

## SECRETARIA DE ECONOMIA

**REVISION ante un Panel Binacional conforme a lo dispuesto en el artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en el caso de cemento Portland Gris y Clinker proveniente de México, resultados finales de la Sexta Revisión Administrativa Antidumping, expediente USA-98-1904-02.**

Sección Mexicana del Secretariado de los Tratados de Libre Comercio.

**REVISION ANTE UN PANEL BINACIONAL  
CONFORME A LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 1904  
DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA DEL NORTE.**

EN EL CASO DE:	)	
	)	
	)	
CEMENTO PORTLAND GRIS Y	)	
CLINKER PROVENIENTE DE MEXICO	)	
	)	ARCHIVO DEL SECRETARIADO No.
	)	USA-98-1904-02
Resultados Finales de la Sexta Revisión	)	
Administrativa Antidumping	)	
(1 de agosto de 1995 al 31 de julio de 1996))	)	
	)	

### OPINION Y DECISION DEL PANEL

**26 de mayo de 2005**

**Panel:** Steven W. Baker, Presidente  
Peggy Louie Chaplin, Panelista  
Alejandro Castañeda Sabido, Panelista  
Ricardo J. Gil Chaveznavia, Panelista  
Hernany Veytia Palomino, Panelista

**Comparecientes:**

Por CEMEX, S.A. de C.V. ("CEMEX"): Greenberg Traurig (Irwin P. Altschuler, Esq., David Amerine, Esq., Jeffrey S. Neeley, Esq., y Rosa Jeong, Esq.)

Por Cementos de Chihuahua, S.A. de C.V.: White & Case (Gregory J. Spak, Esq. y Kristina Zisis, Esq.)

Por The Southern Tier Cement Committee: King & Spalding (Joseph W. Dorn, Esq., J. Michael Taylor, Esq., y Michael P. Mabile, Esq.)

Por la Autoridad Investigadora: Departamento de Comercio de los Estados Unidos de América, Oficina del Abogado en Jefe de la Administración de Importaciones. (John D. McInerney, Esq., David W. Richardson, Esq., y Christina Sohar, Esq.)

### CONTENIDO

- I. INTRODUCCION
- II. ASUNTOS PLANTEADOS Y RESUMEN DE LA DECISION
- III. ANTECEDENTES
  - A. Antecedentes Procesales
  - B. Cemento y Clinker
- IV. DERECHO APLICABLE
- V. CRITERIO DE REVISION
- VI. DISCUSION DE LOS ARGUMENTOS
  - A. Revocación
  - B. Curso de Operaciones Comerciales Normales

- C. Vinculación
- D. A granel y en saco
- E. Cargos de las Terminales
- F. DIFMER
- G. Clasificación de Ventas CEP

## VII. DEVOLUCION

### Apéndice A

## I. INTRODUCCION

Este Panel Binacional fue establecido de conformidad con el Artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte ("TLCAN")<sup>1</sup> y con el Título IV de la Ley de Implementación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte<sup>2</sup> para considerar los argumentos presentados en las solicitudes de revisión de la resolución del 16 de marzo de 1998, elaborada por el Departamento de Comercio ("el Departamento"), Administración de Comercio Internacional, en su Sexta Revisión Administrativa de la resolución antidumping del 30 de agosto de 1990, sobre Cemento Portland Gris y Clinker proveniente de México.<sup>3</sup> Los Resultados Finales del Departamento para el periodo revisado, del 1 de agosto de 1995 al 31 de julio de 1996, fueron publicados en el *Federal Register* como *Cemento Portland Gris y Clinker proveniente de México: Resultados Finales de la Revisión Administrativa de la Cuota Compensatoria*. 63 Fed. Reg. 12764, 16 de marzo de 1998.<sup>4</sup>

La Revisión del Panel Binacional a estos Resultados Finales fue iniciada de conformidad con las solicitudes presentadas por CEMEX, S.A. de C.V. ("CEMEX"), Cementos de Chihuahua, S.A. de C.V. ("CDC"),<sup>5</sup> y el *Southern Tier Cement Committee* ("STCC"), todas presentadas el 14 de abril de 1998. Las Reclamaciones y sus escritos adicionales fueron presentados por CEMEX, CDC, y STCC, de acuerdo con la Regla 39 de las Reglas de Procedimiento del TLCAN, argumentando diversas determinaciones hechas por el Departamento en sus Resultados Finales.

## II. ARGUMENTOS PRESENTADOS Y RESUMEN DE LAS RESOLUCIONES.

Las reclamaciones originales y adicionales argumentaban que los Resultados Finales del Departamento no estaban fundados en pruebas substanciales en el expediente, o de otra forma, que no estaban de conformidad a derecho en relación con varios puntos. CEMEX argumentó que la selección de la mercancía para efectos de modelo de comparación sobre una base de "vendidos o facturados" en lugar de una base de "producidos como", es contrario a derecho; que la determinación del Departamento de que las ventas nacionales de cemento vendido como Tipo V LA y Tipo II LA estaban fuera del "curso de operaciones comerciales normales", y que la exclusión en el cálculo del valor normal del cemento producido en las plantas de Campana y Yaqui, vendido como cemento Tipo I, no se encontraba fundamentada en pruebas substanciales en el expediente, o no estaba de conformidad con el derecho; que el uso del Departamento de hechos disponibles y la selección de los hechos disponibles en el cálculo del ajuste de la diferencia de la mercancía ("ajuste DIFMER" por sus siglas en inglés) no estaba sustentado en pruebas substanciales en el expediente administrativo; y que el uso de cemento Tipo I en saco y el cemento a granel para la comparación de las ventas en el mercado interno era contrario al derecho.

CDC argumentó que la emisión del Departamento de la resolución antidumping original, el inicio y la conducción de la presente revisión, fueron contrarios a derecho, debido a que se basaron en una solicitud que no estaba apoyada por los productores que representaran a toda, o al menos a la mayoría de la producción de la región; que la determinación de vincular a CDC y a CEMEX para efectos de calcular un margen de dumping no estaba fundamentada en pruebas substanciales en el expediente y/o, de otra manera, era contraria a derecho; que la metodología empleada por el Departamento para calcular el ajuste DIFMER no estaba basada en pruebas substanciales en el expediente y/o, de otra manera, era contraria a derecho; y que la decisión de negar un ajuste a los gastos indirectos de venta de CDC por el costo de financiar los depósitos en efectivo de las cuotas antidumping, no estaba fundamentada en pruebas substanciales en el expediente y/o, de otra manera, era contraria a derecho.

<sup>1</sup> Tratado de Libre Comercio de América del Norte ("TLCAN"), firmado en Washington, D.C., Ciudad de México y Ottawa, el 7 de diciembre de 1992; acuerdos suplementarios firmados el 14 de septiembre de 1993; reproducidos en H. Doc. 103-159, Vol. I, y en 32 I.L.M. 605 (1993) (entrada en vigencia el 1 de enero de 1994)

<sup>2</sup> Ley Pública No. 103-182, aprobada el 8 de diciembre de 1993, 107 Stat. 2057; codificada en diversas secciones del título 19 y varios otros títulos.

<sup>3</sup> Resolución Antidumping, Cemento Portland Gris y Clinker de México. 55 Fed. Reg. 35443 (30 de agosto de 1990).

<sup>4</sup> Esta Decisión hará referencia a varias de las revisiones administrativas, opiniones judiciales y decisiones de paneles binacionales a lo largo de la investigación sobre el Cemento y Clinker mexicanos. Para facilitar dichas referencias, éstas serán señaladas como la Resolución, los Resultados Finales para la revisión administrativa correspondiente, la cita de la Corte, o el número de la Decisión del Panel apropiada. Las citas completas se encuentran en el Apéndice A.

<sup>5</sup> CDC ha sido sucedido como una entidad corporativa de GCC Cemento, S.A. de C.V. La empresa será referida como CDC, tal como existió durante el periodo de revisión, para los efectos de esta decisión.

STCC reclamó que el cambio del Departamento durante la Sexta Revisión de “como facturado” por “como producido” no estaba fundado en ninguna base de hechos en el expediente administrativo, y estaba en conflicto con un largo estándar de práctica; que el Departamento se equivocó, basado en los hechos encontrados durante la verificación, al no excluir todas las ventas de CEMEX desde Hermosillo, y al aplicar, como una inferencia adversa, el margen de dumping más alto, previamente determinado para CEMEX; que el Departamento erróneamente concedió el precio de exportación reconstruido (“CEP” por sus siglas en inglés) compensando ajustes para CEMEX y para CDC; que el Departamento se equivocó al clasificar los gastos de operación de CEMEX y CDC en las terminales de distribución en los Estados Unidos, como gastos indirectos de venta; que el Departamento debió haber utilizado la totalidad de hechos adversos disponibles para aplicar el 20% adverso del ajuste DIFMER; que se le permitió a CEMEX y a CDC hacer deducciones inapropiadas al valor normal por gastos de fletes, basados en información que no cumplía con los requisitos del Departamento; que el Departamento permitió, indebidamente, que CEMEX hiciera ajustes al valor normal por descuentos asignados; que el Departamento incorrectamente permitió que CDC hiciera deducciones en su valor por argumentar “otros ajustes”; que el Departamento no dedujo los gastos indirectos de venta en el extranjero incurridos en las ventas en los Estados Unidos, al calcular el CEP, como es debido, y tampoco contabilizó adecuadamente en su cálculo los gastos indirectos de venta en el extranjero; y que el Departamento clasificó erróneamente las ventas de CDC en los Estados Unidos como ventas por precio de exportación indirecta, en lugar de ventas por precio de exportación reconstruido.

Entre la presentación de las reclamaciones y el último escrito en esta revisión, las decisiones tomadas por la Corte de Apelaciones para el Circuito Federal (“CAFC”) apoyaron las metodologías utilizadas por el Departamento, en relación con diversos asuntos que han sido argumentados.<sup>6</sup> Adicionalmente, basándose en el desarrollo de las revisiones administrativas subsecuentes de la resolución antidumping del cemento mexicano, las partes han modificado ciertas posiciones.<sup>7</sup>

Con esta retractación, los puntos de la litis que persisten para revisión por este Panel son: (con un resumen de las decisiones del Panel)

#### **A. Revocación de la Resolución**

¿Estaba basada en pruebas substanciales en el expediente y de acuerdo a derecho la negación del Departamento de revocar la Resolución Antidumping por alegaciones de defectos en el inicio de la investigación original por debajo del valor normal (“LTFV” por sus siglas en inglés)?

El Panel confirma la decisión del Departamento de rehusarse a revocar dicha Resolución.

#### **B. Curso de operaciones comerciales normales**

1. ¿Estaba basada en pruebas substanciales en el expediente y de acuerdo a derecho la determinación del Departamento de que las ventas en el mercado interno de CEMEX de cemento Tipo V, vendido como cemento Tipo II y Tipo V, producido en las plantas de Hermosillo, estaban fuera del curso de operaciones comerciales normales?

El Panel devuelve este punto al Departamento para su mayor consideración.

2. ¿Estaba fundamentada en pruebas substanciales en el expediente y de acuerdo a derecho la decisión del Departamento de que las ventas en el mercado interno de cemento Tipo V, producido en las plantas de Hermosillo, y vendido como cemento Tipo I, no podrían ser utilizadas para la determinación del valor normal, y la decisión de utilizar en la comparación del valor normal las ventas del cemento Tipo I producido en otras plantas mexicanas?

El Panel confirma el rechazo del Departamento de utilizar las ventas en el mercado interno del cemento Tipo V vendido como cemento Tipo I de las plantas de Hermosillo, para la comparación del valor normal, así como el uso de hechos adversos parciales disponibles al utilizar las ventas de cemento Tipo I producido por otras plantas mexicanas.

#### **C. Vinculación**

¿Estaba basada en pruebas substanciales en el expediente y de acuerdo a derecho la decisión del Departamento de tratar a CDC y a CEMEX como una sola entidad, es decir, de “vincular” a ambos productores con el propósito de calcular un solo margen de dumping?

El Panel confirma la decisión del Departamento de vincular a CDC y a CEMEX.

<sup>6</sup> *Micron Technology, Inc. v. United States* 243 F.3d 1301 (CAFC 2001) (varios argumentos de CEP); *U.S. Steel Group v. United States* 225 F.3d 1284 (CAFC 2000) (algunos gastos de CEP); *NTN Bearing Corporation of America v. United States* 295 F.3d 1263 (CAFC 2002) (depósitos en efectivo).

<sup>7</sup> Memorial Adicional de STCC del 17 de abril de 2001; Argumentos presentados por CEMEX, CDC, y STCC, todos presentados el 24 de mayo de 2004; Transcripción de la -Audiencia del 23 de febrero de 2005, páginas 134 y 148.

**D. Saco y a granel**

¿Estaba basada en pruebas substanciales en el expediente y de acuerdo a derecho la determinación del Departamento de que las ventas por saco y a granel constituían productos idénticos, con tan sólo un ajuste por diferencias en el empaque, de tal manera que todo el universo de ventas de Tipo I fueran debidamente incluidas en el cálculo del valor normal?

El Panel apoya la determinación del Departamento de que el cemento a granel y en saco constituyen mercancías idénticas para efectos de comparación del valor normal.

**E. Cargos de las terminales**

¿Estaba basada en pruebas substanciales en el expediente y de acuerdo a derecho la determinación del Departamento de clasificar los cargos de las terminales en los Estados Unidos de CEMEX y de CDC, como gastos indirectos de venta?

El Panel confirma la decisión del Departamento relacionada con el tratamiento de los cargos de las terminales.

**F. Ajuste DIFMER**

1. ¿Estaba basado en pruebas substanciales en el expediente y de acuerdo a derecho el uso del Departamento de hechos adversos parciales disponibles para calcular el ajuste DIFMER?

El Panel apoya la determinación del Departamento de utilizar hechos adversos parciales disponibles para calcular el ajuste DIFMER.

2. ¿El cálculo DIFMER hecho por el Departamento estaba basado con precisión en la información disponible en el expediente?

El Panel devuelve la resolución al Departamento para mayor análisis y explicación relacionado con el cálculo.

**G. Clasificación de Ciertas Ventas de CEP**

¿Es adecuado el requerimiento de devolución hecho por el Departamento para reclasificar ciertas ventas como CEP?

El Panel devuelve este punto al Departamento para la reclasificación de las ventas en cuestión.

**III. ANTECEDENTES****Antecedentes procesales**

El Departamento de Comercio emitió una Resolución de Cuotas Antidumping sobre el Cemento Portland Gris y Clinker, proveniente de México, el 30 de agosto de 1990.<sup>8</sup> Posteriormente a la Resolución, se han dado diversas revisiones administrativas y procedimientos judiciales. (Ver el Apéndice A) Este procedimiento se refiere a la Sexta Revisión Administrativa, la cual cubre el periodo investigado del 1 de agosto de 1995 al 31 de julio de 1996. El Departamento publicó el Inicio de las Revisiones Administrativas por Cuotas Antidumping y por Subvenciones, y Solicitud de Revocación Parcial para esta revisión el 12 de agosto de 1996.<sup>9</sup> Los Resultados Preliminares de la Revisión Administrativa Antidumping: Cemento Portland Gris y Clinker, proveniente de México, se publicaron el 10 de septiembre de 1997.<sup>10</sup> Los Resultados Finales, parte de los cuales han sido reclamados en este procedimiento, fueron publicados el 16 de marzo de 1998.<sup>11</sup>

**Cemento y Clinker**

El cemento es una mezcla calcinada de arcilla y piedra caliza, generalmente mezclada con otros componentes químicos. El Cemento Portland Gris es un cemento hidráulico, cemento (que fragua o se endurece bajo el agua) utilizado como un agente industrial aglutinante. El Cemento Clinker es un producto intermedio, fabricado durante la producción del cemento, y tiene como único uso ser puesto como cemento terminado. El Clinker generalmente tiene la forma de pequeñas bolitas negras grisáceas, en tanto que el cemento terminado tiene la forma de polvo gris.

El cemento se produce al triturar materiales que ocurren naturalmente juntos, como piedra caliza, arcilla y mineral de hierro. Estos materiales, se ponen en un tratamiento de calor para crear clinker, que ha sido molido y, cuando se necesita, es mezclado con otros materiales como yeso, para hacer el producto cemento. Los minerales que ocurren naturalmente en las materias primas pueden afectar la naturaleza del producto terminado. El cemento mezclado con agua, arena y otros añadidos, tales como grava o piedra triturada, produce concreto. El concreto es altamente consumido por la industria de la construcción, en la construcción de carreteras, y en la producción de bloques de concreto y unidades de concreto prefundido.

<sup>8</sup> Resolución Antidumping: Cemento Portland Gris y Clinker, proveniente de México. 55 Fed. Reg. 35443.

<sup>9</sup> 61 Fed. Reg. Púb. # 156.

<sup>10</sup> 62 Fed. Reg. 47626.

<sup>11</sup> 63 Fed. Reg. 12764.

Durante el periodo de revisión, el cemento portland gris, tanto en los Estados Unidos como en México, fue clasificado de conformidad con los estándares establecidos por la Sociedad Americana de Materiales de Prueba ("ASTM" por sus siglas en inglés). Las categorías de ASTM empiezan con el Tipo I, el cual se utiliza cuando no se requieran propiedades especiales, e incluye el Tipo II, Tipo III, Tipo IV y Tipo V. Cada tipo tiene más especificaciones rigurosas. Generalmente, un mayor tipo de cemento (p.e. Tipo V) también cumplirá estándares y tendrá la misma capacidad de usos que los de menor grado, como los Tipo II o Tipo I.<sup>12</sup>

#### IV. DERECHO APLICABLE

El Artículo 1904(1) del TLCAN señala que la revisión ante un Panel binacional, cuando sea solicitado por las partes, deberá reemplazar a la revisión judicial de las resoluciones finales antidumping. Aún cuando el tribunal nacional del país cuya resolución antidumping está siendo apelada sea reemplazado por un Panel binacional, el Panel binacional debe, sin embargo, elaborar su decisión basándose únicamente en la legislación del país importador, utilizando "leyes, antecedentes legislativos, reglamentos, práctica administrativa y precedentes judiciales pertinentes, en la medida en que un tribunal de la Parte importadora podría basarse en tales documentos para revisar una resolución definitiva de la autoridad investigadora competente."<sup>13</sup> Para esta revisión el Panel binacional actúa en el lugar de la Corte de Comercio Internacional de los Estados Unidos ("CIT" por sus siglas en inglés), y, al igual que dicha Corte, está obligado por los precedentes judiciales de la Corte de Apelaciones para el Circuito Federal y por la Suprema Corte de los Estados Unidos.

El Panel reconoce y discute en los puntos apropiados de esta decisión que, ni las decisiones de la CIT, ni las opiniones de los paneles binacionales son vinculatorias para este Panel. Sin embargo, en la misma forma en que un juez de la CIT puede diferir de la naturaleza persuasiva de una decisión previamente emitida por otro juez de la CIT sobre el mismo asunto, este Panel puede observar, y lo hace, tanto las decisiones de la CIT como de otros paneles binacionales para tomarlas como guía, con la autoridad concedida a dichas opiniones, basadas en el análisis, razonamiento y persuasión en sus argumentos.<sup>14</sup>

La revisión ante un Panel Binacional se basa en la revisión del expediente administrativo hecho durante la investigación específica impugnada.<sup>15</sup>

#### V. CRITERIO DE REVISION

El Panel binacional que reciba una controversia de acuerdo con el Capítulo 19 del TLCAN, debe utilizar el criterio de revisión establecido en el Artículo 1904(3) del TLCAN y en el Anexo 1911 del TLCAN. Para revisar una resolución hecha por una agencia estadounidense, el criterio requerido es el establecido en el código 19 USC § 1516a(b)(1)(B), el cual requiere que la autoridad investigadora "sostenga como ilegal cualquier resolución, determinación o conclusión que se encuentre... no estar fundada en pruebas substanciales en el expediente, o de otra manera, no estar de acuerdo a derecho."

Estos dos criterios han sido objeto de considerables interpretaciones judiciales. La Suprema Corte ha establecido que el criterio de pruebas substanciales requiere pruebas en el expediente que sean "más que un mero indicio. Esto significa que dichas pruebas sean tan relevantes que una persona razonable las pueda aceptar como adecuadas para sostener una conclusión." La prueba "deberá hacer más que crear una sospecha de la existencia del hecho a ser establecido...deberá ser suficiente para justificar, si el juicio fuera ante un jurado, el rechazo para emitir un veredicto cuando parezca que la conclusión ha sido alcanzada por ella como un hecho para el jurado."<sup>16</sup>

Sin embargo, el criterio de las pruebas substanciales constituye "algo menos que el peso de la prueba, y la posibilidad de llegar a dos conclusiones inconsistentes a partir de la prueba no impide que un fallo de una agencia administrativa esté fundado en pruebas substanciales."<sup>17</sup> El Panel está obligado a conceder "deferencia considerable" a la experiencia de la agencia, y, dada la opción entre "dos puntos de vista en conflicto" no puede sustituir su juicio por el de la agencia.<sup>18</sup>

<sup>12</sup> Las características físicas y usos del Cemento Portland Gris el Clinker se describen en la investigación de Cemento Portland y Cemento Clinker, proveniente de Japón, México y Venezuela. Números de Investigación 303-TA-21 (Revisión) y 731-TA-451, 461, 519 (Revisión), US ITC Publicación 3361, Octubre de 2000. Págs. I-23-27.

<sup>13</sup> TLCAN, Artículo 1904.2

<sup>14</sup> *Rhone Poulenc v. United States*, 583 F. Supp. 607, 612 (CIT 1984)

<sup>15</sup> El Artículo 1911 del TLCAN define "expediente administrativo" como:

- (a) toda la información documental o de otra índole que se presente a la autoridad investigadora competente, o ésta obtenga, en el curso de un procedimiento administrativo, incluidos cualesquiera comunicaciones gubernamentales relacionadas con el caso, así como cualquier acta de las reuniones con una sola de las partes interesadas que se requiera conservar;
- (b) una copia de la resolución definitiva de la autoridad investigadora competente, que incluya la fundamentación y motivación de la misma;
- (c) todas las transcripciones o actas de las reuniones o audiencias ante la autoridad investigadora competente; y
- (d) todos los avisos publicados en el diario oficial de la Parte importadora en relación con el procedimiento administrativo.

