

***ÁREA DE GESTIÓN DE POLÍTICAS Y NEGOCIACIONES  
INTERNACIONALES***

Las medidas de salvaguardia en el comercio internacional

Jaime Granados. (junio de 1996). *Las medidas de salvaguardia en el comercio internacional*. Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica, COMEX (2000). Diez Años: Ciclo de Conferencias de Comercio Exterior.

**CURSO SOBRE:**

***“ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN DE ACUERDOS  
COMERCIALES: DE LA NEGOCIACIÓN A LA  
IMPLEMENTACIÓN”***

**2008**

# LAS MEDIDAS DE SALVAGUARDIA EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

*Jaime Granados*

## INTRODUCCIÓN

En esta conferencia nos referiremos a las medidas de salvaguardia o "medidas de emergencia sobre la importación de productos en casos particulares". Se iniciará la exposición del tema mediante la localización del problema en el contexto comercial y económico actual, con particular referencia a las presiones que sobre el ajuste de las empresas imponen las nuevas condiciones de la apertura comercial. Se discutirá el principio de "salvaguardia" como un principio general del Sistema Multilateral de Comercio, con el objeto de delimitar apropiadamente el tema de fondo de esta exposición y separarlo de otras medidas que caen dentro del principio de salvaguardia. Luego estudiaremos con alguna profundidad el tema desde el punto de vista legal con una constante referencia a los asuntos de política comercial que se vinculan estrechamente. En este punto se hará una breve referencia a la legislación nacional sobre las medidas de salvaguardia. Finalmente, procuraremos hacer un balance crítico del nuevo marco legal multilateral establecido en el Acuerdo sobre Salvaguardias de la Organización Mundial del Comercio.

Se procura, con esta exposición, hacer una explicación global del fenómeno de las medidas de salvaguardia, medidas que cobrarán una creciente importancia en el nuevo marco de las relaciones comerciales internacionales.

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: ¿EXIGENCIAS DEL AJUSTE O PRESION POLITICA?

A partir de la segunda mitad de la década de los ochentas, el Gobierno de Costa Rica modificó sensiblemente la estrategia de desarrollo económico nacional. Con el objeto de combatir la crisis económica surgida desde la década anterior, se dio por agotado el modelo de sustitución de importaciones -fundamentado en la protección arancelaria del mercado interno-, y se adoptó una política de fomento de las exportaciones, posteriormente complementada con la actual etapa de apertura comercial.

La disminución y dismantelamiento de las barreras arancelarias y no arancelarias al comercio internacional se basa en la promoción del libre comercio, en el funcionamiento de las fuerzas de un mercado relativamente más libre, cuyo sustento teórico lo es la teoría clásica de las ventajas comparativas.

La adopción de una política comercial abierta está orientada, entre otros fines, hacia el fomento selectivo y paulatino de las importaciones. Este proceso se fundamenta en la convicción de que los beneficios para el consumidor y para la economía nacional superan los

perjuicios causados a los productores locales que -por no poder competir con la producción importada- se ven obligados a reajustar su proceso de producción y hacerlo más eficiente y competitivo, o bien a trasladar los recursos hacia áreas de la producción de bienes y/o servicios en los que se es más competitivo.

Tradicionalmente, todo esquema político de apertura comercial, ya sea que se adopte en forma unilateral, bilateral, regional o multilateral conlleva disposiciones especiales sobre salvaguardia, las cuales juegan un rol muy importante. Estas disposiciones permiten otorgarle protección temporal a la industria local cuya existencia se ve amenazada por la presencia de importaciones masivas de productos similares o directamente competitivos.

Esta especie de contrasentido se explica con base en diferentes argumentos que justifican la acción del Estado en pro de dos objetivos más o menos diferenciables: el "ajuste económico" por un lado, o bien un pragmático reconocimiento de la realidad política por el otro. Sobre esto haremos referencias adicionales más adelante, para señalar la diferencia de trato que estos argumentos pueden tener desde el punto de vista de la regulación de las medidas de salvaguardia y la clara preferencia que sobre el segundo argumento se tiene, en detrimento del primero.

El primer argumento, relacionado con el ajuste económico, establece a grosso modo que, dado que el Gobierno sometió a las empresas a condiciones de dura competencia internacional que puede causarles un daño grave, las empresas se ven obligadas a "ajustarse", a hacerse más competitivas (mejorando precios, calidad, productividad, etc.), y dicho ajuste requiere de cierta protección temporal. Un plazo temporal de protección favorecería el ajuste de la industria local o facilitaría el traslado de los recursos productivos a otras áreas de la producción, asumiendo que son fácilmente movibles.

El otro argumento -de naturaleza estrictamente política- señala que, ante la adopción de una política comercial liberal y considerando el costo social y político de corto plazo que ello conlleva, la única manera de darle continuidad a dicho proceso es haciendo concesiones proteccionistas de naturaleza excepcional y con carácter estrictamente temporal. Si no se hicieran dichas concesiones, el riesgo que se corre de que la presión política quiebre los principios liberales es muy alto, y tanta absolutez amenazaría en forma mucho más comprometedora la estabilidad del proceso de apertura comercial.

Probablemente sea un tanto difícil deslindar claramente cuándo una medida de salvaguardia está basada en uno u otro argumento. Baste por ahora decir que el régimen legal multilateral post-Ronda Uruguay está más impregnado de la pragmaticidad política que de las preocupaciones por el ajuste de la industria local. El problema radica en el hecho que las reglas multilaterales, al tener este sesgo, facilitan la adopción de medidas de salvaguardia como un recurso rápido y legalizado a la protección comercial ordinaria, prestándose para quebrar los principios de liberalización comercial, afectando al consumidor local, distorsionando los mercados internacionales, tolerando la existencia de industrias ineficientes y, consecuentemente, permitiendo un incorrecto aprovechamiento de los escasos recursos productivos. La causa de esto la encontramos, como se explicará adelante, en que éste sesgo se tuvo que aceptar como precio para fomentar la aplicación del Artículo XIX del GATT, ya que su no uso estaba causando que las Partes Contratantes estuvieren usando métodos irregulares más restrictivos del comercio.

Si se adoptara un enfoque pro-ajuste, el resultado podría ser más positivo. Más adelante señalaríamos qué exigencias son necesarias para darle lugar a este enfoque. En alguna medida, dicha inclinación debería equilibrarse por la vía de la legislación nacional que, sin violentar las

reglas multilaterales, sea especialmente rigurosa desde el punto de vista del ajuste. Sobre este punto volveremos más adelante.

Sea cual fuere el enfoque que se adopte, lo cierto es que las presiones de los grupos productivos amenazados por la presencia de importaciones más competitivas son reales y, como lo señala JACKSON, "las fuerzas políticas reclamando protección en frontera son a menudo formidables". Cualquier juego de reglas de liberalización comercial no puede ser insensible a esta realidad. Estas reglas, como expresión que son de una política comercial, no son sordas a las presiones políticas internas. Ante la presencia de dificultades económicas, el régimen debe admitir reglas que dispongan excepciones para incumplir los compromisos. Por ello, generalmente se incluyen varias o numerosas disposiciones que permitan, por una u otra razón, separarse de los principios de la liberalización comercial y acceder a esas realidades económicas o políticas. Estas excepciones amenazan el orden que los Gobiernos tratan de imponer. Sin embargo, poco orden se lograría si los Gobiernos se encerraran en la camisa de fuerza de las obligaciones sustantivas de un esquema de liberalización. Se observa cómo la realidad política se impone y cómo las medidas de salvaguardia, desde sus origen, están impregnadas de un fuerte sustrato político, no económico.

En la siguiente sección examinaremos brevemente el principio de salvaguardia y su regulación en el Sistema Multilateral de Comercio.

## **II. EL ARTÍCULO XIX DEL GATT DE 1947: LA PRIMERA ETAPA**

### ***II.A) EL PRINCIPIO DE SALVAGUARDIA EN EL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO***

El Sistema Multilateral de Comercio tiene, en su base, seis principios fundamentales que permean el contenido de todos los acuerdos que bajo su patrocinio se han concluido, así como la dinámica de su funcionamiento. Estos principios son:

- 1) El principio de liberalización progresiva;
- 2) El principio de no discriminación;
- 3) El principio de reciprocidad;
- 4) El principio de salvaguardia;
- 5) El principio de desarrollo; y
- 6) El principio de transparencia;

El principio de salvaguardia, que es el único que nos interesa en esta oportunidad, está compuesto, como lo señalamos arriba, por el conjunto de derechos y obligaciones generales que regulan la posibilidad de admitir excepciones o retrocesos en la política general, en reconocimiento de eventuales dificultades económicas o políticas.

