la percepción de los consumidores con respecto a que los productos no son sustitutos entre sí, no puede ser desestimada ni siquiera cuando resulta de una campaña publicitaria y a pesar que los productos comparados sean físicamente idénticos⁷⁵.

⁷⁴Diez, F. (2022). Derecho de la Competencia: Tema 3. La definición del mercado relevante. https://www.fernandodiezestella.com/derecho_competencia/tema_03.pdf

⁷⁵Al respecto, véanse Bronckers, M., & McNelis, N. (2009). Repensando la definición de “Producto Similar” en las normas antidumping de la OMC. En Revista de Comercio Mundial 33(3) <https://www.researchgate.net/publication/294612016>; así como Horn, H., & Mavrodís, P. (2004). Todavía confuso después de todos estos años: la interpretación del trato nacional en la jurisprudencia del GATT/OMC sobre discriminación fiscal. En Diario Europeo de Derecho Internacional, 15(1). https://www.google.com/url?sa=i&url=https%3A%2F%2Facademic.oup.com%2Fejil%2Farticle-pdf%2F15%2F1%2F39%2F1159827%2Fehh107.pdf&psig=AOvVaw15sewt6M_5CG4fCf9Gzfdg&ust=1712362849211000&source=images&cd=vfe&opi=89978449&ved=0CAcQrpoMahcKEwig6vXs5qmFAxUAAAAAHQAAAAAQBA

A mayor abundamiento, Fernando Diez⁷⁶ señala que la sustituibilidad desde el lado de la demanda hace referencia a las posibilidades y disposición que tienen los consumidores de cambiar de un producto a otro como reacción a un cambio en sus precios, y que en su análisis debe tenerse en cuenta, entre otros, que las preferencias de los consumidores dependen no sólo del precio, sino también de las características y uso de los productos.

De acuerdo con lo anterior, constatamos que los productos son competidores o sustitutos/sustitutivos entre sí debido única y exclusivamente a que así son percibidos por los consumidores y, por lo tanto, no basta con demostrar que dos productos son físicamente iguales para considerarlos sustitutos; esencialmente, son los consumidores quienes determinan si los productos son sustituibles uno con otro⁷⁷ y, por ende, si existe una relación de competencia entre ellos.

Comparamos dos tipos de calzado urbano (léase zapatillas para caminar), ambos de un solo y mismo color, confeccionados en cuero, con pasadores o calcetas, con suela de goma cocida, resistentes al agua. Hasta este punto, podríamos afirmar que se tratan de dos productos sustitutos/sustitutivos y, por lo tanto, productos competidores entre sí en el mercado.

⁷⁶Diez, F. (s.f.) Derecho de la Competencia: Tema 3. La definición del mercado relevante. https://www.fernandodiezestella.com/derecho_competencia/tema_03.pdf

⁷⁷ Pauwelyn, J. (2004). Libros recientes sobre comercio y medio ambiente: Los fantasmas del GATT todavía acechan a la OMC. En Diario Europeo de Derecho Internacional, 15(3). <https://doi.org/10.1093/ejil/15.3.57>

Incorporamos un elemento adicional, un calzado urbano es de la marca Sneakers y el otro es de la marca Louis Vuitton. Este elemento no cambia en lo absoluto ni las características ni el uso o finalidad que tienen ambos calzados, sin embargo, en sí mismo y por sí solo, repercute en la percepción que tienen los consumidores con respecto a ellos y da lugar que diferencien uno del otro y no los considere productos competidores o sustitutos/sustitutivos.

Comparamos ahora dos automóviles, ambos nuevos, ambos del mismo color, ambos sedanes, de cuatro puertas, con motor 1,600 cc, con llanta de repuesto, con el mismo número de *airbags*, cinturones de seguridad, pero por encima de todo y en particular, ambos con el mismo precio de venta.

Incorporamos ahora un elemento adicional, un automóvil es de la marca Hyundai y el otro es de la marca BMW. Este elemento no cambia en lo absoluto ni las características, ni el uso o finalidad que tienen ambos automóviles y menos aún el precio de adquisición; sin embargo, en sí mismo y por sí solo, repercute en la percepción de los consumidores con respecto a ellos (los costos de mantenimiento son distintos, los costos de los repuestos son distintos, los cuidados son distintos, uno puede ser llevado a talleres multimarca y el otro no, entre otros) y da lugar a que diferencien uno del otro y no los considere productos competidores o sustitutos/sustitutivos.

Así las cosas, el gran efecto o consecuencia que resulta del hecho que los consumidores perciban a los productos como competidores o sustitutos/sustitutivos es que la demanda de uno afecta la demanda del otro⁷⁸, lo que responde y es consecuencia de las características que presentan los productos sustitutos/sustitutivos.

iLERNA⁷⁹ consigna una explicación muy clara y sucinta de cada una de las características de los productos sustitutos/sustitutivos; a saber:

- a. demanda conjunta: la demanda de los bienes sustitutos/sustitutivos está relacionada en la medida que los consumidores pueden elegir entre uno y otro para satisfacer la misma necesidad, preferencia o gusto;
- b. elasticidad cruzada de la demanda positiva; concepto económico que describe o hace referencia al siguiente fenómeno económico: cuando el precio de uno de los productos se incrementa la demanda del otro producto se incrementa también (el principal motivo de lo anterior es que los consumidores pueden elegir entre uno y otro en razón a sus diferencias de precios y sus preferencias);
- c. competencia; los productos sustitutos/sustitutivos compiten entre sí por la decisión de compra de los consumidores por lo que buscan llamar su atención y persuadirlo; y

⁷⁸Los bienes sustitutivos y los bienes complementarios, ¿qué son?. (2019). ilerna <https://www.ilerna.es/blog/bienes-sustitutivos-complementarios>

⁷⁹Los bienes sustitutivos y los bienes complementarios, ¿qué son?. (2019). ilerna. <https://www.ilerna.es/blog/bienes-sustitutivos-complementarios>

- d. no se consumen al mismo tiempo: lo que sólo significa que cuando se elige uno de los productos sustitutos/sustitutivos no se compra el otro.

El hecho que la demanda de uno de los productos sustitutos/sustitutivos repercuta en la demanda del otro se conoce como “daño concurrencial”, es lícito cuando resulta del esfuerzo y eficiencias del competidor y será ilícito cuando responde a prácticas anticompetitivas, desleales o distorsionadoras⁸⁰.

El daño concurrencial en todos los casos, incluido en el Derecho Antidumping, se traduce en el deterioro de los indicadores económicos y financieros de la línea de producción de la empresa o industria nacional que fabrica el producto cuya demanda es perjudicada por el producto competidor o sustituto/sustitutivo⁸¹. Este deterioro puede manifestarse a través de:

- a. la disminución real o potencial de las ventas, el volumen de producción, la participación en el mercado, la productividad, el rendimiento de las inversiones, la utilización de la capacidad;

⁸⁰¿Qué es la competencia desleal? (s.f.) En Universidad Continental Escuela de Posgrado <https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/que-es-la-competencia-desleal>

⁸¹Cure, K. (2012). Análisis comparado del procedimiento y la aplicación de derechos antidumping. Colombia, Estados Unidos de América y la Unión Europea. En Pontificia Universidad Javeriana. <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/10055/CureFrancoKarlaMargarita2013.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

- b. 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 capital o la inversión; y
- c. entre otros.

