

# Salvaguardias a la harina de trigo: una herramienta equivocada para un propósito discutible



JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN  
Profesor de Regulación Económica  
Pontificia Universidad Católica de Chile

## RESUMEN EJECUTIVO

*El artículo examina la resolución de la Comisión Nacional Encargada de Investigar las Distorsiones en el Precio de las Mercaderías Importadas, confirmada por el Presidente de la República, que dio origen a la aplicación –como medida de salvaguardia– de una sobretasa arancelaria a la importación de harina de trigo. Se sostiene que el problema aducido por los molineros es más propio de un tema de subvenciones o subsidios (competencia desleal) que uno remediable a través de salvaguardias, las cuales son medidas de protección temporal frente a la competencia externa legítima para facilitar un ajuste interno en la industria. No solo no se demostró la necesidad o intención de un ajuste, sino que no se cumplió con las condiciones jurídicas requeridas para aplicar dicha medida, lo que constituyó un error de la Comisión. Se plantea que las salvaguardias constituyen una herramienta excepcional que tiene un propósito de protección discutible, lo que amerita que antes de adoptarla y, sin perjuicio de verificar previamente su juridicidad, se realice un examen de mérito (político) que pondere costos y beneficios e indique transparentemente qué es lo más conveniente para el país. Finaliza el artículo sugiriendo una reforma a la actual institucionalidad orientada a que el test técnico lo realice el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con el auxilio de la Fiscalía Nacional Económica en vez de la actual Comisión secundada por la Secretaría Técnica con sede en el Banco Central.*

## SUMARIO

I.- Introducción. II. Determinación a comentar. II.1) Descripción sucinta. II.2) Hechos del Proceso. III.- ¿Qué problema motivó la denuncia ante la comisión? IV.- Consideraciones generales acerca de las salvaguardias como medida solicitada. V.- El caso dice relación con un problema de subsidios (o subvenciones) más que con uno remediable por una medida de salvaguardia. VI.- Aumento de la cantidad de importaciones que hayan sido resultado de circunstancias imprevistas que causen o amenacen causar un daño grave a la producción nacional. VI.1) Aumento de la cantidad de importaciones. VI.2) Que las importaciones hayan aumentado como resultado de la evolución imprevista de las circunstancias. VI.3) Daño grave o amenaza de daño grave y su relación causal con el aumento de las importaciones. VII.- La industria doméstica debe requerir de un ajuste que, en último término, justifique la adopción de una salvaguardia destinada a “facilitar el ajuste”. VIII.- Examen de mérito de las salvaguardias solicitadas –desde una perspectiva de interés público– más allá del cumplimiento de las condiciones legales mínimas. IX.- Consideraciones sobre el marco institucional actual que opera sobre la materia. X.- Síntesis y conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

En el discurso público actual pocos se atreverían discutir las bondades de la libre competencia en los mercados. Nunca faltan las iniciativas (bien o mal concebidas) justificadas en la necesidad de incrementar los grados de competencia o rivalidad en ciertos mercados<sup>1</sup>. Subyacente a este tipo de orientaciones se encuentra, muchas veces, el deseo de morigerar excesivas ganancias de monopolistas (supuestos o reales), así como la posibilidad para los consumidores de acceder a bienes y servicios pagando menores precios<sup>2</sup>.

Y cuando se habla de competencia no solo corresponde que se esté haciendo referencia a aquella entre los actores al interior de un país, sino también a la competencia proveniente del exterior y que se materializa en la importación de bienes a nuestro país que muchas veces compiten con los productos nacionales.

Aquí, sin embargo, los ímpetus procompetitivos pierden fuerza, afloran muchas veces los nacionalismos, en otras los intereses creados o, entre otras posibles inspiraciones, simplemente el escepticismo acerca de la limpieza con que funciona el comercio internacional, el cual, reconozcámoslo, suele ser fecundo en distorsiones: las propias y las ajenas.

Así, si bien la libre competencia o libre comercio internacional se ha ganado un espacio en el mundo de la retórica, y hasta cierto punto en los hechos con la presencia de la Organización Mundial del Comercio (OMC), el comercio libre entre las naciones sigue necesitando válvulas de escape que permitan, sin contradecir la juridicidad internacional, proporcionar un respiro a los productores nacionales. La más excepcional de estas cláusulas de escape a la competencia externa son las medidas de salvaguardia, las cuales serán, precisamente, el objeto de estudio del presente trabajo, el cual comentará una importante decisión tomada a principios del año 2005 respecto a las importaciones de harina de trigo a nuestro país.

---

<sup>1</sup> Según el prisma desde el que se mire, el concepto de competencia puede ser distinto al de rivalidad. Este tipo de discusiones, no obstante, no interesan para los efectos de este trabajo.

<sup>2</sup> Tampoco es el objetivo de este artículo entrar en detalles y distinciones acerca de en qué consiste, propiamente tal, la ineficiencia de los monopolios.

Junto con precisar la determinación que se comentará y los hechos del proceso, estos últimos los cuales reflejan las dificultades iniciales que se tuvo para la obtención de luz verde en la investigación, se intentará explicar el problema que motivó que la industria molinera nacional productora de harina de trigo recurriera ante la Comisión Encargada de Investigar las Distorsiones en el Precio de las Mercaderías Importadas (en adelante, también, la Comisión). En seguida, se proporcionará una visión global acerca del sentido e importancia de las salvaguardias, para introducirnos en la primera gran advertencia que es posible hacer de la determinación que se comentará y que dice relación con el hecho de que el problema que motivó la solicitud de salvaguardia es más bien uno vinculado al Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC. El cuerpo central de lo que será el presente artículo analizará hasta qué punto al Comisión cumplió con las condiciones jurídicas exigidas por el Art. XIX del GATT de 1994 y, fundamentalmente, con el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC (en adelante, también, el AS). Así, se reconocerán algunos aciertos (básicamente en relación con algunos puntos del examen de si aumentó la cantidad de importaciones), pero, igualmente, aquellas materias que en nuestra opinión fueron deficientemente examinadas y fundadas a la luz de los criterios interpretativos emanados de la doctrina y de la jurisprudencia de la OMC, sin perjuicio de reconocer las interrogantes aún no definidas a nivel interpretativo. Luego de que se comente el análisis realizado por la Comisión sobre el aumento en la cantidad de importaciones, se procederá a hacer lo mismo con el requisito de que las importaciones hayan aumentado como resultado de la evolución imprevista de las circunstancias, el cual constituye uno de los temas más complejos y debatidos por la literatura especializada. A continuación, se abordará lo que se considera la parte más débil de la resolución de la Comisión y que dice relación con las fundamentaciones y conclusiones acerca de la existencia o no de daño grave o amenaza de daño grave, y su relación causal con el aumento de las importaciones. Más adelante, y con ocasión de lo dispuesto en el Art. 5° del AS, se intentará volver a colocar la atención en el sentido y finalidad de las salvaguardias, lo cual indica que la industria doméstica debe reconocer que necesita un ajuste para cuya concreción se otorga un espacio de tiempo protegido de la competencia externa. Uno de los aspectos más importantes y, también, posiblemente, más olvidados, se atacará a continuación, esto es, la necesidad de que exista, efectivamente, un examen de

mérito de las salvaguardias que se solicitan más allá del cumplimiento de las condiciones legales mínimas, esto último lo cual, en caso de verificarse, debiera constituir solo una de las dos etapas que amerita que exista en la resolución de este tipo de medidas. Finalmente, antes de las conclusiones, se ensayarán algunas reflexiones sobre la orientación que debiera tener una reforma a la institucionalidad que opera sobre el particular.

## II. DETERMINACIÓN A COMENTAR

Si bien no se trata de una sentencia judicial propiamente tal, la resolución que se comentará constituye, en la práctica, un importante veredicto sobre intereses en disputa por parte de un cuerpo colegiado o “tribunal” (si se nos permite tomar prestado tal concepto). Se trata de la recomendación de la *Comisión Encargada de Investigar la Existencia de Distorsiones en el Precio de las Mercaderías Importadas* de fecha 10 de febrero del año 2005 (Sesión N° 272) en orden a imponer una medida de salvaguardia (en la forma de sobretasa arancelaria) a la importación de harina de trigo, acogida por el Presidente de la República en virtud de Decreto del Ministerio de Hacienda N° 129 publicado con fecha 4 de marzo del mismo año.

### II.1 DESCRIPCIÓN SUCINTA

Con fecha 3 de diciembre del año 2004, según consta en el Acta de la Sesión N° 268, la unanimidad de los miembros de la Comisión Encargada de Investigar la Existencia de Distorsiones en el Precio de las Mercaderías Importadas resolvieron dar inicio a una investigación de salvaguardias por el caso de la importación de *harina de trigo* clasificada en el código arancelario 1101.0000 y recomendar la aplicación de una medida provisional de 17%, devenida en definitiva luego de concluido el proceso pertinente (Sesión N° 272).

### II.2 HECHOS DEL PROCESO

Podría bastar a los lectores tener presente solo lo descrito sucintamente con anterioridad y evitarse la lectura de la relación más específica (y hasta cierto punto alambicada) de los hechos del proceso o investigación que se hace a continuación. Dicha relación se hará, no obstante, por rigurosidad y, también, como una forma de

ilustrar el difícil comienzo de una decisión difícil de explicar a la luz del derecho.

La Asociación de Industriales Molineros del Sur A.G. y la Asociación de Molineros del Centro A.G. presentaron con fecha 30 de septiembre de 2004 una solicitud de salvaguardias para las importaciones de mezclas de harina clasificadas en los códigos arancelarios 1901.2010 y 1901.2090, la cual fue ampliada mediante comunicación de fecha 5 de octubre de 2004 con el fin de incorporar en la solicitud la harina de trigo, clasificada en el código arancelario 1101.0000.

La Comisión en sesión N° 267, de fecha 4 de noviembre de 2004, analizó la admisibilidad de la solicitud, resolviendo –por mayoría– “no iniciar una investigación para la aplicación de SALVAGUARDIAS por ahora e instruir al Servicio Nacional de Aduanas para efectuar durante un plazo de 60 días un seguimiento a las importaciones abarcadas en los códigos arancelarios arriba indicados, con el propósito de mantener informada a la Comisión acerca de la evolución de tales importaciones” (énfasis en mayúsculas agregado). La resolución anterior contó con el voto en contra de los representantes del Banco Central, quienes consideraron que “los antecedentes presentados no ameritan el inicio de una investigación y estiman que no corresponde efectuar un seguimiento a las importaciones como el señalado”.

Sin perjuicio de lo anterior, a continuación, en la misma sesión N° 267 y a instancias del representante del Ministerio de Agricultura, la mayoría de los miembros de la Comisión (con el voto en contra de los representantes del Banco Central) resuelven “[i]niciar de oficio una investigación sobre SUBVENCIÓN en las importaciones de harina de trigo y mezclas de harina procedentes de Argentina en la subpartida 190120 del Sistema Armonizado para la descripción y codificación de mercaderías” (énfasis en mayúsculas agregado).

Un mes después, la Comisión en sesión N° 268, de fecha 3 de diciembre de 2004, resuelve “por unanimidad de los miembros presentes dar inicio a una investigación de salvaguardias para las importaciones de harina de trigo, clasificadas en el código arancelario 1101.0000”. Más aún, por la mayoría de los miembros presentes se decidió “recomendar la aplicación de una sobretasa arancelaria provisional de 17% a las importaciones de harina de trigo, clasificadas en el código arancelario 1101.000, en consideración a que los elementos disponibles permiten determinar un aumento de las im-

portaciones que amenaza causar un daño grave inminente a la industria molinera nacional bajo circunstancias críticas que justifican la recomendación de tal medida". Los representantes del Banco Central no concurrieron al acuerdo expresado por estimar que "los antecedentes de la industria no demuestran la existencia de circunstancias críticas", toda vez que "las importaciones representan aún un porcentaje muy bajo del consumo interno del producto".

Es decir, la Comisión que con anterioridad no se había decidido iniciar una investigación ante la solicitud presentada (aunque en esa ocasión el rechazo no fue terminante: de hecho se utilizó la expresión "por ahora"), en esta oportunidad accedió a investigar, pero solo respecto de uno de los tres productos (la harina de trigo). Cabe destacar que respecto de los otros dos (las mezclas de harina) ya se había dado inicio a una investigación, pero por subvenciones, no por salvaguardias<sup>3</sup>.

No obstante lo anterior, la Comisión ha considerado que dentro de la glosa correspondiente a la harina de trigo 1101.0000 también se incluyan ciertas mezclas de harina importadas en atención a que "la legislación permite al Servicio Nacional de Aduanas que cuando la harina de trigo se presente mezclada o asociada con otras materias, se clasifique según el producto que le confiere su carácter esencial en el código arancelario que corresponde"<sup>4</sup>. En otras palabras, si bien en apariencia se inició una investigación por salvaguardias correspondiente a las harinas de trigo del código arancelario 1101.0000, en la práctica esta también incluyó las mezclas de harinas (1901.20) en virtud de una reclasificación como harinas de trigo por parte de la Aduana. Vale decir, las mezclas exportadas por Argentina (principal origen de las importaciones) lo hacen por la posición 1901.20, pero ingresan a Chile –luego de la reclasificación de Aduanas– por la glosa 11.01.0000.

Luego de haberse seguido el proceso correspondiente, el cual contó con una audiencia pública, en la sesión 272 de fecha 10 de febrero de 2005, la Comisión resolvió (con el voto en contra del representante del Banco Central) lo siguiente:

- i) Por mayoría de los miembros presentes, recomendar como medida de salvaguardia definitiva, una sobretasa arancelaria ad-valorem de 17% a la importación de harina de trigo clasificada en el ítem 11.01.0000 del Arancel Aduanero Nacional excepto la harina de trigo cuyo precio CIF sea igual o superior a US\$0,3 / Kilo Neto y que cumpla copulativamente con las

<sup>3</sup> No conocemos información de que se haya perseverado en dicha investigación.

<sup>4</sup> Sesión N° 268, p.3.

siguientes características físico - químicas: fuerza entre 310 - 370, tenacidad entre 80 - 100, extensibilidad entre 80 -110, equilibrio entre 0,8 - 1,1, gluten húmedo 30% como mínimo, gluten seco 10,5% como mínimo y falling number de 320 como mínimo, que regirá por un año contado desde el 10 de diciembre de 2004, fecha de publicación del Decreto que estableció una sobretasa arancelaria provisional a la misma mercancía, en consideración a que los elementos disponibles permiten determinar un incremento de las importaciones que amenaza causar un daño grave inminente a la industria molinera. Se excluyen de la aplicación de esta medida a México, Canadá y Perú en virtud de los acuerdos comerciales suscritos con dichos países, y a los países en desarrollo miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que en el promedio de 24 meses comprendidos entre enero 2003 - diciembre 2004 tienen una participación individual inferior al 3% en las importaciones totales, los que en conjunto no superan el 9%, según lo establecido en el artículo 9.1 del Acuerdo sobre Salvaguardias, y que se detallan en el anexo.

- ii) Oficiar al Sr. Ministro de Hacienda a fin de que este eleve la presente recomendación al Presidente de la República”.

Teniendo presente lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley N° 18.525<sup>5</sup>, en el decreto supremo N° 909 del Ministerio de Hacienda de 1999, en el N°1 de la Parte VI del artículo primero del decreto supremo N° 19 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República, de 2001; y en la resolución N° 520, de la Contraloría General de la República, con fecha 4 de marzo de 2005 se publicó en el Diario Oficial el Decreto N° 29 exento del Ministerio de Hacienda (de 23 de febrero de 2005), en virtud del cual el Presidente de la República confirma lo recomendado por la Comisión.