En el caso del régimen legal del Sistema Multilateral de Comercio, existe una cantidad importante de disposiciones que permiten ejecutar políticas comerciales restrictivas o, desde otro punto de vista, darle concesiones proteccionistas a los grupos de presión afectados por las importaciones. En cuanto al GATT, se ha afirmado que, sin las referidas excepciones, los signatarios "en primer lugar, no hubieran firmado el Acuerdo". Esto es plenamente aplicable para el caso de Costa Rica. Las principales disposiciones del GATT que permiten a los

Gobiernos maniobrar para otorgar protección comercial son las relacionadas con la imposición de derechos antidumping (Artículo VI), la imposición de derechos compensatorios (Artículo VI), la imposición de medidas de urgencia sobre la importación de productos particulares (Artículo XIX), la imposición de restricciones para proteger el equilibrio de la balanza de pagos (Artículo XII) y las disposiciones que permiten la renegociación de concesiones -por ejemplo concesiones arancelarias- (Artículos XVIII.A, XXVII y XXVIII).

Todo este cúmulo de disposiciones conforman el principio general de salvaguardia. No obstante, para efectos de precisión conceptual, el objetivo de este trabajo es estudiar las "medidas de urgencia sobre la importación de productos particulares" a que se refiere el Artículo XIX del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre Salvaguardias del Acta Final en que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales. Esto excluye cualquier referencia a los problemas relacionados con el comercio desleal, al desequilibrio de la balanza de pagos, a la renegociación de concesiones o a cualquier otra disposición relacionada con otras posibilidades de justificar excepciones o retrocesos en la política comercial. Esta exclusión se basa en que cada uno de estos problemas tiene una génesis propia, un problema de fondo diferente, por lo que no es apropiado -dada la naturaleza de este estudio- abordarlos todos en esta oportunidad. Debe quedar claro, también, que en el Acta Final de la Ronda Uruguay se incluyen dos tipos de medidas de salvaguardia adicionales. Son ellas las "salvaguardias especiales" en el contexto del Acuerdo sobre la Agricultura, y las "salvaguardias de transición" del Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido. Estos dos regímenes adicionales, sin embargo, no serán objeto de este estudio.

## ***II.B) EL ARTÍCULO XIX DEL GATT DE 1947***

En lo que más nos interesa, el inciso a) del párrafo 1 del Artículo XIX del GATT de 1947 establecía 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, se importa un producto en el territorio de esta parte contratante en cantidades tan mayores y en condiciones tales que cause o amenace causar un perjuicio grave a los productores nacionales de productos similares o directamente competidores, dicha parte contratante podrá, en la medida y durante el tiempo que sean necesarios para prevenir o reparar ese perjuicio, suspender total o parcialmente la obligación contraída con respecto a dicho producto o retirar o modificar la concesión."

De seguido, el artículo establece disposiciones sobre notificación previa al Órgano de las PARTES CONTRATANTES del GATT de la medida que proyecta adoptar (párrafo 2). Establece disposiciones sobre consultas que el país que impondría la medida de salvaguardia debe sostener con las otras partes contratantes que tengan un interés sustancial como exportadoras del producto de que se trata con el objeto de brindarles una "compensación". Esta compensación, que se deberá negociar, deberá estar constituida por concesiones comercialmente equivalentes a las que se retiran como consecuencia de la medida de salvaguardia.

Si en estas negociaciones no se alcanza un acuerdo sobre la compensación, el país que proyecta imponer la medida puede imponerla de conformidad con el artículo XIX, pero el país o

países exportadores afectados pueden inmediatamente ejercer su derecho de "retorsión". Esta contrarrespuesta es una prerrogativa de las partes contratantes afectadas, previa aprobación del Organo de las PARTES CONTRATANTES. En la práctica (aunque no siempre), se ha llegado frecuentemente a acuerdos negociados.

Esta última afirmación no debe inducir a confusión en el sentido de creer que las disposiciones del Artículo XIX se invocaban constantemente. Por el contrario, este esquema tuvo graves problemas de aplicación durante la vigencia del GATT de 1947.

### ***II.C) LA APLICACION DEL ARTICULO XIX DEL GATT DE 1947: SUS PROBLEMAS***

En primer lugar, no existían normas adicionales que desarrollaran el contenido del Artículo XIX. Así como existían códigos de conducta negociados durante la Ronda Tokio (1973-79) que desarrollaban aspectos como la imposición de derechos antidumping, de derechos compensatorios, y otros asuntos, no existía un acuerdo o código sobre medidas de salvaguardia, por lo que las disposiciones del Artículo XIX, con toda su vaguedad y ambigüedad, constituían el único conjunto de normas reguladoras de estas medidas. De hecho, se intentó negociar un código de salvaguardias durante la referida Ronda Tokio, pero la falta de consenso en cuanto a la selectividad en la aplicación de las medidas condujo las negociaciones al fracaso. Otros temas objeto de discusión pero respecto de los cuales no se pudo obtener un consenso fueron el ajuste estructural, el tratamiento especial para los países en desarrollo, definición de daño y solución de diferencias.

En segundo lugar, una serie de razones hacían que los países en general no invocaran las disposiciones del Artículo XIX. Seis razones se señalan, generalmente, como las causantes del relativo desuso de este Artículo:

- 1) El umbral de daño (daño o perjuicio grave) se consideraba demasiado alto. Sobretudo si se compara con el umbral más bajo exigido para contrarrestar prácticas de comercio desleal -perjuicio importante- aquél es definitivamente más exigente. La razón por la cual esto es así se ubica en el hecho que no es lo mismo contrarrestar comercio desleal, para lo cual se debe exigir un nivel de daño menor, que contrarrestar importaciones que, aunque masivas, son leales, es decir, basadas en la ventaja comparativa o en la productividad del productor, no en deslealtades.
- 2) El requisito de la compensación (y la consecuencia de afrontar la retorsión en caso de que no se llegara a un acuerdo sobre la compensación) resulta muy oneroso para los intereses comerciales de los países. Frecuentemente es difícil, sobretudo para los países desarrollados que tienen un arancel consolidado muy bajo, poder otorgar concesiones representativas que satisfagan al país perjudicado. Por ello, preferirían echar mano de otras alternativas, como las restricciones voluntarias a las exportaciones, que veremos adelante.
- 3) La exigencia de la aplicación no discriminatoria (o no selectiva) de las medidas de salvaguardia representa otro problema. Para los países es más fácil y menos costos resolver el problema de las importaciones masivas si se pudieran imponer medidas selectivas. Esta situación también induce a los países a utilizar mecanismos alternativos para salvaguardar la producción interna.

- 4) La relativa facilidad para imponer otro tipo de restricciones al comercio, más fáciles de administrar y más efectivas, hacían que los países acudieran a estas medidas, sobretodo a las restricciones voluntarias a las exportaciones. Sobre este punto volveremos adelante. Lo cierto es que la inexistencia de controles multilaterales sobre este tipo de restricciones facilitaba la adopción de las mismas.
- 5) La mayoría de los países en desarrollo tienen un arancel aplicado muy por debajo de los niveles del arancel consolidado. Esta situación hace que tengan un margen de maniobra amplio, ya que pueden subir el arancel libremente, notificándolo al GATT -o ahora a la OMC- únicamente, sin otorgar compensación ni arriesgarse a la retorsión de otros países. Esta situación hace que imponer una medida de salvaguardia sea innecesariamente engorroso en aquellos casos en que subir el arancel aplicado hasta el monto del consolidado, funcione como una medida de protección que sustituya perfectamente a la salvaguardia.
- 6) Las disposiciones del Artículo XVIII, que permiten a los países en desarrollo interponer restricciones comerciales justificadas en problemas de balanza de pagos, son de muy fácil aplicación. Por otro lado, dado el poco control multilateral y la vaguedad y ambigüedad de este Artículo, estos países han abusado de la aplicación de estas medidas, sustituyéndolas por las medidas de salvaguardia. JACKSON, DAVEY y SYKES afirman que "uno podría especular que los países en desarrollo, dados sus compromisos sobre consolidación y sus dificultades de balanza de pagos, no están muy restringidos en cuanto a la posibilidad de otorgar protección a industrias particulares". SCHOTT señala que estos países tienen "virtual carta blanca para imponer nuevos aranceles o cuotas bajo las condiciones menos onerosas del artículo XVIII".