<sup>16</sup> *Universal Camera Corp. v. NLRB*, 340 U.S. 474, 477 (1951), citando *Consolidated Edison Co. v. Labor Board*, 305 U.S. 197, 229, y *Labor Board v. Columbian Enameling & Stamping Co.*, 306 US 292, 300.

<sup>17</sup> *Consolo v. Federal Maritime Commission* 383 U.S. 607, 620 (1966).

<sup>18</sup> *GMN Georg Mueller Nurnberg AG v. United States*, 763 F. Supp. 607, 611 (CIT 1991); *PPG Industries, Inc. v. United States*, 708 F. Supp. 1327, 1329 (CIT, 1989).

Aunque merece gran deferencia, la determinación de la agencia deberá estar basada en un análisis adecuado y en un razonamiento. Debe haber una conexión racional entre los hechos encontrados y la elección hecha por la agencia, así como un camino razonablemente discernible de razonamientos con suficiente explicación para permitir al Panel formarse un juicio sobre la posición de la agencia.<sup>19</sup>

El segundo concepto bajo el criterio de revisión es que la resolución de la agencia debe estar "conforme a derecho." Este concepto ha sido discutido y desarrollado en su extensión en la estela de la decisión de la Suprema Corte en el caso Chevron USA, Inc. v. National Resources Defense Counsel, Inc.<sup>20</sup> Bajo esta Doctrina Chevron, el Panel debe conducir un análisis de dos pasos. La primera cuestión es si el Congreso se ha pronunciado directamente sobre el asunto preciso en cuestión. Si esto ocurre, debe darse efecto total a la clara intención expresada por el Congreso. Sin embargo, en áreas en donde el Congreso no se ha expresado directamente sobre la cuestión, el Panel revisor deberá determinar si la agencia, al aplicar la disposición, ha actuado razonablemente y ha hecho una interpretación permisible. Si la agencia ha hecho una determinación apropiada, el Panel no tiene permitido sustituir su propio juicio por el de la agencia.<sup>21</sup>

La aplicación de estos conceptos requiere que el Panel sostenga las resoluciones del Departamento de Comercio en los Resultados Finales, siempre que el Panel encuentre dichas resoluciones fundadas en las pruebas substanciales en el expediente y en concordancia con el derecho. Estos principios han sido discutidos en toda su extensión en numerosas decisiones de Panel bajo el TLCAN y bajo el Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos y Canadá ("FTA" por sus siglas en inglés). El Panel particularmente recomienda, y por consiguiente adopta, las discusiones del Criterio de Revisión establecidos en las Decisiones de Panel correspondientes a la Cuarta, Quinta y Séptima Revisión Administrativa sobre Cemento y Clinker provenientes de México.<sup>22</sup>

## **VI. DISCUSION DE LOS ARGUMENTOS**

### **A. Revocación**

#### **Argumento presentado**

¿Estaba basada en pruebas substanciales en el expediente y de acuerdo a derecho la negación del Departamento de revocar la Resolución Antidumping por supuestos defectos en el inicio de la investigación original LTFV?

#### **Decisión del Departamento**

Durante la Sexta Revisión Administrativa, CDC argumentó al Departamento que la investigación original por debajo del valor normal, iniciada el 16 de octubre de 1989 era jurisdiccionalmente deficiente, ya que el Departamento la asumió sin medir si la solicitud tenía el apoyo requerido de una industria regional. CDC alegó que el Departamento no sólo debía dar por terminada la presente revisión, sino que también debería revocar la resolución antidumping subsiguiente. En los Resultados Finales de la Sexta Revisión, el Departamento determinó que había iniciado adecuadamente la investigación antidumping original y concluyó que carecía de autoridad legal para revocar la resolución en esta revisión.

#### **Argumentos de las Partes**

##### **CDC**

CDC argumenta que el Departamento condujo la investigación y emitió la resolución en franca violación a los requisitos establecidos bajo las disposiciones de industria regional en la legislación antidumping, ya que la investigación y la resolución del Departamento estuvieron basados en una solicitud de industria regional, que no fue presentada en representación del nivel requerido de productores de la región. CDC señala el vínculo legal que hay entre el concepto de "en representación de" y el término "industria."<sup>23</sup> CDC indica que la posición del solicitante para pedir una medida antidumping y la autoridad del Departamento para conceder dicha medida, dependen de como se defina el término "industria". De conformidad con el Código 19 U.S.C. §1677 (4)(C) el criterio se dirige a productores representando a "toda o casi toda" la producción dentro del mercado. CDC indica que durante la investigación se estableció que únicamente el 62 por ciento de la producción regional apoyó la solicitud.<sup>24</sup>

##### **STCC**

STCC establece en su Memorial que CDC pudo haber impugnado la decisión del Departamento de iniciar la investigación original, presentando una apelación ante la CIT dentro de los 30 días posteriores a la publicación de la resolución antidumping, de conformidad con la disposición 19 U.S.C. § 1516a.

<sup>19</sup> Estos conceptos son discutidos, y se dan referencias sustanciales, en la Decisión del Panel sobre la Quinta Revisión Administrativa, del 18 de junio de 1999, páginas 16 a 18.

<sup>20</sup> 467 U.S. 837 (1984).

<sup>21</sup> Steel Authority of India, Ltd. v. United States, 146 F. Supp. 2d 900, 905 (CIT 2001).

<sup>22</sup> Decisión sobre la Cuarta Revisión. Págs. 4 a 8; Decisión sobre la Quinta Revisión. Págs. 11 a 23, Decisión sobre la Séptima Revisión. Págs. 4 a 9. Estas decisiones se encuentran disponibles en la página de Internet del Secretariado del TLCAN <http://www.nafta-sec-alena.org>

Las Decisiones de Panel de Capítulo 19, bajo los número de caso, se encuentran en el Apéndice A.

<sup>23</sup> Ver, Gilmore Steel Corp. v. United States, 585 F. Supp. 670, 674-77 (Ct. Int'l Trade 984)

<sup>24</sup> Memorial de CDC. 18 de febrero de 1999. Pág. 62.

STCC también indica que CDC no agotó todos sus recursos administrativos en la investigación original. El Artículo 1911 del TLCAN cubre el principio de "agotamiento de los recursos administrativos", el cual debe ser aplicado por los paneles binacionales. "Tanto el TLCAN como los precedentes legales estadounidenses requieren que las partes agoten sus recursos administrativos antes de buscar la revisión de un asunto ante un Panel"<sup>25</sup> En virtud de que los recursos administrativos no fueron agotados, el Departamento no tuvo oportunidad de reparar ningún defecto en la solicitud, iniciando de oficio una investigación, de conformidad con la disposición 19 USC § 1673a(a) o reuniendo información adicional relacionada con el grado de apoyo de la industria para la solicitud.

### El Departamento

El Departamento hacer notar que la impugnación a la investigación original por LTFV es extemporánea y va más allá de las facultades de este Panel. En el aviso de Inicio de la investigación original, el Departamento no sólo anunció que un "solicitante ha alegado que tiene el derecho de presentar la solicitud" sino que también invitó a cualquier parte nacional interesada que "deseara registrarse para apoyar u oponerse a esta solicitud, a que presentara una notificación por escrito ante la Secretaría Asistente para la Administración de Importaciones."<sup>26</sup> El Departamento señaló que ningún miembro de la industria nacional del cemento notificó al Departamento estar en contra de la solicitud o del inicio de la investigación.<sup>27</sup> Ninguno de los productores mexicanos de cemento<sup>28</sup> cuestionaron que el inicio de ese procedimiento por parte del Departamento fuera contrario a derecho. El solicitante fue la única parte que apeló la resolución final del Departamento por LTFV.<sup>29</sup>

### Análisis

CDC presentó los mismos alegatos y los mismos argumentos que fueron hechos durante la Tercera, Cuarta y Quinta Revisiones precedentes a esta Sexta Revisión, y también fueron presentados desde la Séptima hasta la Decimotercera Revisión. La consistente decisión del Departamento de que no tiene "facultades para rescindir su investigación por LTFV" ha sido considerada y sostenida por los Paneles Binacionales en la Tercera, Quinta y Séptima Revisión.<sup>30</sup>

Aún cuando las decisiones tomadas por otros Paneles nunca han sido consideradas vinculatorias, las opiniones consistentes, bien razonadas y completamente expresadas de estos Paneles, abrumadoramente apoyan la posición del Departamento de que cualquier impugnación jurisdiccional sólo podría presentarse en respuesta a la determinación original por LTFV y a la resolución de cuotas antidumping consecuente.<sup>31</sup> No hay diferencia alguna en el expediente de hechos de revisión a revisión relacionada con esta reclamación. Este Panel adopta las opiniones de las Decisiones de los Paneles en la Tercera, Quinta y Séptima Revisiones en relación con este punto, y pone especial atención a la nota al pie de página número 9 de la Séptima decisión del Panel, relacionada con la falta de mecanismos dentro del procedimiento del Panel "para desalentar a la presentación de reclamaciones injustificadas y frívolas."<sup>32</sup>

## B. Curso de operaciones comerciales normales

### 1. Primer Argumento Presentado

¿Estaba basada en pruebas substanciales en el expediente y de acuerdo a derecho la determinación del Departamento de que las ventas en el mercado interno de CEMEX de cemento Tipo V, vendido como cemento Tipo II y Tipo V, producido en las plantas de Hermosillo, estaban fuera del curso de operaciones comerciales normales?

### Decisión del Departamento

En los Resultados Finales de la Sexta Revisión, el Departamento determinó que las ventas domésticas de cemento Tipo V vendido como cemento Tipo II y Tipo V de CEMEX, producido en las plantas de Hermosillo, estaban fuera del "curso de operaciones comerciales normales" y no podían ser utilizadas como base para calcular el valor normal.<sup>33</sup> Específicamente, en relación con el cemento Tipo II, el Departamento encontró que:

<sup>25</sup> Ver, Certain Cut-To-Length Carbon Steel Plate from Canada, USA-93-1904-04 (Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos y Canadá "FTA", 31 de octubre de 1994).

<sup>26</sup> Ver Cemento Portland Gris y Clinker de México, 54 Fed. Reg. 43190 (23 de octubre de 1989).

<sup>27</sup> Ver, Resolución Final por LTFV. 55 Fed. Reg. 29244 (1990)

<sup>28</sup> CEMEX, APASCO, S.A de C.V. y CDC

<sup>29</sup> Comité AD Hoc de los productores de Cemento Portland Gris de AZ-NM-TX-FL v. United States, Slip Op. 94-152 (26 de septiembre de 1994).

<sup>30</sup> Decisión del Panel en la Tercera Revisión. Págs. 9 a 28; Decisión del Panel en la Quinta Revisión. Págs. 24 a 43, Decisión del Panel en la Séptima Revisión. Págs. 65 a 70.

<sup>31</sup> El Panel señala que estas conclusiones se refieren específicamente a las revisiones administrativas anuales y no adopta ninguna posición relacionada con la facultad de revisión de asuntos bajo procedimientos de revisión por extinción.

<sup>32</sup> El pie de página número 9 de la Decisión del Panel en la Séptima Revisión, en la página 70 establece que: "la persistencia de CDC al perseguir esta reclamación después de haber sido rechazada por dos paneles previos, resalta ante el panel uno de los defectos del proceso de revisión ante un panel binacional, es decir, la falta de un mecanismo de sanción efectiva para desalentar reclamaciones injustificadas y frívolas. Ver Regla de la CIT 11(b)".

<sup>33</sup> Resultados Finales de la Sexta Revisión. Págs. 12770-773.

(1) el volumen de las ventas domésticas de Tipo II es extremadamente pequeño, comparado con las ventas de otros tipos de cemento; (2) el número y clase de clientes que compran cemento Tipo II es sustancialmente diferente de otros tipos de cemento; (3) el Tipo II es un cemento especial, vendido a un mercado específico; (4) las distancias en los envíos y los costos de fletes para el cemento Tipo II vendido en el mercado interno son significativamente mayor que en el caso de las ventas de otros tipos de cemento; y (5) las ganancias de CEMEX por las ventas de Tipo II son menores en comparación con sus ganancias en todos los tipos de cemento.<sup>34</sup>

El Departamento añadió que:

(i) CEMEX no vendió cemento Tipo II en México, hasta que inició su producción para exportación a mediados de los años ochenta, a pesar de que la pequeña demanda nacional para ese producto existía desde antes; y (ii) las ventas de cemento Tipo II continúan exhibiendo una calidad promocional que no es evidente en las ventas normales de cemento de CEMEX.<sup>35</sup>

El Departamento también encontró que las ventas de cemento Tipo V como Tipo V fueron “menos inusuales” que las ventas como Tipo II, no obstante el cemento Tipo V estuvo fuera del curso de operaciones comerciales normales, basado en los mismos factores mencionados anteriormente en relación con el cemento Tipo II.<sup>36</sup>

### Argumentos de las Partes

#### El Departamento

El Departamento hizo su determinación de curso de operaciones comerciales normales basándose en el siguiente lenguaje legal:

#### 19 U.S.C. § 1677(15) Curso de operaciones comerciales normales.

El término “curso de operaciones comerciales normales” significa las condiciones y prácticas que, en un periodo razonable previo a la exportación de la mercancía en cuestión, han sido normales en el comercio bajo consideración respecto a la mercancía de la misma clase o tipo. La autoridad administrativa deberá considerar las siguientes ventas y negociaciones, entre otras, como fuera del curso de operaciones comerciales normales:

- (A) Las ventas descartadas (por estar debajo del costo) de acuerdo con la sección 1677b(b)(1) de este título.
- (B) Las negociaciones (entre personas afiliadas que quedan) descartadas (para fines de cálculo de costo) de acuerdo con la sección 1677b(f)(2) de este título.

leyendo esta disposición y la Declaración de Acción Administrativa (*Statement of Administrative Action* “SAA”)<sup>37</sup> juntas, el Departamento encontró claramente que la determinación de si las ventas (distintas a las especificadas en la sección 771(15)) están dentro del curso de operaciones comerciales normales deberá basarse en un análisis comparativo de las ventas en cuestión con las ventas de mercancías de la misma clase o tipo, generalmente hechas en el mercado interno (es decir, el Departamento deberá considerar si ciertas ventas domésticas de cemento son normales en comparación con otras ventas domésticas de cemento).<sup>38</sup>

Para llegar a su decisión, el Departamento reconoció el propósito de la disposición sobre el curso de operaciones comerciales normales, el cual es “prevenir que los márgenes de dumping se basen en ventas que no son representativas” del mercado interno.<sup>39</sup> El Departamento señaló que el Congreso no ha especificado un criterio particular para el uso del Departamento, pero que el Departamento tiene discreción para elegir cómo analizar mejor los diversos factores involucrados al determinar si las ventas se hicieron en el curso de operaciones comerciales normales.<sup>40</sup> El Departamento evalúa todas las circunstancias particulares de las ventas en cuestión, reconociendo que cada compañía tiene sus propias condiciones y prácticas particulares en su mercado. Aquí, la decisión del Departamento de excluir las ventas de cemento Tipo II y Tipo V del cálculo del valor normal “se centró en la naturaleza inusual y características de estas ventas, comparadas con la vasta masa de otras ventas domésticas de CEMEX” y la conclusión de que estas ventas estuvieron fuera del curso de operaciones comerciales normales.<sup>41</sup>

<sup>34</sup> *Id.* en 12771.

<sup>35</sup> *Id.*

<sup>36</sup> *Id.*

<sup>37</sup> Al considerar el lenguaje de la disposición, la SAA establece que “Comercio deberá considerar otros tipos de ventas o transacciones fueran del curso de operaciones comerciales normales cuando tales ventas o transacciones tengan características que no son normales comparadas con las ventas o transacciones generalmente hechas en el mismo mercado. SAA, H.R. Doc. No. 103-316, Vol. 1, 103d Cong. (1994), Pág. 834 (énfasis añadido).

<sup>38</sup> Resultados Finales de la Sexta Revisión. Pág. 12770.

<sup>39</sup> *Id.*

<sup>40</sup> *Id.*

<sup>41</sup> Resultados Finales de la Sexta Revisión. Pág. 12770

Adicionalmente, el 10 de marzo de 1997, el Departamento envió un cuestionario a CEMEX en relación con dos aspectos: las tendencias históricas de sus ventas y la "calidad promocional" de las ventas del Tipo II de CEMEX. CEMEX no respondió a ninguno de estos dos puntos, y el Departamento concluyó que los hechos relacionados con esta Sexta Revisión Administrativa no habían cambiado desde la Segunda Revisión Administrativa, cuando se trataron y se encontró que las tendencias de las ventas y la calidad promocional de las ventas Tipo II (y Tipo V) resultaron estar fuera del curso de operaciones comerciales normales.

El Departamento rindió su decisión únicamente en el expediente de la Sexta Revisión, pero reconoció que los hechos fueron muy similares a aquellos que permitieron al Departamento concluir en la Segunda Revisión que las ventas domésticas de cemento Tipo II y de Tipo V estaban fuera del curso de operaciones comerciales normales, y esa determinada fue sostenida por el Circuito Federal en el caso de CEMEX (133 F. 3d 897 (CAFC 1998) ("... la decisión de Comercio de que las ventas de cemento Tipo II y Tipo V estuvieron fuera del curso de operaciones comerciales normales estaba fundamentada en pruebas substanciales.")

### CEMEX

En el Memorial presentado de acuerdo con la Regla 57(1) del Panel, y consistentemente a lo largo de esta revisión, CEMEX no critica la legislación aplicable, pero afirma que el Departamento erró al no "considerar o reconocer las pruebas en el expediente, las cuales indicaban que las ventas domésticas de CEMEX de cemento Tipo V LA a clientes de Tipo II LA y de Tipo V LA estuvieron dentro del curso de operaciones comerciales normales."<sup>42</sup> CEMEX argumentó que los resultados finales "sólo reconocen las pruebas que supuestamente apoyan un resultado preconcebido en determinaciones anteriores" y omite considerar ciertos factores normalmente relevantes para las determinaciones de ventas en el curso de operaciones comerciales normales.<sup>43</sup>

Primero, CEMEX argumentó que sus ventas domésticas de cemento Tipo II y Tipo V se hicieron en virtud de la solicitud bona fide hecha por los clientes para esos tipos de cemento.<sup>44</sup> Aún cuando el Departamento verificó en revisiones administrativas anteriores que existía un mercado nacional establecido para estos tipos de cemento, y que los clientes de CEMEX solicitaron dichos cementos, en los resultados finales de esta revisión el Departamento no reconoció que tal demanda existiera.<sup>45</sup> CEMEX alegó que la presencia o ausencia de una demanda local bona fide "ha sido un factor clave, presentado en virtualmente todos los análisis del curso de operaciones comerciales normales hechos por Comercio".<sup>46</sup> A la inversa, el Departamento ha "encontrado de manera consistente que la ausencia de una demanda en el mercado interno, es indicativa de ventas hechas fuera del curso de operaciones comerciales normales."<sup>47</sup>

CEMEX afirmó que el centro de la cuestión sobre el curso de operaciones comerciales normales es si las ventas en sí, y no su volumen, fueron hechas dentro del curso de operaciones comerciales normales.<sup>48</sup> Consecuentemente, CEMEX alegó que "el pequeño volumen de ventas relativas a clientes de Tipo II LA y Tipo V LA, comparado con las ventas de Tipo I, aislados, no son indicativos de ventas hechas fuera del curso de operaciones comerciales normales, cuando, como en este caso, el volumen absoluto de ventas es significativo y esas ventas son hechas para satisfacer una demanda bona fide en el mercado interno."<sup>49</sup>

Segundo, CEMEX reclamó que el Departamento falló al no considerar otras pruebas en el expediente relativas a factores que habían sido juzgados relevantes para el análisis del curso de operaciones comerciales normales en casos anteriores, incluyendo si las ventas en cuestión fueron obsoletas, defectuosas, o de mercancía de segunda calidad.<sup>50</sup> CEMEX afirmó que en sus análisis normales sobre el curso de operaciones comerciales normales, el Departamento y las cortes revisoras han considerado si las ventas en cuestión fueron obsoletas, defectuosas, o de mercancía de segunda calidad.<sup>51</sup>

<sup>42</sup> Memorial presentado por CEMEX de acuerdo con la Regla 57(1) del Panel (14 de febrero de 1999) Pág. 12.

<sup>43</sup> Id. Pág. 13.

<sup>44</sup> Id. CEMEX aclaró que "en tanto que el cemento Tipo I es un cemento de funciones generales, los cementos Tipo II LA y Tipo V LA son cementos que requieren mayores especificaciones, por ejemplo para ciertos proyectos de construcción en los que el cemento tendrá contacto con el agua (es decir presas, sistemas de carreteras subterráneas, sistemas de drenaje subterráneo).

<sup>45</sup> Id. CEMEX indicó que en la Segunda Revisión Administrativa el Departamento confirmó una necesidad establecida de cemento Tipo II y de Tipo V en México, al señalar que "los clientes tienen ciertas especificaciones que ellos deben cumplir, y que no pueden cambiar a un tipo más barato de CEMENTO." (citando Prop. Doc. 55; Reporte de Verificación de las Ventas Domésticas de la Sexta Revisión. Pág. 17)

<sup>46</sup> Id. Ver Certain Welded Carbon Steel Pipes y Tubes from Thailand, 61 Fed. Reg. 1328, 1331 (1996); Electrolytic Manganese Dioxide from Japan, 58 Fed. Reg. 28551, 28552 (1993); Television Receivers, Monochrome y Color, from Japan, 56 Fed. Reg. 24370, 24371 (1991).

<sup>47</sup> Id., en Pág. 15. Ver Welded Stainless Steel Pipe from Malaysia, 59 Fed. Reg. 4023, 4025 (1994); Certain Welded Carbon Steel Pipes y Tubes from India, 51 Fed. Reg. 64753, 64755 (1986); Industrial Nitrocellulose from the Federal Republic of Germany, 55 Fed. Reg. 21058, 21059 (1990).