### III. ¿QUÉ PROBLEMA MOTIVÓ LA DENUNCIA ANTE LA COMISIÓN?<sup>6</sup>

Se trata de un problema que data de marzo del año 2002, fecha en que Argentina decidió instaurar impuestos selectivos que gravan la exportación de ciertos *commodities* utilizados como insumos, mas no la exportación del producto industrial, el cual –por esa vía– estaría recibiendo un subsidio de facto o indirecto. Este sería el caso

<sup>5</sup> El Decreto habla de artículo 9.

<sup>6</sup> Ver sobre el particular el estudio de QUIROZ Jorge, BRAVO Jorge y GIVOVICH Felipe (agosto, 2004): Distorsiones a la Competitividad de la Harina de Trigo: Causas y Consecuencias, el cual fue elaborado para la Asociación de Molineros del Centro, Asociación de Molineros del Sur y Consorcio Agrícola del Sur (CAS).

del impuesto de un 20% a las exportaciones de trigo, lo que contrasta –en la práctica– con la ausencia de gravamen a un producto derivado, como es la harina de trigo.

Esta situación, la cual más que una casualidad, sería el reflejo de una política industrial estratégicamente concebida del país vecino, da lugar –en opinión de los denunciantes– a que la industria molinera nacional<sup>7</sup> no esté en condiciones de competir con los precios artificialmente bajos de la harina trigo argentina exportada a Chile como mezcla (glosa arancelaria diferente)<sup>8</sup>.

En efecto, se estima que el aludido impuesto a las exportaciones en Argentina no altera el precio internacional del trigo (*commodity* para el cual existe un mercado internacional profundo y líquido), pero sí tiene como consecuencia deprimir el precio interno de dicho producto en Argentina, lo cual constituye, en último término, una ventaja (equivalente al porcentaje del impuesto) a la exportación de harina de trigo que (al realizarse bajo la glosa “mezclas”) no paga el impuesto mencionado.

Adicional a los perjuicios para la industria molinera nacional que derivarían de la desventaja competitiva artificial producto de los impuestos selectivos aludidos, se sostiene que el ingreso de las mezclas de harina (producto que sería básicamente similar al de la harina de trigo) estaría perforando el sistema de bandas de precio, las cuales se contemplan para la harina, pero no para las mezclas. En otras palabras, se plantea que los productores chilenos estarían compitiendo con sus contrapartes argentinas con un costo inclusive 37% mayor (17 % por impuestos diferenciados a las exportaciones más un 20% por concepto de perforación de la banda). Más aún, si se parte de la base que un daño a la industria molinera nacional implicaría una disminución de la demanda interna de trigo (los molinos son los mayores compradores de trigo), también se afectaría negativamente la industria del trigo.

---

<sup>7</sup> En estricto rigor, aquella que opera en el centro y sur del país.

<sup>8</sup> De hecho, se alega que producto de lo anterior las importaciones de mezcla de harina de trigo y/o harina de trigo (luego de la reclasificación de aduanas) habrían experimentado un importante aumento.



#### IV. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LAS SALVAGUARDIAS<sup>9</sup>

Las **medidas de salvaguardia constituyen** verdaderos recursos comerciales, susceptibles de ser enarbolados por los países miembros de la OMC, dirigidos a restringir temporalmente las importaciones de un producto y que, en el caso de Chile, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley N° 18.525, toman la forma de sobretasas arancelarias ad valorem. Estas medidas contingentes, llamadas también cláusulas o válvulas de escape, tienen por finalidad proteger a una industria nacional específica, fuertemente afectada por un incremento en las importaciones de productos similares o directamente competidores, a través de proporcionarle un espacio de tiempo libre de competencia externa, que le permita, en definitiva, una reestructuración que favorezca (al menos en teoría) una mejor y más competitiva participación en un mercado sin restricciones.

**Las salvaguardias fueron introducidas en el sistema legal internacional** en virtud del artículo XIX del GATT de 1947. Su aplicación, sin embargo, resultó problemática debido a una serie de causas: (i) ausencia de transparencia; (ii) procedimiento de consultas y notificaciones inadecuado; (iii) incertidumbre respecto del tiempo de duración de las medidas de salvaguardia; (iv) definición poco clara de lo que significa un daño grave (*serious injury*); y (v) la violación de la cláusula de la nación más favorecida en la aplicación de medidas de salvaguardia. A poco andar, el mecanismo de salvaguardias establecido por el artículo XIX del GATT de 1947 cayó en desuso y fue reemplazado por la informal, ilegal y perniciosa utilización de ciertas prácticas comerciales proteccionistas entre las que destacaban aquellas derivadas de negociaciones entre gobiernos destinadas a limitar las exportaciones, también conocidas como “Medidas de Zona Gris” (*Grey Area Measures*)<sup>10</sup>.

**El Acuerdo de Salvaguardias originado en la Ronda de Uruguay significó un indudable impulso y mejora**, aportando innovaciones al

<sup>9</sup> Capítulo basado en ROMERO, Juan José: “Regulación de una Cláusula de Escape a la Competencia Internacional: el Caso de las Salvaguardias”, en Actas de las II Jornadas de Derecho de la Empresa (20 de octubre de 2004), publicadas por el Magíster y Postítulo en Derecho de la Empresa, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005, pp.157-212.

<sup>10</sup> LEE, Yong-Shik (2002): “Safeguard Measures: Why Are They Not Applied Consistently With the Rules? – Lessons for Competent National Authorities and Proposals for the Modifications of the Rule on Safeguards”, *Journal of World Trade*, 36(4), Kluwer, p. 642.

prohibir las “medidas de zona gris” y establecer plazos para todas las medidas de salvaguardia, a pesar que “la inherente ambigüedad en alguna de sus provisiones han causado subsecuentes disputas en la aplicación de las medidas de salvaguardia”<sup>11</sup>.

Una de las cosas más interesantes de la **normativa objeto de análisis** y que está compuesta, fundamentalmente, por el Acuerdo de Salvaguardia de la OMC y el artículo XIX del GATT de 1994, radica en que tiene plena aplicación en Chile (a través de la remisión realizada por el artículo 7º de la Ley Nº 18.525) y que es similar para todos los países miembros de la OMC. Así, pues, adquiere una gran relevancia la interpretación que los órganos de solución de diferencias de la OMC hacen de las normas jurídicas vigentes en nuestro país y en una parte muy importante del resto del mundo, incluida la República de China.

**El impacto en el comercio mundial** de la aplicación por diferentes países de medidas de salvaguardia ha sido público y notorio, resaltándose, a este respecto, una de las guerras jurídico-comerciales más grandes del último tiempo, como fue la controversia global que supuso la adopción por parte de los Estados Unidos de Norteamérica de medidas de salvaguardia para ciertos productos de acero, del cual nuestro país no se vio ajeno al seguir los pasos norteamericanos.

Nuestro país no ha sido ajeno a la aplicación por parte de otras naciones de medidas de salvaguardia **perjudiciales para importantes productos de exportación chilenos**. Como ejemplo de lo anterior es posible citar el públicamente comentado caso de las salvaguardias provisionales a los *salmones* por parte de la Unión Europea.

Sin perjuicio de lo anterior, nuestros productos de exportación no solo pueden ser afectados por medidas de salvaguardia impuestas por otros países, sino también en aquellos casos en que Chile ha decidido (por decreto presidencial previa recomendación por parte de la Comisión Nacional Encargada de Investigar la Existencia de Distorsiones en el Precio de las Mercaderías Importadas) establecer medidas de salvaguardia para protegerse de la importación de ciertos productos. En efecto, los países afectados por una medida de salvaguardia impuesta, a modo de ejemplo, por Chile, tienen dere-

---

<sup>11</sup> LEE (2002): p. 642.

cho, en virtud de lo dispuesto en el Art. 8° del Acuerdo de Salvaguardias, a obtener compensaciones equivalentes al daño producido por la medida de salvaguardia, lo que, en definitiva, puede terminar afectando a otro tipo de productos de exportación de nuestro país enteramente ajenos a los productos en disputa, como ocurrió con nuestro *vinos* en Colombia ante la imposición de salvaguardias al azúcar (entre ellas, el azúcar colombiano).

Pero no solo eso. Al recurrirse a una medida de salvaguardia, se puede generar un **efecto negativo en aquellos sectores que utilizan aquellos productos importados**, cuyo precio se verá artificialmente elevado producto de una acción gubernamental (sobretasa arancelaria) que ha decidido que una empresa o grupo de empresas merecen ser beneficiadas a costa de otras a las cuales necesariamente se perjudicará.

**No puede perderse de vista que se trata del más extraordinario de los recursos comerciales, toda vez que no se requiere acreditar la existencia de competencia desleal.** Como se manifestó en un comienzo, las medidas de salvaguardia constituyen la más excepcional de las válvulas de escape a la competencia externa con que cuenta un país. Lo paradójico es que a pesar de tratarse de una medida excepcionalísima que exige la concurrencia de requisitos muy severos para su aplicación, resulta ser un instrumento legal más recurrido que aquellas medidas dirigidas a enfrentar los casos de dumping y subvenciones.

**Cualquier medida de salvaguardia que adopte Chile es recurrible ante los órganos de solución de disputas de la OMC**, los cuales verifican si la medida aplicada es compatible con la normativa jurídica vigente. Hasta la fecha, ninguno de los casos conocidos por los órganos de apelación pertinentes sobre la materia ha sido declarado compatible con el Acuerdo de Salvaguardias y el artículo XIX del GATT de 1994.

La circunstancia mencionada no es menor, lo que, por un lado, obliga a tener un mayor conocimiento de la regulación de este tipo de instrumentos y, por otro, a reflexionar si se está o no en presencia de un marco normativo adecuado y de buen funcionamiento, algo que ha empezado a ser puesto en duda por algunos académicos, quienes reclaman la ausencia de criterios claros que guíen el actuar de las autoridades nacionales competentes.

**Como se planteó con anterioridad, uno de los pocos aspectos en donde existe un alto grado de uniformidad jurídica internacional es**

**en relación a las medidas de salvaguardia. El Acuerdo de Salvaguardias de la OMC y el artículo XIX del GATT de 1994 están plenamente vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.** En efecto, el artículo 7º de la Ley N° 18.525 establece que “En caso de que concurren las circunstancias previstas en el Artículo XIX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 y en el Acuerdo sobre Salvaguardias de la Organización Mundial del Comercio, el Presidente de la República podrá, mediante decreto supremo del Ministerio de Hacienda, aplicar sobretasas arancelarias ad valorem, previo informe favorable de la Comisión a que se refiere el artículo 9”. **En efecto, si bien existen algunas particularidades de carácter procesal e institucional entre los diferentes países signatarios del Acuerdo de Marrakech, las normas sustantivas son las mismas para todos. Se trata de una reglamentación breve y aparentemente simple, pero la riqueza interpretativa que puede emanar del análisis dogmático de las mismas es notable.** De hecho, el artículo 2º N° 1 del Acuerdo de Salvaguardias, el cual contiene la condición general para la existencia del derecho de los países a recurrir a la aludida cláusula de escape, dice escuetamente lo siguiente: “Un Miembro solo podrá aplicar una medida de salvaguardia a un producto si dicho Miembro ha determinado, con arreglo a las disposiciones enunciadas infra, que las importaciones de ese producto en su territorio han aumentado en tal cantidad, en términos absolutos o en relación con la producción nacional, y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a la rama de producción nacional que produce productos similares o directamente competidores”.

## **V. EL CASO DICE RELACIÓN CON UN PROBLEMA DE SUBSIDIOS (O SUBVENCIONES) MÁS QUE CON UNO REMEDIABLE POR UNA MEDIDA DE SALVAGUARDIA**

Como se ha recordado con anterioridad, la solicitud de medidas de salvaguardia en la forma de sobretasas arancelarias a diferencia de la impetración de derechos compensatorios en razón de la existencia de subvenciones o subsidios ilegítimos parten de la base que se está en presencia de un comercio leal y sin distorsiones, pero que ante la concurrencia de ciertos requisitos se permite su aplicación como un cláusula de escape a la competencia externa.

En contraste a lo recién indicado, en la solicitud de salvaguardias de septiembre de 2004, se sostiene que “la DISTORSIÓN en el

mercado internacional que da origen a esta solicitud de salvaguardias es un subsidio de facto a la exportación de ‘mezclas de harina’ provenientes de Argentina, cuyo origen se encuentra en la aplicación en ese país de un régimen de impuestos selectivos y discriminatorios de importación” (énfasis en mayúscula agregado). Consistente con el reclamo de competencia distorsionada o desleal manifestado, en el mismo estudio elaborado el mes anterior por Jorge Quiroz C. (representante de la industria molinera en la solicitud de salvaguardias) y otros, NO se recomienda dirigirse a la Comisión pidiendo salvaguardias, sino (como podría resultar ser más apropiado) se propone reclamar la imposición de derechos compensatorios por infracción al Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC. En efecto, entre las conclusiones del referido estudio se sugiere “solicitar el inicio de una investigación a la Comisión de Distorsiones para la aplicación de derechos compensatorios sobre la base del Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC”<sup>12</sup>.

De los antecedentes señalados es posible sostener que los mismos solicitantes de las medidas de salvaguardia estimaban que la vía jurídicamente idónea no era reclamar ante la Comisión de Distorsiones por la vulneración del Acuerdo de Salvaguardias de la OMC, sino más bien por la infracción al Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias del organismo recién indicado.

El reconocimiento anterior es decidor. Las medidas de salvaguardia y las medidas para enfrentar casos de subvenciones (o subsidios) tienen una naturaleza y finalidad distinta y una confusión de las mismas puede llevar a adoptar determinaciones equivocadas. Lo anterior ha sido corroborado por nuestro propio país con ocasión de la disputa que sostuvo con Argentina por las salvaguardias impuestas por este último país a las importaciones de duraznos en conserva. En dicho caso el Grupo Especial (o Panel) le hizo la siguiente pregunta a la delegación chilena:

*“¿Está Chile alegando que la autoridad investigadora debe establecer que los productos están siendo importados en condiciones de competencia leal antes de imponer una medida de salvaguardia?”, Chile explica que ‘si bien la autoridad investigadora no debe establecer en su informe si los productos de un origen determinado están siendo importados en condiciones de*

---

<sup>12</sup> Se sostiene que la posición de privilegio que gozaron los productos agrícolas (en virtud del Acuerdo Agrícola) habría expirado por el transcurso del plazo de 8 años sin que haya habido renegociación alguna.

competencia leal antes de imponer una salvaguardia, dicha autoridad investigadora sí está obligada a analizar las características de las importaciones de dicho origen y las condiciones en las que compiten con el producto doméstico en comparación a las características y condiciones de competencia de los otros orígenes. En este sentido, una autoridad investigadora puede perfectamente determinar si una supuesta amenaza de daño tiene su causa auténtica y sustancial en las importaciones de un origen en particular por las condiciones en las que estas importaciones ingresan a su mercado. **Si los hechos bajo investigación demuestran lo anterior, no corresponde imponer una medida de salvaguardia que se aplica en contra de las importaciones en general y sin discriminar por origen. Más aún, si esas importaciones de un origen en particular están siendo importadas en condiciones de competencia desleal, la acción a tomar debería ser una medida antidumping o un derecho compensatorio”** (énfasis agregado)<sup>13</sup>.