Adicionalmente, tres críticas más le señalan algunos autores al Artículo XIX: i) los procedimientos nacionales de imposición de las medidas no son transparentes; ii) los procedimientos de notificación y consulta del GATT no son adecuados; y iii) no siempre se respetaba el carácter limitado de la temporalidad de la medida.

Este conjunto de factores había hecho que la aplicación de las medidas de salvaguardia fuera relativamente poca. Hasta el 1º de enero de 1995, se habían notificado 150 medidas. Este dato llama la atención, máxime si se toma en cuenta el período de neoproteccionismo generado a partir de la década de 1970 en el comercio mundial. STEWART y BRILLIANT señalan que "este número es pequeño en comparación con el número de medidas de alivio adoptadas por los países". La mayoría de las salvaguardias han sido impuestas por cuatro partes contratantes desarrolladas: Australia, Estados Unidos, Canadá y la Comunidad Económica Europea. Los países en desarrollo apenas han recurrido a este artículo y las medidas de compensación y retorsión se han aplicado sólo entre países desarrollados.

Los países en desarrollo, cuya adhesión masiva al GATT se dio durante la década de 1980 con niveles de consolidación altos, tenían todos los incentivos necesarios para no utilizar el Artículo XIX. Sin embargo, en el caso de los países desarrollados, la situación era muy distinta. Estos países acudieron a las restricciones voluntarias a las exportaciones, afectando con ello el comercio Norte-Norte y Norte-Sur.

Las restricciones voluntarias a las exportaciones habían sido un tema realmente polémico en el comercio internacional. Existe una amplia taxonomía de restricciones de este tipo, que van desde acuerdos privados, hasta acuerdos intergubernamentales. En términos generales, mediante un acuerdo de estos, la parte exportadora accede -supuestamente en forma voluntaria- a restringir sus exportaciones al otro país, en términos de volumen o de precios. El efecto pernicioso que estas medidas pueden tener en la distorsión de los mercados internacionales es equivalente a aquel de una cuota de importación, con el agravante que es

mucho más difícil de detectar y regular, sobretodo cuando el acuerdo es de naturaleza privada. La no utilización de las medidas de salvaguardia tiene como una de sus principales causas directas la proliferación de estas restricciones voluntarias a las exportaciones.

La ilegalidad de estas restricciones cuando son de naturaleza pública es clara a la luz del artículo XI del GATT. Sin embargo, en la realidad era difícil detectarlas y someterlas al mecanismo de solución de diferencias, ya que no había quién tuviera un verdadero interés en activar el mecanismo contra las mismas. Ninguna de las dos partes vinculadas por el acuerdo tenía interés en hacerlo, ya que eran medidas negociadas. Eventuales terceras partes podrían reclamar, pero el historial en el GATT evidencia que esto era muy difícil. El Acuerdo sobre Salvaguardias negociado en la Ronda Uruguay hace un primer intento serio por poner coto a esta situación. Sobre esto nos referiremos adelante.

### **III. EL ACUERDO SOBRE SALVAGUARDIAS DE LA OMC: LA SEGUNDA ETAPA**

Pocos temas requerían una revisión tan profunda como el de las medidas de salvaguardia. La tan amplia gama de problemas asociados y su incidencia real en el comercio mundial hacían de suma urgencia que este tema se abordara al lanzarse la Ronda Uruguay en 1986.

Los dos problemas principales de naturaleza comercial que causaron dicha urgencia fueron, en primer lugar, la existencia de las restricciones voluntarias a las exportaciones, cuyo efecto económico era impresionante y, en segundo lugar, la necesidad de los países más desarrollados de crear un régimen legal adecuado que favorezca la protección comercial ante la creciente ola de importaciones competitivas provenientes de los países de reciente industrialización, así como de otros países en vías de desarrollo. Esta última motivación generó y genera polémicas. De hecho, esta necesidad política de los países desarrollados fue la responsable de sesgar el Acuerdo sobre Salvaguardias por el lado de la protección económica ordinaria, y no por el lado de la protección orientada hacia el ajuste económico de los sectores perjudicados. Al final de este estudio analizaremos este punto con algún detenimiento.

Sobre este punto resulta interesante agregar algunos comentarios. Para Estados Unidos, otro de los objetivos primarios en esta negociación era crear los dispositivos legales multilaterales que le permitieran incuestionable y efectivamente lidiar con las importaciones masivas que le resultaran incómodas a su industria. Algunos autores señalan que fue un objetivo de Estados Unidos alcanzar un acuerdo comprensivo sobre salvaguardias que incrementara la efectividad del Artículo XIX para abordar los problemas de las importaciones sensibles. En particular, se citan las competitivas importaciones de China, del sudeste asiático, de Europa Oriental, como las importaciones hacia las cuales se dirige esta negociación. Aquí encontramos el meollo del asunto.

En el fondo, esta es la razón de ser de las medidas de salvaguardia. Sin embargo, desde el punto de vista estrictamente económico, tales medidas no tienen mucho sentido. La historia de las salvaguardias indica que existen dos muy importante intereses en conflicto: un interés político en contar con un sistema legal que permita aliviar las presiones internas que causan las importaciones masivas, contra un interés económico en limitar la aplicación de las medidas para que no se desvanezcan los beneficios de la liberalización comercial. Probablemente toda

negociación y administración de salvaguardias sea una constante pugna entre estos antitéticos objetivos.

### ***III.A) LANZAMIENTO DE LAS NEGOCIACIONES***

Toda esta problemática de fondo creó el consenso por negociar una vez más un acuerdo multilateral sobre salvaguardias en la Ronda Uruguay. Los puntos más importantes de la Declaración de Punta del Este, que lanzó la Ronda, en lo que refiere a Salvaguardias fueron los siguientes: transparencia, cobertura, criterios objetivos de actuación, incluido el concepto de perjuicio grave o amenaza de perjuicio grave, naturaleza temporal, degresividad y reajuste estructural, compensación y retorsión, notificaciones, consultas, vigilancia multilateral y solución de diferencias.

Al finalizar la Ronda Uruguay, y luego de largas y difíciles discusiones, el Grupo de Negociación sobre Salvaguardias había llegado a un consenso sobre el texto de lo que hoy es el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC.

### ***III.B) ESTRUCTURA DEL ACUERDO***

El Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC es uno de los más cortos. Consta de 14 artículos únicamente. Si se le compara con el código que regula la imposición de derechos antidumping o con el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, se podrá observar que es más escueto y contiene menos disposiciones, tanto de fondo como de forma.

Es de esperar que las exigencias de la práctica de los próximos años revele una serie de limitaciones y de áreas en las que el Acuerdo, por ser omiso, deba ser ampliado, hasta que se asemeje a los dos códigos referidos de subvenciones y antidumping. La explicación de lo anterior la encontramos en el hecho que, por ser esta la primera vez en que se obtuvo consenso sobre el tema, los resultados no cubren toda la gama de posibilidades que se puedan contemplar. Muchas cosas quedarán por negociar para una futura ronda. Por lo general, la discusión de los temas álgidos (la selectividad, la eliminación de las restricciones voluntarias a las exportaciones, definición de daño grave, etc.) agotan la negociación, no obteniéndose resultados en muchos otros detalles marginales.

### ***III.C) REQUISITOS MATERIALES***

El Acuerdo establece fundamentalmente tres requisitos materiales que deben estar presentes siempre como condición para poder imponer una medida de salvaguardia. Son

requisitos sine qua non y su precisión y definición pretende erradicar, en alguna medida, la inseguridad y ambigüedad del Artículo XIX. Estos tres requisitos son:

- 1) un aumento de las importaciones;
- 2) un daño grave o amenaza de daño grave a una rama de la producción nacional; y
- 3) relación causal entre los puntos 1) y 2).