Precisamente como consecuencia de todo lo anterior y en el caso particular del Derecho Antidumping, si no existe relación de competencia entre el producto objeto de dumping y el producto fabricado por la industria nacional entonces el dumping no tiene ningún efecto o consecuencia en las empresas nacionales⁸².

El Daño causado por las prácticas de dumping resulta, siempre y en todos los casos, de la existencia de un producto nacional que es directamente competidor del producto importado a precios de dumping⁸³. Por lo tanto, el hecho de comprobar que los productos no están decididamente en competencia directa sería suficiente para poder determinar que la exclusión del producto nacional del Daño, incluso siendo físicamente similares⁸⁴.

⁸²Bronckers, M., & McNelis, N. (2009). Repensando la definición de “Producto Similar” en las normas antidumping de la OMC. En Diario de Comercio Mundial 33(3). <https://www.researchgate.net/publication/294612016>

⁸³ Mosoti, V., & Gobena, A. (2007). Reglas del comercio internacional y el sector agrícola: Problemas de implementación seleccionados. En FAO Legislative Study 98. <https://digitallibrary.un.org/record/627126?ln=es>

⁸⁴ Bronckers, M., & McNelis, N. (2009). Repensando la definición de “Producto Similar” en las normas antidumping de la OMC. En Diario de Comercio Mundial 33(3). <https://www.researchgate.net/publication/294612016>

Lo señalado está en concordancia con las normas del Acuerdo Antidumping. Así, resulta necesario hacer algunos comentarios a raíz de la definición de Producto Similar en el artículo 2.6° del Acuerdo Antidumping.

Al respecto y como señalan Bronckers y McNelis, el hecho que los redactores hayan optado por no incluir el texto "directamente competitivo o sustituible" en el artículo VI del GATT y en su lugar prefirieran el término "similar", y lo hayan definido como "idéntico" o "muy parecido" en el Acuerdo Antidumping, es una clara indicación que su intención era limitar muy estrictamente la categoría de productos competitivos en el contexto antidumping. Ello, sin embargo, no significa que para llegar a una determinación de Producto Similar no deba realizarse primero un examen de la existencia o no de relación de competencia entre el producto nacional y el importado a precios de dumping.

Ahora bien, si tenemos en consideración que el daño se determina con respecto a la RPN, que es el conjunto de productores nacionales que fabrican un producto que tiene una relación de competencia con el producto objeto de dumping y, adicionalmente, que es idéntico o tiene características muy parecidas al producto objeto de dumping; verificamos que la existencia de una relación de competencia entre producto nacional y producto objeto de dumping es requisito o condición para determinar que la existencia de daño es causada por el dumping.

En dicho contexto y de conformidad con lo establecido en el artículo 3.1° del Acuerdo Antidumping, que exige como requisito para determinar la existencia de daño pruebas positivas, constatamos que:

- a. tiene que demostrarse con pruebas positivas la existencia de una relación de competencia entre el producto nacional y el producto objeto de dumping, para confirmar que el daño de la RPN es producto del dumping;
- b. el hecho que el OSD haya reconocido que los Productos Similares son por definición Productos Competidores resulta irrelevante para cumplir con el requisito que exige el artículo 3.1° del Acuerdo Antidumping, toda vez que son los consumidores quienes determinan si los productos son competidores o sustitutos/sustitutivos entre sí; y
- c. el sólo hecho de examinar y constatar que los productos son idénticos o tienen características muy parecidas no demuestra que existe una relación de competencia entre los productos comparados.

3.2 ¿CUÁNDO LA OMC HA EMPLEADO LA RELACIÓN DE COMPETENCIA PARA DETERMINAR UN PRODUCTO SIMILAR?

El OSD en diversos pronunciamientos ha reconocido expresamente que la determinación del Producto Similar en el GATT conlleva un examen de la relación de competencia existente entre los productos comparados, en ese sentido, podemos mencionar:

- a. el Informe del Grupo Especial en el asunto Filipinas – Aguardientes (2011)⁸⁵;
- b. el Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor, (2012)⁸⁶;
- c. el Informe del Órgano de Apelación en el asunto CE- Amianto (2001)⁸⁷; y
- d. el Informe del Grupo Especial en el asunto UE y determinados Estados miembros - Aceite de palma (Malasia) (2024)⁸⁸.

Al respecto, empezamos destacando que no existe ninguna duda o reticencia por parte del OSD para reconocer que la determinación de similitud en el GATT (o, lo que es lo mismo, la determinación del Producto Similar en el GATT) conlleva un examen de la naturaleza o grado de la relación de competencia existente entre los productos comparados. Ello confirma lo señalado anteriormente respecto a que el producto nacional para ser reconocido como un Producto Similar del producto objeto de

⁸⁵Informe del Grupo Especial. (2011). Filipinas – Impuestos sobre los aguardientes. En Organización Mundial de Comercio (WT/DS396/R WT/DS403/R) <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/403R-01.pdf&Open=True>

⁸⁶Informe del Órgano de Apelación. (2012). Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor. En Organización Mundial de Comercio (WT/DS406/AB/R) <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/406ABR.pdf&Open=True>

⁸⁷Informe del Órgano de Apelación. (2001). Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto. En Organización Mundial de Comercio (WT/DS135/AB/R). <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/135ABR.pdf&Open=True>

⁸⁸ Informe del Grupo Especial. (2024). UE y determinados Estados miembros — Aceite de palma (Malasia). En Organización Mundial de Comercio (WT/DS600/R). <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/WT/DS/600R.pdf&Open=True>

dumping tiene que tener, necesaria y obligatoriamente, una relación de competencia con el producto importado a precios de dumping.

Del mismo modo y siendo que las importaciones a precios de dumping dañan a los productores nacionales que fabrican Productos Similares (es decir, a los productos nacionales que compiten con el producto objeto de dumping), se confirma lo señalado en el sentido que:

- a. para que el dumping dañe a la RPN tiene que existir necesariamente una relación de competencia entre el producto nacional y el producto importado a precios de dumping; y
- b. la relación de competencia entre el producto nacional y el producto importado a precios de dumping repercute en la determinación de daño causado por el dumping.

Por otro lado, el análisis de los pronunciamientos antes listados revela que el OSD no cuestiona ni examina la existencia de la relación de competencia en base a la cual se reconoce que los productos comparados como similares. En efecto, la existencia de la relación de competencia se da por sentada desde el momento que el Informe del Órgano de Apelación en el asunto Corea – Impuestos a las bebidas alcohólicas (1999) establece que en el marco del GATT todos los Productos Similares son por definición Productos Competidores.

Nos detenemos en este punto para ahondar en el Informe del Órgano de Apelación en el asunto Corea – Impuestos a las bebidas alcohólicas (1999). Al respecto, empezamos señalando que dicho pronunciamiento se enmarca y responde a la regulación en materia de Trato Nacional en el artículo III del GATT (que menciona al Producto Similar y al Producto Competidor), toda vez que la diferencia examina si determinadas leyes fiscales adoptadas por Corea eran incompatibles con las normas en el párrafo 2 del artículo III del GATT.