Haciendo caso omiso a la postura en virtud del cual el tratamiento de las alegaciones sobre competencia desleal son distintas a las de competencia leal, la Comisión en la misma acta en virtud del cual se recomienda la imposición de salvaguardias, insinúa la hipótesis de competencia desleal al sostener que:

“[L]a aplicación de impuestos a la exportación de 20% al trigo, y no a las mezclas de harina, creó, por lo tanto, una ventaja competitiva artificial a la industria molinera argentina que les permite acceder a un precio del trigo en ese país un 20% inferior a su valor internacional, situación que no se daría en condiciones de mercado normales”<sup>14</sup>.

Remediar una situación de competencia leal y legítima no es igual que corregir una situación de competencia desleal. Resulta natural y obvio que en el primero de los casos la medida de protección debe ser muy excepcional y con requisitos de una exigencia acorde con lo anterior. Es decir, y más allá del discutible propósito de interferir en el comercio legítimo, la aplicación de una medida de salvaguardia bien entendida en todos sus requisitos no debiera transformarse en una herramienta más fácil o asequible que aquellas medidas destinadas a corregir el comercio desleal.

En el presente artículo se plantea que la medida de salvaguardia a las importaciones de harina de trigo no solo es una herramienta equivocada, como se ha pretendido explicar precedentemente, sino

<sup>13</sup> Argentina – Medida de Salvaguardia Definitiva sobre las Importaciones de Duraznos en Conserva, Informe del Grupo Especial, WT/DS238/R, 14 de febrero de 2003, nota a pie de página N° 281, p. 46.

<sup>14</sup> Sesión N° 272, p. 5.

que, además, en su propio mérito, no se cumplieron con los requisitos jurídicos exigidos. A continuación se examinará con algún detalle el grado de cumplimiento de la normativa jurídica específica exigible para decretar salvaguardias.

## **VI. AUMENTO DE LA CANTIDAD DE IMPORTACIONES QUE HAYAN SIDO RESULTADO DE CIRCUNSTANCIAS IMPREVISTAS QUE CAUSEN O AMENACEN CAUSAR UN DAÑO GRAVE A LA PRODUCCIÓN NACIONAL**

La aplicación de una medida de salvaguardia requiere del cumplimiento de ciertas condiciones copulativas de carácter sustantivo e implica un proceso que debe seguir ciertas reglas estrictas para su resolución, las cuales están contempladas en acuerdos multilaterales suscritos y ratificados por nuestro país e incorporados en la ley chilena. En efecto, el inciso 1° del artículo 7° de la Ley N° 18.525 (modificada en forma relevante, para estos efectos, por la Ley N° 19.612) establece que:

“[e]n caso que concurren las circunstancias previstas en el Artículo XIX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 y en el Acuerdo sobre Salvaguardias de la Organización Mundial de Comercio, el Presidente de la República podrá, mediante decreto supremo del Ministerio de Hacienda, aplicar sobretasas arancelarias ad valorem, previo informe favorable de la Comisión a que se refiere el artículo 11” [esto es, la Comisión Nacional encargada de investigar la existencia de distorsiones en el precio de las mercaderías importadas].

Como se ha expresado, la legislación chilena hace referencia a dos textos: el Art. XIX del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC. Ambos textos son entendidos, por la jurisprudencia, de un modo armónico.

El texto íntegro del párrafo 1 a) del artículo XIX establece lo siguiente:

*“Si, como consecuencia de la evolución imprevista de las circunstancias y por efecto de las obligaciones, incluidas las concesiones arancelarias, contraídas por una parte contratante en virtud del presente Acuerdo, las importaciones de un producto en el territorio de esta parte contratante han aumentado en tal cantidad y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a los productores nacionales de productos similares o directamente competidores en ese territorio, dicha parte contratante podrá, en la medida y durante el tiempo que sean necesarios para prevenir o reparar ese daño, suspender total o parcialmente la obligación contraída con respecto a dicho producto o retirar o modificar la concesión (cursivas añadidas)”.*

A su vez, el artículo 2 del AS, el cual señala los requisitos fundamentales para su aplicación, manifiesta que:

Artículo 2

*Condiciones*

1. Un Miembro solo podrá aplicar una medida de salvaguardia a un producto si dicho Miembro ha determinado, con arreglo a las disposiciones enunciadas *infra*, que las importaciones de ese producto en su territorio han aumentado en tal cantidad, en términos absolutos o en relación con la producción nacional, y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a la rama de producción nacional que produce productos similares o directamente competidores. (Se omite la nota a pie de página.)

En el presente estudio se evaluará, fundamentalmente, la decisión de la Comisión sobre el caso Harina de Trigo a la luz de las condiciones exigidas para tener la posibilidad de aplicar una medida de salvaguardia, según los textos jurídicos aplicables, la jurisprudencia de la OMC y, finalmente, la doctrina.

## **VI.1 AUMENTO DE LA CANTIDAD DE IMPORTACIONES**

Cuando una rama de la producción nacional, como la de los molineros productores de harina de trigo, decide recurrir a la Comisión solicitando salvaguardias, lo hace para protegerse temporalmente de la competencia que significan las importaciones que provienen del exterior. Como se trata de una medida de emergencia, no basta el solo hecho que existan importaciones de un producto similar o directamente competidor, sino que, de acuerdo al artículo 2.1 del AS, debe existir un aumento en la cantidad de importaciones y no, tampoco, cualquier aumento, como se verá.

Específicamente, el artículo 2.1 del AS alude, textualmente, a la situación en “que las importaciones de ese producto en su territorio han aumentado en tal cantidad, en términos absolutos o en relación con la producción nacional” (énfasis agregado).

Este requisito que, a primera vista, pudiera parecer sencillo de verificar, no lo es en absoluto. Tanto la jurisprudencia nacional constituida por anteriores decisiones de la Comisión, como la jurisprudencia de la OMC reflejada en los reportes de los grupos especiales y en las decisiones de los órganos de apelación, dan cuenta de los diferentes puntos de divergencias que ocasiona la interpretación de la frase aludida en el AS.



Algunas de las interrogantes que dan cuenta de las discusiones interpretativas sobre el tema son, a modo ilustrativo, las siguientes: ¿Se debe calcular el volumen o el valor de las importaciones? ¿Cuál es el período de tiempo que las autoridades deben utilizar para calcular si las importaciones aumentaron o no? ¿Basta con verificar la cantidad de importaciones al principio o al final del período de investigación para llegar a una conclusión sobre el particular? ¿Debe el análisis ser cuantitativo o también cualitativo? ¿Existe un umbral cualitativo o cuantitativo más allá del cual pueda considerarse que ha habido un aumento en las importaciones o, por el contrario, basta que el nivel de las importaciones a finales del período de investigación sea mayor? ¿Cuáles son los productos sobre los cuales debe acreditarse el aumento de las importaciones?, etc.<sup>15</sup>.

El caso de las salvaguardias a la harina de trigo también, como era esperable, generó discusión, aunque –en opinión del suscriptor– los hechos no provocaron las dificultades analíticas que sí ocurrieron cuando la Comisión tuvo que analizar, tiempo atrás, las solicitudes de salvaguardia a la importación de fructosa y de productos de acero.

El tema del aumento de las importaciones de harina de trigo amerita variados comentarios en atención a los hechos del proceso y a las determinaciones realizadas. En el presente trabajo se examinarán –con disímil nivel de profundidad– algunos de ellos:

### **A) La Comisión sorteó apropiadamente las dificultades derivadas de los datos sobre las importaciones**

La solicitud de salvaguardias efectuada por la industria molinera no se basó en datos sobre importaciones de fuente chilena. En efecto, en la petición se reconoce textualmente que "... utilizaremos como fuente de información los registros de aduana Argentina (NOSIS). Denominaremos las importaciones de Chile, en base a esta fuente de información, como exportaciones de Chile desde Argentina"<sup>16</sup>. La Comisión solo utilizó en la investigación datos provenientes del Servicio Nacional de Aduana.

---

<sup>15</sup> Para un análisis más detallado de las controversias a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia, ver ROMERO GUZMÁN, Juan José: "La Regulación de una Cláusula de Escape a la Competencia Internacional: el Caso de las Salvaguardias", artículo presentado en las Segundas Jornadas de Derecho de la Empresa, 2004.

<sup>16</sup> Acápite 2.1 a) de la Solicitud, p.18, fojas 21 del expediente de la Comisión.

Asimismo, la solicitud partió refiriéndose a las mezclas de harinas importadas para, posteriormente, ampliarla a la glosa relativa a la harina de trigo, bajo cuyo concepto, luego de la reclasificación arancelaria realizada por el Servicio Nacional de Aduana, fueron agrupadas las mezclas señaladas.

Igualmente, en la solicitud de los molineros chilenos se incluyeron productos destinados a la zona franca de la Primera Región, lo que, evidentemente, no correspondía, tal como bien lo entendió la Comisión.

Finalmente, y como punto adicional de menor importancia (dado la escasísima, sino nula) cantidad de importaciones, ignoramos, si en el cálculo de las importaciones se incluyeron aquellas importaciones de países a los cuales en razón de existir acuerdos comerciales o por estar considerados en vías de desarrollo (y con importaciones bajo cierto parámetro) no se les hizo aplicable la medida de salvaguardia. Existe un principio conocido como "paralelismo", el cual obliga a no considerarlas<sup>17</sup>.

## **B) El período de tiempo escogido para la investigación resultó razonable**

Hubo críticas en el sentido de que se utilizó un período de tiempo distinto para verificar si hubo un aumento de las importaciones con aquel tomado en consideración para las constataciones de daño. Se planteó que para la verificación de la primera condición se tomó un período de tiempo más extenso que para la segunda. Estimamos que dicha objeción resulta irrelevante, ya que para ambos casos se consideró un período de varios años, inclusive los más recientes, que son aquellos que pueden revestir mayor significación para efecto de las constataciones que se realicen.

---

<sup>17</sup> El artículo 2.2 del AS dispone con toda claridad que "las medidas de salvaguardia deberán ser aplicadas a los productos que son importados independiente de su origen". No obstante, se ha entendido que tiene que haber una correspondencia o paralelismo entre las importaciones cubiertas o tomadas en consideración en la investigación y las importaciones que son objeto de una medida de salvaguardia. En el mismo sentido, la jurisprudencia correctamente ha dicho que corresponde aislar las importaciones de los países excluidos de la aplicación de una salvaguardia para efecto de verificar si el daño actual o inminente que pueda sufrir la rama de la producción nacional. Sobre el particular, ver el caso Estados Unidos - Ciertos Productos de Acero, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 450.

En segundo término, hubo recriminaciones por la consideración de datos de importaciones de fechas posteriores al del inicio de la investigación. El ideal, como ya se indicó, es que los datos sean lo más actuales posibles. Hubiera resultado poco razonable la no inclusión de períodos recientes, tal como se apreciará de la jurisprudencia que se citará más adelante. Lo que ocurrió es que hubo cierta confusión en la información sobre las cifras de las importaciones dadas a conocer, además de las razonables críticas a la decisión de la Comisión de imponer medidas de salvaguardia provisionales. Estas no solo se habrían adoptado en base a información precaria, sino que, a la fecha de dicha decisión, los datos demostraban importaciones similares a las ocurridas hace algunos años. Lo anterior sin entrar a argumentar respecto de la ausencia de una situación crítica, requisito necesario para decretar medidas provisionales.

Finalmente, y no obstante lo anterior, no hay que olvidar que la jurisprudencia de la OMC ha reconocido que las autoridades nacionales competentes gozan de cierta discreción sobre la materia. De hecho, el Acuerdo sobre Salvaguardias no estipula un período que deba considerarse obligatoriamente para determinar si las importaciones han aumentado, ni la legislación chilena difiere del AS a este respecto<sup>18</sup>.

**C) Se exceptuaron aquellos productos que no resultaban ser similares o directamente competidores y que, por ende, no debieran considerarse en los cálculos**

Debiera no perderse de vista que la evaluación sobre el incremento de las importaciones no puede hacerse sobre cualquier producto, sino que debe tratarse de productos que sean similares o directamente competidores a aquellos producidos por la rama de producción nacional respecto de la cual se tiene que probar el daño grave o amenaza de daño grave, tema que se abordará más adelante. En otras palabras, el flujo de las importaciones objeto de análisis debiera circunscribirse no solo a aquellos productos iguales a aquellos para los cuales se pide

---

<sup>18</sup> Podría eventualmente pensarse que la discusión sobre el período de tiempo a considerar para efecto de evaluar si hubo o no un incremento en las importaciones es un asunto "bizantino", pero no lo es. De hecho, Chile criticó abiertamente a Argentina sobre este tema con ocasión del caso Argentina - duraznos en conserva, WT/DS/238R.

protección, sino también o alternativamente, para aquellos que sean efectivamente sustitutos. Al respecto el AS señala, en la parte final del número 1 del artículo 2, que el aumento de las importaciones deben causar o amenazar causar un daño grave “a la rama de producción nacional que produce productos similares o directamente competidores”, lo que se ve ratificado con lo indicado en la letra c) del número 1 del artículo 4 del AS, en que se establece que “para determinar la existencia de daño o de amenaza de daño, se entenderá por ‘rama de producción nacional’ el conjunto de los *productos similares o directamente competidores que operen dentro del territorio de un Miembro* o aquellos cuya producción conjunta o de productos similares o directamente competidores constituya una proporción importante de la producción nacional total de esos productos” (énfasis agregado).

Finalmente, como ya se adelantara con anterioridad, debe considerarse que, por aplicación del principio de paralelismo, debiera tratarse aisladamente (y en definitiva no computarse) aquel monto de importaciones provenientes de países a los cuales se les ha excluido de la aplicación de salvaguardias<sup>19</sup>.

En una determinación acertada, la Comisión recomendó no aplicar la medida de salvaguardia a “la harina de trigo cuyo precio CIF sea igual o superior a US\$0,3 / Kilo Neto y que cumpla copulativamente con las siguientes características físico - químicas: fuerza entre 310 - 370, tenacidad entre 80 -100, extensibilidad entre 80 - 110, equilibrio entre 0,8 - 1,1, glúten húmedo 30% como mínimo, glúten seco 10,5% como mínimo y falling number de 320 como mínimo”.

Tal como se manifiesta en la determinación final, “[l]as razones de la excepción radican en el hecho de que dicha clase de harina de trigo presenta características físicas y precios totalmente diversos de la producida en Chile, por lo que no puede considerársele un producto similar o directamente competidor para los efectos de la aplicación de la medida de salvaguardia definitiva aprobada en esta sesión”.

En efecto y tal como lo manifestó una empresa de pizzas en el proceso (dando origen a la excepción indicada), “a nuestro juicio el producto importado y el producto nacional no comparten las mismas características físicas y técnicas, lo trigos chilenos son blandos, de poco gluten y mala calidad: poca fuerza, menos elasticidad (equilibrio inadecuado de la masa para el estirado y horneado), mal comportamiento en la retención de almidón (deseccamiento de la

---

<sup>19</sup> Ver nota a pie de página número 17.

superficie de la bola refrigerada y endurecimiento de la masa de la pizza por retrogradación del almidón) [...] [En síntesis,] el motivo principal por el cual se prefiere la harina importada radica en ... la combinación de elasticidad y dureza que permite un adecuado estirado y presentación de nuestro producto final”.

Sin perjuicio de su bajísima incidencia, ignoramos, en todo caso, si se descartó del cálculo para el aumento de las importaciones (y demás constataciones) el producto indicado con anterioridad.