#### **1) Aumento de las importaciones.**

Como primer requisito se requiere que las importaciones del producto que se busca salvaguardar hayan aumentado. Este aumento, según lo dispone el artículo 2 del Acuerdo, puede darse en términos absolutos o en relación con la producción nacional. Será en términos absolutos simplemente cuando las estadísticas oficiales de importaciones muestren un patrón de crecimiento absoluto. El aumento de las importaciones en relación con la producción nacional, por otro lado, se da cuando la proporción de importaciones aumenta, no en términos reales o absolutos, sino como resultado de una caída en la producción interna. Puede darse el caso que las importaciones no aumenten, incluso podrían estar disminuyendo y, si la producción nacional decrece en grados más acelerados, habría un aumento relativo de las importaciones.

El tema del aumento relativo no está exento de polémica. Este concepto del aumento relativo parecería inapropiado en un régimen de salvaguardias basado en una política de distribución de las cargas del ajuste del mercado. No hay un aumento real de las importaciones, de forma tal que es muy difícil justificar equitativamente la imposición de las cargas sobre el producto importado. Como lo dice JACKSON, "pareciera que el concepto del aumento relativo es un dispositivo de protección".<sup>51/</sup> Es un dispositivo del cual se podría abusar en momentos de recesión económica. La inclusión de este concepto revela claramente los objetivos de este Acuerdo, así como de los principales protagonistas en la negociación.

Un punto respecto del cual el Acuerdo no aporta solución (por lo que las legislaciones nacionales tienen libertad de acción) es el del período representativo durante el cual se hará la determinación del aumento de las importaciones. No se especifica si ese aumento se tiene que dar en un período de, por ejemplo, los últimos tres, seis o doce meses.

#### **2) Daño grave o amenaza de daño grave a una rama de la producción nacional**

En este punto es menester examinar varios conceptos. En primer lugar, el concepto de "daño grave". Habíamos aclarado que el estándar de daño grave es más alto que el de daño importante aplicable en el caso de prácticas de comercio desleal. El Acuerdo define el daño en el artículo 4, párrafo 1, inciso a), como "un menoscabo general significativo de la situación de una rama de la producción nacional". Ya esta definición representa un avance respecto del Artículo XIX. Sin embargo, podría ser necesario aclarar aún más que puede significar el menoscabo general significativo.

Para determinar si existe daño grave, el Acuerdo exige en el párrafo 2 del artículo 4 que se deben examinar objetivamente una serie de factores claves en el desenvolvimiento de la rama

de producción nacional. Estos factores son: el segmento del mercado absorbido por las importaciones, los cambios en el nivel de ventas, la producción, la productividad, la utilización de la capacidad, las ganancias y pérdidas y el empleo. Sólo mediante una ponderación de los anteriores elementos que indiquen un estado generalizado de deterioro de la industria podrán conducir a satisfacer las exigencias del Acuerdo.

Algo sumamente importante por señalar es la exigencia probatoria del Acuerdo. De conformidad con el artículo 4, párrafo 2, inciso b), el menoscabo generalizado se deberá demostrar mediante las pruebas objetivas de los elementos arriba señalados. Cada sistema jurídico definiría qué tiene valor probatorio legal. En nuestro medio, consecuentemente, se requeriría, para estos efectos, prueba documental adecuada, fundamentalmente datos contables certificados, escrituras públicas, estadísticas oficiales, entre otras pruebas.

El otro concepto importante es el de "amenaza de daño grave". Para estos efectos el Acuerdo señala que existe amenaza cuando hay inminencia de un daño grave, es decir, cuando existen hechos indubitables que hacen pensar razonablemente en la futura y próxima existencia del daño grave efectivo. El objetivo de esta disposición es claramente preventivo. No es necesario esperar a que el daño esté hecho para contrarrestarlo. La exigencia del Acuerdo en este sentido es que, de conformidad con el artículo 4, párrafo 1, inciso b), cualquier determinación de la existencia de una amenaza de daño se debe basar en hechos y no simplemente en alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas. Estos hechos, por su parte se deberán demostrar de conformidad con el esquema probatorio de cada país.

El tercer concepto importante es el de "rama de la producción nacional". El artículo 4 del Acuerdo define esta frase como el conjunto de los productores de los productos similares o directamente competidores que operen dentro del territorio de un Miembro de la OMC o aquellos cuya producción conjunta constituya una proporción importante de la producción total nacional de esos productos. De aquí se derivan varios conceptos que también requieren aclaración.

En primer lugar, vemos cómo no se requiere que el daño se le cause a todos los productores del producto en cuestión de un país, ya que una proporción importante bastaría. Cada legislación está en libertad de determinar qué considera una proporción importante.

En segundo lugar, es importante aclarar los conceptos de "producto similar" y "directamente competidor". Ni el Acuerdo ni el Artículo XIX definen estos conceptos, aunque el primero sí es conocido en otros instrumentos multilaterales como el Código de Valoración Aduanera y los Códigos Antidumping y de Subvenciones y Derechos Compensatorios. Se debe proceder con mucha cautela al importar estas definiciones desde otros instrumentos jurídicos; sin embargo, esas otras definiciones pueden dar una idea del significado de estos conceptos. Estrictamente hablando, las legislaciones nacionales están en libertad de fijarle el contenido a estos conceptos. Es innecesario decir que el riesgo inherente en tanta libertad es alto. Se puede utilizar esta vaguedad para administrar protección comercial en forma amplia y casi indiscriminada. Muy probablemente estos sean algunos de los conceptos que se trabajarán en futuras rondas de negociación. Las administraciones nacionales deben proceder con mucho cuidado al definir y administrar las definiciones de estos conceptos.

### **3) Relación causal entre los puntos 1) y 2)**

No se podrá imponer una medida de salvaguardia si no se demuestra que el daño grave o amenaza de daño grave a una rama de la producción nacional es causado directamente por el

aumento absoluto o relativo de las importaciones. El artículo 4 del Acuerdo señala que esta relación de causalidad también se deberá determinar con base en pruebas objetivas.

Este requisito resulta obvio si se piensa que el daño grave, en los términos señalados arriba, puede ser causado por otros factores ajenos a las importaciones. En ese caso no procedería la imposición de la medida. Piénsese, por ejemplo, que la presencia de problemas de desempleo, baja productividad, caída en las ganancias o en las ventas, etc. son situaciones que se pueden dar independientemente de que haya incremento de importaciones o no. Una crisis económica, mala gerencia, tasas de interés muy altas, cambios en los gustos del consumidor, etc. son factores que pueden alterar el consumo y/o la producción e incidir negativamente sobre la situación de la rama de producción. La causalidad tiene el propósito de exigir que los efectos adversos de las importaciones sean imputables al incremento de las importaciones. Si no existiera este requisito, cualquier mal desempeño de la industria le podría valer protección comercial. La idea no es esa.

Ciertamente puede haber problemas en cuanto a cómo "desagregar" las causas. Cómo determinar el grado de causalidad que le corresponde a cada situación cuando existe multicausalidad es un problema grave. No existen reglas multilaterales sobre este particular. Los países tienen libertad para manejar este tema con cierta discreción, aunque es claro que el enfoque políticamente correcto sería uno de restricción, en el que las importaciones sean el principal y más importante factor causante del daño. El Acuerdo solamente establece una disposición según la cual, cuando existen otros factores distintos del aumento de las importaciones que al mismo tiempo causen el daño, ese daño no se podrá atribuir al aumento de las exportaciones.

Finalmente, otros elementos sustanciales incluidos en el Artículo XIX son necesarios mencionar, tan sólo para aclarar que, por ser considerados inconvenientes o demasiado difíciles de manejar, fueron eliminados del Acuerdo sobre Salvaguardias. En particular, nos referimos a los conceptos arriba apuntados de "como consecuencia de la evolución imprevista" y "por efecto de las obligaciones contraídas". Estos dos conceptos habían demostrado ser inoperantes. El primero porque cualquier eventualidad imaginable puede ser considerada una evolución imprevista, el segundo se consideró innecesario, ya que las "obligaciones contraídas" es un término muy general y sin sentido preciso.

### ***III.D) ASPECTOS PROCEDIMENTALES***

Aquí abordaremos fundamentalmente tres ideas básicas del Acuerdo sobre Salvaguardias de corte procedimental, aunque conllevan serias obligaciones de fondo. Nos referimos a los siguientes tres tópicos:

- 1) la investigación;
- 2) la aplicación de medidas provisionales; y
- 3) la aplicación de medidas definitivas.