El Informe del Órgano de Apelación trata los Productos Competidores y reconoce que los productos son competidores o sustitutos directos cuando existe una relación de competencia entre ellos, cita lo dicho por el Grupo Especial en la misma diferencia en el sentido que la existencia de una relación de competencia requiere de pruebas incluidas *comparaciones entre sus características físicas, sus usos finales, sus canales de distribución y sus precios*⁸⁹. Finalmente, lo que señala es que los Productos Similares son por definición Productos Competidores, pero no todos los Productos Competidores son necesariamente Productos Similares.

Ello responde a que en la diferencia se demuestra que existe una relación de competencia entre los productos comparados a pesar de sus diferencias físicas por lo que corresponde reconocerlos como Productos Competidores; debido a ello y en el

⁸⁹Informe del Órgano de Apelación. (1999). Corea – Impuestos a las bebidas alcohólicas (1999). En Organización Mundial de Comercio (WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R). <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/75ABR.pdf&Open=True>.

caso particular de los productos examinados en la diferencia, bastaría con demostrar que ellos son idénticos o tienen características muy parecidas (es decir, que son Productos Similares) para reconocer que existe una relación de competencia entre ellos.

No obstante lo anterior, el pronunciamiento del Órgano de Apelación bajo comentario es invocado y aplicado posteriormente fuera de todo contexto ya que bajo la premisa de que “todos los Productos Similares son por definición Productos Competidores”, basta con demostrar que los productos comparados son idénticos o tienen características muy parecidas para reconocer que entre ellos existe una relación de competencia.

Dejamos de lado el Informe del Órgano de Apelación en el asunto Corea – Impuestos a las bebidas alcohólicas (1999) y retomamos nuestro análisis de los pronunciamientos del OSD en los que reconoce expresamente que la determinación del Producto Similar en el GATT conlleva un examen de la relación de competencia.

Al respecto, el análisis de los pronunciamientos listados al inicio del presente punto de nuestra investigación evidencia que el OSD no considera a la relación de competencia en términos absolutos ya que se refiere al “espectro de grados de competencia o posibilidad de sustitución entre productos ofrecidos en el mercado” y examina el “ámbito restringido de competencia”, la “suficiencia de la relación de competencia”, la “relación de competencia suficientemente estrecha para ser considerados similares”. Ello obedece a que el Informe del Órgano de Apelación en el

asunto Corea – Impuestos a las bebidas alcohólicas (1999) establece que no todos los Productos Competidores son Productos Similares y que el término Productos Similares debe interpretarse en sentido restringido.

En el contexto antes descrito, verificamos que el objeto de examen de la OSD es la fuerza vinculante de la relación de competencia o sustituibilidad de los productos comparados que da lugar a reconocerlos como similares y que en el marco del GATT se presume existente dado el Informe del Órgano de Apelación en el asunto Corea – Impuestos a las bebidas alcohólicas (1999).

Ello se verifica desde el momento que los pronunciamientos antes listados señalan lo siguiente:

- a. los productos que tienen características físicas muy parecidas pueden no ser similares, si su relación de competencia o su posibilidad de sustitución es escasa;
- b. los productos que presentan diferencias físicas pueden ser considerados similares, si esas diferencias físicas tienen un efecto limitado en la relación de competencia;
- c. siempre que las diferencias entre los productos comparados, incluidas las diferencias en las materias primas, no modifiquen en lo fundamental la relación de competencia entre los productos finales, la existencia de esas diferencias no impediría constatar su similitud si, al examinar todos los factores, puede

llegarse a la conclusión de que la relación de competencia entre los productos es tal que se justifica una constatación de similitud;

- d. la diferencia en las materias primas que utilizan los productos comparados solo será pertinente para el análisis, en la medida en que afecte la relación de competencia entre los productos finales; y
- e. pueden ser reconocidos como Productos Similares aquellos que son casi perfectamente sustituibles entre sí.

Lo antes mencionado coincide con lo señalado en el punto 3.1 de la presente investigación, en el sentido que la definición de Producto Similar en materia de dumping tiene como propósito limitar muy estrictamente la categoría de productos competitivos o sustitutos en el contexto antidumping.

Tal como se ha mencionado anteriormente, constatamos que en el marco del GATT el OSD no examina ni cuestiona la existencia o no de la relación de competencia en base a la cual se reconoce que los productos comparados son similares, lo que responde a que según el Informe del Órgano de Apelación en el asunto Corea – Impuestos a las bebidas alcohólicas (1999) los Productos Similares son por definición Productos Competidores.

El sentido del pronunciamiento del OSD antes mencionado, en tanto que no se sustenta ni en la percepción de los consumidores con respecto a la sustituibilidad de los productos ni resulta de un examen del mercado, resulta artificial e insostenible

cuando afirma que los Productos Similares son por definición Productos Competidores. En particular, tratándose del Producto Similar que interviene en la determinación de la RPN que tiene como uno de sus requisitos mantener una relación de competencia con el producto objeto de dumping, que a su vez es requisito para la existencia de daño y, por lo tanto, tiene que demostrarse con pruebas positivas de conformidad con lo establecido en el artículo 3.1° del Acuerdo Antidumping.

En conclusión, el Informe del Órgano de Apelación en el asunto Corea – Impuestos a las bebidas alcohólicas (1999) en el extremo donde reconoce que los Productos Similares son por definición Productos Competidores, resulta inaplicable y no produce efectos legales en materia antidumping toda vez que la relación de competencia, en tanto que requisito para la existencia de daño, tiene que acreditarse con pruebas positivas.

3.3. ¿PORQUÉ EL PRODUCTO SIMILAR EN EL DUMPING TIENE QUE DETERMINARSE SOBRE LA BASE DE LA RELACIÓN DE COMPETENCIA?

El propósito de la presente investigación es determinar, sobre la base y de acuerdo con la normativa que administra la OMC actualmente vigente, si para reconocer la existencia del Producto Similar en materia de dumping es necesario verificar la presencia de una relación de competencia entre los productos comparados.

Para dichos efectos y a lo largo de la presente investigación, hemos analizado las funciones que cumple el Producto Similar en el desarrollo de las investigaciones por

prácticas de dumping según lo establecido en el artículo VI del GATT y en el Acuerdo Antidumping, hemos estudiado al Producto Similar determinado de conformidad con la definición del Acuerdo Antidumping, examinado los pronunciamientos emitidos por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC con respecto a la similitud de los productos y la relación de competencia, los criterios utilizados para determinar el Producto Similar, entre otros.

Todo lo anterior, nos lleva a sostener que para determinar la existencia del Producto Similar en materia de dumping es necesario constatar la presencia de una relación de competencia entre los productos comparados y, del mismo modo, nos lleva a cuestionar si es cierto que el Producto Similar en el GATT y el Producto Similar en el Acuerdo Antidumping son realmente la misma figura. Para despejar dicho cuestionamiento analizamos cada Producto Similar por separado, el análisis también demostrará que para determinar el Producto Similar en materia de dumping tiene que existir una relación de competencia entre los productos comparados.

Empezamos refiriéndonos al Producto Similar en el GATT. Hemos señalado anteriormente que el Producto Similar es mencionado en nueve artículos del GATT, por lo que se trata de una figura común a nueve materias distintas y está presente en la regulación particular de cada una de ellas, todas distintas entre sí, y, del mismo modo, que el GATT entiende y trata al Producto Similar de una única manera (un producto idéntico o que tiene características muy parecidas a otro) cualquiera sea la materia que lo mencione y a pesar que no recibe el mismo tratamiento en todas las regulaciones que lo incorporan.