#### **D) No basta cualquier aumento en la cantidad de importaciones. Doctrina jurisprudencial**

El “leading case” sobre la materia, el cual ha sido objeto de cita e interpretaciones en casi todos los otros casos posteriores en que los órganos de solución de disputas de la OMC se han pronunciado, es aquel relativo a las salvaguardias impuestas por Argentina a la importación de calzados. La orientación que nos plantea el caso indicado es la siguiente:

“A nuestro parecer, la determinación de si se ha cumplido el requisito de las importaciones que “han aumentado en tal cantidad” no es una determinación puramente matemática o técnica. En otras palabras, no es suficiente que una investigación demuestre simplemente que las importaciones de este año han sido mayores a las del año pasado, o a las de hace cinco años. **Repetimos, y se justifica insistir en ello, que no basta cualquier aumento en la cantidad de las importaciones.** Para que se cumpla el requisito a la aplicación de una medida de salvaguardia, las importaciones deben haber aumentado “en tal cantidad” que causen o amenacen causar un daño grave a la rama de producción nacional. A nuestro juicio, esta redacción, utilizada tanto en **el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre Salvaguardias como el párrafo 1 a) del artículo XIX del GATT de 1994, requiere que el aumento de las importaciones haya sido lo bastante reciente, lo bastante súbito, lo bastante agudo y lo bastante importante, tanto cuantitativa como cualitativamente, para causar o amenazar con causar un “daño grave”.**” (énfasis agregado)<sup>20</sup>.

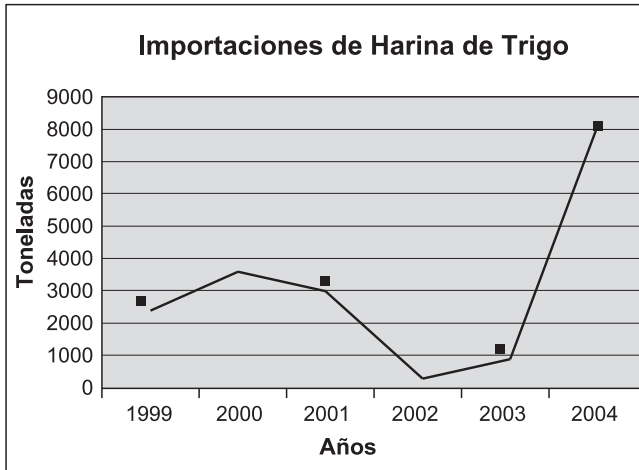
#### **E) No cabe duda que hubo un aumento “cuantitativo” de las importaciones**

Los datos del proceso o investigación muestran, efectivamente, que hubo un aumento en el volumen de importaciones de harina de

<sup>20</sup> Argentina – Calzado, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 131.

trigo y que estas son recientes e incluso agudas si se miran los datos desde un punto de vista meramente cuantitativo.

A continuación, se mostrará un gráfico de la evolución que han tenido las importaciones:



[Elaboración propia en base a datos recopilados por la Secretaría Técnica de la Comisión]

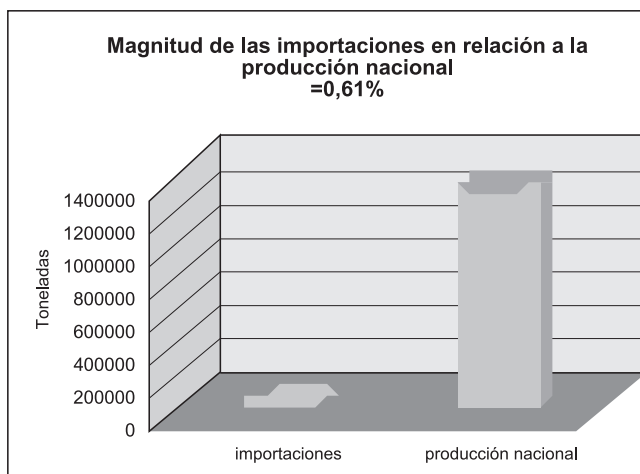
**F) Pero, ¿hubo un aumento “cualitativo” de las importaciones? La suficiencia del aumento debe estar en relación con la determinación de la existencia de daño grave o amenaza del mismo.**

Cuando se hace referencia al aumento en las importaciones, se asume la necesidad de una valoración subjetiva mas no infundada o arbitraria. Cuando la jurisprudencia de la OMC alude a que no se puede omitir, en la evaluación de este requisito, incurrir en un análisis cualitativo, está colocando el acento en la cualidad o capacidad del incremento de las importaciones para provocar o causar un grave daño actual o inminente. A este respecto, resulta fundamental la debida consideración al aumento de las importaciones en relación al mercado relevante, así como a la fortaleza de la posición de quien alega perjuicio<sup>21</sup>.

Sobre el particular, parece evidente que a pesar que ha habido un aumento cuantitativo de las importaciones, dicho aumento en con-

<sup>21</sup> Recordar lo manifestado por el Órgano de Apelación en el caso Argentina - Calzado (párrafo 131) en el cual se subrayó la exigencia de que “el aumento de las importaciones haya sido lo bastante reciente, lo bastante súbito, lo bastante agudo y lo bastante importante, tanto cuantitativa como cualitativamente, para causar o amenazar causar un ‘daño grave’” (énfasis agregado).

sideración a la producción nacional de harina de trigo por parte de la rama de la producción que se dice afectada resulta insignificante. A continuación se muestra el gráfico que lo ilustra:



[Elaboración propia en base a datos recopilados por la Secretaría Técnica de la Comisión]

Cuando se realiza el ejercicio de analizar por separado cada uno de los requisitos que se desprenden del AS, se puede favorecer el orden y sistematización de un análisis, pero se corre el riesgo de que no se aprecie debidamente el ensamblaje o concatenación de los diferentes requisitos entre sí. En este sentido, cuando se intenta realizar un examen “cualitativo” del aumento experimentado en las importaciones, inevitablemente se hace un salto hacia el requisito consistente en la *relación de causalidad* (entre el aumento de las importaciones y la existencia de daño grave o amenaza de daño grave).

Considerando lo anterior, tiene juicio lo manifestado en el caso US-Ciertos Productos de Acero<sup>22</sup> en donde se reconoce que:

“... a nuestro juicio, el término ‘tal’, que figura en la frase ‘aumentado en tal cantidad’ del párrafo 1 a) del artículo XIX y el párrafo 1 del artículo 2, vincula con toda claridad el aumento de las importaciones con su aptitud para causar daño grave o amenaza de daño grave. (...) [L]as cuestiones de si un aumento de las importaciones ha sido lo bastante reciente, súbito, agudo e importante para amenazar causar un daño grave **son cuestiones a**

<sup>22</sup> Estados Unidos - Ciertos Productos de Acero, Informe del Órgano de Apelación, párrafos 346 y siguientes.

**las que se responde cuando las autoridades competentes ... llevan adelante el resto de su análisis (es decir, su examen de la existencia o amenaza de daño grave y la relación causal)” (énfasis agregado).**

Y, como se intentará demostrar más adelante, el nivel de las importaciones no resulta apto para provocar el efecto requerido según el AS. Así lo ha entendido el voto de minoría, el que advierte que: “las importaciones del producto investigado observadas en los últimos años no son relevantes ya que, medidas en relación a la producción nacional y al consumo aparente, tienen una ponderación muy baja, por lo que es muy difícil y poco probable que estas puedan causar daño a la producción nacional”<sup>23</sup>.

En conclusión, más allá de si se puede o no decir que no hubo aumento de las importaciones (mirado en forma aislada al resto de los requisitos que por sistematización se suelen abordar por separado), no cabe duda que el mismo requisito no se cumple si uno lo analiza desde una perspectiva cualitativa, es decir, en consideración a su aptitud para producir un daño grave o amenaza de daño grave a la industria molinera nacional. Esta forma de analizar el requisito de que haya un aumento de las importaciones, lo vincula estrechamente al examen del requisito de la relación de causalidad entre las importaciones y el daño grave o amenaza del mismo.

## **VI.2) QUE LAS IMPORTACIONES HAYAN AUMENTADO COMO RESULTADO DE LA EVOLUCIÓN IMPREVISTA DE LAS CIRCUNSTANCIAS.**

La exigencia que se analizará a continuación implica la demostración de una relación causal específica entre el aumento en las importaciones de un producto determinado y aquella o aquellas circunstancias ocurridas en forma imprevista. Esto representa el primer nexo causal que debe ser probado, ya que existe otro posterior en virtud del cual se hace necesario explicar razonada y suficientemente que el incremento en las importaciones causa como efecto (por sí solo o como una de entre varias causas) una daño grave o amenaza de daño grave a la producción nacional.

A diferencia del AS, el cual no contempla condición alguna referida a la existencia de una evolución imprevista de las circunstancias

---

<sup>23</sup> Sesión N° 272, p. 2.



(*Unforeseen Developments*), El Art. XIX: 1(a) del GATT de 1994 establece que:

“si como resultado de la **evolución imprevista de las circunstancias** (*unforeseen developments*) y por efecto de las obligaciones incurridas por una parte contratante bajo este Acuerdo, incluyendo la concesión de tarifas, cualquier producto está siendo importado dentro del territorio de una de las partes contratantes en una cantidad incremental tal y bajo circunstancias tales que cause o amenace causar serio daño a la producción doméstica en ese territorio respecto de productos directamente competitivos, la parte contratante será libre, respecto de tal producto, y hasta el punto y por el tiempo que pueda ser necesario para impedir o remediar tal daño, suspender totalmente o en parte la obligación o retirar o modificar la concesión” (énfasis agregado).

Esta condición para la procedencia jurídica de una medida de salvaguardia no solo ha sido discutida en cuanto a su procedencia en el ámbito internacional, cosa que no ocurre en nuestro país por la alusión expresa que el Art. 7º de la Ley 18.525 hace al Art XIX del GATT de 1994, sino que ha significado, en la práctica, una valla muy difícil de superar para las autoridades nacionales, las cuales no cuentan con una guía lo suficientemente clara acerca de cómo evaluar el requisito aludido.

Algunas de las interrogantes que sobre el particular se pueden mencionar son, a modo ilustrativo, las siguientes: ¿Qué significa que haya una evolución imprevista de las circunstancias? ¿Se debe distinguir entre lo imprevisto y lo imprevisible? ¿En base a qué punto en el tiempo debe compararse y verificarse la ocurrencia de hechos imprevistos? ¿Respecto de quién debe ser imprevista la circunstancia? ¿Cuándo se entiende que hay una explicación suficiente y razonada de las autoridades nacionales sobre este requisito? ¿Asumiendo que pueden existir muchos factores causales, deben analizarse todos ellos? ¿Basta con que se evalúe la incidencia del factor causal más importante (que tenga características de “imprevisto”), etc.<sup>24</sup>.

Durante el curso de la investigación sobre la harina de trigo los siguientes factores se hicieron presente para explicar el aumento en

<sup>24</sup> Para una discusión más detallada ver: a) MUELLER, Felix (2003): “*Is the General Agreement on Tariffs and Trade Article IXI ‘Unforeseen Developments Clause’ Still Effective Under the Agreement on Safeguards?*”, *Journal of World Trade* 37(6): 1119-1151; b) LEE Yong-Shik (2003): “*Continuing Controversy on ‘Unforeseen Developments’ - Reviewer’s Note*, *Journal of World Trade* 37(6): 1153-1157; c) ROMERO, Juan José (2004): “*Regulación de una Cláusula de Escape a la Competencia Internacional: el caso de las salvaguardias*”, ponencia presentada en las Segundas Jornadas de Derecho de la Empresa, P. Univesidad Católica de Chile.

la cantidad de importaciones: a) la revaluación del Euro, circunstancia que le habría quitado competitividad a las harinas europeas frente a las argentinas, dando lugar a un avance de estas últimas en el mercado interno chileno a costa de parte del mercado que ocupaban las primeras; b) la revaluación del peso chileno en relación al dólar y al peso argentino; c) el reordenamiento de la economía argentina luego de la severa crisis de los años 2001 y 2002; d) las atractivas condiciones del mercado chileno para la venta del producto en términos de la gran demanda interna existente, los buenos precios y la posibilidad de captar márgenes más elevados; y e) la pública presión por protección frente a las importaciones, lo que habría provocado (por un tema de expectativas) un anticipo de las importaciones<sup>25</sup>.

La Comisión fue convencida por la posición de los solicitantes y sostuvo que la evolución imprevista del aumento de importaciones obedeció al sistema de impuestos discriminatorios que opera en Argentina.

La Comisión consideró que:

“la imposición discriminatoria y selectiva de derechos a la exportación en Argentina, constituye una evolución imprevista de las circunstancias y sería el factor que explica el creciente flujo de importaciones de harina de trigo al país.

En efecto, Argentina, mediante las resoluciones N° 11 y N° 35 del Ministerio de Economía e Infraestructura, de marzo y abril de 2002, respectivamente, ha establecido derechos de exportación para el trigo y la harina de trigo, fijados en un 20% desde la última fecha mencionada. No ocurre lo mismo respecto de la exportación de mezclas, que en la práctica no tienen impuestos, producto de un derecho a la exportación de 5% y un reintegro de igual cuantía.

(...)

En consecuencia, la aplicación de impuestos a la exportación de 20% al trigo, y no a las mezclas de harina, creó, por lo tanto, una ventaja competitiva artificial a la industria molinera argentina que les permite acceder a un precio del trigo en ese país un 20% inferior a su valor internacional, situación que no se daría en condiciones de mercado normales”<sup>26</sup>.

¿Cumple la explicación anterior con el estándar de suficiencia y razonabilidad exigido por la jurisprudencia? ¿Debió la Comisión haberse hecho cargo de aquellos otros factores relevantes a los cua-

<sup>25</sup> Ver presentación de la Federación Argentina de la Industria Molinera (FAIM), de fecha 27 de enero de 2005, pp. 24-28, fojas 404-408 del Expediente.

<sup>26</sup> Ver Sesión N° 272: p.4-5.

les se les atribuye el aumento de las importaciones? ¿Puede ser imprevista una medida que ocurrió hace dos años y que es equivalente al máximo período de ajuste posible en virtud de la imposición de una medida de salvaguardia en Chile?<sup>27</sup>.

Las respuestas a interrogantes como las señaladas precedentemente (al igual que otras preguntas) no son evidentes. Tal como lo sostienen algunos autores, la jurisprudencia de la OMC ha proporcionado ciertos criterios, pero no todo lo completos ni claros que se hubiese querido<sup>28</sup>.

Aun así, vale la pena tener presente ciertas posturas expresadas en el seno de la OMC, las cuales dan cuenta de lo exigente que ha pasado a ser el cumplimiento de la condición en comento.

Chile, por ejemplo, hizo hincapié (en el caso de los duraznos en conserva) en la necesidad de que las autoridades argentinas competentes hubieran identificado en el expediente respectivo, en atención a lo manifestado en la segunda oración del Art. XIX<sup>29</sup>, cuáles eran las expectativas razonables de la autoridades argentinas al momento de otorgar las concesiones arancelarias y cuándo sucedió esto último. Solo así, según se planteaba, resultaba posible poder verificar si se estaba o no ante un evento imprevisto<sup>30</sup>.

De hecho, tan exigente puede ser el estándar de suficiencia y razonabilidad requerido, que en el conocido caso de las Salvaguardias a ciertos productos de acero impuestos por los Estados Unidos, el Grupo Especial no quedó satisfecho con la constatación sobre la existencia de un evolución imprevista de las circunstancias en atención a que las autoridades pertinentes deberían haber determinado en forma precisa cuánto se incrementaron las importaciones en cada una de las veintisiete 'industrias' de acero, como resultado de la crisis financiera asiática y la caída en la demanda por acero en la Unión Soviética. Luego, deberían haber analizado si este incremento causó o amenazó causar un daño grave a la industria relevante (así como proporcionar un análisis 'de no atribución' convincente)<sup>31</sup>. Tal tipo de análisis parece aludir, en pala-

<sup>27</sup> En nuestro país una medida de salvaguardia se puede imponer por un plazo máximo de un año, con la posibilidad de prórroga por otro año más.