## 1) La investigación

El Artículo XIX no establece que los gobiernos deban realizar una investigación de previo a imponer una medida de salvaguardia y, en general, deja de lado aspectos relacionados con el proceso de imposición de la medida, especialmente aquellos relacionados con el debido proceso legal. Una obvia necesidad en reglamentar esta situación concluyó con la negociación del artículo 3 del Acuerdo.

Este artículo establece que sólo se podrá aplicar la medida después de realizar una investigación con arreglo a un procedimiento preestablecido y hecho público. El propósito de esta investigación es, precisamente, determinar la existencia o inexistencia de los requisitos materiales señalados, así como permitir que los gobiernos e individuos privados que tengan un interés en la medida puedan tener acceso a toda la información y puedan tener oportunidad de expresar sus puntos de vista.

Es absolutamente relevante señalar aquí que a las partes interesadas se les da oportunidad de manifestarse sobre si la aplicación de la medida de salvaguardia sería o no de interés público. Esta disposición revela lo polémico de las medidas de salvaguardia como instrumentos de protección. Se pretende que al final del procedimiento la autoridad investigadora tenga suficientes elementos para ponderar si la medida que se impondría tendría más aspectos negativos de tipo económico general, que aspectos políticos de naturaleza sectorial, o hasta personal.

La investigación la debe hacer las autoridades competentes del Miembro que impone la medida. Por ello, se debe designar cuál sería esa autoridad competente. Esta prescripción nos conduce a pensar que no sería adecuado que la investigación la haga un organismo ajeno al país, por ejemplo una Secretaría de Integración, salvo, como se dirá adelante, en el caso de una unión aduanera debidamente establecida.

En cuanto al debido proceso, el artículo 3 señala algunos puntos básicos. Estos puntos básicos son:

- 1) la existencia de un procedimiento previamente establecido;
- 2) el procedimiento deberá estar debidamente publicado;
- 3) deberá anunciar públicamente el derecho de las partes interesadas a participar y manifestarse sobre el interés público de la medida;
- 4) el procedimiento deberá comprender una audiencia pública para que las partes se manifiesten;
- 5) las partes interesadas tienen derecho a presentar pruebas;
- 6) las partes interesadas tienen derecho a exponer sus opiniones;
- 7) las partes interesadas tienen derecho de respuesta y de contestar los comunicados y opiniones de las otras partes interesadas;
- 8) la autoridad investigadora deberá publicar un informe sobre las determinaciones que, de hecho o de derecho, se hayan hecho durante el proceso;

- 9) las partes interesadas tienen derecho a que se preserve la confidencialidad de la información confidencial que presenten;

Estos derechos se deberán conceder a las partes interesadas durante la investigación tendiente a imponer medidas de salvaguardia, ya sean éstas provisionales o definitivas. Igualmente, se deberán respetar cuando las medidas definitivas se vayan a prorrogar.

Un aspecto relevante en este momento es determinar quiénes tienen la legitimación activa para solicitarle al gobierno el inicio de una investigación. En realidad, este aspecto no está regulado como en el caso de los procedimientos para interponer derechos antidumping o compensatorios. Consecuentemente, la iniciativa la puede tener cualquier individuo o conjunto de individuos que la legislación señale. Lo adecuado sería que la tengan aquellos individuos que tengan un interés legítimo sobre la medida, es decir, los productores del producto dañado o amenazado gravemente, sus representantes, o al menos una proporción importante de los productores. El gobierno también podría tener iniciativa.

Finalmente, se debe agregar que, como en el caso de las investigaciones sobre comercio desleal, no existe en materia de salvaguardias un plazo máximo para la conclusión de la investigación. Consecuentemente, un país no tiene ni máximos ni mínimos en este sentido. Sobre esto haremos una breve referencia adelante.

## **2) La aplicación de medidas provisionales.**

Las medidas de salvaguardia, como lo vimos anteriormente, sólo se podrán interponer luego de celebrada la investigación y probados los requisitos materiales. Esta situación puede generar problemas. Si la investigación tarda varias semanas o meses, el estado de desprotección de la industria local puede llevar a que se cause el daño efectivo en forma irreparable. Para evitar esta situación, el Acuerdo establece que, durante la investigación, se podrán imponer medidas de salvaguardia provisionales. Sin embargo, estas medidas están condicionadas a lo siguiente:

En primer lugar, sólo proceden en circunstancias críticas en las que cualquier demora entrañaría un perjuicio difícilmente reparable. Esta situación la valora la autoridad investigadora de cada país.

En segundo lugar, se deberá hacer una determinación preliminar de la existencia de pruebas claras de que el aumento de las importaciones ha causado o amenaza causar un daño grave. Como se observa, no se exige que se haya demostrado el daño todavía, sin embargo, sí se debe contar con absoluta certeza de que esas pruebas existen. Es claro que hay un amplio margen de discrecionalidad en la administración de estas disposiciones. Las legislaciones nacionales pueden establecer parámetros más rígidos para la apreciación de situaciones que no resulten tan obvias.

En tercer lugar, la duración de la medida no podrá durar más de 200 días. Este requerimiento hace pensar que la duración total de la investigación debería modularse en función de este plazo, para evitar una situación en la que expire la protección provisional y la industria nacional quede desprotegida hasta tanto no se interponga la medida definitiva. Es interesante señalar aquí que, contrario a lo que sucede en las regulaciones de las investigaciones para imponer derechos compensatorios o antidumping, no existe un plazo mínimo que deba transcurrir luego de iniciada la investigación para imponer la medida provisional. En otras

palabras, se puede imponer en cualquier momento de la investigación siempre que se cumpla con la primera condición arriba señalada.

En cuarto lugar, la medida provisional deberá consistir en un incremento de los niveles arancelarios únicamente. Otras formas de protección a través de cuotas o barreras no arancelarias no se pueden otorgar. Las razones de esto se encuentran en el efecto menos distorsionante que sobre el comercio tienen las medidas arancelarias si se comparan con las no arancelarias.

Por último, dos observaciones resultan convenientes. Si eventualmente la investigación determina que no hay razones para imponer la medida de salvaguardia, el exceso pagado por concepto de medidas de salvaguardia provisionales deberán reembolsarse a quien los pagó, con prontitud. No hay una definición de "prontitud", por lo que este es un concepto librado a las legislaciones nacionales. Finalmente, el plazo de vigencia de las medidas provisionales se deberá incluir dentro del cómputo del plazo de la medida definitiva.

### **3) La aplicación de medidas definitivas.**

Las medidas definitivas -aquellas medidas de salvaguardia que se interponen luego de que la investigación se concluye positivamente- está sujeta a una serie de disposiciones regulatorias muy importantes. Estas disposiciones regulan aspectos como objetivo, duración, naturaleza, cobertura de las medidas de salvaguardia y condiciones especiales para los países en desarrollo miembros.

#### **3.a) Objetivos:**

Los objetivos por los que se aplica una medida de salvaguardia, según lo dispone el artículo 7 del Acuerdo, es prevenir o reparar el daño grave y facilitar el reajuste. Estos dos objetivos, como lo observamos arriba, son equiparables con protección comercial versus ajuste. El énfasis que se ponga en uno u otro objetivo definiría la naturaleza global del Acuerdo. Haremos un breve análisis de las disposiciones que regulan el objetivo "reajuste" para solventar este punto. Si se observan las disposiciones sobre reajuste del Acuerdo, es fácil concluir que el enfoque del Acuerdo es regular únicamente la liberalización progresiva de la medida, presuponiendo que el reajuste consiste en la paulatina eliminación de la medida. Para poder prorrogar la medida definitiva se deberá demostrar que la industria está en reajuste. Claramente, estas disposiciones no regulan el reajuste. El Acuerdo no adopta obligaciones claras en cuanto a la naturaleza del reajuste ni, en definitiva, pareciera importarles mucho tal cuestión. SCHOTT describe bien el problema así:

"El Acuerdo no obliga a los países que invoquen el Artículo XIX a exigirle a las industrias que se beneficien de la protección que especifiquen un programa de ajuste que se ejecute durante el período inicial de la salvaguardia. Esta omisión significa que las industrias que compiten con las importaciones probablemente no se sometan al ajuste. Consecuentemente, la duración de las medidas de salvaguardia generalmente será más largo, y más medidas deberán ser prorrogadas por un período adicional (durante el cual la industria protegida sólo tendrá presentar pruebas de que se está, en alguna forma indefinible, "ajustándose")."