En ese sentido, basta con comparar el tratamiento que recibe el Producto Similar en los artículos I, III y VI del GATT; a saber:

- a. el artículo I del GATT (*Trato general de la nación más favorecida*), utiliza el término Producto Similar para identificar o referirse a un producto, cualquiera sea su origen, que es similar a otro que recibe un trato preferencial cuando es importado de un origen en particular o se destina a él y para determinar que, por ser similar a dicho producto le corresponde recibir el mismo trato preferencial en su importación o exportación;
- b. el artículo III del GATT (*Trato nacional*), utiliza el término Producto Similar para identificar o referirse a un producto que ya ha sido importado, cualquiera sea su origen, que es similar a un producto fabricado en el país importador y para determinar que, por ser similar a dicho producto le corresponde recibir el mismo trato nacional que éste recibe; y
- c. el artículo IV del GATT (*Derechos antidumping y derechos compensatorios*), utiliza el término Producto Similar para identificar o referirse a un producto fabricado en el país de origen de un producto importado, que se comercializa en el mercado interno del país de origen de dicho producto importado y que es similar a tal producto importado, todo ello para determinar si el producto importado es objeto de prácticas de dumping.

Lo antes expuesto demuestra que el término Producto Similar no identifica o no hace referencia al mismo producto en los artículos I, III y VI del GATT, el contexto donde interviene el Producto Similar no es el mismo en los artículos I, III y VI del GATT y,

asimismo, que las consecuencias legales que resultan de ser reconocido como Producto Similar no son las mismas en los artículos I, III y VI del GATT. No obstante lo anterior, el GATT entiende que el Producto Similar en materia de “trato general de la nación más favorecida” (artículo I del GATT), en materia de “trato nacional” (artículo III del GATT), en materia de “Derechos antidumping y derechos compensatorios” (artículo VI del GATT), y en todas las demás materias que lo mencionan y a pesar que no recibe el mismo tratamiento en todas las regulaciones que lo incorporan, es siempre y en todos los casos “un producto idéntico o que tiene características muy parecidas al producto con el que se compara”.

Debido a ello, corresponde examinar los motivos o razones que llevan al GATT a entender el Producto Similar de dicha manera. La respuesta la encontramos en el “trato general de la nación más favorecida”.

Al respecto, lo primero que debemos destacar es que el GATT y el “trato general de la nación más favorecida” o simplemente “cláusula de la nación más favorecida” (en adelante cláusula NMF) tienen una vinculación especial, toda vez que para el GATT la cláusula NMF es la materia más importante de entre todas las materias que trata y regula.

Dicha vinculación especial existe incluso desde antes que el GATT entrara en vigor y se origina después de la segunda guerra mundial cuando se proponen instrumentos como el Plan Marshal, el Plan Clayton, la Carta de Colaboración Monetaria

Internacional y la Carta de la Habana para una Organización Internacional de Comercio (en adelante Carta de la Habana), todos ellos destinados a reconstruir las economías y evitar que se repitan las restricciones al comercio y pagos que se verificaron durante la primera y segunda guerras mundiales⁹⁰.

En efecto, la vinculación entre el GATT y la cláusula NMF tiene su origen en la Carta de la Habana que se negocia durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo (en adelante la Conferencia) y cuyo propósito fundamental es la liberalización del comercio internacional mediante la negociación de reducciones arancelarias multilaterales aplicando la cláusula NMF, toda vez que:

- a. en paralelo a las negociaciones para la adopción de la Carta de la Habana y con el propósito de demostrar de forma anticipada los beneficios que podrían alcanzarse con el modelo de negociaciones arancelarias basada en la cláusula NMF, se negocian reducciones arancelarias multilaterales en base a dicha cláusula⁹¹;
- b. el éxito del modelo de negociación basado en la cláusula NMF que propone la Carta de la Habana es tal que:
 - en tan sólo siete meses veintitrés países reducen sus aranceles en lo que representó la mitad del intercambio comercial existente antes de 1948;

⁹⁰Álvarez, J. (s.f.) El GATT: antecedentes y propósitos. En Instituto de investigación Jurídicas UNAM. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/download/10818/9892>

⁹¹Witker, J., & Hernández, L. (2002). Régimen jurídico del comercio exterior de México. En Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11452>

- los países sustraen de la Carta de la Habana el extremo donde trata la reducción arancelaria en base a la cláusula NMF y le reconocen un tratamiento propio, individual y diferenciado; y
- el extremo de la Carta de la Habana que se sustrae adopta el nombre de Acuerdo General sobre de Aranceles Aduaneros y Comercio o GATT por sus siglas en ingles.

Lo antes expuesto demuestra que el origen y sustento para la creación y entrada en vigor del GATT es la cláusula NMF y, por lo tanto, que su vinculación existe desde antes que el acuerdo entre en vigor.

Ahora bien, el GATT entra en vigor el 1 de enero de 1948 y su primer artículo trata la cláusula NMF lo que demuestra su importancia para el acuerdo⁹². Sin embargo, la especial vinculación e importancia de la cláusula NMF en el GATT se verifica desde el momento que es la *pedra angular del sistema del GATT [cuyo] objetivo general fue reducir los obstáculos al comercio*⁹³, es la base por la cual se otorgan concesiones

⁹²Los principios del sistema de comercio. (s.f.). Organización Mundial de Comercio. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm

⁹³Organización Mundial de Comercio (2007). Informe sobre el comercio mundial 2007: Sesenta años del Sistema Multilateral de Comercio: logros y desafíos. https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/anrep_s/world_trade_report07_s.pdf

arancelarias multilaterales⁹⁴ y al amparo de ella se negocian hasta 1994 un total de 45,000 concesiones arancelarias y una disminución en los aranceles del 35%⁹⁵.

El análisis y demostración de la vinculación e importancia que tiene la cláusula NMF para el GATT resultan necesarios, ya que nos permite asumir válidamente que sólo las funciones que desempeña el Producto Similar en la cláusula NMF se toman en consideración para determinar la forma de entender el Producto Similar en el GATT y, del mismo modo, que el propósito atrás de dicha decisión fue garantizar la aplicación real, práctica y efectiva de la cláusula NMF.

Con respecto a la cláusula NMF en el comercio internacional de bienes verificamos que ella da lugar a que toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad otorgado por un país miembro del GATT a un producto originario de otro país o destinado a él, tiene que ser otorgado inmediata e incondicionalmente a todo Producto Similar originario de los otros países miembros del GATT o destinado a ellos⁹⁶.

⁹⁴Llona, C., & de la Cruz-Díaz M. (s.f). La importancia de un sistema basado en reglas para el comercio internacional. Repositorio ULima. Facultad de Ciencias Empresariales y Económicas. <https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/18256/Comercio%20Basado%20en%20Reglas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁹⁵Millet, M. (2001). La regulación del comercio internacional: del GATT a la OMC. Colección De Estudios Económicos, 24. https://www.caixabankresearch.com/sites/default/files/content/file/2016/09/ee24_esp.pdf

⁹⁶Comunidad Andina (2002). El principio de nación más favorecida en las negociaciones sobre acceso a mercados del ALCA y consideraciones acerca de los métodos para el otorgamiento de concesiones arancelarias, documento de trabajo SG/dt 188. <http://intranet.comunidadandina.org/documentos/dtrabajo/sgdt188.pdf>

En el caso particular del GATT y de conformidad con lo establecido en su artículo I, el ámbito de aplicación de la cláusula NMF son los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestas a las importaciones o las exportaciones, entre otros⁹⁷; ello quiere decir que todo trato preferencial que otorga un país al producto originario de otro país o destinado a él en materia de derechos de aduana, entre otros, tiene que ser otorgado a todo Producto Similar cualquiera sea su origen.