<sup>28</sup> Ver, por ejemplo, a MUELLER, Felix (2003) o a LEE Yong-Shik (2003).

<sup>29</sup> "... y por efecto de las obligaciones incurridas por una parte contratante bajo este Acuerdo...".

<sup>30</sup> Ver Argentina - duraznos en conserva, párrafo 4.37, p.17.

<sup>31</sup> Estados Unidos - Ciertos Productos de Acero, informe del Grupo Especial, párrafo 10.128, reproducido y ratificado por el Órgano de Apelación en párrafo 309. En lo

bras de Alan O. SYKES, a un modelo de equilibrio global general para cada segmento del mercado del acero, de modo que el efecto de eventos en mercados foráneos particulares tales como el asiático y el soviético (cuando existía como tal) puedan ser simulados con precisión. Si ese tipo de análisis es el requerido, el tiempo y gasto involucrado sería enorme, la precisión de tal ejercicio sería también objeto de considerable duda debido a lo controversial de algunos supuestos que inevitablemente se tendrían que utilizar, sin considerar la carencia de información relevante para estimar los parámetros del modelo<sup>32</sup>.

En último término y más allá de otras consideraciones sobre las que pudiéramos explayarnos, debe reconocerse que, sin perjuicio de lo equivocado que resulta aplicar salvaguardias para casos de eventual competencia desleal (y sin entrar en detalles doctrinarios), los solicitantes lograron explicar razonablemente bien el mecanismo causa-efecto que opera entre el sistema argentino de impuestos diferenciados a las exportaciones y el aumento de las importaciones<sup>33</sup>.

En todo caso, habría sido útil, para evitar que nuestro país tenga que dar explicaciones *ex post* en caso de ser requerido ante la OMC, que si la Comisión efectivamente llegó al convencimiento acerca de que los impuestos diferenciados a las exportaciones argentinas (trigo / harina de trigo) son causantes del incremento de importaciones, hubiera hecho suyo la extensa argumentación de los solicitantes sobre el particular. El parámetro jurisprudencial en el sentido de que la explicación debe ser suficiente y razonada así lo amerita.

### **VI.3) DAÑO GRAVE O AMENAZA DE DAÑO GRAVE Y SU RELACIÓN CAUSAL CON EL AUMENTO DE LAS IMPORTACIONES**

**... Que causen o amenacen causar un grave daño a la rama de la producción nacional que produce productos similares o directamente competidores.**

---

referente a la especificidad de la demostración de causalidad, ver árrafo 306 del informe del Órgano de Apelación.

<sup>32</sup> SYKES, Alan O. (2004): p. 37.

<sup>33</sup> De hecho, el esfuerzo por parte de los solicitantes de explicar el porqué de los aumentos a las importaciones, puede llegar a considerarse asimétrico o desproporcionado en atención al poco desarrollo, por parte de los mismos, del resto de los requisitos exigidos.

La debilidad de la decisión de la Comisión, así como de la posición de la industria molinera, se hace especialmente patente cuando se revisa este requisito. Es posible sostener que el análisis que hace la Comisión es escaso y equivocado. A continuación se explicará en qué consiste el requisito de existir daño grave o amenaza de daño grave, para posteriormente evaluar y contrastar las conclusiones de la Comisión y la posición de la industria molinera con lo exigido a la luz del texto del AS y de la jurisprudencia de la OMC.

### A) Concepto de daño grave

De acuerdo al texto del AS, se entenderá que hay “daño grave” cuando existe un **menoscabo general significativo** de la situación de una rama de la producción nacional (párrafo 1, Art. 4 AS). Interpretando la definición proporcionada en el AS, la jurisprudencia ha sostenido que

“solo cuando se ha evaluado la situación general de la rama de producción nacional, a la luz de todos los factores pertinentes que tengan relación con la situación de dicha rama de producción, puede determinarse si se ha producido un “menoscabo general significativo” de la situación de dicha rama de producción”<sup>34</sup>.

### B) Concepto de amenaza de daño grave

En lo que respecta a la noción de amenaza de daño grave, el aludido párrafo 1 del Art. 4 del AS, señala que se entenderá por tal, la **clara inminencia** de un daño grave, la cual se basará en hechos y no simplemente en alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas.

El criterio jurisprudencial de la OMC en relación con el requisito de inminencia del daño grave (elemento constitutivo de la definición de amenaza de daño grave), ha sido el siguiente:

“La primera oración del párrafo 1 b) del artículo 4 del Acuerdo sobre Salvaguardias dice claramente que la rama de producción nacional debe hacer frente a un “daño grave” –definido con referencia a los factores del daño enumerados en el párrafo 2 a) del mismo artículo– del cual exista una “clara inminencia”. El sentido corriente de “imminent” (inminente) entraña que *el menoscabo general significativo de la rama de producción* debe estar “**a punto de ocurrir**” “ready to take place” o “be impending, soon to hap-

<sup>34</sup> Argentina - Calzado, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 139.

pen... event, especially danger or disaster" (**ser un acontecimiento que debe ocurrir en breve, especialmente un peligro o desastre**). El daño inminente que amenaza ocurrir debe ser "grave" (énfasis agregado)<sup>35</sup>.

Corroborando y complementando la apreciación anterior formulada por el Grupo Especial en el caso Estados Unidos - Carne de Cordero, el Órgano de Apelación ha expresado que:

"Volviendo a la expresión "amenaza de daño grave", observamos que esta expresión se refiere a un "daño grave" que aún no ha ocurrido, sino que es un acontecimiento futuro cuya efectiva materialización no puede, en realidad, asegurarse con certidumbre. Observamos también que el párrafo 1 b) del artículo 4 se basa en la definición de "daño grave", estableciendo que, para constituir una "amenaza", debe tratarse de la "clara inminencia" de un daño grave. El término "inminencia" precisa temporalmente el momento en que es probable que la "amenaza" se materialice. El empleo de esta palabra supone que **el "daño grave" previsto debe estar a punto de producirse**. Además, consideramos que la palabra "clara", que califica el término "inminencia", indica que **debe haber un alto grado de probabilidad de que el daño grave previsto se materialice en un futuro muy próximo**. Observamos asimismo que el párrafo 1 b) del artículo 4 dispone que toda determinación de la existencia de una amenaza de daño grave "se basará en hechos y no simplemente en alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas" (sin cursivas en el original). En nuestra opinión, el término "clara" se refiere también a la **demostración fáctica de la existencia de la "amenaza"**. Por lo tanto, la expresión "clara inminencia" indica que, como cuestión de hecho, debe resultar manifiesto que la rama de producción nacional está a punto de sufrir un daño grave" (énfasis agregado)<sup>36</sup>.

**C) No es suficiente que se pruebe la existencia de un daño o de un daño importante (o amenaza de los mismos). Lo que se exige es un muy alto estándar de daño**

**Requisito más exigente que en materia de dumping y subvenciones.**

Es posible sugerir tal conclusión de la sola revisión del texto aplicable a cada una de las medidas. Como se desprende del tenor literal del Acuerdo Antidumping comparado con el Acuerdo sobre Salvaguardias, en el primero se exige un estándar de "daño importante" mientras que en el segundo se utiliza la expresión "daño grave". Esto tiene lógica si se considera el carácter excepcional y de emergencia del recurso de salvaguardia, el cual se refiere a

<sup>35</sup> Estados Unidos - Carne de Cordero, Informe del Grupo Especial, párrafo 7.127;

<sup>36</sup> Estados Unidos - Carne de Cordero, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 117.

situaciones de competencia leal, en contraste con casos de dumping o subsidios (subvenciones) en donde se atacan casos de competencia ilegítima.

Debiera tenerse especial cuidado en la consideración de lo que significa y representa un daño grave (o amenaza del mismo). No basta con que exista un daño, así como tampoco que el daño que se sufre sea importante. Se requiere probar que se ha ocasionado un daño extraordinariamente serio (grave) a la industria en su generalidad.

Esta apreciación ha sido respaldada por la jurisprudencia de la OMC, la cual en el caso Estados Unidos - Carne de Cordero ha sostenido que:

“El criterio relativo al “daño grave” establecido en el párrafo 1 a) del artículo 4 es aparentemente muy estricto. (...) en el asunto *Estados Unidos - Salvaguardia respecto del gluten de trigo*, señalamos que este criterio era riguroso<sup>37</sup>. Además, observamos a este respecto que la palabra “daño” es calificada por el adjetivo “grave”, lo que, en nuestra opinión, subraya el alcance y el grado del “menoscabo general significativo” que debe sufrir la rama de producción nacional, o que debe estar próxima a sufrir, para que se cumpla el criterio. Se corrobora nuestra opinión de que **“el criterio relativo al “daño grave” que figura en el Acuerdo sobre Salvaguardias es muy estricto si comparamos este criterio con el relativo al “daño importante” establecido en el Acuerdo Antidumping, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (el “Acuerdo SMC”) y el GATT de 1994<sup>38</sup>. Consideramos que la palabra “grave” connota un criterio relativo al daño mucho más estricto que el término “importante”<sup>39</sup>. Además, estimamos que coincide con el objeto y fin del Acuerdo sobre Salvaguardias el hecho de que el criterio relativo al daño para la aplicación de una medida de salvaguardia sea más estricto que el criterio relativo al daño en el caso de las medidas antidumping o compensatorias, ...” (énfasis agregado)<sup>40</sup>.**

<sup>37</sup> Estados Unidos - Gluten de Trigo, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 149.

<sup>38</sup> El “daño importante” es el criterio establecido en el artículo VI del GATT de 1994, los artículos 5 (nota 11 de pie de página) y 15 (nota 45 de pie de página) del Acuerdo SMC [Acuerdo sobre subsidios y medidas compensatorias] y el artículo 3 (nota 9 de pie de página) del Acuerdo Antidumping.

<sup>39</sup> Nuestra opinión de que el criterio de “daño grave” es más estricto que el de “daño importante” se ve corroborado por las versiones francesa y española de los acuerdos pertinentes, en los que los términos equivalentes son, respectivamente, *dommage grave* y *dommage important*; y *daño grave* y *daño importante*.

<sup>40</sup> Estados Unidos - Carne de Cordero, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 124.

### **D) El estándar de daño es el mismo independiente de si se trata de uno actual o de una amenaza**

En el caso de alegarse una amenaza de daño el estándar no tiene por qué ser menor. En Estados Unidos - Carne de Cordero, el Órgano de Apelación destacó lo elevado del estándar para ambos casos, recalcando, además, que la evaluación de los factores de daño tiene que hacerse teniendo dicho estándar en consideración:

“Recordamos que en el asunto Argentina - Salvaguardia respecto del calzado declaramos que “es fundamental que un grupo especial tenga en cuenta la definición de “daño grave” que figura en el párrafo 1 a) del artículo 4 del Acuerdo sobre Salvaguardias en su examen de cualquier determinación del ‘daño grave’”<sup>41</sup>. Esto es también cierto en el caso de la definición de la “amenaza de daño grave” que figura en el párrafo 1 b) del artículo 4 de dicho Acuerdo. Por lo tanto, al formular una determinación sobre la existencia de “daño grave” o sobre la “amenaza” de daño grave, los grupos especiales deben tener siempre presente que el criterio relativo al daño que suponen estas expresiones es muy estricto”<sup>42</sup>.

De la explicación que la jurisprudencia ha realizado del texto del AS sobre el particular debiera quedar claro que el estándar de exigencia es mayor que el aplicado por la Comisión, como se explicará con detalle en el punto siguiente.

### **E) Comentarios a las conclusiones de la Comisión sobre la existencia de daño grave o amenaza de daño grave**

#### ***– El sujeto del daño debe ser la industria molinera que produce harina de trigo***

Como reflexión preliminar, llama la atención que se haga tanta referencia, por parte de los solicitantes, al eventual daño que sufrirían los agricultores, sobre todo en atención que el daño o amenaza de daño debe demostrarse respecto de otra rama de la producción (en este caso la industria molinera), algo que la Comisión tuvo, en todo caso, claro.

Para efectos analíticos, conviene, hacer presente que el sujeto del daño debe ser una industria específica que produce productos tam-

<sup>41</sup> Argentina Calzado, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 139.

<sup>42</sup> Estados Unidos - Carne de Cordero, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 126.



bién específicos. Conviene mencionarlo no solo por las abundantes referencias al perjuicio a la industria del trigo que estaría ocasionando la práctica argentina de impuestos diferenciados a las exportaciones, sino porque, efectivamente, ha habido casos en que este tema se ha ventilado en la OMC. Por ejemplo, en el caso Estados Unidos - Carne de Cordero, Australia y Nueva Zelandia sostuvieron que la agencia norteamericana USITC había interpretado erróneamente la expresión “rama de la producción nacional”, al incluir en él a los criadores y establecimientos de engorda de corderos en pie aunque no produjeran carne de cordero, que era el producto en litigio. A este respecto, el reporte del panel o grupo especial fue enfático al afirmar que:

“No encontramos ningún fundamento en el texto de esta frase [“productores de los productos similares o directamente competidores”] para considerar que un productor que no produce el producto en cuestión, pero produce una materia prima o un insumo que se utiliza para producir ese producto, pueda ser considerado, sin embargo, productor de ese producto”<sup>43</sup>.

***– Fundamentación escueta, insuficiente e inconexa respecto de la existencia de daño grave y amenaza de daño grave (comentario general inicial)***

A la Comisión se le exigía cumplir con aspectos formales y sustantivos<sup>44</sup>. Por un lado estaba la necesidad de que recopilara los datos pertinentes sobre los factores de daño relativos a la industria molinera<sup>45</sup>. Por otro lado, se encontraba la exigencia de analizar los antecedentes y evaluar si se cumplía o no con la condición de existir un daño grave o una amenaza del mismo. La Comisión cumplió con la primera parte, mas no con la segunda, tanto en consideración a la falta de profundidad del análisis como a la equivocada atención de lo que realmente se exige por el AS.

<sup>43</sup> Estados Unidos - Carne de Cordero, Informe del Grupo Especial, párrafo 7.67.

<sup>44</sup> En primer lugar, el grupo especial debe examinar si las autoridades competentes, como cuestión formal, han evaluado todos los factores pertinentes, y en segundo lugar, debe examinar si dichas autoridades, como cuestión sustantiva, han dado una explicación fundamentada y suficiente de la forma en que los hechos respaldan sus determinaciones” (énfasis agregado) [US - Lamb Meat, Órgano de Apelación, párrafo 141].

<sup>45</sup> “el párrafo 2 a) del artículo 4 del Acuerdo sobre Salvaguardias requiere una demostración de que las autoridades competentes han evaluado, como mínimo, cada uno de los factores enumerados en el párrafo 2 a) del artículo 4 así como todos los demás factores pertinentes para la situación de la rama de producción interesada” (énfasis agregado). [Argentina- Calzado, Informe Órgano de Apelación, párrafo 136].

Más allá de lo anecdótico del punto anterior (sobre quién tiene que ser el sujeto pasivo de daño), el cual podría ser reflejo de la debilidad en acreditar este requisito respecto de la industria molinera, conviene partir afirmando que en menos de una página la Comisión intenta evaluar la eventual existencia de daño grave o amenaza del mismo. No obstante, la mayor parte de la exposición responde a una descripción breve de las cifras respecto de ciertos parámetros o factores de daño. Lo que más llama la atención, es que luego de tal descripción no se realiza explicación alguna de cómo las constataciones se relacionan entre sí, ni menos de si los datos aportados constituyen un reflejo de la existencia de daño grave o no para la industria nacional.