La historia de la negociación indica que hubo propuestas en las que el ajuste tenía un papel preponderante. Sin embargo, al resultado final dejó este aspecto en el rezago.

El punto había sido bastante polémico durante las negociaciones. Estados Unidos y Japón no querían poner en peligro la posibilidad de invocar una salvaguardia si la misma estaba condicionada a la existencia de un plan de ajuste. Estos países, en otras palabras, buscaban protección fácil, inmediata y con un mínimo de condiciones. Querían un Acuerdo que pusiera el énfasis en el lado proteccionista de las salvaguardias, más que en el lado del reajuste.

Una política adecuada para diseñar las legislaciones nacionales debería contemplar la posibilidad de ponerle más énfasis al ajuste. Por ejemplo se le podría exigir al sector productivo que presente un plan de ajuste que vaya desarrollando durante el período de vigencia de la medida, con medidas de monitoreo constante y efectivo del cumplimiento del programa, so pena de que, en caso de incumplimiento, se revisaría la vigencia de la medida. De otra forma, el Acuerdo sólo serviría un fin proteccionista ordinario.

### **3.b) Duración:**

La medida de salvaguardia definitiva está sujeta a una duración limitada. El Artículo XIX del GATT, que estipulaba que la medida podía estar vigente "por todo el tiempo que sea necesario para reparar o evitar el daño grave" demostró no ser efectivo, ya que tal redacción se prestaba a abusos por parte del usuario. El artículo 7 del Acuerdo regula este punto.

Una medida de salvaguardia podrá estar en vigencia durante todo el período necesario para prevenir o reparar el daño grave y facilitar el reajuste, pero ese período no puede sobrepasar un plazo de 4 años, salvo que se prorrogue de conformidad con las reglas negociadas.

La prórroga podrá darse por un período adicional de 4 años, es decir, ocho en total. Los países en desarrollo pueden prorrogarlo por 6 años más para un total de 10, de conformidad con el artículo 9 del Acuerdo.

En el fondo, estas reglas están diseñadas para que las medidas se puedan prorrogar fácilmente. SCHOTT señala que "en suma, las nuevas reglas aumentan las posibilidades de que las acciones de salvaguardia permanezcan en vigor por el período máximo de ocho años".

Estas disposiciones vuelven a enfatizar la facilidad, tal vez excesiva, que el Acuerdo otorga a los países para que puedan otorgar protección comercial en forma poco menos que permanente.

Las medidas se tendrán que ir liberalizando paulatinamente. No se estipulan los grados o ritmos de esa liberalización, por lo que cualquier disminución mínima podría satisfacer la letra del Acuerdo. Estas disposiciones, sumadas a aquellas que disponen que el camino a la prórroga está abierto con sólo presentar pruebas de que la industria se está supuestamente reajustando, revelan la naturaleza fundamentalmente proteccionista del Acuerdo.

Con ciertas excepciones para plazos cortos (art.7.6) y para contemplar un trato especial para los países en desarrollo (art.9.2), no se puede interponer una medida de salvaguardia contra un producto que ya gozó de una medida en el pasado, a menos que se deje transcurrir un plazo

igual a aquél que duró la primera medida, y bajo la condición de que la investigación se efectúe nuevamente.

### **3.c) Naturaleza:**

La naturaleza de las medidas definitivas no está prevista expresamente en el Acuerdo. Se pueden entrever del Acuerdo varios tipos de medidas: aranceles, cuotas, contingentes arancelarios (artículo 5) y acuerdos intergubernamentales mediante los cuales los dos países establecen una cuota de importación administrada por el país de exportación (nota 3 de pie de página del Acuerdo, en el artículo 11). Obsérvese la similitud entre este tipo de acuerdos y las restricciones voluntarias a las exportaciones que, como se verá adelante, están supuestamente prohibidas.

El Acuerdo se esmeró, por el contrario, en definir cuáles medidas no son permitidas como salvaguardias. El artículo 11 prohíbe la adopción de limitaciones voluntarias a las exportaciones, acuerdos de comercialización ordenada u otras medidas similares respecto de las importaciones o las exportaciones. Entre estas otras medidas se incluyen las medidas de moderación de las exportaciones, los sistemas de vigilancia de los precios de exportación o de los precios de importación, la vigilancia de las exportaciones o de las importaciones, los carteles de importación impuestos, los regímenes discrecionales de licencias de importación o exportación, cuando están orientados a brindar protección. Todas estas medidas, cuando existan en los países, están sujetas a un calendario de desmantelamiento.

La razón por la que el Acuerdo en su nota 3 autoriza los acuerdos por los que dos gobiernos conciertan una cuota de importación administrada por el país de exportación en el contexto de una investigación en un proceso de salvaguardias se entiende claramente a la luz de la siguiente cita de JACKSON, DAVEY y SYKES:

"La diferencia crucial entre una medida de salvaguardia bien administrada y estructurada y un "acuerdo voluntario" que no se dé en conexión con un proceso de salvaguardia, descansa precisamente en esa necesidad de efectuar un proceso público y razonado de que existe un daño grave causado por las importaciones del otro país en el caso de un proceso de salvaguardia, y la falta de dicha necesidad en el caso de los acuerdos voluntarios. Simples alegaciones o conjeturas podrían sustituir a las pruebas razonables cuando no exista un proceso público y estructurado según el debido proceso. Es difícil que esta sustitución ocurra cuando existe un expediente y la posibilidad de contención en un procedimiento de salvaguardias".

Existe una disposición (artículo 11.3) que establece que los gobiernos no podrán alentar la adopción o mantenimiento, por empresas públicas o privadas, de medidas privadas que tengan un efecto equivalente al de un acuerdo de restricción voluntaria de las exportaciones. Esta disposición no pudo haber sido más estricta, ya que un tratado internacional, dirigido a sujetos de Derecho Internacional como son los Estados, no pueden regular directamente conductas de los sujetos privados.

Estas disposiciones son un buen primer intento por erradicar del comercio internacional las restricciones voluntarias a las exportaciones.

### **3.d) Cobertura:**

Aquí se discutirá uno de los temas de mayor trascendencia en la negociación del Acuerdo: la aplicación generalizada y no discriminatoria de las medidas de salvaguardia, y/o la posibilidad de administrar medidas en forma selectiva o discriminatoria, o sea, contra importaciones de países particulares únicamente.

Arriba habíamos señalado que, para ciertos países, la selectividad era importante, ya que podía atacar el problema con más eficiencia y menor costo. Para otros países la discriminación no es aceptable ni legal ni políticamente. No es legal por virtud del principio de no discriminación, también citado arriba, ni es políticamente aceptable ya que impone la carga del ajuste sobre aquellos países que pueden tener la virtud de exportar eficientemente, es decir, castiga al eficiente y no al ineficiente que no causa daño. En términos económicos, la discriminación induce a una incorrecta utilización de los recursos. Este punto fue quizás el más polémico durante las negociaciones de la Ronda Tokio y de la Ronda Uruguay. La Comunidad Europea en favor de la selectividad, sobretodo por sus problemas de recesión económica. Estados Unidos y la mayoría de los países en desarrollo en favor de la no discriminación.

Es llamativo que fuera Estados Unidos el que flexibilizara su posición, permitiéndose con esta coalición entre este país y la Comunidad, la entrada de un importante elemento discriminatorio.

El artículo 2.1 del Acuerdo establece que "las medidas de salvaguardia se aplicarán al producto importado independientemente de la fuente de donde proceda". Con ello se adopta como regla general el principio de no discriminación. Sin embargo, en el artículo 5 se abre la puerta para que la medida de salvaguardia consista en la adopción de una cuota o medida cuantitativa distribuible únicamente entre los países proveedores, excluyéndose en forma discriminatoria a aquellos países que no han exportado el producto en el pasado, pero que lo podrían hacer en el futuro. Inclusive el párrafo 2.b) del mismo artículo va más allá, al permitir alejarse de la discriminación anterior para incurrir en una selectividad mucho más precisa, ya que se puede imponer una cuota contra un único país que haya aumentado desproporcionadamente sus exportaciones. Parece claro cómo los países más desarrollados han establecido aquí la disposición que permita atacar las importaciones más agresivas provenientes de los países de industrialización reciente, de China, de Europa Oriental y de algunos latinoamericanos.