<sup>48</sup> Id., en Pág. 18. Ver East Chilliwack Fruit Growers Cooperative v. United States, 11 CIT 104, 108, 655 F. Supp. 499, 503 (1987) (la corte sostuvo que el volumen relativo de las ventas, o si el vendedor normalmente vende el producto, no son factores relevantes, por ellos mismos, para el análisis del curso de operaciones comerciales normales).

<sup>49</sup> Id.

<sup>50</sup> Id., en Pág. 15.

<sup>51</sup> Id. Ver Monsanto Co. v. United States 12 CIT 937, 698 F. Supp. 275, 278 (1988); Hot-Rolled Carbon Steel Flat Products from France, 58 Fed. Reg. 37125, 37126 (1993); Certain Stainless Steel Welded Pipes y Tubes from Taiwan, 57 Fed. Reg. 27735, 27736 (1992).

Específicamente, CEMEX dijo que el Departamento omitió reconocer que “todas las ventas de cemento producido en Hermosillo por CEMEX eran de cemento de primera calidad y no eran obsoletas, defectuosas, o de mercancía de segunda calidad.”<sup>52</sup> Posteriormente CEMEX añadió que el Reporte de Verificación de las Ventas Domésticas de la Sexta Revisión establece que los clientes en el mercado interno de CEMEX realmente tenían una necesidad específica de cemento Tipo II y Tipo V y utilizaron esos productos para los propósitos previstos.<sup>53</sup> CEMEX argumentó que el uso de estos cementos para los propósitos previstos en el mercado interno, es apoyado por “el hecho de que la mercancía en cuestión no era mercancía excedente de exportación.”<sup>54</sup>

Finalmente, CEMEX argumentó que el Departamento no debió considerar factores en su determinación de curso de operaciones comerciales normales, de los cuales no obra prueba en el expediente. Específicamente señala encarecidamente que, debido a que el expediente administrativo no contiene información que sugiera que las ventas domésticas de cemento Tipo II y de Tipo V fueron objeto de “arreglos contractuales especiales, políticas de precios especiales, pagos o términos de envío”, estos factores no deben ser considerados por el Departamento como indicativos de ventas en el curso de operaciones comerciales normales.<sup>55</sup>

### STCC

Inicialmente, STCC expuso el criterio de revisión aplicable. Señaló que la premisa detrás de la legislación antidumping estadounidense<sup>56</sup> es el comparar precios de manera justa y precisa y, para alcanzar este objetivo, el Departamento debe excluir las ventas hechas fuera del curso de operaciones comerciales normales. Por consiguiente, la atención de este Panel Revisor del Capítulo 19 del TLCAN debe centrarse en si la decisión del Departamento de excluir las ventas domésticas del cálculo del valor normal estuvo, de hecho, fundada en pruebas substanciales en el expediente,<sup>57</sup> y que al determinar si la decisión estaba apoyada en pruebas substanciales en el expediente, el Panel no puede volver a valorar la prueba o sustituir su juicio por el del Departamento,<sup>58</sup> pero debe tomar en consideración todos los factores relevantes, incluyendo aquellos que pudieran en última instancia desmeritar la determinación original del Departamento.<sup>59</sup>

Primero, STCC concuerda con la conclusión del Departamento de que las ventas de cemento de Tipo II y de Tipo V de CEMEX están fuera del curso de operaciones comerciales normales, debido a que CEMEX implementó cambios en la producción y distribución de estos tipos de cementos después de la emisión de la resolución antidumping y creó un “nicho de mercado altamente restringido para esos productos que tuvieron el propósito y el efecto de manipular el margen de dumping.”<sup>60</sup> Específicamente, STCC afirmó que aún cuando CEMEX continuó exportando cemento Tipo II a los Estados Unidos, éste dejó de exportar cemento Tipo I.<sup>61</sup> Adicionalmente, STCC argumentó que en un esfuerzo por disminuir el valor normal de los cementos Tipo II y Tipo V, CEMEX (1) artificialmente disminuyó el precio doméstico ex-fábrica para el cemento Tipo II y Tipo V, mientras aumentaba simultáneamente el precio ex-fábrica para todos los demás tipos de cemento vendidos en el mercado nacional; y (2) consolidó la producción de cemento Tipo II y Tipo V lejos de los consumidores que lo solicitaron, resultando en elevados gastos por fletes, que según la legislación antidumping, deben ser deducidos del valor normal como costos por transporte.<sup>62</sup> STCC alegó que este incremento en los costos por fletes “drásticamente disminuyó el valor normal de CEMEX en las ventas de Tipo II y Tipo V –los productos que eran idénticos a los productos vendidos por CEMEX en los Estados Unidos.”<sup>63</sup>

STCC posteriormente reclamó que CEMEX empezó a absorber los altos costos por fletes en las ventas de cemento Tipo II y Tipo V para hacerlos más aceptables ante el restringido número de clientes demandantes de estos productos.<sup>64</sup> De acuerdo con lo señalado por STCC, CEMEX era capaz de absorber estos costos, debido a que estaban compensados por los altos precios ex-fábrica en sus altos volúmenes de ventas de otros productos.<sup>65</sup>

<sup>52</sup> Id.

<sup>53</sup> Id., en Pág. 16.

<sup>54</sup> Id.

<sup>55</sup> Id., en Pág. 16. Ver e.g., Electrolytic Manganese Dioxide from Japan, 58 Fed. Reg. 28551, 28552 (1993); Color Television Receivers from Japan, 56 Fed. Reg. 243370, 24731 (1991).

<sup>56</sup> 19 U.S.C. § 1677(b).

<sup>57</sup> Memorial de STCC, de conformidad con la Regla 57(3) (3 de mayo de 1999) Págs. 7 y 8. (*citando CEMEX, SA v. United States*, 133 F.3d 897, 900-01 (Fed. Cir. 1998).

<sup>58</sup> Metallwerken Nederland B.V. v. United States, 728 F. Supp. 730, 734 (Ct. Int'l Trade 1989).

<sup>59</sup> Universal Camera Corp. v. NLRB, 340 U.S. 474, 488 (1951).

<sup>60</sup> Memorial de STCC, de conformidad con la Regla 57(3), Pág. 10.

<sup>61</sup> Id. en Pág. 11.

<sup>62</sup> Id. en Págs. 11-12.

<sup>63</sup> Id. en Pág. 12.

<sup>64</sup> Id.

<sup>65</sup> Id.

Segundo, STCC argumentó que en revisiones administrativas anteriores, el Departamento ha encontrado que las ventas domésticas de CEMEX estaban hechas fuera del curso de operaciones comerciales normales. De conformidad con STCC, esas determinaciones previas deberían servir como un precedente guía para este Panel. Adicionalmente, STCC alega que el Panel está obligado por la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Circuito Federal, a confirmar la determinación del Departamento en cuanto al curso de operaciones comerciales normales en la Segunda Revisión Administrativa.<sup>66</sup> STCC señaló que debido a que el expediente administrativo que abarca el asunto del curso de operaciones comerciales normales en la segunda revisión es, de hecho, "muy similar" a la presente revisión ante este Panel, el Panel está obligado por la decisión del Circuito Federal.<sup>67</sup>

Tercero, STCC respondió a las pretensiones sustantivas del argumento de CEMEX acerca del curso de operaciones comerciales normales. STCC señala que CEMEX no alega que la decisión del Departamento no estuviera fundada en pruebas substanciales en el expediente, sino que, reclama la omisión de tomar en cuenta todos los factores requeridos y considerar incorrectamente factores irrelevantes.<sup>68</sup> Más allá, STCC alega que todos los factores utilizados por el Departamento al elaborar su determinación sobre el curso de operaciones comerciales normales, estuvieron fundados en pruebas substanciales en el expediente.

Específicamente, STCC establece que las largas distancias en los envíos y los altos costos por fletes, asociados con las ventas de cemento Tipo II y Tipo V son atípicos para la práctica usual de CEMEX, ya que el envío del cemento generalmente tiene lugar en distancias cortas.<sup>69</sup> Además, STCC argumenta que las irregularidades en los márgenes de ganancia de CEMEX entre las ventas de cemento Tipo II y de otros tipos sugieren ventas fuera del curso de operaciones comerciales normales. Una ganancia relativa puede ser "una de varias 'condiciones significativas... en el mercado en consideración' dentro del significado de §1677(15)."<sup>70</sup> Aún más allá, STCC le recordó al Panel que la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Circuito Federal ya había rechazado el argumento de CEMEX de que la comparación correcta de ganancias debía ser en términos absolutos y no en términos relativos.<sup>71</sup>

Cuarto, STCC argumenta que los cementos de Tipo II y de Tipo V son cementos especiales vendidos en un "nicho" de mercado, y que por lo tanto, son ventas realizadas fuera del curso de operaciones comerciales normales.<sup>72</sup> El cemento Tipo I, que es un cemento para todo uso, es vendido en todo el país.<sup>73</sup>

Quinto, STCC alega que los pequeños volúmenes en las ventas de los cementos Tipo II y Tipo V son un indicativo de que las ventas están fuera del curso de operaciones comerciales normales. STCC reiteró que contrario a lo afirmado por CEMEX, la forma adecuada de ver si las ventas se dieron fuera del curso de operaciones comerciales normales es medir el volumen de ventas relativo y no el volumen absoluto.<sup>74</sup> Adicionalmente, STCC argumentó que la propuesta de CEMEX de que la existencia de una demanda bona fide en el mercado interno haga que el bajo volumen de ventas sea irrelevante, no tiene fundamento.<sup>75</sup>

Sexto, STCC apoya la conclusión del Departamento en el sentido de que el número y clase de clientes para las ventas de cemento Tipo II y Tipo V difieren de los clientes de otro tipo de cementos. STCC señaló que CEMEX no ha impugnado esta conclusión del Departamento de que el número y clase de clientes de cemento Tipo II y Tipo V son distintos a los de otro tipo de cementos.<sup>76</sup>

Séptimo, STCC alega que las ventas en el mercado interno de CEMEX estuvieron fuera del curso de operaciones comerciales normales, porque no se dieron sino hasta mediados de la década de los 80, cuando iniciaron las exportaciones a los Estados Unidos. STCC dijo que el Departamento se apoyó adecuadamente en la información disponible en la Segunda Revisión Administrativa para llegar a la conclusión de que las ventas se dieron fuera del curso de operaciones comerciales normales.<sup>77</sup> Es más, STCC citó ejemplos de pruebas en la Sexta Revisión Administrativa que según ella apoyarían esta conclusión con pruebas substanciales en el expediente.<sup>78</sup>

<sup>66</sup> CEMEX, 133 F. 3d Pág. 902.

<sup>67</sup> Memorial de STCC, de conformidad con la Regla 57(3), Pág. 25 (citando los Resultados Finales del Departamento de Comercio. 63 Fed. Reg.12771).

<sup>68</sup> *Id.* en Págs. 26-27.

<sup>69</sup> *Id.* en Págs. 33-34.

<sup>70</sup> *Ver Laclede Steel v. United States*, 18 CIT 965, 967 (1994).

<sup>71</sup> CEMEX, 133 F. 3d, en Pág. 901.

<sup>72</sup> CEMEX no impugna la calificación de los cementos Tipo II y Tipo V como cementos especiales. Como tal, sus ventas se concentran en el área de la Ciudad de México.

<sup>73</sup> Memorial de STCC, de conformidad con la Regla 57(3), Pág. 30.

<sup>74</sup> *Ver Certain Welded Non-Alloy Steel Pipe From The Republic Of Korea*, 62 Fed. Reg. 36,761, 36,762 (1997), *Certain Cold-Rolled And Corrosion-Resistant Carbon Steel Products from Korea*, 62 Fed. Reg. 18,404, 18,437 (1997), *Canned Pineapple Fruit From Thailand*, 60 Fed. Reg. 29,553, 29,563 (1995), *Certain Welded Carbon Steel Standard Pipes And Tubes From India*, 56 Fed. Reg. 64,753, 64,755 (1991).

<sup>75</sup> Memorial de STCC, de conformidad con la Regla 57(3), Pág. 66 (citando *CEMEX, S.A. v. United States*, 19 CIT 587, 590 n. 5 (1995) "Las cortes...han repetidamente enfatizado que hay que ver la totalidad de las circunstancias y no sólo un factor ...Aún más, Comercio ha encontrado que otros factores podrían indicar que las ventas hechas para satisfacer la demanda en el mercado nacional no fueron realizadas en el curso de operaciones comerciales normales.")

<sup>76</sup> *Id.* en Pág. 70

<sup>77</sup> Memorial de STCC, de conformidad con la Regla 57(3), Págs. 74-75 (citando el Memorándum del Departamento sobre el Curso de Operaciones Comerciales Normales. Págs. 5, 6 y 8).

<sup>78</sup> *Id.* en Págs.. 75 a 78.

Finalmente, STCC reclama que CEMEX vendió cemento Tipo II y Tipo V por motivos diferentes que obtener ganancias. STCC nuevamente dirige al Panel hacia la conclusión del Circuito Federal después de la segunda revisión, haciendo notar que éste encontró que “la calidad promocional de las ventas de cemento Tipo II... lo diferenciaba de los otros productos de CEMEX y por consiguiente, colocándolos fuera del curso de operaciones comerciales normales.”<sup>79</sup> De manera similar, el Departamento encontró esta calidad promocional basada en información disponible durante la Sexta Revisión.<sup>80</sup> STCC solicitó al Panel ignorar la evaluación de si el Departamento se basó adecuadamente en la información disponible, y en su lugar permitir que la prueba por sí misma demuestre este factor.<sup>81</sup>

STCC apoyó la posición del Departamento acerca del curso de operaciones comerciales normales, estableciendo que el Departamento consideró correctamente y de manera precisa, toda la prueba relevante. Adicionalmente, STCC dijo que CEMEX tenía, de otra manera, la carga de modificar esta presunción.<sup>82</sup>

### Análisis

Las partes en este caso han comentado cómo ha evolucionado y se ha desarrollado su entendimiento en estos puntos a lo largo de las múltiples revisiones administrativas, decisiones judiciales y de los paneles del TLCAN.<sup>83</sup> La Revisión del Panel Binacional de la séptima revisión administrativa (1996-1997) concede una ilustración de este proceso en conexión con la consideración del curso de operaciones comerciales normales.<sup>84</sup> En su determinación original, emitida el 30 de mayo de 2002, el Séptimo Panel concluyó que el cemento Tipo V vendido como Tipo V y Tipo II estuvo fuera del curso de operaciones comerciales normales, a pesar de tener “ciertas reservas”.<sup>85</sup> Basándose en la consideración de Comercio de los numerosos factores y en la conclusión del Panel de que “una prueba de balance de hechos específicos y basada en la totalidad de las circunstancias... es si bien casi imposible... de revertir”<sup>86</sup>, el Panel apoya al Departamento.

Sin embargo, en relación con el tratamiento de cemento Tipo V vendido como Tipo I, el Séptimo Panel encontró que Comercio erró al no dar “una explicación adecuada de por qué estos diversos factores apoyaban la conclusión.”<sup>87</sup> Al reconocer la determinación de que el cemento Tipo V vendido como Tipo I podría encontrarse fuera del curso de operaciones comerciales normales, basado en la totalidad de las circunstancias, el Panel devolvió el punto a Comercio con instrucciones de explicar por qué sus conclusiones apoyan esa determinación.<sup>88</sup>

Durante la devolución, Comercio revirtió su posición en este punto en los Resultados Finales de Redeterminación, emitidos el 27 de septiembre de 2002, de acuerdo con el Panel del TLCAN.<sup>89</sup> Comercio reconsideró las diferencias en costos de fletes, niveles relativos de ganancias, número y tipo de clientes, así como la disparidad en los cargos por manejo, y encontró que sólo un factor apoyaría su conclusión original: la disparidad en los volúmenes de ventas. Después de reconsiderar, Comercio encontró que las ventas de ambos tipos de cemento fueron hechas al mismo tipo de clientes, y que el nivel de ganancias era “comparable.” Se consideraron las diferencias en los costos por fletes y la disparidad en los cargos de manejo, pero Comercio notó que el “efecto neto de las diferencias se ve reflejado en las ganancias de los dos tipos de cemento”, y que “esas diferencias se ven finalmente reflejadas en sus niveles relativos de ganancias.”<sup>90</sup> Por consiguiente, Comercio determinó que el cemento Tipo V vendido como Tipo I fue vendido en el curso de operaciones comerciales normales, una determinación apoyada por el Séptimo Panel en su decisión del 11 de abril de 2003.<sup>91</sup>

La redeterminación hecha por Comercio en consecuencia de la decisión original del Séptimo Panel, refleja un mayor desarrollo y un cambio en la metodología empleada por Comercio al considerar los puntos sobre el curso de operaciones comerciales normales en las investigaciones sobre cemento y clinker. Esta nueva metodología o comprensión de la relación en los factores involucrados en el punto del curso de operaciones comerciales normales, fue presentada por CEMEX como una razón para reconsiderar, en su sexta revisión, la determinación de que el cemento Tipo V vendido como Tipo V y Tipo II se encuentra fuera del curso de operaciones comerciales normales. CEMEX argumenta que cuando los costos derivados por las distancias en el flete y cargos de manejo se contienen en la determinación de ganancias netas, de la misma manera que se concluyó que el cemento Tipo V vendido como Tipo I en la Séptima Revisión tenía ganancias “comparables” pero no idénticas, el cemento Tipo V vendido como Tipo V y como Tipo II en esta Sexta Revisión demuestra tener niveles “comparables de ganancias.”<sup>92</sup>

<sup>79</sup> CEMEX, 133 F. 3d, en Págs. 901.

<sup>80</sup> Cemento Portland Gris y Clinker de México, 62 Fed. Reg. 17153 y 17154.

<sup>81</sup> Memorial de STCC, de conformidad con la Regla 57(3), Págs. 82-83.

<sup>82</sup> Grupo Industrial Camesa v. United States, 85 F.3d 1577, 1582 (Fed. Cir. 1996).

<sup>83</sup> Declaraciones hechas el 23 de febrero de 2005 en la Audiencia en Washington, DC, Transcripción. Págs. 6 y 78.

<sup>84</sup> Séptima Revisión, Decisión del Panel.

<sup>85</sup> Id. en Pág. 16

<sup>86</sup> Id. en Pág. 22

<sup>87</sup> Id. en Pág. 33

<sup>88</sup> Id. en Pág. 34

<sup>89</sup> Primera informe de Devolución, de acuerdo con el Panel del TLCAN, Séptima Revisión.

<sup>90</sup> Las referencias hechas a la Redeterminación de Resultados Finales están reproducidas en la decisión del Séptimo Panel, Cemento Portland Gris y Clinker de México (Séptima Revisión) (Devolución), USA-Mex-99-1904-03 (TLCAN, 11 de abril de 2003) Págs. 11 y 12

<sup>91</sup> Id., en Pág. 14

<sup>92</sup> Memorial Suplementario de CEMEX, S.A. de C.V. del 4 de mayo de 2004, en Pág. 4. Aún cuando sólo se hace referencia por el Departamento en la nota al pie de página número 5 de su escrito de Respuesta al Memorial Suplementario de CEMEX, de fecha 13 de mayo de 2004, CEMEX argumenta que las distancias en el envío deben ser consideradas parte de la determinación de ganancias netas.

Comercio encontró en su Informe de Devolución en la Séptima Revisión, que el número de clientes para el cemento Tipo V vendido como Tipo I era "significativamente menor" que el número de clientes para Tipo I, pero que esto era "irrelevante, debido a que CEMEX sustancialmente vendió menos Tipo V como Tipo I, que lo que vendió de Tipo I."<sup>93</sup> Este razonamiento indicaría que el número de clientes puede ser un indicador alternativo del volumen de ventas, el cual, tratado como un solo factor, resultaba insuficiente para respaldar la conclusión de que las ventas estaban fuera del curso de operaciones comerciales normales.

CEMEX también reclamó el uso de "hechos disponibles" al considerar la calidad promocional de las ventas.<sup>94</sup> Aún cuando el Departamento afirma que la información proporcionada por CEMEX<sup>95</sup> fue sacada del expediente<sup>96</sup>, CEMEX impugna este reclamo<sup>97</sup>, y un examen del documento Prop. Doc. #67 comprueba que la información no fue parte de los 18 documentos enlistados como extraídos.

Este Panel reconoce que existe "una línea de casos indicando que no debería permitirse que los cambios en las políticas alteren las determinaciones finales de las agencias."<sup>98</sup> Sin embargo, la Corte de Apelaciones para el Circuito Federal indicó que "debe permitirse a una agencia calcular la "sabiduría de su política sobre bases continuas."<sup>99</sup> "La Doctrina Chevron contempla que las agencias pueden y abandonarán las políticas existentes y sustituirán nuevos enfoques."<sup>100</sup> "Bajo el régimen de Chevron, la discrecionalidad de la agencia de reconsiderar políticas no termina una vez que la acción de la agencia es apelada."<sup>101</sup> "Cualquier presunción de que el Congreso ha intentado congelar la interpretación administrativa de una disposición, que era desconocida para el Congreso, sería completamente contraria al concepto de Chevron, el cual asume y aprueba la habilidad de las agencias administrativas para cambiar su interpretación."<sup>102</sup> Esto se aplica particularmente en una situación en la que "las decisiones de devolución no obliguen a Comercio a adoptar una nueva política."<sup>103</sup>

Durante el curso de esta investigación, mientras el caso permanecía en apelación, Comercio (en el Informe de Devolución de la Séptima Determinación) modificó su metodología, o al menos su razonamiento sobre la interacción de los factores involucrados en la elaboración de la determinación sobre el curso de operaciones comerciales normales. En virtud de que el Séptimo Panel no anticipó este cambio, su decisión de confirmar la conclusión de que el cemento Tipo V vendido como Tipo V y Tipo II estuvo fuera del curso de operaciones comerciales normales, se volvió definitiva. Las revisiones administrativas subsecuentes involucrando este tema fueron completadas antes de la decisión de devolución en la Séptima revisión, y por consiguiente, no consideraron este razonamiento modificado.<sup>104</sup>

Basándose en el principio de que la interpretación de la agencia puede modificarse durante el proceso de apelación, en el hecho de que Comercio cambió su determinación en la devolución del Séptimo Panel, y en el hecho de que este punto permanece vivo en el proceso de apelación en la Sexta Revisión, este Panel devuelve el punto a Comercio para que reconsidere si el cemento Tipo V vendido como cemento Tipo V y Tipo II se encuentra fuera del curso de operaciones comerciales normales. El Panel no tiene facultades para determinar derivado de la decisión del Departamento en este caso, cómo consideraría los puntos arriba descritos en virtud de los cambios en la metodología (en su fundamentación y motivación) hechos en el Informe de Devolución de la Séptima Revisión. No es el papel del Panel especular cómo aplicaría Comercio este cambio en la metodología (en su fundamentación y motivación) en los hechos específicos en el expediente para la Sexta revisión, si no que devolverlo al Departamento para permitirle hacer su propia determinación.