Si tenemos en consideración que el trato preferencial es una excepción al trato general, el mismo va acompañado de una descripción de los elementos, características o funciones que identifican al producto que recibe dicho tratamiento toda vez que, por un lado, resulta necesario identificar claramente al producto que recibe el trato excepcional y, del otro lado, resulta necesario evitar que terceros productos no considerados accedan a dicho trato excepcional.

De acuerdo con lo anterior, verificamos que el producto que recibe el trato preferencial es aquel que presenta los elementos, características o funciones previamente identificadas por el país que lo concede y que en definitiva resultan ser los requisitos para acceder al trato preferencial. Si tenemos en consideración que la cláusula NMF extiende el trato preferencial a todo Producto Similar cualquiera sea su origen,

⁹⁷El artículo I del GATT señala que la cláusula NMF tiene como ámbito de aplicación: ... a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III.

verificamos que el Producto Similar en la cláusula NMF es aquel producto que presenta los mismos elementos, características o funciones que reúne el producto al que se le otorga el trato preferencial y virtud de lo cual lo recibe.

Como consecuencia de lo señalado en el párrafo anterior, el GATT conceptualiza al Producto Similar como un producto al que le corresponde recibir el mismo tratamiento que se le otorga al producto con el que se compara y, debido a ello, entiende que el Producto Similar es un “producto idéntico o que tiene características muy parecidas a otro producto”. Es decir, el Producto Similar es aquel producto que por ser idéntico o tener características muy parecidas a las del producto con el que se compara, le corresponde recibir el mismo tratamiento que se le otorga a él.

En este punto, sacamos a colación el hecho que la forma como el GATT entiende el Producto Similar se basa en la definición de Producto Similar en Liga de Naciones (“prácticamente idéntico a otro producto”⁹⁸), toda vez que tiene implicancias directas en la presente investigación.

Al respecto, empezamos señalando que el documento de la Liga de Naciones denominado *Recommendations of the Economic Committee Relating to Tariff Policy and the Most-Favoured-Nation Clause* de 1933 (en adelante *Recommendations Tariff Policy and NMF*), demuestra que la Liga de Naciones: i) ya propugnaba la reducción

⁹⁸Informe del Grupo Especial. (1978). Programa comunitario europeo de precios mínimos de importación, licencias y depósitos de garantía para determinadas frutas y verduras procesadas. En Organización Mundial de Comercio. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/50amosul.pdf

arancelaria y la eliminación de todo trato preferencial o discriminatorio en la importación y exportación de bienes sobre la base de la cláusula NMF y ii) ya utilizaba el Producto Similar como herramienta para instrumentalizar la cláusula NMF con la finalidad de alcanzar la reducción de los obstáculos al comercio y los aranceles.

En lo que se refiere a las condiciones que deben cumplir los productos para calificar al trato NMF, el *Recommendations Tariff Poilicy and NMF* señala lo siguiente:

“Después de determinar el ámbito de aplicación de la cláusula [NMF], se debe tener claras las condiciones que los bienes deben cumplir para calificar para el trato de nación más favorecida:

“Las dos condiciones esenciales son las siguientes:

“Las mercancías deben tener su origen en el país que goza del trato de nación más favorecida, y deben ser productos similares, en el sentido de que deben poseer las características que dan derecho a determinadas mercancías a un tratamiento aduanero determinado. (...)

[lo subrayado, resaltado y entre corchetes es nuestro]

Al tratar las características que dan derecho a que, por extensión y en mérito de la cláusula NMF, un producto reciba un tratamiento aduanero determinado, el *Recommendations Tariff Poilicy* señala lo siguiente:

“Pasando a continuación a la cuestión de qué condiciones, en cuanto a su naturaleza, deben cumplir las mercancías para tener derecho al trato de la nación más favorecida, cabe observar que dichas condiciones suelen

expresarse mediante las palabras 'igual' o 'similar' y a veces por 'idéntico'.

(...).⁹⁹

[lo subrayado y resaltado es nuestro]

Todo lo antes expuesto demuestra que la definición de Producto Similar en la Liga de Naciones, tiene como único propósito identificar las características o condiciones, *en cuanto a su naturaleza*, deben cumplir los productos para tener recibir el mismo tratamiento que se otorga al producto con el que se compara.

Lo señalado en el párrafo anterior también resulta aplicable a la forma como el GATT entiende el Producto Similar toda vez que se basa en la definición de la Liga de Naciones. A mayor abundamiento, también resulta aplicable debido a que tanto el GATT como la Liga de Naciones: i) entienden o definen el Producto Similar en base las funciones que desempeña en la cláusula NMF; y ii) propugnan la reducción arancelaria en base a la cláusula NMF. Finalmente, también resulta aplicable puesto que el primer párrafo del artículo I del GATT es *modelado siguiendo el estándar de la cláusula de la nación más favorecida de la Liga de Naciones*¹⁰⁰.

⁹⁹Liga de Naciones (1933). Recomendaciones del Comité Económico Relativas a la Política Arancelaria y la Cláusula de la Nación Más Favorecida: Serie de publicaciones de la Liga de Naciones. <https://digital.nls.uk/league-of-nations/archive/190893784#?c=0&m=0&s=0&cv=17&xywh=-2219%2C-282%2C7598%2C5632>

¹⁰⁰Índice Analítico del Acuerdo General (1953). En Organización Mundial de Comercio. <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/MGT/53-10.PDF>

Las conclusiones a las que llegamos con respecto al Producto Similar en el GATT y sobre la base de todo lo antes expuesto, son las siguientes:

- a. el término Producto Similar en el GATT hace referencia a un producto que por ser idéntico o tener características muy parecidas a las del producto con el que se compara, le corresponde recibir el mismo tratamiento que se le otorga a él;
- b. la forma como el GATT entiende el Producto Similar tiene como único propósito identificar las características o condiciones que deben cumplir los productos para tener recibir el mismo tratamiento que se otorga al producto con el que se compara;
- c. no existe nada en el texto del GATT que permita afirmar o negar válidamente que existe o no existe una relación de competencia entre el Producto Similar y el producto con el que se compara; y
- d. con respecto al Producto Similar en el artículo VI del GATT que se compara con un producto comercializado en otro país resulta materialmente imposible que tenga una relación de competencia con el producto con el que se compara.

A continuación, nos referimos al Producto Similar en el Acuerdo Antidumping. Hemos señalado anteriormente que a diferencia de lo que ocurre en el artículo VI del GATT donde el Producto Similar solo interviene en la determinación del dumping, en el Acuerdo Antidumping el Producto Similar también interviene en la determinación de daño ya que, para determinar su existencia, es requisito examinar la repercusión del dumping en la rama de producción nacional.

Si tenemos en consideración que el Acuerdo Antidumping define la rama de producción nacional como “el conjunto de productores nacionales, o una parte importante de ellos, que fabrica Productos Similares al producto objeto de dumping”, constatamos la intervención del Producto Similar en la determinación de la existencia de daño.