***– Los datos no muestran una situación de daño o menoscabo, ni menos de gravedad, respecto de la industria molinera***

En todo caso, la respuesta que habría correspondido es que los datos recabados no reflejan una situación de daño grave a la industria molinera. Solo a modo ilustrativo y sin pretender aportar con un análisis alternativo, propiamente tal, para que la Comisión hubiese llegado demostrar la existencia de daño grave (que como es posible apreciar de la jurisprudencia citada implica un muy alto estándar de menoscabo) habría tenido que explicar, primero que todo, por qué la industria molinera muestra utilidades. Además, habría tenido que esforzarse –posiblemente sin éxito– en demostrar por qué la mayoría de los factores analizados muestran una situación positiva para la industria mencionada y, aún así, colegir que se está ante una situación de daño, y no uno cualquiera, sino de uno grave<sup>46</sup>:

Utilidades	+	Precios domésticos <sup>47</sup>	-
Producción nacional	+	Costos de producción	-

<sup>46</sup> Obviamente todos los factores de daño deben evaluarse en su conjunto. Una evaluación de cada uno de los factores enumerados no tiene por qué demostrar necesariamente que cada uno de ellos está disminuyendo. Siendo esto cierto, no resultará fácil, en todo caso, demostrar daño grave cuando la tendencia es inversa, es decir, cuando hay muchos más signos positivos que negativos.

<sup>47</sup> De acuerdo a los datos observados por la Comisión, los “precios domésticos en UF de la harina de trigo experimentan una variación anual negativa de 4% en el año 2004”, lo que implica, en términos generales según la misma Comisión, que “el nivel de los precios domésticos de la harina no muestra variaciones relevantes y se mantiene en un nivel estable durante todo el período”. Esta muy leve baja es expli-

Ventas totales	+	Inventarios	-
Consumo aparente	+		
Capacidad instalada	+		
Empleo	+		
Productividad	+		

La jurisprudencia ha sostenido que el aumento de las importaciones normalmente debería *coincidir* con una disminución de todos los factores de daño pertinentes:

“... si la relación de causalidad está presente, el aumento de las importaciones normalmente debería coincidir con una disminución de todos los factores de daño pertinentes. Si bien tal coincidencia por sí sola no puede probar la existencia de una relación de causalidad (porque, entre otras cosas, el artículo 3° exige una explicación, es decir, “las constataciones y las conclusiones fundamentadas”), su ausencia podría despertar serias dudas con respecto a la existencia de dicha relación, y exigiría un análisis muy preciso de las razones por las cuales sigue existiendo la relación de causalidad”<sup>48</sup>.

Obviamente todos los factores de daño deben evaluarse en su conjunto. Una evaluación de cada uno de los factores enumerados no tiene por qué demostrar necesariamente que cada uno de ellos está disminuyendo. Siendo esto cierto, no resultará fácil, en todo caso, demostrar daño grave cuando la tendencia es inversa, es decir, cuando hay muchos más signos positivos que negativos.

De hecho, lejos de apreciarse un daño (y menos uno grave), se vislumbra más bien, en palabras del voto de minoría, una “industria doméstica [que] presenta niveles de producción y de ventas crecientes en los últimos años, así como resultados financieros positivos”.

---

cada por los representantes de la industria molinera argentina del siguiente modo: “los precios de harina, si bien descendieron lo hicieron en menor proporción que los precios del trigo, (...) o sea que si la industria local tuvo que bajar los precios no lo fue por causa de las importaciones sino simplemente porque siguió la ley de variación del trigo, aunque quedó en ventaja frente al mismo, ...” [Ver fojas 381 del Expediente].

<sup>48</sup> Argentina - Calzado, Informe del Grupo Especial, párrafos 8.237 y 8.238. Raciocinio ratificado por el Órgano de Apelación; ob. cit.; párrafo 145.

***– Se alega por los solicitantes y se concluye por la Comisión que existe una amenaza de daño grave***

No solo la Comisión no colige que ha existido daño grave, sino que la industria molinera evita –en su solicitud– referirse sobre el particular. Pero ante la ausencia de daño grave no todo está perdido. Podría cumplirse con el requisito demostrando una amenaza de daño grave, sin embargo, y por las razones que se expondrán, la fundamentación es insuficiente y equivocada.

***– Se aprecia una Ausencia de conexión razonada entre el análisis de los factores y la amenaza de daño grave reclamada***

Lo postulado por Chile en otros foros resulta categórico en el sentido de que “el Miembro tiene que demostrar que se ha producido una amenaza de daño grave proveyendo una explicación razonada y adecuada acerca de cómo los factores analizados apoyan esa determinación”<sup>49</sup>. Es decir, el análisis de los factores de daño y la explicación correspondiente no solo resulta de utilidad para verificar la constatación de daño grave, sino que constituye un requisito para la verificación de la amenaza del mismo, cosa que no se vislumbra de la actuación de la Comisión. No se vislumbra un nexo lógico entre la lo manifestado al transcribirse los datos sobre los factores y las conclusiones sobre la existencia de una amenaza de daño grave a la que se arriba En una argumentación que calzaría muy bien al caso de la Harina de Trigo, Chile sostuvo que “una cosa es registrar datos en cuadros estadísticos –como lo han hecho las autoridades competentes–, y otra cosa muy diferente es que esos datos o factores sean analizados adecuada y razonadamente a efectos de explicar y demostrar el modo en que apoyan una determinación”<sup>50</sup>.

***– Del razonamiento de la Comisión se percibe una brusca separación entre la concepción de daño grave y la amenaza del mismo, pero no es irrelevante para la constatación de una amenaza la inexistencia de daño o daño grave***

La desconexión argumentativa entre la exposición de los datos correspondiente a los distintos factores y la explicación de por qué

---

<sup>49</sup> Argumentación de Chile en el caso Argentina - duraznos en conserva, Párrafo 4.57, p. 25.

<sup>50</sup> Argumentación de Chile en el caso Argentina - duraznos en conserva, Párrafo 4.61, p. 26.

existiría una amenaza de daño grave da lugar no solo a un vicio en sí mismo, sino que refleja un equivocado entendimiento de la cercanía en el tiempo que implica que exista tal amenaza, así como de la potencial severidad en el daño que involucra.

Para que haya amenaza de daño grave, el menoscabo general significativo de la rama de producción debe estar “a punto de ocurrir”. El daño grave previsto debe estar a punto de producirse. Ni siquiera basta que haya inminencia, lo que ya implica una exigencia no susceptible de ser cumplida dado los hechos constatados, sino que dicha inminencia debe ser “clara”. Es decir, la expresión “clara inminencia” indica que, como cuestión de hecho, debe resultar manifiesto que la rama de producción nacional está a punto de sufrir un daño grave.

No hay que olvidar que en el caso de alegarse una amenaza de daño el estándar sigue siendo exigente o severo. Si lo que se exige es la amenaza de un daño grave, no basta que se tema la ocurrencia de un daño o de uno importante. Y si se exige, además, una clara inminencia, resulta abiertamente inconsistente que, en contraste, la industria reclamante muestre resultados positivos. Mucha agua debiera correr para que se pueda hablar en los términos requeridos.

***– La Comisión confunde lo que es una amenaza de aumento de las importaciones con una amenaza de daño grave***

Se señaló, con anterioridad, que la Comisión había sido escueta en su fundamentación respecto de la existencia de daño grave o amenaza de daño grave. Más allá de la resumida transcripción a palabras de algunos datos recopilados, la fundamentación propiamente tal de la existencia de amenaza de daño grave por parte de la Comisión se redujo a dos párrafos, los cuales, como se intentará demostrar, resultan equivocados en sus bases.

En efecto, el reflejo último de la errada apreciación que tuvo la Comisión al evaluar este requisito radica en confundir lo que es una amenaza de aumento de las importaciones, con una amenaza de daño grave:

“En relación con la amenaza de daño, la Comisión tiene presente que el ritmo y la cuantía del aumento de las importaciones de harina de trigo, clasificadas en el código arancelario 1101.0000, en los últimos años, y la posibilidad real de que estas importaciones –sustentadas en una ventaja artificial que implica costos de producción un 15% menores– podrían tener

una incidencia negativa en los niveles de venta, la producción, la utilización de la capacidad instalada y rentabilidad de la industria molinera nacional.

Asimismo, si otros destinos relevantes aplican medidas a las exportaciones de harina de trigo argentina, clasificadas en el código arancelario 1101.0000, existiría una amenaza de desviación del comercio, donde los excedentes del producto se destinen hacia Chile, lo cual se suma a que como se ha señalado, Chile es aún un origen poco relevante para los exportadores de harina de trigo argentino, con solo un 5% del total de sus envíos aproximadamente”.

Igual error se cometió en la solicitud de salvaguardias por parte de la industria molinera, en donde se aprecia que la única idea en la que se basa la supuesta constatación de amenaza de daño grave es la siguiente:

“[la inminencia de un daño grave] se constata con el ritmo y la cuantía del aumento de las importaciones de mezclas de harina en los últimos años y la posibilidad real de que estas importaciones, sustentadas en una ventaja artificial que implica costos de producción un 15% menores, tengan una incidencia negativa en los niveles de ventas, la producción, la utilización de la capacidad instalada y rentabilidad de la industria molinera nacional.

En este sentido, los mismos antecedentes demuestran que la ocurrencia de este daño grave, que se justifica prevenir con la imposición de salvaguardia, no es una posibilidad remota o alguna conjetura sino que es una probabilidad”.

Como se puede apreciar de las conclusiones de la Comisión, así como de las aseveraciones de la industria molinera nacional, no se teme del actual aumento real de las importaciones, sino del eventual aumento futuro de las mismas. La jurisprudencia de la OMC ha sido clara en afirmar que no es suficiente que exista una amenaza de aumento de las importaciones para demostrar la existencia de una amenaza de daño grave:

“... La determinación de la existencia de una amenaza de daño grave debida a la amenaza del aumento de las importaciones equivaldría a una determinación basada en una alegación o conjetura y no una constatación basada en hechos, como lo exige el párrafo 1 b) del artículo 4”<sup>51</sup>.

Esta exigencia de que la amenaza no sea con respecto a las importaciones, sino sobre un daño grave general a la industria, propiamente tal, se encuentra en armonía con lo que hemos ma-

---

<sup>51</sup> Argentina - Calzado, Informe del Grupo Especial, párrafo 8.284.

nifestado más arriba en lo relativo al *timing* que involucra hablar de una “clara inminencia” y de que esta se refiera no a cualquier daño, sino a una situación de grave menoscabo general de la rama de la producción nacional, la cual se encuentra muy lejos de tal situación.

Íntimamente relacionado con lo anterior se encuentra la constatación, ya señalada con anterioridad, de que las importaciones representan una porción ínfima e insignificante de la producción nacional de harina de trigo. Igual cosa ocurre cuando se hace la comparación con el consumo aparente. Bien podría sostenerse que aunque se haya demostrado la existencia de un aumento en las importaciones, este no es significativo en atención a la situación de la industria nacional y a su capacidad para provocarle un daño grave actual o claramente inminente.

En efecto, y tal como lo reconoce la Comisión al referirse a la relación de causalidad que debe existir entre un aumento de las importaciones y la existencia de daño grave actual o inminente (amenaza), “la participación de las importaciones de harina de trigo en el consumo aparente alcanza al 0,32% en el período enero-junio 2004”<sup>52</sup>. Ante tal antecedente, cabe preguntarse qué efecto gravemente nocivo o desastroso pueden estar teniendo ahora o en el futuro muy inmediato las importaciones<sup>53</sup>.

De hecho, en términos del análisis de causalidad referido, los datos llegan a ser incluso desafiantes. Los representantes de la industria molinera argentina argumentaron agudamente que “[d]e los cuatro años presentados en dicho informe, tres presentan utilidad y uno presenta pérdida. El que presenta pérdida es el año 2002, en el que se importaron 633 Ton. de harina. El año que presenta la utilidad más baja es el 2003, en el que se importaron 1.559 Ton. Y los dos años que presentan mayor ganancia son el 2001 y el 2004, años en que según la estadística se importaron mayores volúmenes, aunque repetimos no más del 0.6% del mercado. Si obtenemos conclusiones de causa efecto de este cuadro podríamos concluir que a la industria molinera chilena le conviene que existan importaciones de

---

<sup>52</sup> Sesión N° 272, p. 6.

<sup>53</sup> De hecho, en el caso de las salvaguardias de Argentina a los duraznos en conserva Chile sostiene que no justifica la existencia de una amenaza de daño grave el hecho que el porcentaje de participación en el consumo aparente haya disminuido en menos de 6% en el mismo año (ver párrafo 4.82). En el caso de la harina de trigo la disminución ha sido de menos de 1%.

harina, ya que a mayor importación mayor ganancia". Ciertamente, repugna a la lógica que los molineros chilenos aplaudan la aparición (por insignificante que sea) de competidores. Pero resulta del todo evidente que según los datos actuales no es posible demostrar la existencia de la relación causal requerida.

## VII. LA INDUSTRIA DOMÉSTICA DEBE REQUERIR DE UN AJUSTE QUE, EN ÚLTIMO TÉRMINO, JUSTIFIQUE LA ADOPCIÓN DE UNA SALVAGUARDIA DESTINADA A "FACILITAR EL AJUSTE"

Tanto en el preámbulo del AS como en el artículo 5 del mismo acuerdo se hace referencia a la finalidad de permitir un reajuste de la industria protegida por las salvaguardias<sup>54</sup>.

Respecto de este tema, resulta de interés preguntarse, cuáles serán las medidas internas que adoptará la industria que busca protección por un tiempo determinado. Subyacente a una petición de salvaguardia, está la existencia de una situación interna de la industria que requiere de ajustes, para, precisamente, poder competir en mejores condiciones en el futuro.

Es de la esencia de un tema como el de las salvaguardias, que se acredite y pruebe que haya una razonable esperanza o perspectiva de que un período de protección posibilitará que la industria se recupere y pueda competir con las industrias foráneas. Más aún, debe tenerse en cuenta que el período de "recuperación", según la legislación chilena, es más breve que el máximo permitido por el AS.

"Aunque hay referencias al reajuste de la rama de producción en dos de sus disposiciones<sup>55</sup>, nada en el texto del Acuerdo sobre Salvaguardias sugiere que se exige el examen de un plan de reajuste concreto antes de que se pueda adoptar una medida. **Creemos, en cambio, que la cuestión del reajuste**, junto con la cuestión de la prevención o reparación del daño

<sup>54</sup> El artículo 5.1 del AS dispone que "un Miembro solo aplicará medidas de salvaguardia en la medida necesaria para prevenir o reparar el daño grave y facilitar el reajuste. Si se utiliza una restricción cuantitativa, esta medida no reducirá la cuantía de las importaciones por debajo del nivel de un período reciente, que será el promedio de las importaciones realizadas en los últimos tres años representativos sobre los cuales se disponga de estadísticas, a menos que se dé una justificación clara de la necesidad de fijar un nivel diferente para prevenir o reparar el daño grave. Los Miembros deberán elegir las medidas más adecuadas para el logro de estos objetivos" (énfasis agregado).

<sup>55</sup> Artículos 5 y 7 del Acuerdo sobre Salvaguardias.



grave, **debe formar parte de la explicación razonada, ofrecida por las autoridades, de la medida que han decidido aplicar.** No obstante, observamos que el examen de un plan de reajuste, en el contexto de la aplicación de una medida de salvaguardia, constituiría una prueba convincente de que las autoridades han examinado si la medida guardaba proporción con el objetivo de prevenir o reparar el daño grave y facilitar el reajuste" (énfasis agregado)<sup>56</sup>.