## 2. Segundo Argumento Presentado

¿Estaba fundamentada en pruebas substanciales en el expediente y de acuerdo a derecho la decisión del Departamento de que las ventas en el mercado interno de cemento Tipo V, producido en las plantas de Hermosillo, y vendido como cemento Tipo I, no podrían ser utilizadas para la determinación del valor normal, y la decisión de utilizar en la comparación del valor normal las ventas del cemento Tipo I producido en otras plantas mexicanas?

<sup>93</sup> Resultados Finales, *supra*, nota 7, en Pág. 4.

<sup>94</sup> Memorial Suplementario de CEMEX, S.A. de C.V., 15 de junio de 1999. Pág. 27.

<sup>95</sup> Prop. Doc. #40. Prueba 32 de la Verificación a CEMEX. Pág. 24. Establece que: "CEMEX, al igual que cualquier empresa de servicios completos en una industria de multiproductos, se beneficia de un punto de mercadeo para cada producto que está tratando de vender, por el hecho de que ofrece todos los demás productos en la línea de cemento. Esto es verdadero para el cemento Tipo II bajo alcalino y su asistencia de mercadeo para otros tipos de cemento ofrecidos por CEMEX. Es también verdadero para el cemento Tipo I o cemento Tipo V, o cemento pozzolanico, o cemento blanco, o cualquier otro tipo de cemento de CEMEX, incluyendo el cemento Tipo II en cemento alcalino."

<sup>96</sup> Memorial del Departamento de Comercio de los Estados Unidos del 4 de mayo de 1999, y casos allí citados.

<sup>97</sup> Memorial de Respuesta de CEMEX, *supra*, nota 94, en Págs. 27 y 28.

<sup>98</sup> Corus Staal BV. v. United States Slip.Op. 03-25 (2003) en Pág. 5, y casos allí citados.

<sup>99</sup> SKF USA Inc. v. United States, 254 F.3d 1022, 1030 (Fed. Cir. 2001), citando Chevron, 467 U.S. en Pág. 864.

<sup>100</sup> Tung Munq Development Co., Ltd. v. United States, 03-1073 (CACF, 15 de enero de 2004).

<sup>101</sup> SKF, *supra*.

<sup>102</sup> Micron Tech, Inc. v United States, 243 F.3d 1301, 1312 (Fed. Cir. 2001).

<sup>103</sup> Tung Munq, *supra*.

<sup>104</sup> Resultados Finales de la Octava Revisión. Resultados Finales de la Novena Revisión.

### Decisión del Departamento

El Departamento concluyó que, debido a que únicamente recibió información de que el cemento producido en las plantas de Hermosillo que cumplía las especificaciones ASTM de Tipo V, estaba siendo vendido como cemento Tipo I en la verificación del mercado interno, él:

...no estaba en condiciones de determinar si estas ventas concedían las bases apropiadas para el cálculo del valor normal. En particular, el Departamento carecía de información que le permitiera determinar si estas ventas fueron hechas por arriba del costo o en el curso de operaciones comerciales normales.<sup>105</sup>

El Departamento señala que fue en la verificación que se enteró que los costos de producción para diversos tipos de cemento producidos en Hermosillo estaban basados en una distribución relacionada con la proporción de ventas. Por lo tanto, el Departamento excluyó de su consideración las ventas de cemento Tipo I, producido en las plantas de Hermosillo, hechas en el mercado interno, y utilizó hechos disponibles, basada en las ventas de cemento Tipo I producidos en otros lugares.

### Argumentos de las Partes

#### CEMEX

CEMEX argumenta que de hecho sí proporcionó suficiente información en sus cuestionarios adicionales para advertir al Departamento la naturaleza de la producción en las instalaciones de Hermosillo. Continuó alegando que sí hay información en el expediente que hubiera permitido al Departamento hacer un comparativo de valor normal, y que los diversos argumentos de por qué el cemento Tipo V vendido como cemento Tipo I deberían ser considerados fuera del curso de operaciones comerciales normales, similares a los discutidos anteriormente en relación con el cemento Tipo V vendido como cemento Tipo V y Tipo II, no garantizan una conclusión de que el producto se encuentra fuera del curso de operaciones comerciales normales.<sup>106</sup>

#### STCC

STCC apoya la decisión del Departamento de excluir las ventas del cemento Tipo V vendido como cemento Tipo I, producidos en las plantas de Hermosillo, y de usar hechos disponibles para hacer la comparación del valor normal. STCC señala que cualquier decisión de utilizar hechos disponibles deber ser únicamente una interpretación razonable de los hechos, y no la única posible.<sup>107</sup> STCC también argumenta que la elección de utilizar hechos disponibles se encuentra adecuadamente dentro de la facultad discrecional del Departamento, a menos que no esté fundamentada en pruebas substanciales en el expediente o en contra del derecho.<sup>108</sup>

#### El Departamento

El Departamento afirma de manera similar, que su decisión de utilizar hechos disponibles para excluir las ventas del cemento Tipo I producido en Hermosillo es adecuada, siempre que, como aquí, una parte interesada oculte información, no la presente a tiempo, o presente información que no puede ser verificada, lo cual afecta significativamente la revisión administrativa.<sup>109</sup> En virtud de que fue hasta el momento de la verificación que el Departamento conoció la naturaleza de la producción de cemento en las plantas de Hermosillo, éste no pudo verificar la información que había sido presentada, y determinó que por lo menos una parte de la información (distribución de costos basada en la proporción de ventas) no estaba relacionada con ninguna diferencia en costos de producción. El Departamento cita una serie de casos para la propuesta de que es el Departamento, y no el demandado, quien tiene la responsabilidad de seleccionar la información precisa y completa requerida.<sup>110</sup>

#### Análisis

Este Panel acepta el rechazo del Departamento del cemento Tipo V vendido como cemento Tipo I, producidos en las plantas de Hermosillo, para los propósitos de comparación del valor normal. CEMEX no incluyó información completa del cemento Tipo V vendido como cemento Tipo I de las plantas de Hermosillo en sus respuestas a los requerimientos de información hechos por el Departamento,<sup>111</sup> forzando al Departamento a basarse en hechos disponibles al elaborar su determinación. El Departamento no supo si no hasta la "verificación que el cemento producido en las plantas de Hermosillo y facturado como Tipo I, era, de hecho físicamente idéntico al cemento etiquetado como... Tipo V. En virtud de que ninguna de las partes reclamó el asunto del curso de operaciones comerciales normales respecto a las ventas de Tipo I, el Departamento no estaba preparado, ni dispuesto a verificar este punto."<sup>112</sup> Tal como fue señalado por STCC, no sólo la decisión de utilizar hechos disponibles es facultad discrecional del Departamento, sino también la selección de la información adecuada.<sup>113</sup>

<sup>105</sup> Resultados Finales de la Sexta Revisión. Pág. 12772.

<sup>106</sup> Memorial de CEMEX. 19 de junio de 1999. Págs. 29 y 30.

<sup>107</sup> STCC cites Borden, Inc. v. United States, 4 F. Supp. 2d 1221 1246 (CIT 1998).

<sup>108</sup> NSK, Ltd. v. United States, 919 F. Supp. 442 (CIT 1996).

<sup>109</sup> 19 USC Sección 1677e(a)(1)(2).

<sup>110</sup> Memorial del Departamento. 3 de mayo de 1999. Pág. 40.

<sup>111</sup> Daido Corp. v. United States, 893 F. Supp. 43, 49-50 (CIT 1995), haciendo notar que el Departamento tiene "facultad discrecional para determinar si un demandado ha cumplido con la información requerida". Ver también Ansaldo Componenti, S.p.A. v. United States, 628 F. Supp. 1998, 205 (CIT 1986), así como la discusión en la sección sobre DIFMER.

<sup>112</sup> Resultados Finales de la Sexta Revisión. Pág. 12772.

<sup>113</sup> Memorial de STCC. 3 de mayo de 1999. Pág. 126, citando a Rhone Poulenc v. United States, 710 F. Supp. 341, 346 (CIT 1989), aff'd 899 F. 2d 1185 (CAFC 1990).

Por lo anterior, el Panel confirma el rechazo del Departamento del cemento Tipo V vendido como cemento Tipo I, producidos en las plantas de Hermosillo, para los propósitos de comparación del valor normal, así como el uso de hechos adversos parciales disponibles al utilizarlas ventas de cemento Tipo I fabricado en otras plantas mexicanas.

### **C. Vinculación**

#### **Argumento Presentado**

¿Estaba basada en pruebas substanciales en el expediente y de acuerdo a derecho la decisión del Departamento de tratar a CDC y a CEMEX como una sola entidad, es decir, de “vincular” a ambos productores con el propósito de calcular un solo margen de dumping?

#### **Decisión del Departamento**

En sus Resultados Finales, el Departamento decidió vincular a CEMEX y a CDC (es decir, considerar a ambos productores como una sola entidad con el propósito de calcular el margen de dumping).

De conformidad con las políticas del Departamento relacionadas con vinculación<sup>114</sup>, el Departamento debe vincular basándose en los siguientes tres criterios:

- (1) si los productores están afiliados;
- (2) si los productores tienen instalaciones de producción que son lo suficientemente similares, de tal manera que un cambio en la producción no requiera una reinstrumentación significativa; y
- (3) si hay un potencial significativo para la manipulación del precio de producción.

En los Resultados Finales, el Departamento consideró que CEMEX y CDC están afiliados:

“...debido a que CEMEX posee indirectamente más del cinco por ciento de las acciones en circulación de CDC, el Departamento considera que CEMEX y CDC están afiliadas en el sentido de la disposición 771(33)(F) de la Ley.”<sup>115</sup>

El Departamento también decidió que existían suficientes similitudes entre las instalaciones de producción de CEMEX y CDC:

“...en virtud de que CEMEX y CDC tienen procesos de producción e instalaciones similares, un cambio en la producción no necesitaría una reinstrumentación significativa.”<sup>116</sup>

Finalmente, el Departamento encontró que hay un potencial significativo para la manipulación del precio en este caso:

“...dado el nivel de participación accionaria y la coincidencia de miembros de los Consejos de Administración, lo que da a ambas partes un mecanismo para compartir la información pertinente sobre precios y producción, instalaciones similares en la producción que no necesitaría una reinstrumentación significativa, así como operaciones de negocios empalmadas, el Departamento concluye que si CDC y CEMEX no son vinculadas, existe un potencial significativo de manipulación del precio, el cual podría debilitar la efectividad de la resolución.”<sup>117</sup>

#### **Argumentos de las Partes**

##### **CDC**

En su reclamación inicial, presentada el 14 de mayo de 1998, CDC argumentó que la decisión del Departamento de vincularlo con CEMEX no estaba fundamentada en pruebas substanciales en el expediente y/o era contraria a derecho:

“la determinación del Departamento de que si CDC y CEMEX no son tratadas como una sola entidad (es decir, “vinculadas”) para efectos de calcular el margen de dumping, existe un potencial significativo de manipulación del precio, no estaba fundamentada en pruebas substanciales en el expediente y/o era contraria a derecho.”<sup>118</sup>

<sup>114</sup> Establecido en la Sección 351.401(f) sobre Cuotas Antidumping; Regla Final, 62 FR, Págs. 27296 a 27410 (19 de mayo de 1997).

<sup>115</sup> Resultados Finales de la Sexta Revisión Pág. 12,774.

<sup>116</sup> *Id.* Pág. 12,774.

<sup>117</sup> *Id.* Pág. 12775.

<sup>118</sup> *Reclamación Inicial* de CDC (de fecha 14 de mayo de 1998) Pág. 2.

De conformidad con CDC, como regla general, los exportadores y productores tienen el derecho de tener sus propios márgenes,<sup>119</sup> y el considerarlos como una sola entidad es una práctica excepcional<sup>120</sup> reservada para casos especiales en los que existe una posibilidad *significativa*<sup>121</sup> (y no cualquiera)<sup>122</sup> de manipulación.

CDC argumenta que antes de vincular a los productores, el Departamento "debe llevar a cabo un cuidadoso análisis de las circunstancias de hecho, aplicando los requisitos para vincular,"<sup>123</sup> considerando cada uno de esos requisitos de manera individual<sup>124</sup>, y que en este caso, la "decisión del Departamento de vincular está basada en un análisis insuficiente de los hechos en el expediente y una aplicación viciada del criterio para vincular."<sup>125</sup>

CDC impugna el análisis del Departamento respecto a los hechos del expediente, alegando que éste omitió:

"tratar algunos temas, tales como las operaciones de negocios empalmados, intercambio de información de ventas, involucramiento en las decisiones sobre precios y producción, instalaciones y empleados compartidos, o transacciones significativas entre los productores afiliados."<sup>126</sup>

Además, CDC considera que la aplicación del Departamento del criterio para vincular está viciada, desde su Memorando Preliminar de Vinculación:

"demuestra en su decisión de vincular, una sobre dependencia en la relación corporativa entre CEMEX y CDC, y la falta de involucrar cualquier análisis significativo del criterio de 'potencial significativo' de manipulación."<sup>127</sup>

Más aún, resaltando la importancia de la prominencia del *potencial significativo de manipulación* en el análisis de fusión, CDC afirma que "el Departamento omitió proporcionar un análisis adecuado de su criterio fundamental, o apoyar sus conclusiones sobre un potencial significativo de manipulación en pruebas de la real o posible existencia de manipulación o control,"<sup>128</sup> ya que éste evitó llevar a cabo "un análisis del 'tipo y grado' de relación que existe entre CDC y CEMEX,"<sup>129</sup> y en conclusión, "el análisis del Departamento en los Resultados Finales y en el Memorandum Preliminar de Vinculación no cuenta con las bases para concluir que existe un potencial significativo de manipulación."<sup>130</sup>

CDC también afirma que por un lado "el expediente no contiene información que pueda llevar a la conclusión de que el papel de CEMEX como consultor en ingeniería [...] 'afecte' cualquiera de las decisiones sobre precios o de producción de CDC,"<sup>131</sup> y por el otro, CDC establece que aún cuando el Departamento recientemente encontró que la vinculación no es adecuada cuando las partes afiliadas no tienen operaciones empalmadas<sup>132</sup>, "no hay evidencia en el expediente de esta revisión sobre "operaciones empalmadas"<sup>133</sup> entre CEMEX y CDC.

Finalmente, CDC realiza un análisis sobre los factores del potencial significativo de manipulación y otros sobre los que se basó el Departamento:

1. En relación con el nivel de participación accionaria, CDC establece que aún cuando no niega su afiliación con CEMEX, el interés final indirecto es el interés de la minoría y no garantiza el control sobre CDC, ni puede dar lugar a un "potencial significativo" de manipulación en el precio o la producción.

2. En cuanto a la coincidencia de miembros de los Consejos de Administración, CDC argumenta que el hecho de que funcionarios de CEMEX tengan un lugar en el Consejo de Administración de CDC y empresas afiliadas, no implica un potencial significativo de manipulación, ya que, por un lado, ellos son minoría, y por el otro, en el Consejo de Administración no se tratan los precios y la producción de CDC.

<sup>119</sup> CDC hace referencia a la disposición 19 U.S.C. §1677f-1(c)(1), así como al Acuerdo de Implementación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT por sus siglas en inglés) 1994, Art. 6.10.

<sup>120</sup> El Memorial de CDC, presentado de conformidad con la *Regla 57(3)* (del 15 de junio de 1999) considera que la vinculación es "excepcional", basándose en el hecho de que: 1) no es la regla aún entre partes afiliadas, y que esto ocurre en situaciones relativamente inusuales, caracterizadas por cierto tipo de relaciones. CDC apoya su afirmación citando los siguientes casos: *Certain Welded Non-Alloy Steel Pipe from the Republic of Korea* (62 Fed. Reg. Pág. 13,170, 27 de octubre de 1997), *Antifriction Bearings (Other than Tapered Roller Bearings) y Parts Thereof from the Federal Republic of Germany* (54 Fed. Reg. 18,992 – 19,089, 3 de mayo de 1989), *Nihon Cement Co. v. United States* (17 C.I.T. Pág. 400, 1993) y *Corrosion-Resistant Carbon Steel Products from Canada* (Decisión del Panel. Pág. 24).

<sup>121</sup> CDC cita los casos *Nihon Cement Co. v. United States* (17 C.I.T. Pág. 400, 1993) y *Fresh Cut Flowers from Colombia* (61 Fed. Reg. 42,833 – 42,853, 19 de agosto de 1996).

<sup>122</sup> CDC hace referencia al Reglamento del Departamento que implementa la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, *Cuotas Antidumping, Cuotas Compensatorias por Subvenciones: Regla Final* (62 Fed. Reg. Págs. 27296 a 27345, 1997) (preámbulo de las reglas).

<sup>123</sup> Memorial de CDC, presentado de conformidad con la *Regla 57(1)* (de fecha 18 de febrero de 1999) Pág. 13.

<sup>124</sup> CDC cita los casos *Nihon Cement Co. v. United States* (17 C.I.T. Pág. 426, 1993), *FAG Kuqelfischer Georg Schafer KGaA v. United States* (932 F. Supp. Pág. 315, C.I.T., 1996), *Corrosion-Resistant Carbon Steel Products from Canada* (Decisión del Panel Pág. 24), así como la *Regla Final* del Departamento, 62 Fed. Reg. Pág. 27,345.

<sup>125</sup> Memorial de CDC, presentado de conformidad con la *Regla 57(1)*. Pág. 13.

<sup>126</sup> Memorial de CDC, presentado de conformidad con la *Regla 57(1)*. Pág. 23.

<sup>127</sup> Memorial de CDC, presentado de conformidad con la *Regla 57(1)*. Pág. 20-21.

<sup>128</sup> Memorial de CDC, presentado de conformidad con la *Regla 57(1)* Pág. 18.

<sup>129</sup> Memorial de CDC, presentado de conformidad con la *Regla 57(3)* Pág. 7.

<sup>130</sup> Memorial de CDC, presentado de conformidad con la *Regla 57(1)* Pág. 25.

<sup>131</sup> Memorial de CDC, presentado de conformidad con la *Regla 57(1)* Pág. 26.

<sup>132</sup> CDC cita *Welded Carbon Steel Pipes y Tubes from Thailand* (63 Fed. Reg. 55,578 – 55,583, Oct. 16, 1998)

<sup>133</sup> Memorial de CDC, presentado de conformidad con la *Regla 57(1)* Pág. 29.

3. En lo que se refiere a las operaciones de negocios empalmados, CDC alega que este factor no fue analizado por el Departamento, y que cuando aplicó los cuatro indicios de operaciones de negocios empalmados a la prueba en el expediente, quedó demostrado que las operaciones de CEMEX y CDC no están empalmadas. Por lo tanto, ambas empresas no pueden ser vinculadas,<sup>134</sup> ya que: (i) no existe prueba de que ellos hayan compartido información sobre posibles oportunidades de ventas en México o en los Estados Unidos; (ii) las decisiones sobre precios, ventas y producciones se hacen únicamente por la gerencia de CDC, y no hay prueba de que CEMEX y CDC coordinen estrategias de precios; (iii) cada una de las empresas tiene sus propias instalaciones, empleados y expedientes de contabilidad; y (iv) "no hubo transacciones comerciales entre las partes durante la sexta revisión."<sup>135</sup> Adicionalmente, CDC señaló que los proveedores no emiten facturas comunes a las empresas, cada una de ellas tiene sus propios procesos distintivos de distribución de ventas e importadores estadounidenses, y no se proveen ningún tipo de aporte material entre ellas.

4. CDC también argumenta que el Departamento no consideró que las "tres políticas de razonamiento dadas por el Departamento al alejarse de su práctica general de calcular márgenes separados, y en cambio, vincular a los productores"<sup>136</sup> están ausentes: (i) CDC y CEMEX no constituyen una sola entidad; (ii) no se obtienen márgenes de dumping precisos por vincular a CEMEX y CDC; y (iii) independientemente del monto de la cuota antidumping derivada de la vinculación, la manipulación no sería posible, basándose en las características regionales especiales del cemento<sup>137</sup> y en los aspectos geográficos del mercado de CDC, en la ausencia de control de CEMEX sobre las decisiones de CDC, así como en la habilidad del Departamento—derivada de la presente y de las futuras revisiones administrativas— de detectar cambios en las operaciones de ambas empresas.