Por otro lado, también hemos explicado anteriormente que el daño que causa el dumping en la industria nacional es un fenómeno económico que se explica en la relación de competencia que existe entre el producto nacional y el producto objeto de dumping y, del mismo modo, que sin relación de competencia el dumping en ningún caso causa daño.

Como consecuencia y sobre la base de todo lo antes expuesto, constatamos que las importaciones de un producto a precios de dumping dañan a los productores nacionales que fabrican un Producto Similar al producto objeto de dumping, debido a que el Producto Similar tiene una relación de competencia con el producto objeto de dumping. Así las cosas, verificamos que la relación de competencia es un requisito para la existencia de daño.

En vista de lo anterior y siendo que el artículo 2.1 del Acuerdo Antidumping exige como requisito de cumplimiento obligatorio para determinar la existencia de daño que dicha decisión se base en pruebas positivas, constatamos que para determinar la existencia

de daño tiene que examinarse y constatarse la existencia de una relación de competencia entre el Producto Similar y el producto objeto de dumping.

Las conclusiones a las que llegamos con respecto al Producto Similar en el Acuerdo Antidumping son las siguientes:

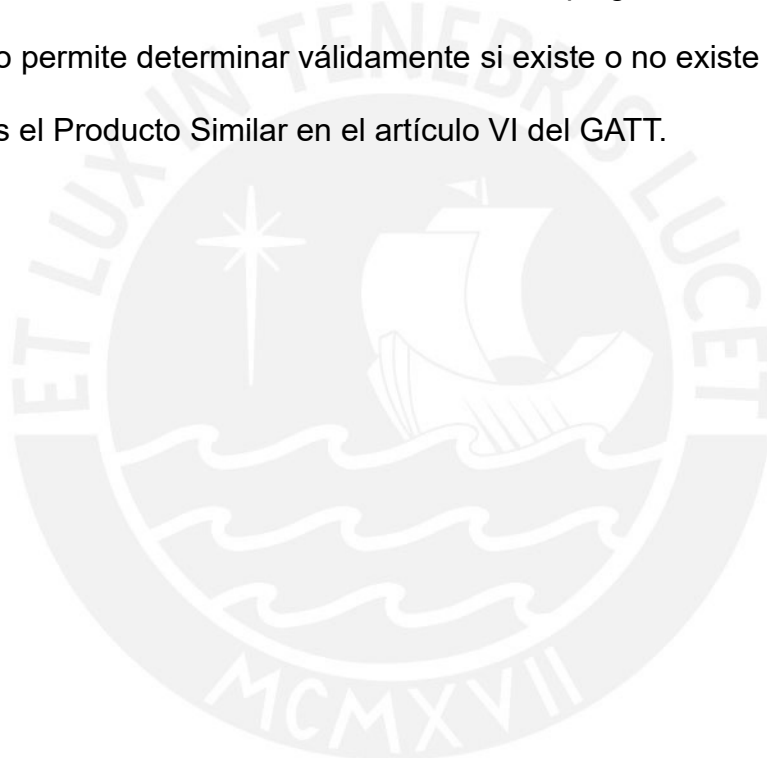
- a. el término Producto Similar en el Acuerdo Antidumping hace referencia a un producto nacional que tiene una relación de competencia con el producto objeto de dumping;
- b. el Producto Similar en el Acuerdo Antidumping es un producto nacional que tiene una relación de competencia con el producto objeto de dumping y adicionalmente, dada la definición de Producto Similar en el artículo 2.6 del mismo acuerdo, es idéntico o tiene características muy parecidas a las del producto objeto de dumping; y
- c. para determinar la existencia del Producto Similar en el Acuerdo Antidumping tiene necesariamente que constatarse la existencia de una relación de competencia entre el producto nacional y el producto objeto de dumping.

Si comparamos el Producto Similar en el artículo VI del GATT y el Producto Similar en el Acuerdo Antidumping sobre la base de todo lo antes analizado y demostrado, constatamos que se trata de dos figuras distintas.

Finalmente, el análisis de la definición de Producto Similar en el artículo 2.6 del Acuerdo Antidumping demuestra que la relación de competencia no es tomada en

consideración y no es requisito para determinar el Producto Similar. Como consecuencia de lo anterior verificamos que:

- a. la definición de Producto Similar en el Acuerdo Antidumping no describe ni corresponde a un producto que tiene una relación de competencia con el producto con el que se compara; y
- b. el Producto Similar determinado sobre la base y de conformidad con la definición en el artículo 2.6 del Acuerdo Antidumping:
 - no permite determinar válidamente si existe o no existe daño.
 - es el Producto Similar en el artículo VI del GATT.



CONCLUSIONES

La presente investigación busca responder a la pregunta que nos hemos planteado con respecto a sí, para determinar la existencia del Producto Similar en materia de dumping es necesario verificar la presencia de una relación de competencia.

Con dicho propósito, hemos comparado las normas en el Acuerdo Antidumping con las normas en el artículo VI del GATT y de entre todos los cambios que el primero introduce en el segundo, hemos brindado particular atención a la definición de Producto Similar, la definición de rama de producción nacional y la intervención del Producto Similar en la determinación de la existencia de daño.

Al examinar el origen de dichas modificaciones y los fines que persigue hemos comprobado que no son una novedad del Acuerdo Antidumping, en efecto, ya están presentes en los mismos términos en el Código Antidumping de 1967 de la Ronda Kennedy y, al mismo tiempo, que la Ronda Kennedy trata el dumping con el propósito de evitar su uso indiscriminado y evitar fines proteccionistas. Como consecuencia de lo anterior, comprobamos que las modificaciones bajo comentario tienen como propósito restringir el uso de la regulación antidumping.

Por otro lado, al examinar la intervención del Producto Similar en las investigaciones por prácticas de dumping, hemos constatado que en el artículo VI del GATT el Producto Similar *no interviene* en la determinación de la existencia de daño y, por lo tanto, en el artículo VI del GATT la relación de competencia *no es requisito* para

determinar el Producto Similar. En efecto, en el artículo VI del GATT el Producto Similar resulta de comparar dos productos que se comercializan en países distintos, debido a lo cual resulta materialmente imposible que exista una relación de competencia entre ellos.

Como consecuencia de lo señalado en el párrafo anterior, comprobamos que en el artículo VI del GATT y antes de la entrada en vigor del Acuerdo Antidumping, la determinación del Producto Similar en materia de dumping no demanda verificar la existencia de una relación de competencia. Lo anterior no quiere decir que el daño que causa el dumping no sea consecuencia de la relación de competencia que existe entre el producto nacional y el producto objeto de dumping.

En efecto, el daño que causa el dumping en la industria nacional de los países a los que se destinan los productos a precios de dumping es un fenómeno económico, que se explica en el hecho que el producto nacional y el producto objeto de dumping concurren en el mismo mercado y compiten entre sí por la decisión de compra de los mismos consumidores.

Precisamente como consecuencia de ello, es que el daño concurrencial que causan las importaciones de un producto a precios de dumping se traduce en el deterioro o amenaza de deterioro de los indicadores económicos y financieros de la industria nacional que fabrica un producto nacional que tiene una relación de competencia con el producto importado a precios de dumping.