Esta permisividad hace nugatoria la disposición de la no discriminación. Esta permisividad evidencia más la naturaleza proteccionista del Acuerdo y demuestra cómo, ante una recesión económica, los principios tienden a flexibilizarse a favor de la protección comercial.

### **3.e) Aplicación de salvaguardias contra los países en desarrollo.**

El Acuerdo establece algunas disposiciones especiales que todos los Miembros de la OMC -desarrollados o en desarrollo- deben aplicar cuando aplican medidas de salvaguardia contra las exportaciones de un Miembro en desarrollo.

El artículo 9 establece que cuando las importaciones de un producto determinado, originarias de un país en desarrollo, no sobrepasan más del 3% del total de las importaciones del producto en cuestión, dichas importaciones no podrán ser objeto de una medida de salvaguardia,

ya sea que éstas importaciones sean las que han ido en aumento, o que hayan sido las originarias de otro país. No obstante lo anterior, existe una condición que se requiere para que esto opere: las importaciones originarias de los países en desarrollo que sean inferiores al 3% no podrán representar más del 9% del total de las importaciones del producto en cuestión.

## ***II.E) DISCIPLINA MULTILATERAL***

Queremos aquí repasar algunos conceptos que aceptados en el Acuerdo y que tienden a fortalecer el Sistema Multilateral de Comercio. Son ellos los siguientes:

- 1) Las notificaciones y consultas;
- 2) La compensación; y
- 3) La retorsión.

### **1) Las notificaciones y consultas.**

Habíamos señalado arriba que otro de los principios fundamentales del Sistema era el de transparencia, es decir, la creencia en que el conocimiento y la información sobre lo que se está regulando en otro país es vital para las empresas que trafican en el comercio internacional. Con ello se pretende otorgar predictibilidad y certeza al sistema. También habíamos señalado que la falta de procedimientos adecuados y transparentes de notificación y consulta habían entorpecido la aplicación del Artículo XIX. El Acuerdo incorpora obligaciones en estas áreas para solventar estos problemas y lograr aquellos fines.

El artículo 12 estipula que se le deberá notificar al Comité de Salvaguardias de la OMC los siguientes actos:

- a) el inicio de una investigación;
- b) la constatación de que existe daño o amenaza de daño grave causados por el aumento de las importaciones;
- c) la decisión de aplicar o prorrogar una medida de salvaguardia;
- d) la decisión de aplicar una medida provisional;
- e) los resultados de las consultas que se celebren con otros países;
- f) los resultados de los exámenes de medio período que se hagan para revisar la medida;
- g) los acuerdos que sobre compensación se acuerden con otros países;
- h) las medidas de retorsión que se impongan;

- i) las leyes, reglamentos y disposiciones administrativas que regulen en cada país la materia de las salvaguardias;
- j) las medidas de salvaguardia que un país tuviere en vigencia desde antes de la entrada en vigor del Acuerdo;
- k) las medidas prohibidas que un país hubiere adoptado antes del Acuerdo y que todavía estén en vigor;
- l) cualquier ley, reglamento o disposición de algún otro país que ese otro país no hubiere notificado;
- ll) cualquier medida no gubernamental de salvaguardia; y
- 12) cualquier medida que imponga contra un país en desarrollo (nota 2 del Acuerdo).

Por otro lado, el proceso de consultas con países que pudieran tener un interés sustancial como exportadores del producto salvaguardado es muy importante en el contexto de garantizar que se mantenga un adecuado equilibrio de derechos y obligaciones entre los Miembros de la OMC, como se explicó arriba. En el fondo, este es uno de los propósitos últimos del Artículo XIX.

De previo a imponer una medida definitiva, o después de imponer una provisional, se deberán entablar consultas con los Miembros de la OMC que tengan un interés sustancial en la medida como exportadores que son del producto y cuyo comercio se verá interrumpido. En estas consultas se examinará la información presentada sobre la medida y se procurará llegar a un acuerdo sobre la compensación que se otorgará. En suma, las consultas son reuniones de negociación para acordar la contraprestación que el país que invoca la medida le otorgará a los afectados, como arriba se explicó.

## **2) La compensación.**

Este es otro elemento vital dentro de la filosofía de las medidas de salvaguardia. La compensación, como medida para restituir el desequilibrio de derechos y concesiones que debe haber entre los Miembros de la OMC, es, sin embargo, un elemento difícil de manejar. No sólo porque paulatinamente las consolidaciones han ido restando espacio para otorgarlas, como se señaló arriba, sino por lo difícil que puede ser determinar cuándo se está frente a una compensación que resulte de efectos comerciales sustancialmente equivalentes a los que menoscaba la medida de salvaguardia, tal y como lo dispone el artículo 8 del Acuerdo. Estas dificultades hacen que la compensación sea voluntaria (lo obligatorio es celebrar las consultas) pero, que en caso de no otorgarse o de que no haya acuerdo, se abre la puerta para que el otro país haga uso de su derecho a retorsión.

Un problema sustancial se puede presentar en el momento de determinar si la compensación que se ofrece, dado que se tendrá que ofrecer -una vez negociada- a todos los Miembros de la OMC por virtud de la cláusula de nación más favorecida, beneficiaría al país al cual se ofrece en términos de abrirle a éste (y no a otros) un efectivo acceso equivalente al que se le cerró con la medida. Lograr encontrar el producto que satisfaga estos requisitos de selectividad efectiva en la práctica y de aplicación legalmente no discriminatoria es difícil. Por

ello, muchas veces se podría desembocar en la retorsión, que puede, a su vez, desencadenar una guerra comercial depresiva del comercio entre las partes que se consultan.

### **3) La retorsión.**

Como se manifestó arriba, la retorsión es una contrarrespuesta que tienen los Miembros de la OMC que resultan víctimas de la imposición de una medida de salvaguardia por parte de otro Miembro. Sus exportaciones se están viendo truncadas por dicha medida, por lo que tienen derecho a compensación. No obstante, dado que la compensación no se otorgó o no se pudo negociar satisfactoriamente, la parte o partes afectadas pueden retirar o suspender concesiones comerciales sustancialmente equivalentes que le hayan otorgado al país que impone la medida de salvaguardia en el contexto del GATT de 1994. Estas medidas se adoptarían luego de transcurridos los trámites procedimentales señalados en el párrafo 2 del artículo 8 del Acuerdo (incluida la no desaprobación de la medida de retorsión por parte de Consejo del Comercio de Mercancías de la OMC).

Este retiro o suspensión de concesiones sí se puede hacer en forma discriminatoria contra el país victimario. En otras palabras, es una de las tantas excepciones al principio de no discriminación del Sistema.

Cuando nos referimos a "retirar o suspender concesiones" nos referimos a las concesiones que se hacen durante las rondas de negociación o durante los procesos de adhesión de los Miembros al Sistema, o bien, durante cualquier negociación que, en cualquier otro contexto, se pudo haber dado. Es innecesario agregar que el problema en la cuantificación de la equivalencia de la medida -problema explicado al referirnos a la compensación- también es aplicable en el caso de la retorsión.

Las medidas de retorsión pueden basarse en consideraciones políticas (mantener el equilibrio de derechos y obligaciones), pero definitivamente no se basan en consideraciones económicas. Por el contrario, económicamente no tienen ninguna explicación razonable, sino que implican aumentar el proteccionismo, con el consabido efecto adverso que esto conlleva. Estas medidas tienen mucha utilidad como armas de represalia para un país pequeño al comerciar con un país grande. El efecto psicológico que una eventual medida de retorsión pueda tener sobre una economía grande es nulo. Por el contrario, probablemente resulte más perjudicial imponer la medida que no hacerlo.

Lo importante en cuanto al Acuerdo es que, en el artículo 8.3, se establece que no se podrá ejercer el derecho a la retorsión durante los tres primeros años de vigencia de la medida de salvaguardia. En otras palabras, sólo cuando una medida de salvaguardia tenga una duración superior a los tres años se podrán suspender o retirar concesiones equivalentes. De primer entrada esto parece procedente desde un punto de vista económico mas no político. Sin embargo, la situación es a la inversa. Al ser voluntaria la compensación y al no tener el país que invoca la medida la amenaza de la retorsión, puede muy fácilmente imponer la medida de salvaguardia, sin pensar en la compensación ni en la retorsión, por lo menos hasta el cuarto año de vigencia de la medida de salvaguardia. Esto abona aún más a la naturaleza proteccionista del Acuerdo.