#### STCC

STCC considera que el Departamento correctamente consideró a CEMEX y CDC como una sola entidad para efectos de calcular el margen de dumping,<sup>138</sup> y refuta los alegatos de CDC basándose en cuatro principales argumentos:

1. La decisión del Departamento de Comercio de vincular es consistente con la Ley,<sup>139</sup> el Reglamento y la práctica administrativa de Comercio, incluyendo sus determinaciones en la investigación original y en todas las cinco revisiones administrativas previas.<sup>140</sup>

La política detrás de la práctica administrativa del Departamento de vincular a ciertos productores y exportadores tiende a prevenir la elusión de la Ley Antidumping; por lo tanto, "es el potencial significativo de que CEMEX y CDC puedan trabajar juntas para eludir la resolución antidumping, lo que está en el corazón de las repetidas decisiones de Comercio de vincular a estas empresas."<sup>141</sup>

De acuerdo con lo señalado por STCC, la prueba de potencial significativo contenida en el Reglamento Final del Departamento<sup>142</sup> es el criterio de vinculación del Departamento<sup>143</sup> e implica la consideración de tres aspectos: (i) si los productores están afiliados; (ii) si los productores tienen instalaciones de producción similares; y (iii) si hay un potencial significativo para la manipulación del precio de producción; "deben satisfacerse los tres aspectos de esta prueba para poder vincular a productores afiliados."<sup>144</sup>

Para STCC, la definición de vinculación hecha por el Código de los Estados Unidos no deja duda alguna de que la primera premisa de esta prueba está cumplida, y el cumplimiento de la segunda premisa también fue encontrado por el Departamento. STCC remarca la importancia de esta premisa en el hecho de que es la similitud en las instalaciones de producción lo que permite a las empresas la habilidad de manipular sus prioridades de manufactura.<sup>145</sup>

<sup>134</sup> CDC hace referencia al caso Welded Carbon Steel Pipes y Tubes from Thailand (Pág. 55583).

<sup>135</sup> Memorial de CDC, presentado de conformidad con la Regla 57(1) Pág. 38.

<sup>136</sup> Memorial de CDC, presentado de conformidad con la Regla 57(1) Pág. 39, citando el caso de Queen's Flowers de Colombia v. United States (981 F. Supp. Pág. 622).

<sup>137</sup> CDC hace referencia a la declaración hecha por la Comisión de Comercio Internacional hecha en el caso Gray Portland Cement and Clinker de México (Inv. No. 731-TA-451 (Final) USITC Pub. 2305, Pág. 12, Agosto, 1990).

<sup>138</sup> En sus Memoriales Complementarios, de Conformidad con la Decisión del Panel (17 de abril de 2001), STCC y el Departamento hicieron notar que la finalidad de la decisión de vincular en la Quinta Revisión estuvo apoyada por el Panel Binacional a cargo de su revisión, y que este Panel debe basar su decisión en la evidencia y factores sustancialmente idénticos a los encontrados en la Quinta Revisión.

<sup>139</sup> STCC cita el caso Queen's Flowers de Colombia v. United States (981 F. Supp. 617 - 622, C.I.T., 1997)

<sup>140</sup> Memorial de Respuesta de STCC a los Memoriales presentados por CEMEX y CDC (3 de mayo de 1999) Pág. 135.

<sup>141</sup> Memorial de Respuesta de STCC a los Memoriales presentados por CEMEX y CDC. Pág. 136.

<sup>142</sup> En referencia al Reglamento que implementa la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay. Cuotas Antidumping; Cuotas Compensatorias por Subvenciones; Regla Final (62 Fed. Reg. Pág. 27,296, 1997).

<sup>143</sup> STCC se refiere a Id. Pág. 27,410 (sección 351.401(f)).

<sup>144</sup> Memorial de Respuesta de STCC a los Memoriales presentados por CEMEX y CDC. Pág. 138, en referencia al Reglamento que implementa la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay. Cuotas Antidumping; Cuotas Compensatorias por Subvenciones; Regla Final Pág. 27,346 y citando el caso Stainless Steel Wire Rod from Korea (63 Fed. Reg. 40,404 - 40,410, 1998).

<sup>145</sup> STCC cita el caso Koenig y Bauer-Albert AG v. United States Slip.Op. 99-25 (16 de marzo de 1999).

En cuanto al tercer aspecto, STCC afirma que con el objeto de determinar si existe un *potencial significativo* para la manipulación de los precios o de la producción, el Departamento puede considerar numerosos factores, tales como participación accionaria, la existencia de miembros comunes en los Consejos de Administración, y operaciones empalmadas, no requiriéndose que “todas estén presentes para poder encontrar un potencial significativo de manipulación en el precio o producción si las partes no son vinculadas.”<sup>146</sup> STCC añade que este aspecto sólo pretende determinar si dicha manipulación *puede* darse en el futuro, no si está sucediendo actualmente o si ha sucedido en el pasado.<sup>147</sup>

STCC también afirma que la práctica de vincular del Departamento ha sido repetidamente calificada como consistente con la ley Antidumping, y que tal práctica no es excepcional ni es reservada para casos especiales, contradiciendo las afirmaciones de CDC y su apoyo en las autoridades utilizadas para fundar sus argumentos, y ofreciendo la interpretación hecha por STCC misma.<sup>148</sup>

En cuanto a los argumentos de CDC acerca de la ausencia de control de CEMEX sobre CDC, STCC enfáticamente afirma que:

“la conclusión de que existe un potencial significativo para la manipulación de precios no es dependiente de la conclusión de que una de las empresas afiliadas tienen control sobre la otra... Una conclusión de que una empresa tienen control sobre la otra, no es, y nunca ha sido, un elemento necesario en el análisis de vinculación.”<sup>149</sup>

2. La determinación del Departamento de vincular a CEMEX y CDC está fundamentada en pruebas substanciales en el expediente.

STCC establece que existe pruebas substanciales en el expediente, apoyando la determinación del Departamento de vincular a CEMEX y CDC, basándose en el hecho de que las tres premisas de la prueba de vinculación están claramente satisfechas, en virtud de que: (i) es indiscutible que CEMEX y CDC están afiliadas;<sup>150</sup> (ii) tampoco hay duda en el hecho de que CEMEX y CDC tienen instalaciones de producción suficientemente similares;<sup>151</sup> y (iii) el expediente claramente demuestra que el Departamento aplicó adecuadamente la prueba de *potencial significativo* al considerar el nivel de participación accionaria entre las empresas, la existencia de directivas traslapadas, y operaciones empalmadas entre ellas.

STCC enfatiza que:

“La averiguación de Comercio en este punto fue de naturaleza perspectiva. Su propósito no fue determinar si había evidencia de manipulación de precios o de producción, sino de que la existencia de una relación entre las partes creara una potencial manipulación de suficiente magnitud para justificar la vinculación.”<sup>152</sup>

Más allá, a lo largo de un vasto análisis, STCC concluye que el papel dominante de CEMEX en el mercado mexicano y alrededor del mundo, su nivel de participación accionaria en Control Administrativo Mexicano, S.A. de C.V. (“CAMSA”) y de otros miembros del grupo de CDC, su presencia en la junta directiva de CDC, así como la existencia de operaciones empalmadas entre CEMEX y CDC, garantizan a CEMEX la oportunidad de influenciar las decisiones de CDC de participar en esquemas de elusión.<sup>153</sup>

3. La invitación hecha por CDC al Panel de sustituir su juicio por el de Comercio en relación con la política antidumping de los Estados Unidos, debe ser rechazada.

<sup>146</sup> *Memorial de Respuesta de STCC a los Memoriales presentados por CEMEX y CDC*. Pág. 138, referencia a la disposición 19 CFR. §351.401(f) y citando el caso *Certain Welded Carbon Steel Standard Pipes y Tubes from India* (62 Fed. Reg. Pág. 47,638) así como el caso *Certain Fresh Cut Flowers from Colombia* (61 Fed. Reg. Pág. 42,853)

<sup>147</sup> STCC se refiere al preámbulo del Reglamento Final del Departamento (62 Fed. Reg. Pág. 27,346) citando el caso *FAG Kugelfischer Georg Schafer KGaA v. United States* (932 F. Supp. Pág. 315, 322-25, C.I.T., 1996) y *Accord Fresh Atlantic Salmon from Chile* (63 Fed. Reg. 31,411 - 31,421, 1998). STCC también se refiere al caso *Asociación Colombiana de Exportadores de Flores v. United States* (6 F. Supp. 2d Pág. 895, C.I.T. 1998).

<sup>148</sup> STCC explica su propia visión de las decisiones en los casos *Nihon Cement Co. v. United States* y en *FAG Kugelfischer Georg Schafer KGaA v. United States*, así como la decisión del panel en el caso de *Corrosion-Resistant Carbon Steel Products from Canada*, y cita *Asociación Colombiana de Exportadores de Flores v. United States* (Pág. 894 - 896).

<sup>149</sup> *Memorial de Respuesta de STCC a los Memoriales presentados por CEMEX y CDC*. Pág. 149, citando los casos *Certain Welded Carbon Steel Standard Pipes y Tubes from India v. United States*, *Certain Hot-Rolled Carbon Steel Flat Products*, y *Certain Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from Japan* (58 Fed. Reg. 37,154 - 37,159, 1993), *Cellular Mobile Telephones y Subassemblies from Japan* (54 Fed. Reg. 48,011 - 48,015, 1989), así como *Certain Pasta from Italy* (61 Fed. Reg. 30,326 - 30,351, 1996).

<sup>150</sup> STCC hace referencia a la declaración de CDC en relación con este punto. Memorial de CDC de conformidad con la *Regla 57(1)* Pág. 24.

<sup>151</sup> STCC basa su afirmación en las conclusiones del Departamento acerca de las instalaciones de CEMEX y CDC, establecidas en el Memorandum de Vinculación. Pág. 3.

<sup>152</sup> *Memorial de Respuesta de STCC a los Memoriales presentados por CEMEX y CDC*. Pág. 156.

<sup>153</sup> A lo largo de su análisis, STCC cita el caso *Asociación Colombiana de Exportadores de Flores v. United States* (Págs. 893 y 895), *Ferro Union, Inc. v. United States* (1999, C.I.T. LEXIS 24, 23 de marzo de 1999), *Japanese Steel* (58 Fed. Reg. Pág. 7,102), *Italian Steel* (58 Fed. Reg. Pág. 7,102), *Stainless Steel Sheet y Strip in Coils from Italy* (64 Fed. Reg. Pág. 116, 1999, resolución preliminar), *Canadian Steel* (60 Fed. Reg. Pág. 42,511), *Anti-Friction Bearings (other than Tapered Roller Bearings) y Parts thereof from France, Germany, Italy, Japan, Romania, Singapore, Sweden, Thailand, y the United Kingdom* (58 Fed. Reg. 39,729 - 39,772, 1993), *FAG (U.K.) Ltd. v. United States* (24 F. Supp.2d, 297 - 302, C.I.T. 1998) (citando *Asociación Colombiana de Exportadores de Flores v. United States*).

Basándose en el hecho de que el Departamento determinó en sus Resultados Finales que CEMEX y CDC tenían que ser vinculadas para prevenir que manipularan sus precios o producciones, STCC afirma que la invitación hecha por CDC al Panel de sustituir su juicio por el de Comercio en relación con la política antidumping de los Estados Unidos, debe ser rechazada, ya que “la formulación de las políticas de una agencia, basada en su interpretación de la legislación que le ha sido confiada para su administración, tiene deferencia sustancial bajo la legislación estadounidense,”<sup>154</sup> y el presente criterio de revisión está limitado a determinar si la determinación del Departamento está fundamentada en pruebas substanciales en el expediente, y es conforme a derecho.

4. No existe una barrera a la manipulación de la resolución.

En cuanto a la afirmación de CDC de que la manipulación no sería posible, debido a las características regionales especiales del cemento y a las cuestiones geográficas en el mercado de CDC, STCC argumenta el hecho de que el mercado de CDC está limitado a 300 millas de sus plantas, y aún más, señala que CDC y CEMEX actualmente son capaces de competir entre ellas en los Estados Unidos y México, debido a que existe un traslape natural en sus mercados.

Finalmente, STCC refuta la afirmación de CDC de que la habilidad del Departamento para detectar cambios en las operaciones de CEMEX y CDC constituiría una barrera en contra de la elusión a la resolución antidumping, basándose en el hecho de que esto es irrelevante para la legislación antidumping estadounidense, ya que su intención es prevenir o anticipar dichas elusiones.

#### **El Departamento**

El Departamento también responde a las afirmaciones de CDC y establece que su determinación de vincular CEMEX y CDC es razonable, apoyada por pruebas substanciales en el expediente y es acorde a derecho.

Al hacerlo, el Departamento primero señala que es “una antigua práctica el calcular un solo margen de dumping para productores extranjeros, es decir, “vincularlos”, cuando se trate de productores afiliados que están tan interconectados mediante participación accionaria, administración, u otros vínculos de negocios, que esa relación pueda servir como vehículo para manipular el precio o la producción para evadir la resolución antidumping.”<sup>155</sup>

El Departamento enfatiza que ha vinculado a ambas empresas en cada uno de los segmentos previos del procedimiento en esta investigación en contra de CEMEX, y explica sus criterios de vinculación.<sup>156</sup>

En cuanto al primer criterio (vinculación), el Departamento explica que de conformidad con sus hallazgos, determinó que el interés de participación accionaria indirecta de CEMEX sobre CDC establece una vinculación entre los dos productores de cemento, según la definición del Código estadounidense.<sup>157</sup>

El Departamento afirma que dada esa relación, a continuación confirmó el cumplimiento del segundo criterio (instalaciones de producción similares), haciendo notar que CEMEX y CDC tienen “procesos y equipos virtualmente idénticos, lo cual demuestra que no es necesaria ninguna reinstrumentación por parte de CEMEX o de CDC para reestructurar sus prioridades de manufactura.”<sup>158</sup>

Finalmente, de acuerdo con lo señalado por el Departamento, al analizar el tercer criterio de su análisis de vinculación concluyó que existía un potencial significativo de manipulación de precios y producción, debido al hecho de que “CEMEX posee indirectamente un gran porcentaje de CDC y los administradores o directores de CEMEX tienen un lugar en la junta directiva de CDC y/o sus empresas afiliadas.”<sup>159</sup> Adicionalmente, “esta relación tiene un significativo potencial de afectar las decisiones sobre precios y producción de CDC. De hecho, CEMEX tuvo un importante aporte respecto al diseño y construcción de la planta de CDC en Samalayuca,”<sup>160</sup> referidas a continuación de las declaraciones que hicieron los funcionarios de CDC y CEMEX durante la verificación, confirmando así las conclusiones del Departamento acerca de la naturaleza de la relación entre ambas empresas.

<sup>154</sup> *Memorial de Respuesta de STCC a los Memoriales presentados por CEMEX y CDC*. Pág. 172, citando el caso *Chevron U.S.A. v. Natural Resources Defense Council* (467 U.S. 837, 842 – 843, 1984) y *Asociación Colombiana de Exportadores de Flores v. United States* (Pág. 894) citando *Zenith Radio Corp. v. United States* (437 U.S. 443 – 450, 1978).

<sup>155</sup> Memorial del Departamento de conformidad con la *Regla 57(2)* (del 3 de mayo de 1999) Pág. 41, citando el caso *Anti-Friction Bearings (other than Tapered Roller Bearings) and Parts thereof from France, Germany, Italy, Japan, Romania, Singapore, Sweden, Thailand, y the United Kingdom*, 58 Fed. Reg. 39729

<sup>156</sup> Ver Memorial del Departamento de conformidad con la *Regla 57(2)* Pág. 41.

<sup>157</sup> 19 U.S.C. §1677(33)(E).

<sup>158</sup> Memorial del Departamento de conformidad con la *Regla 57(2)* Págs. 43 y 44.

<sup>159</sup> Memorial del Departamento de conformidad con la *Regla 57(2)* Pág. 44.

<sup>160</sup> Id.

Más aún, el Departamento establece que los argumentos de CDC en contra de las conclusiones del Departamento en el tercer criterio “no son persuasivos porque se basan en una interpretación equivocada del estándar probatorio para descubrir manipulación, de acuerdo con la práctica del Departamento.”<sup>161</sup> El Departamento confirma que sus conclusiones relacionadas con el potencial significativo de manipulación de precios y producción fueron correctas, ya que el Departamento consideró todos los hechos relevantes.<sup>162</sup> Aún cuando no es necesario cubrir todos los factores<sup>163</sup> que pueden ser utilizados por el Departamento para encontrar un potencial significativo de manipulación y determinar una vinculación, los tres factores considerados por el Departamento fueron satisfechos: CDC y CEMEX tienen una copropiedad significativa,<sup>164</sup> coinciden miembros de los Consejos de Administración,<sup>165</sup> y sus operaciones fueron empalmadas<sup>166</sup> durante el periodo de revisión.

Finalmente, el Departamento rechaza las afirmaciones de CDC de que la vinculación sea una práctica excepcional reservada para casos especiales,<sup>167</sup> que el Departamento omitiera apoyar su conclusión en pruebas de manipulación o control real o posible, de CEMEX sobre CDC,<sup>168</sup> que el Departamento decidió vincular basándose únicamente en la afiliación de ambas empresas, y que no existe una política razonable que justifique la vinculación,<sup>169</sup> concluyendo que “el Departamento consideró todos los factores que le eran requeridos de acuerdo a derecho, y que cada elemento en su determinación estuvo apoyada en prueba indiscutible del expediente.”<sup>170</sup>

### Análisis

En la Sexta Revisión, así como en todas las demás revisiones hasta ahora, el Departamento determinó vincular a CEMEX y CDC. La razón señalada por el Departamento para tratar a ambas empresas como una sola entidad para el cálculo del margen de dumping, fue que existía un potencial significativo de manipulación en el precio, que podría disminuir la efectividad de la resolución antidumping en contra de CEMEX.

En relación con esta decisión, el debate se centra más en la forma en que las facultades del Departamento pueden ser ejercidas y las limitaciones también, y no en la existencia de las facultades del Departamento para vincular.

Independientemente de si la práctica de vinculación debe considerarse excepcional o no, el Reglamento Final sobre Cuotas Antidumping: Cuotas Compensatorias por Subvenciones<sup>171</sup> dice que, en la medida de poder vincular dos o más empresas, el Departamento debe llevar a cabo una “prueba de vinculación”, la cual consiste en la aplicación de tres criterios en cada caso: (1) el Departamento deberá concluir que los productores están afiliados; (2) el Departamento deberá verificar y concluir que los productores tienen instalaciones de producción que son los suficientemente similares, de tal manera que un cambio en la producción no requiera una reinstrumentación significativa; y (3) el Departamento deberá encontrar indicios de un potencial significativo para la manipulación del precio de producción, que disminuya la efectividad de la resolución antidumping si las empresas no son vinculadas.

Todas las partes<sup>172</sup> en esta revisión acuerdan que el primer criterio de la prueba de vinculación ha quedado probado, considerando que el interés de participación accionaria indirecta de CEMEX sobre CDC cumple con la definición del Código estadounidense de “vinculación”:<sup>173</sup>

“Las siguientes personas deberán ser consideradas “afiliadas” o “personas afiliadas”:

[...]

(E) Cualquier persona que de manera directa o indirecta posea, controle, o tenga acciones con derecho a voto, 5 por ciento o más de las acciones en circulación, o títulos de cualquier organización y dicha organización [...].”

<sup>161</sup> Memorial del Departamento de conformidad con la *Regla 57(2)* Pág. 42.

<sup>162</sup> El Departamento cita el caso *Anti-Friction Bearings (other than Tapered Roller Bearings) y Parts thereof from France, Germany, Italy, Japan, Romania, Singapore, Sweden, Thailand, y the United Kingdom, Nihon Cement Co. v. United States*, así como el caso *Asociación Colombiana de Exportadores de Flores v. United States* (Pág. 895). Adicionalmente, el Departamento hace referencia al caso *Certain Welded Pipes y Tubes from Thailand* (Pág. 55,583).

<sup>163</sup> El Departamento basa su declaración en el Reglamento sobre *Cuotas Antidumping: Cuotas Compensatorias por Subvenciones y Reglas Finales* (Pág. 27,295 y 27,345-46) y cita los casos *Nihon Cement Co. v. United States* (Pág. 425) y *Certain Fresh Cut Flowers from Colombia* (Pág. 42,833 y 42,853-54).

<sup>164</sup> El Departamento cita el caso *Certain Cold-Rolled Carbon Steel Flat Products y Certain Cut-to-Length Carbon Steel Plate from Italy* (58 Fed. Reg. 7,100, 1993), *Certain Welded Pipes y Tubes from Thailand* (63 Fed. Reg., 55,578 – 55580, 1998).

<sup>165</sup> El Departamento se basa en el caso *Certain Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products y Certain Cut-to-Length Carbon Steel Plate From Canada* (60 Fed. Reg. 42,511, 1995), y *Anti-Friction Bearings (other than Tapered Roller Bearings) y Parts thereof from France, Germany, Italy, Japan, Romania, Singapore, Sweden, Thailand, y the United Kingdom* (Pág. 39,772), y *Certain Pasta from Italy*.

<sup>166</sup> El Departamento cita el caso *Asociación Colombiana de Exportadores de Flores v. United States* citando a *Nihon Cement* (Pág. 426).

<sup>167</sup> El Departamento refiere su explicación establecida en el *Preámbulo del Reglamento Final* (62 Fed. Reg. Pág. 27,345)

<sup>168</sup> El Departamento cita el caso *Asociación Colombiana de Exportadores de Flores v. United States* (Pág. 895) y responde a la interpretación hecha por CDC al caso de *Pipes y Tubes from India* (62 Fed. Reg. 47,632, 47,638-39, 1997).

<sup>169</sup> El Departamento cita el caso *Queen's Flowers de Colombia v. United States* (Pág. 622), *Mitsubishi Elec. Corp. v. United States* (700 F. Supp. 538 – 555, C.I.T., 1988).

<sup>170</sup> Memorial del Departamento, de conformidad con la *Regla 57(2)* Págs. 54 y 55.

<sup>171</sup> 62 FR 27,295-27,424, 19 de mayo de 1997.

<sup>172</sup> El Memorial de CDC presentado de conformidad con la *Regla 57(1)*, en su Pág. 24 establece que: “CDC y CEMEX no han refutado el hecho evidente de que son empresas “afiliadas”.

<sup>173</sup> 19 U.S.C. § 1677(33).

Asimismo, el hecho de que CEMEX y CDC tienen instalaciones de producción que son lo suficientemente similares, de tal manera que un cambio en la producción no requiera una reinstrumentación significativa, también ha sido admitido por CDC.