Ahora bien, en el Acuerdo Antidumping y a pesar que no lo reconoce expresamente, comprobamos que el Producto Similar interviene en la determinación de la Rama de Producción Similar que a su vez permite que se evalúe el daño. Ello responde a los términos en los que el Acuerdo Antidumping define la rama de producción nacional y al hecho que el dumping es condenable cuando daña a la rama de producción, es decir, existe una relación causal.

En efecto, siendo que el dumping es condenable cuando daña a la rama de producción nacional y ésta resulta ser “el conjunto de productores nacionales, o una parte importante de ellos, que fabrica un *Producto Similar* al producto objeto de dumping”, constatamos que el Producto Similar interviene en la determinación de la existencia de daño.

Ahora bien, tal como hemos demostrado en la presente investigación el daño que causa el dumping en la industria nacional es un fenómeno económico que se explica en la relación de competencia que existe entre el producto nacional y el producto objeto de dumping. Como consecuencia de lo anterior, comprobamos que:

- a. en el Acuerdo Antidumping (más no en el artículo VI del GATT) el dumping daña a los productores nacionales que fabrican un Producto Similar al producto objeto de dumping, debido a que el Producto Similar tiene una relación de competencia con el producto importado a precios de dumping; y
- b. en el Acuerdo Antidumping (más no en el artículo VI del GATT) sólo el producto nacional que compite con el producto objeto de dumping puede ser reconocido como Producto Similar.

En el contexto antes descrito, comprobamos que desde la entrada en vigor del Acuerdo Antidumping para determinar el Producto Similar en materia de dumping es necesario comprobar la existencia de una relación de competencia con el producto objeto de dumping.

Por otro lado, también hemos comprobado que el Producto Similar en el Acuerdo Antidumping es una figura distinta al Producto Similar en el artículo VI del GATT. En efecto, el análisis del origen y finalidad que persigue el Producto Similar en el GATT demuestra que dicho término hace referencia a un producto que, por ser idéntico o tener características muy parecidas a las del producto con el que se compara, le corresponde recibir el mismo tratamiento que se le otorga a él. A diferencia de lo anterior, el término Producto Similar en el Acuerdo Antidumping hace referencia a un producto que tiene una relación de competencia con el producto con el que se compara.

Adicionalmente, también hemos comprobado que la definición de Producto Similar en el Acuerdo Antidumping no es idónea y resulta insuficiente en sí misma, puesto que sólo exige como requisitos para determinar su existencia que el producto examinado sea idéntico o tenga características físicas muy parecidas a las del producto con el que se compara.

En ese sentido, el Producto Similar determinado sobre la base y de conformidad con la definición en el artículo 2.6 del Acuerdo Antidumping no demuestra por sí solo y en

sí mismo, que tiene una relación de competencia con el producto con el que se compara.

Igualmente, hemos comprobado que todos los criterios utilizados por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC para determinar la existencia del Producto Similar resultan inaplicables para determinar el Producto Similar en materia de dumping. Ello debido a que:

- a. todos y cada uno parten de la misma premisa: el Producto Similar es un producto idéntico o que tiene características físicas muy parecidas al producto con el que se compara; y
- b. el propósito o finalidad de todos y cada uno es la misma: determinar si el producto examinado es idéntico o tiene características físicas muy parecidas al producto con el que se compara.

Como consecuencia de lo anterior, el Producto Similar determinado sobre la base de los criterios que utiliza el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC no demuestra por sí solo y en sí mismo, que tiene una relación de competencia con el producto con el que se compara.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS, DOCUMENTOS DE TRABAJO, PORTALES WEB

Álvarez Jaime (s.f.) El GATT: antecedentes y propósitos. Instituto de investigación Jurídicas UNAM. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/download/10818/9892>

Anqui Wang (2021). The Interpretation and Application of the Most-Favored-Nation Clause in Investment Arbitration (Vol. 12), World Trade Institute Advanced Studies. <https://brill.com/display/title/62887>

Bailey H.S. (1933). Reciprocity and the Most-Favoured-Nation Clause. Economic, 42. <https://www.jstor.org/stable/2548907>

Bermejo Romualdo y San Martín Laura. Del GATT a la Organización Mundial del Comercio: análisis y perspectivas de futuro. <https://core.ac.uk/download/pdf/83570859.pdf>.

Bhala, Raj (1995), Rethinking Antidumping Law. William & Mary Law School Scholarship Repository <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/842/>.

Blonigen Bruce y Prusa Thomas (2015). Dumping and Antidumping Duties. National Bureau of Economic Research, working paper 21573. <https://www.nber.org/papers/w21573>.

Bronckers Marco y McNelis Natalie, Rethinking the "Like Product" Definition in WTO Antidumping Law. Journal of World Trade 33(3) <https://www.researchgate.net/publication/294612016>

Comunidad Andina (2002). El principio de nación más favorecida en las negociaciones sobre acceso a mercados del ALCA y consideraciones acerca de los métodos para el otorgamiento de concesiones arancelarias, documento de trabajo SG/dt 188. <http://intranet.comunidadandina.org/documentos/dtrabajo/sqdt188.pdf>

Cruz Oscar (2007). Antecedentes del Sistema contra Prácticas Desleales de Comercio en México. La evolución de las disposiciones *antidumping*. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie año X, numero 119, mayo-agosto de 2007 <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3920/4946>.

Cure, Karla (2013). Análisis comparado del procedimiento y la aplicación de derechos antidumping. Colombia, Estados Unidos de América y la Unión Europea. <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/10055/CureFrancoKarlaMargarita2013.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

Czako, J., Human, J., & Miranda, J. (2003). A Handbook on Anti-Dumping Investigations. Cambridge University Press.

De la Reza, German, (2003). Eliminación de las medidas antidumping en el ALCA: de la "práctica desleal" al debate sobre los efectos anticompetitivos en el hemisferio occidental. Problemas del Desarrollo. Revista Latinoamericana de Economía, 34(133)
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11825949011>

El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (1957). El GATT en diez puntos sucintos.
<https://obtienearchivo.bcn.cl/obtieneimagen?id=documentos/10221.1/58649/2/211594.pdf>

Gallegos Jaime (2015) Medidas de defensa comercial en el contexto de la OMC. Revista de Derecho. Segunda época. Año 10. N.º 11.
<https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/134034/Medidas-de-defensa-comercial-Rev-Derecho-Uruguay.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Guzmán Christian (s.f) ¿Qué es la competencia desleal? Escuela Posgrado Universidad Continental. <https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/que-es-la-competencia-desleal>

ilerna (s.f.) Los bienes sustitutivos y los bienes complementarios, ¿qué son?

<https://www.ilerna.es/blog/bienes-sustitutivos-complementarios>

Horn Henrik y Mavroidis Petros (2004). Still Hazy after All These Years: The Interpretation of National Treatment in the GATT/WTO Case-law on Tax Discrimination.

European Journal of International Law, Volume 15, Issue 1.

<https://doi.org/10.1093/ejil/15.1.39>

Hudec, Robert (2000). "Like Product": The Differences in Meaning in GATT Articles I and III. Regulatory barriers and the principle of non-discrimination in world trade law (University of Michigan Press 2000)

https://www.ivr.uzh.ch/institutsmitglieder/kaufmann/archives/fs14/iel-1/text_17_robert_Hudec_complete_version.pdf

League of Nations (1933) Recommendations of the Economic Committee Relating to Tariff Policy and the Most-Favoured-Nation Clause: Series of League of Nations publications.