Sin perjuicio que el Órgano de Apelación solo exigió tal justificación para aquellos casos de medidas de salvaguardia que implicaran determinados tipos de restricciones cuantitativas, cosa que no ocurre en el caso en comento, resalta un elemento que está en el centro de la justificación de este mecanismo: facilitar el ajuste de la industria doméstica, lo que implica, en primer lugar, que tiene que haber algo que ajustar. Dicho elemento "finalista" no se aprecia en modo alguno, lo que reafirma la posición aquí sustentada de que las salvaguardias como medida jurídica excepcional de protección frente a la competencia externa no aparecen jurídicamente idóneas para solucionar el problema que motivó su solicitud.

En el caso que se comenta, no existió plan de reajuste o reestructuración alguno que justifique este tiempo protegido de importaciones, ni probablemente existirá en el futuro. Si transcurrido el año, la industria doméstica se encuentra en la misma situación sin que nada haya cambiado al interior de ella, la medida de salvaguardia concedida habrá perdido toda su significación como cláusula legítima de escape a la competencia externa. Al final lo probable será que, transcurrido el año, se sigan buscando maneras de protegerse, vulnerando el sentido de la medida adoptada y el derecho que la informa.

### **VIII. EXAMEN DE MÉRITO DE LAS SALVAGUARDIAS SOLICITADAS –DESDE UNA PERSPECTIVA DE INTERÉS PÚBLICO– MÁS ALLÁ DEL CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES LEGALES MÍNIMAS.**

Aunque se haya demostrado satisfactoriamente que se ha cumplido con los requisitos impuestos por ley para que una medida de salvaguardia sea susceptible de ser adoptada, resultará necesario, desde el punto de vista de las políticas públicas, la justificación de su conveniencia desde el punto de vista del interés público. Para tal

---

<sup>56</sup> Corea - Productos Lácteos, Informe del grupo especial; párrafo 7.108.

efecto se debe realizar un ejercicio de ponderación en uso del espacio de discreción del cual está premunida la Comisión y, desde luego, el Presidente de la República, quien, cabe hacer notar, siempre ha seguido el parecer de la Comisión, la que cuenta con mayoría de representantes de confianza del gobierno.

No puede olvidarse que las salvaguardias constituyen una medida de escape a la competencia externa legítima. Habrá, a menudo, una serie de preguntas rondando la decisión de la autoridad, tales como: ¿Por qué una empresa o grupo de empresas merecen ser beneficiadas a costa de otras a las cuales necesariamente se les perjudicará? ¿Se tiene conciencia que existen costos escondidos como aquellos derivados del derecho de los países perjudicados a obtener compensaciones? Etc.

Hasta aquí en este trabajo se ha intentado explicar por qué la medida de salvaguardia recomendada primero por la Comisión y decretada después por el Presidente de la República es una herramienta equivocada (tanto por su naturaleza como por la no concurrencia de los requisitos legales) para remediar el problema declarado por la industria molinera y que, según ellos, les aquejaría.

El planteamiento que brevemente se quiere exponer a continuación consiste en que aunque se hubiesen cumplido con todas las condiciones jurídicas exigidas y, por ende, la herramienta utilizada (medida de salvaguardia) no fuera equivocada, el propósito de protección mismo de la medida es discutible. En efecto, el cumplimiento de los requisitos legales hace jurídicamente posible la adopción de una medida de salvaguardia, pero no la hace, necesariamente, conveniente para el país a la luz de las políticas públicas. En este sentido, estimamos que el caso de las salvaguardias es diferente que los casos de dumping o de subvenciones, ya que subyacente a estos últimos existe una violación a las normas sobre competencia leal directa e injustamente perjudicial a una rama de la producción nacional. Podría, efectivamente, argüirse que incluso ante casos de subvenciones y dumping las medidas de corrección (derechos compensatorios y derechos antidumping)<sup>57</sup> podrían no ser eficientes en términos del bienestar general de la sociedad, ya que, por ejemplo, muchos se beneficiarían de las importaciones a bajo precio<sup>58</sup>. En

---

<sup>57</sup> En el caso de las subvenciones podría, alternatively, solicitarse a la OMC la declaración de incompatibilidad con el Acuerdo sobre Subvenciones del subsidio estatal correspondiente, sin necesidad de intentar la aplicación de un derecho compensatorio.

<sup>58</sup> Ver a SYKES, A. (2003): "The Economics of WTO on subsidies and countervailing duties", John M. Olin Law & Economics Working Paper N° 186 (2d Series), University of Chicago Law School, June 2003, <<http://www.lawuchicago.edu/Lawecon/index.html>>

nuestra opinión dicho tipo de argumentación parte de un supuesto difícil de aceptar consistente en la validación del beneficio de muchos derivado del tratamiento injusto o ilegítimo respecto de otros. En palabras simples, implicaría justificar las “trampas” por fines “nobles” o, dicho de una manera más conocida, implicaría que el fin justificara los medios.

Decretar una medida de salvaguardia, como se ha repetido a lo largo de este trabajo, implica otorgar inmunidad frente a la competencia extranjera legítima. Imponer una sobretasa arancelaria (que es la forma que adopta en Chile las medidas de salvaguardia) implica conceder un privilegio claro, cuantificable y directo a una rama de la producción nacional a costa de otros que se verán perjudicados<sup>59</sup>.

Debe reconocerse que casi toda regulación o intervención estatal (por muy legal que sea) genera efectos distributivos (por muy mínimos que sean). De modo que no sería equivocado plantear que la actividad legislativa o regulatoria del Estado da lugar (siempre o casi siempre) a ganadores y perdedores. Cuándo compensar a los perdedores sacrificados en virtud de la consecución del interés público es un gran tema<sup>60</sup>. y si bien es uno difícil, al menos debiera exigirse desde el punto de vista de una sana política pública que se realice el ejercicio de identificar explícita y transparentemente a quienes pierden y quienes ganan. Habiéndose realizado tal ejercicio, la ponderación o examen (posiblemente en términos de costo - beneficio) de qué es lo más conveniente para el país será el paso siguiente y recomendable.

---

<sup>59</sup> Ver al respecto lo indicado en el capítulo 4º de este artículo, en donde se advierte que los perdedores y por ende los costos de una medida de salvaguardia pueden llegar a ser mayores que los previstos inicialmente.

<sup>60</sup> Existe una interesante literatura sobre la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos, lo que está conectado con lo que en Estados Unidos se conoce como “Regulatory Taking” (expropiación regulatoria). En Chile, existen algunos trabajos sobre este último tema. De entre estos nos permitimos mencionar los siguientes: FERNANDOIS, A.: “Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile”, en FERNANDOIS A. –editor (2005): Sentencias Destacadas 2004. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas, Instituto Libertad y Desarrollo; MONTT, S. “Las inversiones como un nuevo límite a la acción de los poderes públicos: expropiaciones indirectas y control del estado regulador ante tribunales arbitrales internacionales”, artículo presentado en noviembre de 2005 en el Primer Congreso Iberoamericano de Regulación Económica, Facultades de Derecho de la P. Universidad Católica de Chile y de la Universidad de los Andes, próximamente a ser publicado por la Revista de Derecho Administrativo Económico; y DELAVEAU, R.: Regulatory Takings: la expropiación regulatoria en el derecho norteamericano, memoria de grado, Magíster en Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, P. Universidad Católica de Chile.

Finalmente, interesa destacar un último aspecto, el cual implica un riesgo: la posibilidad de verse beneficiado por una medida de salvaguardia puede entregar una señal equivocada a los productores nacionales, quienes pueden verse tentados a destinar esfuerzos a presionar por protección en vez de dedicarse a buscar formas más eficientes o, en el extremo, a reconvertirse a aquellas áreas en las que tengan mayores ventajas comparativas y competitivas<sup>61</sup>.

Este riesgo de presión para la obtención de los beneficios de una medida de salvaguardia no siempre se verá contrarrestado por la acción de aquellos que pierden con una medida así. Lo anterior resultará especialmente cierto cuando los perjudicados no lo son en un monto importante y/o se encuentran dispersos y sin posibilidades reales de organizarse<sup>62</sup>.

Las características institucionales en Chile del actual sistema utilizado para decidir la concesión de una medida de salvaguardia (sobre lo que se discutirá en el próximo capítulo), unido a una interpretación menos exigente de cuáles son las condiciones jurídicas para que estas medidas procedan, más la constatación de que pedir salvaguardias es mucho más común que reclamar por la existencia de subvenciones o de subsidios,<sup>63</sup> nos lleva a concluir que el riesgo indicado en los párrafos precedentes es alto.

## **IX. CONSIDERACIONES SOBRE EL MARCO INSTITUCIONAL ACTUAL QUE OPERA SOBRE LA MATERIA**

Aunque no sea el propósito fundamental de este trabajo evaluar la institucionalidad pertinente en este tipo de asuntos, nos permitiremos adelantar algunas reflexiones susceptibles de profundizarse en algún otro artículo futuro. En nuestra opinión, el actual desempeño de la institucionalidad sobre la materia podría mejorar sustancialmente.

<sup>61</sup> Ya cuando se discutía la legislación que sobre el particular adoptaría Chile se hizo presente tal riesgo: ver la carta abierta de 61 economistas a los legisladores chilenos publicada en el mes de mayo de 1999. Una transcripción de la misma puede encontrarse en FONTAINE E. Y SCHENONE, O. (2000): *Nuestra Economía de Cada Día*, Alfaomega, pp. 292-293.

<sup>62</sup> Existe una vasta literatura sobre el comportamiento de los grupos de interés y la preeminencia del interés privado por sobre el público. En lo que respecta específicamente a la protección del comercio internacional ver a BRADY, Gordon L.: "Protection in International Trade", capítulo 8 del libro de TULLOCK, Gordon, SELDON, Arthur, y BRADY Gordon L. (2002): *Government Failure. A Primer in Public Choice*, CATO Institute, Washington DC.

<sup>63</sup> Ver estadísticas sobre investigaciones iniciadas y medidas decretadas en el sitio web de la Comisión: <[www.cndp.cl](http://www.cndp.cl)>.

En estas materias existe un aspecto técnico y otro político (particularmente, en esta última dimensión, cuando se trata de ponderar la aplicación de una medida de salvaguardia)<sup>64</sup>. Es posible argüir que no es óptimo el resultado respecto de ninguno de los dos ámbitos.

En el plano técnico, la labor debe estar orientada, básicamente, a verificar el cumplimiento de la legislación internacional (OMC) aplicable en Chile. Es decir, si se cumplen o no los requisitos establecidos para que proceda la adopción de una sobretasa arancelaria (en el caso de las medidas de salvaguardia), de una medida antidumping (en el caso de dumping) o de derechos compensatorios (en el caso de subvenciones). No se debe olvidar que una equivocada determinación técnica sobre el particular puede llevarnos a comparecer ante los órganos de solución de disputas de la OMC.

En Chile, las determinaciones de la Comisión han carecido de la profundidad de análisis y rigurosidad con que la jurisprudencia de la OMC y la doctrina interpretan el Acuerdo de Salvaguardia (y el GATT de 1994), el Acuerdo de Subvenciones y el Acuerdo Antidumping. En este sentido, consideraciones políticas ajenas a las técnicas han tendido a prevalecer en las determinaciones de la Comisión. En la práctica la Comisión ha sido recipiente de la presión de los grupos de interés por ver favorecidas sus posturas, generalmente en favor de una medida de protección para sus respectivos sectores. No es menor, a este respecto, que la mayoría de los integrantes de la Comisión sean dependientes del gobierno. No deja de llamar la atención lo habitual que resulta que las votaciones al interior de la Comisión tengan un patrón similar a través del tiempo: los representantes de los ministerios (y de las entidades de gobierno) suelen votar en bloque (generalmente a favor) y los dos representantes del Banco Central –en principio más independientes– habitualmente votan en forma disidente (en contra)<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Resulta discutible que en materia de dumping o subvenciones, a diferencia de las salvaguardias, opere un test de carácter político. La razón de aquello deriva del hecho que en los dos primeros casos se está ante una hipótesis de competencia desleal o ilegítima, mientras que en el último se parte de un supuesto de competencia perfectamente leal y legítima, pero que, ante determinadas eventualidades, y como una válvula de escape, admite proteger por un tiempo determinado a un sector económico dañado gravemente (actual o inminentemente).

<sup>65</sup> La "Comisión encargada de investigar la existencia de distorsiones en el precio de las mercaderías importadas" está compuesta por: el Fiscal Nacional Económico (quien la preside); dos representantes del Banco Central; un representante del Ministerio de Hacienda; un representante del Ministerio de Economía; un representante del Ministerio de Agricultura; un representante del Ministerio de Relaciones Exteriores; y el Director Nacional de Aduanas.

En el plano político, particularmente en materia de salvaguardias que implican, en último término, transferencia de recursos de un sector ganador o beneficiado a otro perdedor, tampoco puede afirmarse que la actual institucionalidad ha respondido bien. Lo óptimo es que solo una vez que se haya despejado la parte técnico-jurídica y en el supuesto que se haya determinado que las medidas solicitadas han superado positivamente los requisitos jurídicos exigibles, se debiera entrar al examen de un segundo test que cuente con un grado mayor de discreción y se realice bajo el prisma de lo que sería más conveniente para el país desde el punto de vista de las políticas públicas. Para este efecto sería deseable que el Presidente de la República fuera capaz de fundar su resolución final acerca de si aplicar o no la medida que se solicita. El ideal sería que en este segundo test se identificaran los sectores potencialmente afectados y se ponderaran las ganancias y pérdidas involucradas con una u otra medida.

Una medida que podría mejorar el funcionamiento del sistema radicaría en que estos temas (en particular en lo que se refiere al test técnico) fueran de conocimiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), el cual podría contar con el auxilio en términos de investigación de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) (la que podría asumir el rol de Secretaría Técnica). No tiene mucho sentido que la Secretaría Técnica permanezca en el Banco Central, así como tampoco se justifica la actual integración de la Comisión. Hace ya algunos años la Comisión Presidencial de Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado (conocida como Comisión Jadresic) constataba lo mismo<sup>66</sup>. Creemos que en términos de costos como de rigurosidad técnica, certidumbre, transparencia y

---

<sup>66</sup> La Comisión Jadresic (en la cual el suscrito tuvo participación como miembro del Comité Técnico Asesor) sostuvo que “si bien desde un punto de vista práctico representa un importante aporte a la Comisión y su Secretaría en materia de recursos humanos, monetarios, de información e infraestructura, resulta difícil su justificación más allá de consideraciones históricas y prácticas. Desde el punto de vista de la racionalidad en la asignación de responsabilidades, la actual participación del Banco Central, a través de la Secretaría Técnica y sus representantes en la Comisión, no se condice con el rol constitucional asignado al órgano emisor”. Más adelante, en el acápite que da cuenta de las proposiciones, se recomienda que “[e]n la medida que se cuente con recursos y profesionales calificados, será conveniente traspasar a la Fiscalía Nacional Económica las funciones que actualmente desempeña el Banco Central como Secretaría Técnica...”. [JADRESIC, Alejandro; BLANLOT, Vivianne; y SAN MARTÍN, Gregorio (2001): La Nueva Regulación; Informe de la Comisión Presidencial de Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado (1999); Dolmen, p.108 y p.152].

posibilidad de aprovechamiento del conocimiento acumulado, resultaría positivo contar con un tribunal permanente, con dedicación, y con un nivel de idoneidad no menor que, además, combina dos especialidades profesionales (la jurídica y la económica) de relevancia para la resolución de estos casos.