“CDC no refuta el hecho de que los dos primeros criterios – vinculación e instalaciones de producción similares- están satisfechos.”<sup>174</sup>

“En su Memorial inicial, CDC concede, y lo repite aquí, que cumple con los dos primeros criterios de la prueba de vinculación del Departamento: está ‘afiliada’ a CEMEX de conformidad con los estándares de la legislación, y las instalaciones de producción son similares a las de CEMEX.”<sup>175</sup>

Consecuentemente, la controversia en relación con la correcta ejecución de la facultad de vincular del Departamento se centra en el tercer criterio de la prueba de vinculación.

“La única conclusión en controversia es si existe una manipulación potencial de precios o producción si CEMEX y CDC no son vinculados.”<sup>176</sup>

Tal como ha sido mencionado por todas las partes en sus Memoriales, para que se cumpla el tercer criterio, el reglamento aplicable requiere que el Departamento concluya que existe un potencial significativo de manipulación en el precio o la producción.<sup>177</sup> Para tal propósito, el Departamento de Comercio debe usar la prueba de “potencial significativo” en la cual, de acuerdo con el Código de Reglas Federales:

“...los factores que la Secretaría **puede** considerar incluir:

- (i) El nivel de propiedad en común;
- (ii) La medida en que los funcionarios o miembros directivos de una empresa tienen un lugar en el Consejo de Administración de una empresa afiliada; y
- (iii) Si las operaciones están empalmadas, **como en** el intercambio de información sobre ventas, involucramiento en las decisiones sobre producción y precios, el intercambio de instalaciones o empleados, o transacciones significativas entre los productores afiliados.”<sup>178</sup>

Antes de analizar si estos factores se encuentran en este caso, primero es importante hacer notar que, de acuerdo con la legislación, no es obligatoria su consideración, ya que la palabra “puede” significa que el Departamento tiene el derecho, pero no está obligado, a analizar cada uno; y segundo, que aún en el caso en que el análisis del Departamento indique que uno o más de estos factores no fueron encontrados, el Departamento continuará en la posición de considerar que existe un potencial significativo de manipulación. No obstante, como consta en el expediente, el Departamento de hecho sí consideró estos tres factores y concluyó que todos fueron satisfechos.

Primero, en relación con el criterio de nivel de participación accionaria, el expediente confirma que el Departamento analizó este punto y concluyó que el monto de participación de equidad de CEMEX en CDC lo coloca en una posición de potencial influencia en los procesos de toma de decisiones.

Segundo, en cuanto a la extensión de los miembros de CEMEX con un lugar en Consejo de Administración de CDC, no sólo lo registra el expediente, sino que también CDC ha hecho saber que “miembros ejecutivos de CEMEX ocupan un lugar en el Consejo de Administración de CDC y empresas afiliadas,”<sup>179</sup> y el Departamento afirma haber tomado en consideración.

Tercero, en cuanto a la consideración de si las operaciones de CEMEX y CDC están empalmadas, la legislación menciona algunos casos que pueden llevar al Departamento a considerar que lo están. Una vez más, es importante hacer notar que al utilizar la expresión “como en”, la disposición revela que la mera ocurrencia de cualquiera de estos casos o el hallazgo de otros indicios pueden convencer al Departamento de la existencia de operaciones empalmadas entre las partes y permitirle considerar significativo el potencial de manipulación.

De los casos enlistados (intercambio de información de ventas, involucramiento en las decisiones de producción y precios, intercambio de instalaciones o de empleados, y la existencia de transacciones significativas entre los productores afiliados) es en el último en el que el Departamento encontró prueba, y también es éste el que ha causado gran controversia entre las partes.

<sup>174</sup> Memorial de CDC presentado de conformidad con la Regla 57(1), Pág. 25.

<sup>175</sup> Memorial de CDC presentado de conformidad con la Regla 57(3), Pág. 4, pie de Pág. 7.

<sup>176</sup> Memorial de STCC en respuesta a los Memoriales presentados por CEMEX y CDC Pág. 155.

<sup>177</sup> De conformidad con la disposición 19 CFR 351.401(f)(1), en donde se regula el tratamiento de productores afiliados en procedimientos antidumping en general: “En un procedimiento antidumping bajo esta parte, la Secretaría tratará a dos o más dos o más empresas como una sola entidad cuando esos productores tienen instalaciones para productos similares o idénticos, de tal manera que un cambio en la producción no requiera una reinstrumentación significativa para poder reestructurar sus prioridades de manufactura y la Secretaría concluye que hay un potencial significativo para la manipulación del precio de producción.”

<sup>178</sup> 19 CFR 351.401(f)(2) (énfasis añadido).

<sup>179</sup> Memorial de CDC presentado de conformidad con la Regla 57(1) Pág. 33.

La prueba en el expediente demuestra que aún cuando CDC afirma que a diferencia de lo ocurrido en las Revisiones anteriores, “no hubo transacciones comerciales entre las partes durante la Sexta Revisión,”<sup>180</sup> el Departamento identificó un acuerdo entre CEMEX y CDC y consideró que éste demuestra la existencia de operaciones empalmadas entre ambas empresas, lo cual lleva a apoyar su conclusión de que sí existía un importante potencial de manipulación de la resolución antidumping, que es la política de razonamiento que justifica la vinculación.

Vale la pena señalar que recientemente<sup>181</sup> CDC se retractó de la afirmación anteriormente mencionada, diciendo que “la única transacción entre CDC y CEMEX durante el periodo relevante [es] –un contrato de consultoría sobre la construcción de... [una] planta-...,” y pidió que dicha transacción fuera considerada en el contexto del proceso de contratación; sin embargo, tal como lo señaló el Departamento, “el criterio de vinculación no requiere que Comercio distinga los diferentes tipos de transacciones entre las empresas. Comercio sólo deber indicar si se llevaron a cabo transacciones entre las empresas”<sup>182</sup>.

Adicionalmente, aún cuando CDC insista en la necesidad de analizar los antecedentes y la naturaleza de ese contrato, al decir que “el Departamento pudo dar algún análisis de si esta información en el expediente sugería que la decisión de conceder el contrato a CEMEX lucía razonable y justificada por hechos objetivos, o si la afiliación entre las partes esencialmente aseguraba que CEMEX recibiera el contrato”, la verdad es que, independientemente de los resultados de dicho análisis –habiéndolo hecho-, el Departamento hubiera seguido siendo capaz de determinar que existe un significativo potencial de manipulación, ya que el Departamento tiene la facultad de “sopesar la prueba [...] para discernir si las empresas son, de hecho, entidades separadas o si están lo suficientemente interrelacionadas como para tratarlas como una sola empresa ...”<sup>183</sup>.

Asimismo, en tanto que la naturaleza de la vinculación es preventiva, más que correctiva o de saneamiento, el Departamento sólo necesita encontrar significativo el potencial de manipulación (basándose en los antes citados criterios, factores y otros indicios) para estar en condiciones de vincular, sin necesidad de fundar sus conclusiones en evidencia de existencia presente de manipulación o control en las decisiones sobre producciones y precios, de parte de CEMEX.

Este Panel comparte algunas preocupaciones con el Panel de la Quinta Revisión Administrativa, en cuanto al importante impacto negativo sobre CDC que ha tenido la decisión del Departamento de vincular. La consistente determinación del Departamento a lo largo de 13 Revisiones Administrativas, sin tener pruebas de manipulación de la resolución de parte de los productores mexicanos, haría que por lo menos se apoyara la contemplación de esta preocupación cuando el Departamento vuelva a considerar en el futuro, vincular a CDC con CEMEX.

Sin embargo, considerando que este Panel está constreñido a aplicar el criterio de revisión estadounidense (deferencia a las conclusiones del Departamento, a menos que éstas no se encuentren fundadas en pruebas substanciales en el expediente, o en su caso, sean contrarias a derecho), aún cuando la prueba puede concebir conclusiones opuestas, este Panel confirma la decisión del Departamento de vincular a CEMEX y CDC.

#### **D. Saco y a granel**

##### **Argumentos presentados**

¿Estaba basada en pruebas substanciales en el expediente y de acuerdo a derecho la determinación del Departamento de que las ventas en saco y a granel constituían productos idénticos, con tan sólo un ajuste por diferencias en el empaque, de tal manera que todo el universo de ventas de Tipo I fueran debidamente incluidas en el cálculo del valor normal?

##### **Decisión del Departamento**

En la Sexta Revisión Resultados Finales, el Departamento discutió el tratamiento del cemento a granel y en saco en la sección de nivel de mercado. En respuesta a los alegatos presentados por CEMEX en el sentido de que “había tres niveles de mercado en las ventas del mercado interno a usuarios finales manufactureros de concreto y distribuidores, a través de dos canales de distribución: cemento en saco y a granel”, el Departamento “determinó las ventas de CEMEX a un nivel en el mercado interno.” Adicionalmente, el Departamento “incluyó el universo de ventas de Tipo I en su cálculo de valor normal, porque las ventas en saco y a granel constituyen un producto idéntico. La única diferencia entre estos productos es el empaque; por lo que el Departamento ha hecho un ajuste por diferencias en el empaque.” El Departamento hizo notar que cualquier comparación por canales de distribución discrecionales no estaba garantizada, basándose en su conclusión de que solamente había un nivel de mercado.<sup>184</sup>

<sup>180</sup> Memorial de CDC presentado de conformidad con la Regla 57(1) del 18 de febrero de 1999. Pág. 38.

<sup>181</sup> En su Memorial presentado de conformidad con la Regla 57(3), del 15 de junio de 1999. Pág. 7.

<sup>182</sup> *Asociación Colombiana de Exportadores de Flores v. United States* (Pág. 895).

<sup>183</sup> *Certain Welded Non-Alloy Steel Pipe from the Republic of Korea* (62 Fed. Reg. Pág. 55,588).

<sup>184</sup> Resultados Finales de la Sexta Revisión, 63 FR. pág. 12777 (Comentario 10).

### Versión Modificada de la Reclamación

En sus reclamaciones iniciales, las partes mexicanas no apelaron ni la determinación de un solo nivel de comercio en el mercado interno (aún cuando había un solo nivel diferente encontrado para cada empresa), ni la inclusión del cemento en saco y a granel en la mercancía "similar" Tipo I seleccionada para efectos del cálculo del valor normal. El 18 de junio de 1999, el Panel Binacional de la Quinta Revisión anunció su conclusión, la cual devolvió el caso al Departamento, con instrucciones de recalcular el valor normal basándose únicamente en el cemento Tipo I en saco.<sup>185</sup> Seis días después CEMEX presentó una petición incidental para solicitar al panel la autorización de una versión modificada de la reclamación.<sup>186</sup> STCC y el Departamento se opusieron a la petición incidental.<sup>187</sup>

CEMEX argumentó que el Panel tenía las facultades para conceder la petición incidental, en virtud de lo estipulado por la Regla 20 (1) de las Reglas de Procedimiento del Artículo 1904 del TLCAN. Señaló que la extensión del plazo normal por presentar una versión modificada de la reclamación estaba garantizada, ya que los plazos de la revisión no se verían afectados, porque el Panel aún no se había conformado. La modificación de la reclamación sólo fue hecha como consecuencia de la Decisión del Panel en la Quinta Revisión; el impedir la modificación resultaría en una injusticia o predisposición hacia CEMEX, porque su reclamación no sería escuchada de otra manera; y la modificación a la reclamación causaría pocas dificultades a las otras partes. En oposición a CEMEX, STCC indicó que la petición incidental había sido presentada mucho tiempo después del vencimiento del plazo permitido para la presentación de una versión modificada de la reclamación, de conformidad con la Regla 39(5); y que CEMEX pudo haber alegado ese punto en su reclamación original, pero fue su propia decisión no hacerlo así. El Departamento argumentó de manera similar la aplicación de la Regla 39(5) y el error de CEMEX de no presentar el punto en su reclamación inicial. Las partes también presentaron argumentos relativos al tratamiento de la determinación del Panel de la Quinta Revisión como una decisión judicial interventora.

En una Decisión emitida el 8 de octubre de 1999<sup>188</sup>, los entonces miembros del Panel concedieron la petición incidental, autorizaron la versión modificada de la reclamación, y permitieron a las partes presentar sus Memoriales Suplementarios, limitados a tratar el cuarto alegato de la versión modificada de la reclamación de CEMEX. La Decisión del Panel concluyó que se habían cumplido las condiciones de la Regla 20(1), y que era apropiado que las partes argumentaran a los participantes en este Panel acerca de las conclusiones y la relevancia de la Decisión del Panel inmediatamente anterior; y que cualquier retraso causado por la prórroga en el plazo sería mínimo. La reclamación Cuarta de la versión modificada de la reclamación de CEMEX establece lo siguiente:<sup>189</sup>

En los resultados finales, Comercio comparó las ventas en los Estados Unidos de cemento en saco con las ventas en el mercado interno de cemento en saco y a granel. El error de Comercio de limitar las ventas en el mercado interno usadas para calcular el valor normal, a las ventas comparables de cemento en saco fue violatorio de la ley.

### Argumentos de las Partes

En su Memorial del 10 de agosto de 1999, CEMEX argumentó que el Departamento había omitido considerar todos los factores involucrados requeridos por la legislación, cuando la determinación del "producto similar extranjero" adecuado no puede hacerse sobre las bases de un producto idéntico, sino que basándose en "la mercancía del mercado interno que es más parecida a la mercancía vendida en los Estados Unidos." El criterio enlistado en la disposición 19 USC Sección 1677 (16)(B) para producto similar exige mercancía producida en el mismo país y por la misma persona del producto investigado; mercancía igual a ese producto en componentes materiales o materiales y en el propósito en su uso; y mercancía aproximadamente igual en valor comercial a ese producto. CEMEX argumenta que el Departamento basó su decisión únicamente en el hecho de que el cemento en saco y a granel del mismo tipo comparten las mismas características físicas (aparte del empaque, omitiendo considerar si el cemento en saco y a granel eran similares en componentes materiales, usados para el mismo propósito general, y si eran aproximadamente iguales en valor comercial. CEMEX citó algunos casos sosteniendo que el error del Departamento de no considerar todos estos criterios, era reversible.<sup>190</sup>

CEMEX hizo referencia a la Decisión del Panel de la Quinta Revisión, en la cual se concluyó que el Departamento no había llevado a cabo el análisis tal como lo prescribe el derecho, y argumentó que un análisis adecuado del criterio legal podría determinar que el cemento en saco y a granel no son productos similares.

<sup>185</sup> Decisión del Panel en la Quinta Revisión, 18 de junio de 1999.

<sup>186</sup> Petición incidental de CEMEX para solicitar al panel la autorización de una versión modificada de la reclamación, 24 de junio de 1999.

<sup>187</sup> Respuesta de STCC, 1o. de julio de 1999; Respuesta del Departamento. 1o. de julio de 1999.

<sup>188</sup> Decisión del Panel, 8 de octubre de 1999.

<sup>189</sup> Reclamación Modificada de CEMEX, 24 de junio de 1999.

<sup>190</sup> *Nihon Cement Co. v. United States*, 17 CIT 400 (25 de mayo de 1993); *Timkin Co. v. United States*, 11 CIT 786, 792, 673 F.Supp. 495 (1987); *Koyo Seiko Co., Ltd. v. United States*, 16 CIT 366, 375, 796 F. Supp. 517 (1992).

CEMEX argumentó que el empaque (bolsas) es una diferencia física entre los productos; que el cemento en saco y a granel es vendido para propósitos generales diferentes, el cemento a granel se vende exclusivamente a distribuidores para su reventa, y el cemento en saco se vende casi exclusivamente a usuarios finales; y que había diferencias significativas en el precio para el cemento en saco y el cemento a granel, estableciendo que el cemento a granel y en saco del mismo tipo no es aproximadamente equivalente en valor comercial.

Posteriormente CEMEX alegó que las determinaciones de la Quinta y Sexta Revisiones Administrativas eran directamente opuestas a todas las revisiones recientes del Departamento bajo la resolución antidumping, en las que el Departamento había determinado de manera consistente que el cemento en saco y a granel eran distintos tipos de producto. Las determinaciones en la Quinta y Sexta Revisiones fueron reclamadas por ser "abrupta e inexplicablemente alejadas de sus precedentes administrativos anteriores" a lo cual no se dio ninguna explicación suficiente.

En su Memorial de fecha 8 de noviembre de 1999, STCC argumentó que CEMEX había renunciado a su derecho de apelar el punto de "saco contra a granel", al no haber presentado nunca estos argumentos al nivel administrativo. STCC señaló que el alegato de CEMEX ante el Departamento se había limitado al nivel de argumentos de mercado, y en su reclamación original presentada el 14 de mayo de 1998 no reclamó ni la conclusión de que el tipo de cemento en saco y a granel era vendido a un solo nivel de comercio en el mercado interno, ni la inclusión del cemento en saco y a granel Tipo I en el producto similar extranjero. STCC indica que tampoco CDC, filial vinculada de CEMEX, reclamó esta inclusión. STCC argumenta que al no impugnar en su reclamación original la metodología de comparación empleada por el Departamento, CEMEX renunció a su derecho de apelar.

Más allá, STCC alega que en tanto CEMEX impugnó durante la fase administrativa la metodología de comparación empleada por el Departamento, de conformidad con las disposiciones de nivel de comercio, no hizo ninguna reclamación relativa a la selección del producto similar extranjero. Por lo tanto, de acuerdo con el principio de agotamiento de recursos administrativos, dicha reclamación no puede ser presentada por primera vez ante un tribunal o un Panel Binacional. STCC discute la viabilidad de la excepción al principio de agotamiento de recursos administrativos, basándose en una decisión judicial interventora, pero hace notar que el derecho casuístico interventor sólo puede ser utilizado para reforzar el argumento de que el principio de agotamiento no debe ser aplicado, y que generalmente se necesita más, citando los casos *Pohang Iron y Steel Co. v. United States*, *Slip.Op. 99-112 (20 de octubre de 1999)* y *Rhone-Poulenc*, 7 CIT 135 (1984). Al argumentar que CEMEX tomó una decisión táctica al no presentar la reclamación cuando inició la Sexta Revisión, STCC señala que la reclamación debe ser desechada sin considerar su pretensión, ya que se fundamenta exclusivamente en la decisión judicial interventora de excepción al requisito de agotamiento, sin tener mayores bases para una excepción del requisito de agotamiento de recursos.

STCC indica que la Quinta Revisión, a diferencia de la Sexta, incluyó objeciones hechas por CEMEX a la determinación preliminar del Departamento de incluir cemento a granel Tipo I en el producto similar extranjero, y que esa reclamación también fue incluida en su reclamación original antes el Panel del TLCAN en apelación. STCC alega que no hay bases legales para excluir una porción de las ventas en el mercado interno de cemento Tipo I del producto similar extranjero, ya que tanto en saco como a granel satisfacen los requisitos de la Sección 1677(16)(B). El cemento en saco y el cemento a granel Tipo I tienen especificaciones físicas idénticas, y ambos son utilizados para hacer concreto. Ambos son también "aproximadamente equivalentes en valor comercial" de acuerdo con el costo variable de producción. El Departamento no observa ordinariamente la forma de presentación para determinar el producto similar extranjero.

STCC está de acuerdo con que en la investigación original, las ventas en Estados Unidos de cemento en saco fueron comparadas con las ventas en el mercado interno de cemento en saco, en tanto que las ventas en Estados Unidos de cemento a granel fueron comparadas con las ventas en el mercado interno de cemento a granel. STCC hacer notar la solicitud presentada por CEMEX durante la investigación original, pidiendo al Departamento que ignorara el empaque al hacer las comparaciones. En la Segunda, Tercera y Cuarta Revisiones no se llegó a ninguna conclusión al comparar cemento a granel con cemento en saco, basándose en la determinación original de la Segunda Revisión (después revertida) de que el cemento Tipo I no sería utilizado para efectos comparativos, y en las siguientes dos investigaciones sobre la negativa de CEMEX de reportar datos específicos de sus transacciones para ventas en el mercado interno, en donde el Departamento utilizó la mejor información disponible. STCC señala que las decisiones del Departamento en la Quinta y Sexta Revisiones fueron consistentes con las decisiones de los casos sobre cemento y clinker provenientes de Japón, Francia y Venezuela, así como de otros países y productos en donde el valor comercial extranjero se basó en ambos productos, en saco y a granel.

Posteriormente, STCC argumenta que la decisión del Panel en la Quinta Revisión no es vinculatoria, no es precedente, y carece de cualquier autoridad de persuasión. Señala que el Panel violó el criterio de revisión al revisar *de novo* el punto de la comparabilidad; al devolverlo al Departamento para mayor consideración, basando su decisión en nuevas interpretaciones de la legislación sin dar a ninguna de las partes la oportunidad de discutir esas interpretaciones; al ignorar el precedente del Circuito Federal que requiere

conceder mayor deferencia al modelo de comparabilidad de las determinaciones del Departamento; y al malinterpretar las disposiciones sobre los requisitos relacionados con “los propósitos de uso”, “equivalencia aproximada en el valor comercial” y “similitud en los componentes materiales”. Aún más, STCC argumenta que la decisión del Quinto Panel estuvo basada en una conclusión equivocada de que el Departamento había concedido el ajuste DIFMER, en lugar de un ajuste por empaque en las ventas de cemento en saco y a granel; y que el Panel, inapropiadamente, admitió y consideró como evidencia, material que no fue presentado en la Revisión Administrativa subyacente.

STCC presentó argumentos adicionales para demostrar que los alegatos de CEMEX en contra de la comparación entre el cemento en saco y a granel, son de hecho y de derecho equivocados. STCC establece que no existe ninguna obligación para que el Departamento equivalga “valor comercial” y “precio” para efectos de seleccionar el producto similar extranjero, y que aún si se tomó esa acción, los precios del mercado pagados por el cemento en saco y a granel son aproximadamente iguales. Los componentes materiales para el cemento en saco y a granel son idénticos, y el empaque es una mera forma de presentación, no un componente material del producto. El cemento en saco y a granel Tipo I tienen el mismo uso: la producción del concreto; por lo que el argumentar que el cemento en saco tiene un uso final en la construcción y el cemento a granel tiene un uso final de distribuidor distrae, inadecuadamente, la atención de la mercancía objeto: cemento, al producto terminado: concreto.