La razón por la que esto se negoció así se debe a que, como se recordará, con este Acuerdo se pretende incrementar el uso de las medidas de salvaguardia para desincentivar otras medidas alternativas, prohibidas e incontrolables de protección comercial. Se consideró que es

mejor adoptar un enfoque pragmático y legalizar ciertas formas de protección, que tolerarlas fuera del control del Sistema. Al someter la protección a una investigación, a un proceso abierto y plurilateral impregnado de interés público, se controla mejor el proteccionismo.

#### **IV. LA LEGISLACION NACIONAL: BREVE REFERENCIA**

Las medidas de salvaguardia han sido objeto de regulación en nuestro sistema jurídico desde hace varias décadas. Es más, desde que se adoptaron los primeros compromisos internacionales de liberalización comercial al ingresar, en 1962, al Mercado Común Centroamericano, las medidas de salvaguardia empezaron a ser relevantes.

En 1985, con la adopción del Convenio del Régimen Arancelario y Aduanero Centroamericano, se adoptó un régimen de salvaguardias muy particular. Basta leer el artículo 26 de dicho régimen para entender esta afirmación. Dicho artículo establece como causales para imponer una medida de salvaguardias, no sólo las causales típicas y propias del sistema (el aumento de las importaciones), sino otras no relacionadas con este fenómeno como los problemas de balanza de pagos, las prácticas de comercio desleal, el desabastecimiento interno, situaciones de emergencia, etc. Para estos efectos, se seguía un procedimiento distinto al del Acuerdo sobre Salvaguardias sin necesidad de una investigación y sin derechos de opinión para las partes interesadas. Bastaba la presión política de los productores locales para que el Gobierno de Costa Rica accediera a aumentar los aranceles ordinarios, sin ninguna consideración a los efectos económicos adversos que ello podría tener más que sobre el propio productor. Y a esto se le llamaba aplicar una medida de salvaguardia.

Estas disposiciones son claramente contrarias a las obligaciones multilaterales que hemos estudiado. Si bien esto no era muy relevante antes de la entrada en vigencia del Acta Final de la Ronda Uruguay el 1o. de enero de 1995, sí lo es a partir de ese momento, ya que entró en vigor el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC. Incluso hoy, en todos aquellos casos en que el arancel consolidado sea alto y sea suficiente para brindar la protección necesaria para aliviar la presión de las importaciones, se podría usar el mecanismo más fácil: subir el arancel aplicado hasta el techo consolidado, notificándolo a la OMC. En estos casos, el Acuerdo sobre Salvaguardias sería dejado de soslayo.

Esta opción es la más fácil, la más política, pero definitivamente inapropiada.

Por qué inapropiada? El arancel de importación no es un instrumento de política comercial al servicio de los productores nacionales y de fácil manejo por parte de los políticos - a veces también con fines de política electoral-. Es un instrumento de desarrollo económico al servicio de toda la población nacional: productores y consumidores. Lo políticamente óptimo es que cualquier alza en los aranceles se canalice por la vía del procedimiento de salvaguardias, o un procedimiento similar, sobretodo con un Acuerdo tan proclive a facilitar el otorgamiento de esa protección. Con ello se garantizaría en alguna medida que el alza obedezca a un proceso público en el que todas las partes interesadas tengan oportunidad de presentar sus puntos de vista. Se reconocería el interés público que tiene el arancel de importación. Dejaría de ser, en alguna medida, el instrumento económicamente corrompido -pero políticamente jugoso- que es hoy. Promovería el ajuste económico nacional y liberalizaría un poco el manejo de la política arancelaria.

Si esto no se aplicara así -que es lo más probable desafortunadamente- incurriríamos en una situación en la que la protección arancelaria se continuaría dando por el lado del incremento de los aranceles cuando los compromisos de consolidación así lo permitan, mientras que cuando esos compromisos no lo permitan, aplicaríamos el Acuerdo. Este pragmático doble estándar en la política comercial no es adecuado. El colchón entre el arancel aplicado y el techo consolidado sería propiedad de los productores nacionales. El resto sería patrimonio de todos los costarricenses.

Sin embargo, dejando de lado estas consideraciones de política, queremos hacer unas muy breves consideraciones legales sobre los diferentes instrumentos jurídicos nacionales que regulan las medidas de salvaguardias. En primer lugar, debemos tener en mente que actualmente está en vigor el Reglamento Centroamericano sobre Prácticas de Comercio Desleal y Cláusula de Salvaguardia, incorporado en nuestra legislación como Decreto Ejecutivo desde 1993, en lo que a salvaguardias se refiere. Este Reglamento no se ajusta a los compromisos internacionales por diferentes razones. Esto hace que, desde el 1o. de enero de 1995, estamos no sólo incumpliendo los compromisos internacionales, sino también manteniendo disposiciones legales inconstitucionales (en la medida en que los tratados internacionales son parámetro de constitucionalidad). Ya se negoció a nivel centroamericano un nuevo Reglamento, compatible con el Acuerdo, que entrará en vigor en los próximos días.

## CONCLUSIONES

Muchas son las conclusiones a las que se pueden llegar después de un estudio como el anterior. Sin embargo, sólo queremos citar las que consideramos más relevantes.

En primer lugar, debe quedar claro que el régimen legal del principio de salvaguardia es amplio, complejo y profuso. Consecuentemente, al encontrarse la industria nacional en problemas, deberán conocerse todas las posibilidades reales de acción, todas las maniobras posibles dentro de las reglas multilaterales. Deberá tenerse claro el tipo de producto, su origen, los compromisos internacionales contraídos con relación al mismo, antes de determinar el procedimiento de salvaguardia más adecuado.

En segundo lugar, debe quedar claro que el Acuerdo tiene un claro sesgo hacia la protección comercial en detrimento del ajuste de la producción nacional. Esto se debe corregir a través de las legislaciones nacionales. Las razones por las que ese fue el resultado ya se explicaron: fue la única manera de inducir a los países de la OMC a invocar el Artículo XIX para que no brinden protección a través de otras barreras no arancelarias y procedimientos grises que caen fuera del control del Sistema Multilateral de Comercio. Desde esta perspectiva hay que entender el Acuerdo. Para un economista esto es inaceptable. Sin embargo, las consideraciones políticas no permitieron un Acuerdo más del gusto de los economistas. Retomando las palabras de LONG, "podría razonablemente cuestionarse si la perfección en esta área es alcanzable, dada la fuerza de los intereses económicos y políticos en juego". Este sesgo tal vez se pueda corregir en una futura ronda, ojalá negociada en épocas de bonanza comercial mundial.

Al eliminar la amenaza de la retorsión por tres años, eliminarse la posibilidad de utilizar restricciones voluntarias de las exportaciones, omitiendo la necesidad de demostrar un programa de ajuste al menos hasta que se prorroguen las medidas de salvaguardia, abriendo la posibilidad

de aplicar salvaguardias hasta por 8 y 10 años y admitiendo la selectividad de las medidas, el Acuerdo pretende facilitar el uso de las mismas.

En tercer lugar, el principal interés tangible por negociar un Acuerdo de naturaleza proteccionista lo encontramos en los deseos de las principales potencias de controlar las importaciones masivas de los países de industrialización reciente, de China, de Europa Oriental y de algunos países latinoamericanos. Hacia estos países va dirigido el nuevo Acuerdo.

En cuarto lugar, es sumamente importante que en Costa Rica se revisen los procedimientos de administración de la protección arancelaria, para adquirir principios más sanos y económicamente correctos, aunque se reconozca que la perfección, como se señaló, es difícil de alcanzar. En este sentido, el Acuerdo sobre Salvaguardias es un instrumento que colaborará en mucho en ese proceso.

En quinto lugar, las medidas de salvaguardia, tal y como las estudiamos aquí, serán de aplicación frecuente en la medida en que nuestro país transite por los caminos de la globalización y la apertura comercial. Las presiones que desencadenarán las importaciones masivas ya se están empezado a sentir. Por ello, conviene tener un conocimiento adecuado de los aspectos legales y económicos involucrados en esta temática.

Esperamos con este breve estudio haber podido colaborar en ese sentido.