Finalmente, sería importante que la entidad que realizara el test técnico tomara explícitamente en consideración la argumentación de las partes. En términos figurados, se aprecia en las resoluciones de la Comisión un excesivo "minimalismo", lo que genera vulnerabilidades para las partes y para el propio país, el cual puede, después, verse enfrentado a la necesidad de dar razón de sus actuaciones ante órganos de solución de disputas en el seno de la OMC. En último término, razones de transparencia lo justificarían, lo que nos obliga, además, a que se den las facilidades para que la información del proceso contenida en los expedientes esté a disposición del público.

## X. SÍNTESIS Y CONCLUSIONES

Las medidas de salvaguardia constituyen herramientas comerciales de protección en virtud de las cuales se restringe temporalmente las importaciones de un producto a través de la imposición de sobretasas arancelarias ad valorem. Estos tipos de medidas son recursos de urgencia a favor de alguna industria nacional dirigidas a proporcionarles un espacio de tiempo de resguardo frente a la competencia externa de modo de permitirles una reestructuración o ajuste que les permita, en última instancia, competir en mejores condiciones.

Las salvaguardias están reguladas jurídicamente por el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC y por el Art. XIX del GATT de 1994, normas que son aplicables a los países miembros de la aludida organización y que en Chile constituye norma interna vigente en virtud de la remisión realizada por el Art. 7º de la Ley N° 18.525.

La aplicación a casos concretos de este tipo de cláusulas de escape a la competencia externa ha tenido un indudable impacto en el comercio mundial, el cual ha sido testigo de grandes guerras jurídico-comerciales. Las salvaguardias proporcionan un evidente beneficio para la industria nacional protegida, pero generan un efecto negativo para muchos otros. Directamente afectados se encontrarán, por ejemplo, aquellos sectores que utilizan los productos importados objeto de salvaguardia e, indirectamente, los consumidores de

aquellos bienes en que el producto protegido es un insumo. Pero no solo ellos pueden verse perjudicados. Nuestros propios productos de exportación pueden ser alcanzados en virtud del derecho que tienen los países cuyos productos fueron afectados por alguna salvaguardia que nuestro país haya aplicado a obtener compensaciones equivalentes al daño provocado por la medida.

El caso concreto que dio origen a la determinación que se comenta, se produce por la solicitud de salvaguardias de la industria molinera que produce harina de trigo, la cual se habría visto negativamente afectada por la competencia derivada de las importaciones argentinas. Se reclama que la harina de trigo argentina no solo perforaría la banda de precio impuesta por Chile al ingresar a nuestro país bajo la glosa correspondiente a las mezclas de harina, sino que su llegada al mercado nacional sería consecuencia de un subsidio ilegítimo de facto. Dicha "ayuda estatal" se originaría debido al impuesto a las exportaciones que Argentina habría colocado al trigo (haciendo disminuir el precio interno del insumo) en contraste con la harina de trigo, la cual no contaría con tal gravamen y, por ende, vería favorecida su exportación.

En el trabajo se destaca que la problemática que dio origen a la solicitud de sobretasas arancelarias a la harina de trigo es una vinculada a una eventual vulneración al Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC, propio de una hipótesis de competencia desleal, que a una que diga relación con la aplicación del Acuerdo de Salvaguardia, instancia excepcional por interferir ante un escenario de competencia justa y legítima. Paradójicamente, la vía elegida por la industria molinera nacional fue esta última. A pesar de que las salvaguardias constituyen una medida excepcionalísima que exige la concurrencia de requisitos muy severos para su aplicación, resulta ser un instrumento legal más recurrido que aquellas medidas dirigidas a enfrentar casos de dumping y subvenciones (subsidios).

En el presente trabajo se concluye que la determinación objeto de estudio muestra una concepción equivocada (ciertamente menos exigente) de las condiciones jurídicas que deben existir para la imposición de una medida de salvaguardia. Lo que se requiere para tener la posibilidad de imponer una sobretasa arancelaria es, básicamente, que haya un aumento de la cantidad de importaciones que hayan sido resultado de circunstancias imprevistas que causen o amenacen causar un daño grave a la producción nacional.



En el presente artículo se constata que a pesar que ha habido un aumento *cuantitativo* de las importaciones, dicho aumento, considerado desde un punto de vista cualitativo, esto es, en atención a su aptitud para producir un daño grave o amenaza de daño grave a la industria molinera nacional (condición íntimamente relacionada con el requisito de la relación causal) no es relevante. En efecto, la producción nacional de harina de trigo por parte de la rama de la producción que se dice afectada resulta insignificante.

En cuanto al requisito de existir una evolución imprevista de las circunstancias, se aprecia que los solicitantes lograron explicar razonablemente bien el mecanismo causa - efecto que opera entre el sistema argentino de impuestos diferenciados a las exportaciones y el aumento de las importaciones. La Comisión apoyó tal postura, lo que parece adecuado. Hubiese sido recomendable, en todo caso, que si la Comisión efectivamente llegó al convencimiento acerca de que los impuestos diferenciados a las exportaciones argentinas (trigo / harina de trigo) son causantes del incremento en la cantidad de importaciones, haya hecho suyo la extensa argumentación de los solicitantes sobre el particular. El parámetro jurisprudencial en el sentido de que la explicación debe ser suficiente y razonada así lo amerita.

En lo que respecta a la condición de existir una situación de daño grave o amenaza de daño grave, se verifica que la mayor parte de lo constatado por la Comisión responde a una descripción breve de las cifras respecto de ciertos parámetros o factores de daño. Los datos no muestran una situación de daño o menoscabo, ni menos de gravedad, respecto de la industria molinera, lo que no se reconoce ni se niega por la Comisión, la cual es bastante parca o escueta en la explicación de los datos sobre los factores de daño, ejercicio exigido por el AS.

La Comisión declara que existe una amenaza de daño grave. El análisis de los factores de daño y la explicación correspondiente no solo se exige para verificar la constatación de daño grave, sino que constituye un requisito para la verificación de la amenaza del mismo, cosa que no se aprecia de la actuación de la Comisión. Es decir, se advierte una ausencia de conexión razonada entre el análisis de los factores y la amenaza de daño grave reclamada. Del razonamiento de la Comisión se percibe una brusca separación entre la concepción de daño grave y la amenaza del mismo. De una situación que presenta niveles de produc-

ción y de ventas crecientes en los últimos años, así como resultados financieros positivos (tal como lo manifiesta el voto de minoría), se pretende demostrar la existencia de una clara inminencia de daño grave, lo que exige gran severidad en el menoscabo esperado y un grado de prontitud y cercanía en el tiempo importante. Se destaca, finalmente, en el trabajo, que en su razonamiento la Comisión confunde lo que es una amenaza de daño grave con una amenaza de aumento de las importaciones. Como dato ilustrativo se señala que las importaciones actuales de harina de trigo representan menos del 1% del total de la producción y del consumo nacional. En definitiva, se resalta que la determinación de la Comisión (ratificada por el Presidente de la República) no es compatible con el AS y el Art. XIX del GATT de 1994 y, por ende, de las disposiciones de la Ley N° 18.525. Los criterios emanados de las decisiones de los órganos de solución de controversias de la OMC en estas materias avalan lo manifestado, al igual que la misma posición de nuestro país expresada en el seno de la OMC con ocasión de otra disputa.

Teniendo en consideración que la finalidad de una medida de salvaguardia consiste en proporcionar a la rama de la producción nacional un lapso de protección frente a la competencia externa, se advierte que no hubo mención alguna a la existencia de un plan de ajuste de las empresas o industria. Se concluye que si transcurrido un año (duración de la medida), la industria doméstica se encuentra en la misma situación, sin que nada haya cambiado al interior de ella, la medida de salvaguardia concedida habrá perdido toda su significación.

Asimismo, se echa de menos en la resolución del asunto comentado un examen de mérito razonado y explícito de la solicitud de salvaguardia desde el punto de vista de su conveniencia para el país, planteándose que su propósito proteccionista es discutido desde el punto de vista de las políticas públicas.

Se plantea, igualmente, el riesgo que significan las presiones de los grupos de interés por verse beneficiados con este tipo de medidas, el cual se vería elevado ante el bajo (y equivocado) estándar de exigencia jurídica aplicado por la Comisión, además de la configuración institucional sobre la materia.

Finalmente, se hace un diagnóstico breve del marco institucional que opera para este tipo de determinaciones, recomendándose pau-

tas de reforma. Se sugiere que para la resolución de temas de salvaguardia un examen basado en un doble test: uno técnico (en donde se verifique si se cumplen o no las condiciones jurídicas para imponer una medida de salvaguardia) y, con posterioridad, en caso de verificarse positivamente el cumplimiento de los requisitos, uno político (en donde se realice un examen de mérito que ponderando costos y beneficios determine transparentemente qué es lo más conveniente para el país). Se plantea que las funciones de la Comisión Encargada de Investigar las Distorsiones en el Precio de las Mercaderías Importadas debieran ser asumidas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y que las labores de la Secretaría Técnica (actualmente radicadas en el Banco Central) debieran ser desarrolladas por la Fiscalía Nacional Económica.

## BIBLIOGRAFÍA

- DELAVEAU, Rodrigo: *Regulatory Takings: la expropiación regulatoria en el derecho norteamericano*, memoria de grado, Magíster en Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, P. Universidad Católica de Chile.
- FERMANDOIS, Arturo: “Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile”, en FERMANDOIS A. –editor: *Sentencias Destacadas 2004. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*, Instituto Libertad y Desarrollo, 2005.
- FONTAINE Ernesto y SCHENONE, Osvaldo: *Nuestra Economía de Cada Día*, Alfaomega, 2000.
- Informe del Órgano de Apelación, *Corea-Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos*, WT/DS98/AB/R, adoptado el 12 de enero de 2000, DSR 2000.I, 3. [Título abreviado: Corea - Productos lácteos].
- Informe del Grupo Especial, *Corea-Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos*, WT/DS98/R. [Título abreviado: Corea-Productos lácteos].
- Informe del Órgano de Apelación, *Argentina-Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado*, WT/DS121/AB/R, adoptado el 12 de enero de 2000, DSR 2000.I, 515. [Título abreviado: Argentina-Calzado].
- Informe del Grupo Especial, *Argentina-Medidas de salvaguardia definitiva impuestas a las importaciones de calzado*, WT/DS121/R; 25 de Junio de 1999; (99-2217). [Título abreviado: Argentina-Calzado].
- Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Medidas de salvaguardia definitivas impuestas a las importaciones de gluten de trigo procedentes de las Comunidades Europeas*, WT/DS166/AB/R, adoptado el 19 de enero de 2001. [Título abreviado: Estados Unidos-Gluten de Trigo].
- Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Medidas de salvaguardia respecto de las importaciones de carne de cordero fresca, refrigerada o*

- congelada procedentes de Nueva Zelandia y Australia*, WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R, adoptado el 16 mayo de 2001. [Título abreviado: Estados Unidos-Cordero].
- Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos-Medidas de salvaguardia respecto de las importaciones de carne de cordero fresca, refrigerada o congelada procedentes de Nueva Zelandia y Australia*, WT/DS177/R, WT/DS178/R. [Título abreviado: Estados Unidos-Cordero].
  - Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea*, WT/DS202/AB/R, adoptado el 8 de marzo de 2002. [Título abreviado: Estados Unidos-Tubos].
  - Informe del Grupo Especial, *Argentina-Medidas de salvaguardia definitiva sobre la importación de duraznos en conserva*, WT/DS238/R, adoptado el 14 de febrero de 2003. [Título abreviado: Argentina-Duraznos en conserva].
  - Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Medidas de Salvaguardia Definitivas sobre las Importaciones de determinados Productos de Acero*, WT/DS248-49, 251-254, 258-59/AB/R, adoptado en noviembre de 2003 [Título abreviado: Estados Unidos - Ciertos Productos de Acero].
  - Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos-Medidas de Salvaguardia Definitivas sobre las Importaciones de determinados Productos de Acero*, WT/DS248-49, 251-254, 258-59/R, adoptado en julio de 2003 [Título abreviado: Estados Unidos-Ciertos Productos de Acero].
  - JADRESIC, Alejandro; BLANLOT, Vivianne; y SAN MARTÍN, Gregorio: *La Nueva Regulación*; Informe de la Comisión Presidencial de Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado (1999); Dolmen, 2001.
  - LEE, Yong-Shik: "Safeguard Measures: Why Are They Not Applied Consistently With the Rules? - Lessons for Competent National Authorities and Proposals for the Modifications of the Rule on Safeguards", *Journal of World Trade*, 36(4), Kluwer, 2002.
  - LEE, Yong-Shik: "Continuing Controversy on 'Unforeseen Developments' - Reviewer's Note", *Journal of World Trade* 37 (6), 2003.
  - MONTT, Santiago: "Las inversiones como un nuevo límite a la acción de los poderes públicos: expropiaciones indirectas y control del estado regulador ante tribunales arbitrales internacionales", artículo presentado en noviembre de 2005 en el *Primer Congreso Iberoamericano de Regulación Económica*, Facultades de Derecho de la P. Universidad Católica de Chile y de la Universidad de los Andes, próximamente a ser publicado por la Revista de Derecho Administrativo Económico.
  - MUELLER, Felix: "¿Is the General Agreement on Tariffs and Trade Article XIX 'Unforeseen Development Clause' Still Effective Under the Agreement on Safeguards?", *Journal of World Trade*, 37 (6), 2003.
  - PAUWELYN, Joost: "The Puzzle of WTO Safeguards and Regional Trade Agreements", *Journal of International Economic Law*, 7 (1), 2001.
  - QUIROZ Jorge, BRAVO Jorge y GIVOVICH Felipe: *Distorsiones a la Competitividad de la Harina de Trigo: Causas y Consecuencias*, agosto, 2004, el

- cual fue elaborado para la Asociación de Molineros del Centro, Asociación de Molineros del Sur y Consorcio Agrícola del Sur (CAS).
- ROMERO, Juan José: "Regulación de una Cláusula de Escape a la Competencia Internacional: el Caso de las Salvaguardias", en *Actas de las II Jornadas de Derecho de la Empresa* (20 de octubre de 2004), publicadas por el Magíster y Postítulo en Derecho de la Empresa, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005.
  - SYKES, Alan O.: "The Persistent Puzzle of Safeguards: Lessons from the Steel Dispute", John M. Olin Law & Economics Working Paper N°212 (2d Series), University of Chicago Law School, May 2004, < <http://www.lawuchicago.edu/Lawecon/index.html> >. Este artículo fue publicado, posteriormente, en el *Journal of International Economic Law*, 7, 2004.
  - SYKES, Alan O.: "The Safeguard Mess: A Critique of Appellate Body Jurisprudence", John M. Olin Law & Economics Working Paper N° 187 (2d Series), University of Chicago Law School, May 2003, < <http://www.lawuchicago.edu/Lawecon/index.html> >. Este artículo fue publicado, posteriormente, *World Trade Review*, 2, 2003.
  - SYKES, Alan O.: "The Economics of WTO on subsidies and countervailing duties", John M. Olin Law & Economics Working Paper N° 186 (2d Series), University of Chicago Law School, June 2003, < <http://www.lawuchicago.edu/Lawecon/index.html> >
  - TULLOCK, Gordon, SELDON, Arthur, y BRADY Gordon L.: *Government Failure. A Primer in Public Choice*, CATO Institute, Washington DC, 2002.