STCC cierra sus argumentos haciendo notar que, aún si el Panel opina que las determinaciones del Departamento no están fundamentadas en pruebas substanciales en el expediente, porque CEMEX no impugnó la determinación preliminar ante el Departamento, el Panel estaría obligado a devolver el caso al Departamento para consideración, en lugar de intentar hacer determinaciones de hecho *de novo* y aplicar opciones de metodología al expediente en la Revisión.

El Departamento también presentó un Memorial el 8 de noviembre de 1999, argumentando que la reclamación de CEMEX debería ser desechada porque CEMEX no agotó todos los recursos administrativos durante la Sexta Revisión, y que si el Panel considera la reclamación, entonces el Panel debe confirmar la selección del Departamento del producto similar extranjero, o devolver el punto al Departamento para mayor consideración.

El Departamento establece que CEMEX omitió impugnar la selección del producto similar extranjero durante la Sexta Revisión Administrativa, limitando sus argumentos a los temas de nivel de mercado del cemento a granel en contra del cemento en saco. El Departamento establece en un pie de página<sup>191</sup> que su primer declaración en la oposición a la petición incidental de CEMEX para presentar una versión modificada de la reclamación, era alegar que es inexacto que “la reclamación que CEMEX buscaba presentar, era la misma que presentó con anterioridad al Departamento en la revisión administrativa subyacente”, porque la reclamación hecha no tiene relación alguna con el punto sobre nivel de comercio que fue presentado ante la agencia. De conformidad con el principio de agotamiento de recursos administrativos, un tribunal revisor no debe considerar un punto que no fue presentado por el reclamante en los niveles administrativos. Algunas excepciones reconocidas del principio de agotamiento de recursos administrativos incluyen: el surgimiento de un argumento que era puramente legal y no requiere mayor involucramiento de la agencia; ausencia de acceso oportuno a la prueba en el expediente; una determinación judicial interventora; e inutilidad. El Departamento indica que ninguna de estas excepciones es aplicable, incluida la decisión judicial interventora. El Departamento establece que la Revisión del Quinto Panel no refleja una autoridad vinculatoria y no es dispositiva en el punto que CEMEX busca litigar. El Departamento también señala que la Quinta revisión ante un Panel basó su decisión en los hechos desarrollados durante la Quinta Revisión, y que la Sexta Revisión tiene un expediente único y separado, por lo que los hallazgos de hechos en la Quinta Revisión no tienen ningún impacto en las pretensiones de las acciones del Departamento en la Sexta Revisión.

En relación con las pretensiones en la reclamación de CEMEX, el Departamento establece que seleccionó el producto similar extranjero, en concordancia con su modelo de metodología de comparación ampliamente establecido, basado en características físicas comerciales relevantes. El Departamento continúa argumentando que si este Panel debe determinar que el Departamento no demostró que la selección en la comparación de la mercancía es consistente con la legislación, el punto debería ser devuelto para mayor consideración. El Departamento también señala que el Panel de la Quinta Revisión se apoyó en “prueba fuera del expediente” para apoyar sus conclusiones. El Quinto Panel presumió incorrectamente que todas las diferencias significativas en los precios de los demandados reflejan diferencias en el valor. El Quinto Panel también concluyó inadecuadamente que cada elemento legal en la decisión 19 USC Sección 1677(16)(B) debe tener el mismo significado; el Departamento cita numerosos casos en los que los tribunales han confirmado las decisiones del Departamento de darle mayor significado a las características físicas de la mercancía.

<sup>191</sup> Memorial del Departamento. 8 de noviembre de 1999, pie de página 4.

En su Memorial de Respuesta, de fecha 19 de noviembre de 1999, CEMEX alega que sí presentó ante el Departamento, en distintos contextos, el punto de la comparación de las ventas en los Estados Unidos de cemento en saco con ventas en el mercado interno de cemento a granel, y aunque pudo no desarrollar en su totalidad los argumentos, el principio de agotamiento de recursos administrativos sólo requiere que la parte presente un asunto de jurisdicción inferior. Puede entonces expandir y elaborar sus argumentos en apelación. CEMEX señala que si se encuentra que no agotó los recursos administrativos, aplica la excepción por decisión judicial interventora. Una decisión judicial interventora no necesariamente tiene que ser una vinculatoria o dispositiva de los puntos en litigio. Aún cuando la opinión de un juez de la CIT no es vinculatoria para otro juez, ésta bien puede considerarse persuasiva, y ha sido aplicada por la CIT para permitir la consideración del argumento.

CEMEX sigue argumentando que el Departamento aplicó el criterio legal equivocado en el análisis del producto similar extranjero, y que el Quinto Panel comprendió correctamente el significado de "valor comercial", la diferencia en los componentes entre la mercancía en saco y a granel, así como los diferentes propósitos en los que la mercancía fue usada. CEMEX continúa señalando que el Quinto Panel actuó correctamente en el alcance de su devolución, que la prueba en el expediente en la Quinta Revisión no respaldó una conclusión de que el cemento a granel y el cemento en saco son similares, y que el Panel en la Quinta Revisión obró correctamente al devolver con instrucciones de rendir una conclusión consistente "únicamente fundamentada con hechos en el expediente".

CEMEX establece que el tratamiento anterior dado por el Departamento a los productos en saco contra productos a granel, ha carecido de consistencia, y el Departamento nunca ha explicado adecuadamente sus cambiantes e inconsistentes decisiones.

Derivado de los atrasos involucrados en la terminación de la Sexta Revisión ante el Panel, el Panel solicitó que las partes presentaran Memoriales suplementarios para actualizar al Panel en cualquier descubrimiento relevante para los puntos en litigio ante el Panel.<sup>192</sup> En el punto sobre saco contra a granel, los dos descubrimientos discutidos por las partes fueron la decisión emitida por el Comité de Impugnación Extraordinaria (CIE) en la Quinta Revisión<sup>193</sup>, y la decisión del Panel de la Séptima Revisión, en relación con el punto de cemento a granel y saco.<sup>194</sup>

CEMEX y CDC indicaron que el CIE confirmó la decisión del Quinto Panel, denegando los alegatos de que el Panel se había excedido manifiestamente en sus facultades, autoridad o jurisdicción al omitir aplicar el criterio de revisión correcto. Señalaron que el CIE concluyó:

[A]parentemente el Panel, en su análisis, comprendió y aplicó el criterio de pruebas substanciales en el expediente, así como la doctrina *Chevron* de gran deferencia a las decisiones de una agencia, aún cuando la forma en que éste aplicó dichos criterios en la cuestión materia de esta solicitud, aparenta ser errónea desde el punto de vista de los Estados Unidos y el STCC.

Consecuentemente, la decisión del Panel en la Quinta Revisión es vinculatoria para la Quinta Revisión. En relación con la decisión del Panel en la Séptima Revisión, CEMEX y CDC hicieron notar que, aún cuando el Panel confirmó la conclusión del Departamento de que el cemento en saco y a granel debería ser tratados como el mismo producto similar extranjero, el punto se volvió discutible, debido a la conclusión del Departamento en la devolución, de que el cemento Tipo V vendido como cemento Tipo I sería utilizado como base para el valor normal.

STCC y el Departamento enfatizaron el papel limitado del CIE al conducir las revisiones, así como el hecho de que la opinión del CIE no puede ser interpretada como en apoyo de la decisión del Panel subyacente en sus pretensiones. Posteriormente indican que en ese sentido, todas las inferencias pueden ser extendidas, la opinión del CIE establece como opinión incidental (*Dicta*), su creencia de que la opinión disidente en la Quinta Revisión es la mejor opinión razonada. STCC continúa indicando que el Panel de la Séptima Revisión, que tuvo ante sí la Quinta Revisión, rechazó el argumento presentado por CEMEX, y que el Departamento hizo una "interpretación permisible" de la disposición 19 USC Sección 1677(16)(B) al comparar las ventas del cemento en los Estados Unidos con las ventas en el mercado interno, independientemente de si fueron en sacos o en bolsas. STCC también afirma que el Séptimo Panel hizo notar que todas las revisiones administrativas en este caso, siguientes a la Séptima Revisión han resultado en la misma determinación que Comercio en este punto.

<sup>192</sup> Decisión del Panel del 13 de abril de 2004; Memoriales Adicionales del 3 de mayo de 2004.

<sup>193</sup> ECC-2000-1904-01 USA, 30 de octubre de 2003.

<sup>194</sup> Decisión del Panel de la Séptima Revisión, 11 de abril de 2002.

### Análisis

CEMEX presentó sus preocupaciones a inicios de la Sexta Revisión, en relación con el uso del cemento a granel para efectos de la comparación de precios, y continuó presionando estos puntos a lo largo de ella e incluso en los escritos presentados subsecuentemente a la determinación preliminar hecha por el Departamento. Sin embargo, estos materiales, y particularmente los argumentos en los escritos que siguieron a la determinación preliminar (la cual propuso utilizar el cemento Tipo I en saco y a granel como producto "similar" para el cálculo del valor normal), estaban dirigidos al asunto del nivel de comercio. CEMEX argumentó que la mercancía a granel fue vendida a través de diferentes cadenas de distribución en niveles diferentes de comercio que el cemento en saco, y omitió dirigirse específicamente al punto del uso del cemento en saco y a granel como producto similar, siguiendo la determinación del Departamento acerca de un solo nivel de comercio en el mercado interno. Las reclamaciones presentadas sobre estos puntos en las revisiones inmediatas precedentes y subsecuentes, dejan claro que CEMEX comprendió, y pudo articular este punto de litis. CEMEX también omitió argumentar en la reclamación inicial que dio pie a esta Revisión ante Panel cualquier aspecto de la comparación del cemento en saco y a granel, en los temas de nivel de comercio o en la comparación en el valor normal.

Por consiguiente, el Panel concluye que CEMEX no agotó los recursos administrativos al no presentar específicamente este punto de litigio en el nivel administrativo. Por lo que, ante la ausencia de cualquier excepción a este principio, CEMEX estaría excluido de presentar este asunto en este momento. Ver 28 USC 2637(d).

La disposición 28 USC 2637 establece las reglas aplicables al agotamiento de los recursos administrativos ante la CIT. La Subsección (d), aplicable en este caso, establece que el tribunal "deberá", cuando sea adecuado, requerir el agotamiento de los recursos administrativos. En el caso *Hontex Enterprises, Inc. v. United States*, Slip.Op. 04-55 (21 de mayo de 2004) la Corte señaló que "goza de discreción para identificar las circunstancias en las que el principio de agotamiento de los recursos administrativos no aplique" *haciendo referencia al caso Consol. Bearings Co. v. United States*, 348 F. 3d 997, 1003 (Fed. Cir. 2003), citándose asimismo *CEMEX, S.A. v. United States*, 133 F. 3d 897, 905 (Fed. Cir. 1998). En el caso de *Hebei Metals y Minerals Import y Export Corporation v. United States*, Slip.Op. 04-88 (19 de julio de 2004) la Corte nuevamente hace notar la falta de cualquier requisito absoluto de agotamiento en la Corte Internacional de Comercio en casos de no clasificación y hace notar que la Corte tiene "discreción para determinar las circunstancias bajo las cuales es adecuado requerir el agotamiento de los recursos administrativos," citando el caso *China Steel*, 306 F. Supp. 2d Pág. 1310 y nuevamente haciendo referencia al caso *CEMEX S.A., supra*. En el caso de *Fabrique de fer de Charleroi S.A. v. United States*, Slip.Op. 01-82 (29 de agosto de 2001), en pie de Pág. 1, la Corte presentó la discusión sobre su discreción para determinar las circunstancias en las que el agotamiento de los recursos administrativos deba requerirse. Por su puesto, este Panel está obligado a aplicar la legislación de la misma forma en que sería aplicada por la Corte Internacional de Comercio de los Estados Unidos. Por consiguiente, este Panel tiene la misma autoridad, dentro del contexto de una revisión de TLCAN, para determinar si aplicaría una excepción al principio de agotamiento de los recursos administrativos.

CEMEX ha alegado que está cubierto por la excepción al principio de agotamiento de los recursos administrativos, debido a la decisión judicial interventora, basada en la decisión del Panel de TLCAN en la Quinta Revisión Administrativa. CEMEX argumenta que, aún cuando admite no haber presentado este asunto con anterioridad basado en estrategias de litigio, el alcance y efecto de la determinación del Quinto Panel en el asunto en litigio, es una determinación interventora adecuada, que permite la aplicación de la excepción en el principio de agotamiento.

STCC y el Departamento argumentan que esta excepción no es aplicable. Primero señalaron que sólo las decisiones judiciales que son dispositivas del asunto en cuestión y vinculatorias para el tribunal, dan pie al principio y pueden ser usadas como base para la excepción. CEMEX indicó que ésta no ha sido la práctica de la Corte Internacional de Comercio de los Estados Unidos, la cual ha reconocido, en situaciones adecuadas, decisiones de otros jueces de la Corte, equivalentes y no vinculatorias para otro juez, como base suficiente para permitir la excepción. El Panel concuerda con que esas decisiones de un nivel judicial equivalente pueden ser usadas adecuadamente para alegar una decisión judicial interventora para el agotamiento de los recursos administrativos. Ver *Timken Co. v. United States*, 15 CIT 658, 779 F. Supp. 1402 (1991); *Alhambra Foundry Co., Ltd. v. United States*, 12 CIT 343, 685 F. Supp. 1252 (1988), el cual llevó a una devolución y a una opinión subsiguiente de la Corte, 12 CIT 1110, 701 F. Supp. 221 (1988) en donde la Corte confirmó la decisión del Departamento en devolución, la cual confirmó su decisión original; *Rhone Poulenc S.A. v. United States*, 7 CIT 133, 583 F. Supp. 609 (1984).

A continuación, STCC y el Departamento impugnaron esas decisiones de los Paneles del TLCAN, porque son expresamente limitadas, nunca son precedentes y no necesariamente son seguidas por el Departamento en revisiones posteriores, no son decisiones judiciales con el alcance de ser una excepción al principio. Este Panel hace notar que de conformidad con las disposiciones del TLCAN, cuando se ha invocado una revisión ante Panel, la decisión del Panel toma el lugar de la Corte Internacional de Comercio al proveer revisión judicial a las acciones del Departamento y de la Comisión Internacional de Comercio ("ITC" por sus siglas en inglés). El papel de la revisión judicial de las acciones administrativas está bien establecido en la jurisprudencia federal.<sup>195</sup> En relación con el TLCAN, particularmente en asuntos que serán presentados sólo en casos del TLCAN, los Paneles son la única revisión judicial disponible para las acciones administrativas. Al igual que las decisiones tomadas por jueces equivalentes de la CIT, las decisiones de los Paneles no son vinculatorias para los Paneles subsecuentes, pero se les ha concedido crédito de ser persuasivas en los asuntos discutidos. Por lo anterior, este Panel sostiene que la decisión de otro Panel del TLCAN es una "decisión judicial" al menos dentro del alcance de las revisiones del TLCAN, para los efectos de aplicar la excepción al principio de agotamiento de recursos administrativos, aún cuando no constituya un precedente y no sea vinculatoria para el presente Panel.

STCC también argumentó que la excepción de decisión judicial interventora al principio de agotamiento de recursos administrativos, exige la decisión interventora y algo más, citando el caso *Pohang, Slip.Op. 99-112*. En ese caso, la Corte encontró un factor adicional ("ausencia de una oportunidad justa para presentar el asunto ante la agencia") y permitió la excepción. En el sentido de que se necesita algo más que la decisión interventora en sí para poder invocar la excepción, este Panel encuentra que la extensa discusión del punto en litigio durante la Sexta Revisión Administrativa, aunque no estuvo específicamente en el contexto de la comparación para el valor normal; la continua importancia del asunto en la Quinta, Séptima y subsecuentes revisiones; y el hecho de que se encontró suficiente información en el expediente en esta revisión para que todas las partes argumentaran sus pretensiones; son suficientes para invocar la excepción.

Por lo anterior, el Panel consideró las pretensiones de las reclamaciones presentadas por CEMEX. La posición de CEMEX es que la determinación del Departamento sobre "producto similar extranjero" omitió considerar todos los factores legales para producto similar enlistados en la disposición 19 USC Sección 1677(16)(B). En tanto que no hubo ningún argumento relacionado con que la mercancía fuera producida en el mismo país y por la misma persona que el producto investigado, CEMEX reclama que sólo el cemento a granel es "como" el cemento exportado a los Estados Unidos, en componentes materiales o materiales y en los propósitos de uso; y que sólo el producto a granel es aproximadamente equivalente en valor comercial a esa mercancía. La mercancía en saco, por otro lado, demuestra una diferencia física entre los productos (bolsas); es vendida para distintos propósitos generales (reventa a distribuidores en lugar de uso en proyectos de construcción); y demostró diferencias significativas en el precio del cemento en saco del mismo tipo. CEMEX también argumentó que la decisión hecha por el Departamento descansó únicamente en el hecho de que el cemento en saco y a granel comparten las mismas características físicas, y omitió considerar en este análisis la lista de diferencias arriba mencionada.

STCC y el Departamento respondieron que la única diferencia en el producto es el empaque, y que la forma de presentación generalmente no es considerada por Comercio al elaborar sus determinaciones. El Departamento indicó posteriormente que las facturas de CEMEX para la mercancía a granel, en al menos ciertas instancias, incluían elementos específicos de línea por el costo de embolsar el producto, reforzando su argumento de que las bolsas no son un componente material. STCC y el Departamento señalaron que el uso final del cemento -la producción del concreto- es idéntico sin importar la forma de presentación. La determinación del Departamento de "valor comercial" similar no exige una conclusión de "precio" similar; y aún si lo hiciera, un análisis de comparación de precios del cemento Tipo I en saco y a granel, utilizando precios brutos o precios netos pagados por el consumidor, demostraría que el precio de los productos era, de hecho, "similar".

Todas las partes argumentan la persuasión del Panel de la Quinta Revisión, con CEMEX y CDC apoyando la opinión de la mayoría y la determinación del Comité de Impugnación Extraordinaria, de que la decisión no sería alterada; y con STCC y el Departamento apoyando la opinión disidente de la decisión original del Panel, y su aprobación, en opinión incidental (*dicta*), en la decisión del CIE. STCC y el Departamento posteriormente hacen notar que el Séptimo Panel, al llegar a su conclusión antes de que se determinara la impugnación ante el CIE, omitió aplicar las decisiones alcanzadas por la mayoría en la Revisión del Quinto Panel, y confirmó el uso de la mercancía en saco y a granel como "similar" para efectos de la comparación para el valor normal.

Este Panel tiene algunas reservas respecto a las determinaciones del Departamento sobre el punto de cemento en saco contra el cemento a granel, sean tratados en el asunto de nivel de comercio (cadena de distribución) o en el punto de producto similar. Creemos que las preocupaciones surgidas del Quinto Panel reflejan diferencias significativas en el mercado entre el producto a granel y en saco, y que el Departamento ha demostrado inconsistencias en el tratamiento del producto en saco y a granel, ambos en la investigación mexicana y en otras investigaciones de cemento y clinker. Si se revisan estos puntos *de novo*, el Panel puede encontrar que hubo pruebas substanciales en el expediente apoyando diferentes conclusiones.

<sup>195</sup> "...revisión judicial de una acción administrativa "es la regla, y la no revisión es la excepción, la cual debe demostrarse." *Barlow v. Collins*, 397 US 159, 166-67 (1970)." *General Motors Corp. v United States*, 10 CIT 569, 573 (1986).

Sin embargo, este no es el papel de la revisión judicial, sea hecha por la CIT o por un Panel del TLCAN. El Panel determina aquí que existen pruebas substanciales en el expediente apoyando la determinación del Departamento de tratar todo el cemento Tipo I, en saco y a granel, como producto "similar" para efectos de calcular el valor normal. La mercancía en saco y a granel está hecha en el mismo país, por el mismo productor. El cemento es producido en un proceso común y es físicamente idéntico, aparte del saco; incluso si un revisor distinto pudiera encontrar que el saco constituye un material diferente, las decisiones en casos previos y similares son variadas, y la documentación de facturación con un artículo de línea separada por costos de empaque, apoya la conclusión de producto idéntico, difiriendo sólo en su empaque. Con canales separados de distribución no reconocidos en esta revisión, el uso final del cemento –la producción del concreto– es la misma. La comparación de precio, que también puede no reflejar los diferentes canales de distribución, es sin embargo, una interpretación razonable (aún si no es la única posible) de los hechos por el Departamento en esta revisión. El Departamento tomó su decisión basándose en múltiples factores, no excluyó la consideración de ninguno de los criterios legales, y no está obligado a dar el mismo peso a cada factor. El Panel sostiene que la decisión de usar la mercancía en saco y a granel para los efectos de comparar el valor normal es una "interpretación permisible" de la legislación y está apoyada por pruebas substanciales en el expediente.

El Panel confirma la determinación del Departamento de que el cemento en saco y a granel constituyen una mercancía idéntica para los efectos de comparación del valor normal.

## **E. CARGOS DE LAS TERMINALES**

### **Argumentos Presentados**

¿Estaba basada en pruebas substanciales en el expediente y de acuerdo a derecho la determinación del Departamento de clasificar los cargos de las terminales de CEMEX y de CDC en los Estados Unidos, como gastos indirectos de venta?