<https://digital.nls.uk/league-of-nations/archive/190893784#?c=0&m=0&s=0&cv=17&xywh=-2219%2C-282%2C7598%2C5632>

Madaj Edwin (1990). J.Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*. Fordham International Law Journal, 14(1), 13.

<https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1269&context=ilj>

Mankiw Gregory y Swagel Phillip (2005). Antidumping: The Third Rail of Trade Policy. Foreign affairs volume 84 No. 4. https://scholar.harvard.edu/sites/scholar.harvard.edu/files/mankiw/files/dumping_-_foreign_affairs_julyaug_2005_mankiwswagel.pdf.

Millet Monserratt (2001) La regulación del comercio internacional: del GATT a la OMC. En Colección de Estudios Económicos numero 24 https://www.caixabankresearch.com/sites/default/files/content/file/2016/09/ee24_esp.pdf

Mosoti Victor y Gobena Ambra (2007). International trade rules and the agriculture sector: selected implementation issues. FAO Legislative Study 98. <https://digitallibrary.un.org/record/627126?ln=es>

OECD Publishing (2004). Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law. https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_2.pdf

Organización Mundial de Comercio (2007). Informe sobre el comercio mundial 2007: Sesenta años del Sistema Multilateral de Comercio: logros y desafíos. https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/anrep_s/world_trade_report07_s.pdf

Organización Mundial de Comercio (2017). Manual sobre el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC, segunda edición.
https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/dispuhandbook17_ch01_s.pdf

Ostoni, Lucia (2005). Anti-Dumping Circumvention in the EU and the US: Is there a future for multilateral provisions under the WTO?. Fordham Journal of Corporate & Financial Law volume 10, issue 2, article 5.
<https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1192&context=jcfl>

Pauwelyn Joost (2004) Recent books on trade and environment: GATT phantoms still haunt the WTO. European Journal of International Law (2004), Vol. 15 No. 3.
<https://doi.org/10.1093/ejil/15.3.57>

Potts, Jason (2008). The legality of PPMs under the GATT: Challenges and opportunities for sustainable trade policy. International Institute for Sustainable Development <https://www.iisd.org/publications/legality-ppms-under-gatt-challenges-and-opportunities-sustainable-trade-policy#:~:text=Following%20an%20examination%20of%20the,given%20measure%20is%20favoured%20by>

Raju, K.D. (2005). The WTO Appellate Body Reports on Anti-Dumping: A Critical Review. Indian Journal of International Law, Vol. 44, pp. 260-291, 2004-2.
<https://ssrn.com/abstract=813326>

Rodríguez María. (1999). Los Derechos Antidumping en el Derecho Comunitario. Editorial, Lex Nova.

Sabry, Fouad. (2024). Buena Sustituta: Revelando la economía de la elección e impulsando sus decisiones: Vol. 338 de Ciencias Económicas. Mil millones de conocimientos.

https://www.google.com.pe/books/edition/Buena_sustituta/AEfzEAAAQBAJ?hl=es-419&gbpv=1&dq=productos+sustitutivos+microeconomia&printsec=frontcover

Salvatore, Dominick. (1994). Reviewed work: Antidumping: How it works and who gets hurt J. Michael Finger. Southern Economic Journal Vol. 61, No. 1. <https://doi.org/10.2307/1060167>

Stiglitz, Joseph (1997). Dumping on free trade: The U.S. import trade laws. Southern Economic Journal Vol. 64, No. 2. <https://www.jstor.org/stable/1060858>

Sykes, Alan (2005). Trade remedy laws. John M. Olin law & economics working paper NO. 240 (2D series) https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1590&context=law_and_economics.

Subramanian Arvind y Wei Shang-Jin (2007). The WTO promotes trade, strongly but unevenly, *Journal of International Economics*, vol. 72(1).

<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11452>

Witker Jorge & Hernández Laura (2002). Régimen jurídico del comercio exterior de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Serie Doctrina Jurídica Núm. 27
https://www.academia.edu/40583978/Régimen_jurídico_del_comercio_exterior_de_México

INFORMES DEL GATT Y LA OMC

Informe del Grupo de Trabajo sobre ajustes fiscales en frontera (1970). En Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 (L/3464).
<https://www.worldtradelaw.net/document.php?id=reports/gattpanels/bordertax.pdf>

Informe del Grupo en el asunto Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional: Informe del Grupo. (1996). En Organización Mundial de Comercio (WT/DS2/R).

<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/2R.pdf&Open=True>

Informe del Grupo Especial en el asunto Unión Europea y determinados estados miembros - Determinadas medidas relativas al aceite de palma y los biocombustibles basados en cultivos de palma de aceite (2024). En Organización Mundial de Comercio (WT/DS600/R).

<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/WT/DS/600R.pdf&Open=True>

Informe del Grupo Especial en el asunto Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos (2004). En Organización Mundial de Comercio (WT/DS268/R)

<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/268R-00.pdf&Open=True>

Informe del Grupo Especial en el asunto Filipinas – Aguardientes (2011). En Organización Mundial de Comercio (WT/DS396/R WT/DS403/R)

<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/403R-01.pdf&Open=True>

Informe del Órgano de Apelación en el asunto Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto. (2001). En Organización Mundial de Comercio (WT/DS135/AB/R).

<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/135ABR.pdf&Open=True>

Informe del Órgano de Apelación en el asunto Corea – Impuestos a las bebidas alcohólicas (1999). En Organización Mundial de Comercio (WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R).

[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/75ABR.pdf
&Open=True](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/75ABR.pdf&Open=True)

Informe del Órgano de Apelación en el asunto Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor, párrafo (2012). En Organización Mundial de Comercio (WT/DS406/AB/R)

[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/406ABR.p
df&Open=True](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/406ABR.pdf&Open=True)

Informe del Órgano de Apelación en el asunto Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas (1996). En Organización Mundial de Comercio.

[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/8ABR.pdf&
Open=True](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/8ABR.pdf&Open=True)

Report adopted by the Contracting Parties The Australian subsidy on ammonium sulphate (1950). En Organización Mundial de Comercio (GATT/CP.4/39) II/188).

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/50amosul.pdf

Visión General. (s.f.). Organización Mundial de Comercio.

https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/wto_dg_stat_s.htm

El GATT de 1947 y el GATT de 1994: ¿cuál es la diferencia? (s.f.). Organización

Mundial de Comercio. www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legalexplgatt1947_s.htm

Los años del GATT: de La Habana a Marrakech: El GATT: “provisional” durante casi medio siglo. (s.f.). Organización Mundial de Comercio.

https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact4_s.htm

La OMC en pocas palabras. (s.f.). Organización Mundial de Comercio.

https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/inbrief_s/inbr_s.htm#:~:text=La%20OMC%20est%C3%A1%20integrada%20por,del%2098%25%20del%20comercio%20mundial.

Diccionario de la Lengua Española (s.f) En Real Academia Española

<https://dle.rae.es/aspecto?m=form>

Diccionario de la Lengua Española (s.f) En Real Academia Española

<https://dle.rae.es/caracter%C3%ADstico?m=form>

Índice Analítico del Acuerdo General (1953). En Organización Mundial de Comercio.

<https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/MGT/53-10.PDF>

Fernando Diez Estella. (2022). Derecho de la Competencia: Tema 3. La definición del mercado relevante.

https://www.fernandodiezestella.com/derecho_competencia/tema_03.pdf