### **Decisión del Departamento**

En los Resultados Finales, el Departamento clasificó los cargos de las terminales en los Estados Unidos de CEMEX y de CDC, como gastos indirectos de venta:

"Finalmente, en respuesta al argumento del solicitante de que los cargos de las terminales en los Estados Unidos de CEMEX y de CDC deben considerarse cargos por transporte, en la verificación confirmamos (ver Reporte de Ventas en los Estados Unidos, de fecha 21 de julio de 1997), que los cargos de las terminales reportados son los gastos asociados con realizar ventas en los Estados Unidos, desde varias oficinas/terminales de ventas. La prueba en el expediente no indica que estos sean gastos asociados con el almacenamiento o traslado del producto investigado, antes o después de la venta final. El Departamento revisó la metodología empleada por CEMEX y CDC para determinar si los gastos reportados estuvieron de acuerdo con la práctica del Departamento. No encontramos discrepancias con el reporte de los demandados sobre gastos de ventas en los Estados Unidos, y en consistencia con nuestra determinación final en la Quinta Revisión Administrativa, continuamos tratando los cargos de las terminales reportados como gastos indirectos de venta en los Estados Unidos."<sup>196</sup>

Estos gastos fueron incurridos por las partes afiliadas correspondientes a CEMEX y a CDC en los Estados Unidos: Pacific Coast Cement, "PCC" (Terminal en Long Beach) y Sunbelt Cement, "Sunbelt" (Terminales en Phoenix y Tucson) para CEMEX, y por Rio Grande Portland Cement Company, "RGPC" (Terminales en Albuquerque y El Paso) para CDC.<sup>197</sup>

### **Argumentos de las Partes**

#### **STCC**

STCC argumenta que el Departamento debió tratar ciertos cargos de las terminales<sup>198</sup> en los Estados Unidos, asociados con la terminal de distribución de cemento como cargos por transporte, de conformidad con la disposición 19 U.S.C. § 1677a(c)(2)(A), en lugar de tratarlos como gastos indirectos de venta.<sup>199</sup> STCC alega que cuando un ajuste por CEP es concedido, como en este caso, el incremento en los gastos indirectos de venta en los Estados Unidos permite que más gastos indirectos de venta sean deducidos del valor normal.<sup>200</sup>

<sup>196</sup> Resultados Finales de la Sexta Revisión.

<sup>197</sup> Respuesta de CEMEX del 22 de noviembre de 1996 al Cuestionario. Prop. Doc. 8, en. Prueba C-20 (Apéndice 22); Respuesta de CDC's del 22 de noviembre de 1996 al Cuestionario, Prop. Doc. 9, Pág. C-23 y Prueba C6 (Apéndice 23)

<sup>198</sup> En su memorial inicial, STCC solicitó que todos los gastos reportados como cargos de las terminales fueran tratados como costos de transporte, pero en su Memorial de Respuesta de 15 de junio de 1999, Pág. 65, reconoce que algunas actividades de ventas son llevadas a cabo en las terminales, y en su Memorial Adicional de 3 de mayo de 2004 Pág. 3, solicita que los gastos de almacenamiento sean clasificados como costos de transporte.

<sup>199</sup> Memorial de STCC (18 de febrero de 1999) Pág. 79.

<sup>200</sup> *Id.* Pág. 80.

STCC reconoce que es posible que CEMEX y CDC demuestren que algunas partes de sus cargos de las terminales en los Estados Unidos reflejen gastos indirectos de venta (porque algunas actividades de ventas son llevadas a cabo en las terminales). Sin embargo, STCC solicita al Departamento que trate todos los cargos de las terminales en los Estados Unidos como gastos de almacenamiento (y por lo tanto, como cargos por transporte) si no es posible separar los gastos de almacenamiento de los gastos por ventas.<sup>201</sup>

STCC alega que en su revisión, el Departamento ni siquiera solicitó que CEMEX y CDC separaran las porciones de almacenamiento de los cargos de las terminales, de las porciones por gastos indirectos de venta,<sup>202</sup> mientras que en la Séptima Revisión el Departamento pudo segregar los gastos de almacenamiento, debidamente tratados como cargos de transporte, de los gastos por ventas, debidamente tratados como gastos indirectos de venta,<sup>203</sup> y en la Octava Revisión, el Departamento solicitó a CEMEX y CDC reportes separados de gastos indirectos de venta y gastos por almacenamiento, incurridos en sus terminales de distribución en los Estados Unidos.<sup>204</sup>

STCC argumenta que el trato dado por el Departamento a los cargos de las terminales, es contrario a la legislación,<sup>205</sup> la práctica del Departamento,<sup>206</sup> y a la prueba en el expediente.

En cuanto al último argumento, STCC reclama que el Departamento no confirmó, ni intentó confirmar, "la clasificación de estos gastos por CEMEX y CDC como gastos indirectos de venta."<sup>207</sup> De conformidad con STCC, todo lo que hizo el Departamento con respecto a los gastos por almacenamiento en los Estados Unidos en la verificación, fue "confirmar que los montos de los gastos fueran reportados con precisión, de acuerdo con los expedientes internos de CEMEX y CDC."<sup>208</sup>

### El Departamento

En respuesta, el Departamento no refutó que la legislación y la práctica del Departamento requieran que trate los gastos por almacenamiento como cargos por transporte. Sin embargo, el Departamento encontró que la prueba en el expediente apoya su determinación de tratar los cargos de las terminales incurridos como un resultado de las actividades de las ventas, apoyando las ventas en los Estados Unidos como gastos indirectos de venta: "la prueba en el expediente apoya la determinación del Departamento de que CEMEX y CDC clasificaron adecuadamente los gastos asociados con las actividades de ventas como gastos indirectos de venta, al tratar el almacenamiento de la mercancía en estas terminales, como cargos de transporte."<sup>209</sup> El Departamento cita las respuestas de Cemex y de CDC a la sección C del cuestionario del Departamento, en la cual CEMEX y CDC distinguieron los gastos surgidos de las actividades de las ventas en las terminales en los Estados Unidos, de los gastos incurridos como resultado del transporte y almacenamiento del producto investigado.<sup>210</sup>

En su Memorial, presentado de conformidad con la Regla 57(2), el Departamento estableció que "el Departamento trató adecuadamente los gastos por fletes y almacenamiento de CEMEX y CDC como cargos de transporte, y trató como "cargos de las terminales" incurridos como resultado de las actividades de ventas en apoyo a las ventas en los Estados Unidos, como gastos indirectos de venta".<sup>211</sup>

Por lo anterior, el Departamento solicita al Panel que confirme su determinación.

### CEMEX y CDC

CEMEX y CDC, al igual que el Departamento, no impugnan que los gastos de almacenamiento deban ser tratados como cargos de transporte. Sin embargo, afirman que el Departamento verificó sus cargos de las terminales correspondientes y concluyó, adecuadamente, que estos gastos debían ser tratados como gastos de ventas y no como gastos por almacenamiento.<sup>212</sup>

<sup>201</sup> Id.

<sup>202</sup> Memorial de Respuesta de STCC (15 de junio de 1999) Pág. 66.

<sup>203</sup> STCC señala que "Comercio determinó en la devolución del panel binacional en la Séptima Revisión que los gastos por operaciones de distribución en las terminales en los Estados Unidos "son adecuadamente clasificados como gastos de almacenamiento y, por lo tanto, costos por transporte" Resultados Finales de la Redeterminación de conformidad con el Panel del TLCAN (27 de septiembre de 2002), Pág. 43." Segundo Memorial Adicional de STCC (3 de mayo de 2004) Pág. 2-3.

<sup>204</sup> Memorial de Respuesta de STCC (15 de junio de 1999) Pág. 66.

<sup>205</sup> STCC reconoce que la legislación no hace referencia específica a los gastos de almacenamiento. Sin embargo, remite a la SAA misma que explica que los gastos deducibles bajo §1677a(c)(2)(A) incluyen "transporte y otros gastos, incluidos los gastos de almacenamiento, incurridos al traer la mercancía investigada de su lugar de origen al lugar de envío en el país exportador, al lugar de entrega en los Estados Unidos." SAA Pág. 823 (énfasis añadido)." Id. Pág. 81-82

<sup>206</sup> STCC cita Certain Cold-Rolled y Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from Korea, 63 Fed. Reg. 13,170, 13179 (1998) "(gastos de almacenamiento en preventa tratados como costos por transporte y deducidos del precio estadounidense); Static Random Access Memory Semiconductors From Taiwan, 62 Fed. Reg. 51,442, 51,446 (1997). And Porcelain-On-Steel Cookware from México, 62 Fed. Reg. 42,496, 42,502 (1997); Frozen Concentrated Orange Juice from Brazil, 62 Fed. Reg. 5588, 5589 (1999). "Debido a que la ley contiene un lenguaje virtualmente idéntico con respecto a los ajustes por costos por transporte al precio estadounidense y ajustes al gasto por transporte al valor normal, no debería haber diferencias en el resultado dependiendo de si la transacción en el mercado interno o si es una venta CEP/EP. Compare 19 USC § 1677a(c)(2)(A) con 19 USC §1677(a)(6)(B)(ii)." Id. Pág. 82-83.

<sup>207</sup> Id.

<sup>208</sup> Id.

<sup>209</sup> Memorial del Departamento (3 de mayo de 1999) Pág. 120.

<sup>210</sup> Respuesta de CEMEX, sección C, C.R. 8 en. C-14, C-15, y C-23, así como la respuesta de CDC, Sección C response, C.R. 9 at C-12, C-15, C-16, C-24, y C-25. Id.

<sup>211</sup> Memorial del Departamento (3 de mayo de 1999) Pág. 120.

<sup>212</sup> Memorial de Cementos de Chihuahua (3 de mayo de 1999) Pág. 17. Ver Memorial de CEMEX (3 de mayo de 1999) Pág. 37.

CEMEX establece que los almacenes de Sunbelt y PCC sirven como oficinas de ventas y los gastos son reportados en su sistema de contabilidad como gastos de ventas. Hace referencia al Reporte de Verificación de Ventas en los Estados Unidos, de fecha 21 de julio de 1997, para apoyar que el Departamento confirmó en la verificación que los cargos de las terminales reportados son gastos asociados con la realización de ventas en los Estados Unidos desde las diversas oficinas/terminales de ventas.

De manera similar, CDC alega que el Departamento verificó los cargos de las terminales de CDC y adecuadamente concluyó en los Resultados Finales que estos gastos deben ser clasificados como gastos de ventas en lugar de gastos por almacenamiento. CDC se apoya en el reporte de verificación, la cual se llevó a cabo en los Estados Unidos, en las instalaciones de RGPCC, en donde el Departamento "revisó los papeles de trabajo de gastos indirectos de venta y las hojas de trabajo correspondientes a las oficinas centrales y a las terminales" y que vinculó estos gastos con los expedientes de contabilidad de RGPCC, demostrando que los cargos de las terminales de CDC están comprendidos en gran parte de los gastos por ventas.<sup>213</sup>

En particular, CDC establece que sus cargos de las terminales incluyen muchos gastos (por ejemplo, fotocopiado, microfilmado, pagos y suscripciones, viajes, alimentos, entretenimiento, renta de auto, capacitación, conferencias, licencias y permisos, y pruebas/inspecciones de control de calidad) relacionadas sólo con actividades de ventas de estas instalaciones, y no con almacenar el cemento.<sup>214</sup>

### **Análisis**

Todas las partes acuerdan que las partes afiliadas de CEMEX y de CDC en los Estados Unidos tienen capacidad de almacenamiento y de ventas.

Todas las partes acuerdan también tratar como cargos por transporte los cargos de las terminales en los Estados Unidos asociados con el almacenamiento del cemento antes o después de la venta final a los clientes en los Estados Unidos, y como gastos indirectos de venta, los cargos de las terminales en los Estados Unidos incurridos como resultado de las actividades en las ventas, apoyando las ventas en los Estados Unidos.

En los Resultados Finales, el Departamento clasificó los cargos de las terminales en los Estados Unidos reportados por CEMEX y de CDC, como gastos indirectos de venta.

Sin embargo, STCC alega que el Departamento trató todos los cargos de las terminales en los Estados Unidos como gastos indirectos, en lugar de gastos por almacenamiento o debidamente relacionados de alguna manera como gastos por almacenamiento.<sup>215</sup> Por ello, STCC solicita al Departamento que trate todos los cargos de las terminales en los Estados Unidos como cargos por transporte, si no es posible separar la porción de los gastos por almacenamiento de los gastos de ventas.

Por otro lado, el Departamento, CEMEX y CDC establecen que durante la verificación, el Departamento confirmó que los cargos de las terminales en los Estados Unidos reportados corresponden a gastos asociados con la realización de ventas en los Estados Unidos, por lo tanto, solicitan al Panel que confirme la decisión del Departamento de tratarlos como gastos indirectos de venta.

Por consiguiente, es adecuado cuestionar si la prueba en el expediente indica que los cargos de las terminales reportados son efectivamente gastos asociados con la realización de ventas en los Estados Unidos desde las diversas oficinas/terminales de ventas, o si, como sugiere STCC, algunos de ellos son gastos asociados con el almacenamiento o traslado del producto investigado, antes o después de la venta final.

En relación con la prueba en el expediente que apoya la determinación del Departamento, hay dos elementos principales que considerar, en virtud de poder analizarla: los cuestionarios citados por el Departamento, CEMEX y CDC, y los reportes de verificación.

Los cuestionarios citados por el Departamento, CEMEX y CDC distinguen gastos derivados de actividades de ventas y aquellos involucrados en fletes y almacenamiento. La información contenida en dichos cuestionarios, aunque concisa, apoya la determinación del Departamento. Tal información indica que los gastos por transporte y almacenamiento fueron reportados de manera separada de los cargos de las terminales.

En cuanto a la cuestión de si algunos de los gastos de las oficinas/terminales no están asociados con la realización de ventas en los Estados Unidos, el Panel concluye que el Departamento confirmó durante la verificación que las actividades de ventas fueron realizadas en las instalaciones de las terminales y las actividades reportadas correspondían a actividades de ventas. Considerando que el Departamento sólo necesita hacer una interpretación razonable de los hechos, y no necesariamente la más razonable, así como la deferencia que se debe conceder al Departamento en relación con las actividades de verificación,<sup>216</sup> el Panel concluye que es adecuado confirmar la determinación del Departamento, en relación con el trato dado a los cargos de las terminales en los Estados Unidos como gastos indirectos de ventas.

<sup>213</sup> Id. Pág. 17.

<sup>214</sup> CDC cita la Prueba de Verificación a CDC, Pág. 4-5; Prop. CDC US Exh. Doc #22. Id. Pág. 18.

<sup>215</sup> Transcripción de la Audiencia. Pág. 28.

<sup>216</sup> Bajo Chevron, USA, Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc., 467 US 837, 842-43 (1984), "cualquier interpretación razonable de la disposición es una interpretación permisible" Torrington v. United States, 82 F. 3d 1039, 1044 (Fed. Cir) 1996). "Para sobrevivir al escrutinio judicial, la interpretación [del Departamento] no debe ser la única interpretación razonable o si quiera la interpretación más razonable... En cambio, una Corte debe conceder deferencia a la interpretación razonable de una disposición hecha por una agencia, aún si la Corte hubiera preferido otra." Koyo Seiko Co. v. United States, 36 F.3d 1565, 1570 (Fed. Cir. 1994) (citando Zenith Radio Corp. v. United States, 437 US 443, 450 (1978)).

Este Panel confirma la determinación del Departamento, en relación con el trato dado a los cargos de las terminales en los Estados Unidos como gastos indirectos de venta.

#### F. Decisión con relación a DIFMER

##### Asuntos a resolver

1. ¿Estaba basado en pruebas substanciales en el expediente y de acuerdo a derecho el uso del Departamento de hechos adversos parciales disponibles para calcular el ajuste DIFMER?
2. ¿El cálculo DIFMER hecho por el Departamento estaba basado con precisión en la información disponible en el expediente?

##### Decisión del Departamento

El Departamento comparó las ventas de CEMEX en los Estados Unidos de cemento Tipo V (facturado como Tipo II) con las ventas domésticas en México de cemento Tipo I, para calcular el margen de dumping. Esto se dio porque las ventas de la mercancía físicamente idéntica (Tipo V facturada como Tipo V, II y I) fueron excluidas por el Departamento. En relación con las ventas domésticas en México de cemento Tipo V facturado como cemento Tipo V y II, el Departamento determinó que éstas no estuvieron dentro del curso de operaciones comerciales normales. Las ventas de Tipo V, facturado como Tipo I, fueron excluidas por el Departamento basándose en hechos disponibles. Por lo tanto, de conformidad con la legislación antidumping, el Departamento usó el cemento Tipo I como mercancía comparable, ya que era el producto más similar y que cumplía con los requisitos de la legislación.

Cuando un producto no idéntico sirve como base para el cálculo del valor normal, la legislación antidumping autoriza un ajuste al valor normal para contabilizar las diferencias en las características físicas de la mercancía que está siendo comparada. Este cálculo es un ajuste para diferencias en costos, únicamente atribuible a diferencias físicas.<sup>217</sup> Dicho ajuste suele llamarse ajuste "DIFMER". En la Sexta Revisión, el Departamento hizo un ajuste DIFMER, basándose en hechos parciales disponibles, porque el Departamento determinó que CEMEX no cumplió con el requisito de información relacionado con el Tipo de cemento producido en las plantas Yaqui y Campana en Hermosillo. El Departamento calculó un ajuste negativo usando los propios datos de costos de CEMEX. Como sólo había información parcialmente disponible, el Departamento calculó el ajuste DIFMER basándose en una comparación entre los costos variables en las plantas de Hermosillo con el menor costo variable de la planta Tipo I de CEMEX.<sup>218</sup>

1. ¿Estaba basado en pruebas substanciales en el expediente y de acuerdo a derecho el uso del Departamento de hechos adversos parciales disponibles para calcular el ajuste DIFMER?

##### Argumentos de las Partes

###### El Departamento

En virtud del hecho de que los cementos Tipo I y V no son productos idénticos, de conformidad con lo señalado en la disposición 19 U.S.C. § 1677b(a)(6)(C)(ii), el Departamento está autorizado a realizar un ajuste DIFMER al valor normal para hacer la comparación de precios entre cemento Tipo I y cemento Tipo V. Sin embargo, de acuerdo con el Departamento, "el Departamento no pudo calcular un ajuste DIFMER preciso, porque CEMEX no presentó la información que reflejara su producción real de cemento en las plantas Yaqui y Campana en Hermosillo."<sup>219</sup> Estas circunstancias de hecho obligaron al Departamento a calcular el ajuste DIFMER para CEMEX utilizando hechos adversos parciales disponibles.

El Departamento establece que la "Sección 1677e(a) de la ley antidumping indica al Departamento a acudir a hechos disponibles, si la información necesaria no está disponible en el expediente, o (también si) una parte interesada retiene la información requerida."<sup>220</sup> 19 U.S.C. § 1677e(a)(1); 1677e(a)(2)(A).

En cuanto a esto, el Departamento posteriormente establece que "la disposición sobre mejor información disponible sirve ... (como) incentivo para que los demandados presenten al Departamento las respuestas en tiempo, y de manera completa y precisa, para que la agencia pueda calcular márgenes de dumping precisos. *Rhone Poulenc, Inc. v. United States*, 899 F.2d 1185, 1191 (Fed. Cir. 1990)."<sup>221</sup> El Departamento indica que cuando "un demandado retiene información de hechos crucial para el análisis del Departamento, la aplicación de la regla de mejor información disponible no sólo es apropiada, sino, necesaria para asegurar el futuro cumplimiento de los requerimientos de información hechos por el Departamento."<sup>222</sup>

El Departamento señala que requirió información en tres cuestionarios diferentes, acerca de los costos variables de manufactura incurridos en la producción de los diferentes tipos de cemento. En el primer cuestionario, el Departamento pidió la información de los costos variables de manufactura. El Departamento explica que en la respuesta de CEMEX, éste presentó información promediada de los costos variables de manufactura para los Tipos I y II de cemento. CEMEX también explicó que todos sus procesos de producción "son esencialmente los mismos" para todos los tipos de cemento, la única diferencia son las composiciones químicas de su materia prima."<sup>223</sup>

<sup>217</sup> 19 U.S.C. 1677b(a)(6)(C)(ii).

<sup>218</sup> *Cemento Portland Gris y Clinker from México*, 63 Fed. Reg. Pág. 12779.

<sup>219</sup> Memorial del Departamento (3 de mayo de 1999) Pág. 56.

<sup>220</sup> *Id.*

<sup>221</sup> *Id.* Pág. 57.

<sup>222</sup> *Id.*

<sup>223</sup> *Id.*

CEMEX también presentó una tabla que identificaba, por planta, el tipo de cemento producido. No hay indicación en esa tabla que demuestre que CEMEX estaba produciendo cemento Tipo V en cualquiera de sus plantas. De acuerdo con esa tabla, todas las plantas de CEMEX estaban produciendo cemento Tipo I o cemento Tipo II. *CEMEX Supp. Sect. A Respuesta del 29 de enero de 1997, P.R. 72; C.R. 20 en Anexo SA-7.*

Con la intención de calcular el ajuste DIFMER, el Departamento requirió nuevamente la información en un segundo cuestionario, sobre los elementos relacionados con los costos variables de manufactura que fueran exclusivamente atribuibles a diferencias físicas. CEMEX reiteró su declaración de que las diferencias en los costos entre el Tipo I y el II eran atribuibles a las composiciones químicas de las materias primas. *CEMEX Supp. Sect. D Respuesta del 13 de febrero de 1997, P.R. 76; C.R. 24 pág. 42.*

En un tercer cuestionario complementario, el Departamento solicitó una aclaración de si las diferencias reportadas en los costos variables para los Tipos I y II se debían a diferencias en las características físicas. CEMEX respondió que la información estaba basada en costos variables de manufactura para cada planta, calculados sobre una metodología de promedio ponderado. El Departamento calificó la respuesta como incapaz de proveer la explicación solicitada. En ese cuestionario, el Departamento preguntó a CEMEX si la información DIFMER presentada estaba basada en una diferencia de promedio ponderado de costos variables de manufactura (CVM) para producir cemento Tipo I y Tipo II. En la respuesta CEMEX afirmó que: "En virtud de la composición química de la piedra caliza y la arcilla usadas en Hermosillo, el Tipo II LA sólo se produce en (CPN {Campana} y Yaqui)... es imposible determinar si la diferencia en los CVM resulta de diferencias en costos materiales, los cuales varían en cada planta, debido a las diferentes composiciones físicas y químicas de las materias primas usadas, o del efecto del promedio. CEMEX afirma que en tanto que es imposible aislar uno solo, o incluso un grupo, de diferentes costos de las materias primas, permanece el hecho de que las diferencias en CVM reflejan diferencias en las características físicas para el cemento Tipo I y el cemento Tipo II." *CEMEX Supp. Respuesta, 7 de abril de 1997, P.R. 91; C.R. 31, págs. 64-65.* En otra sección del mismo cuestionario suplementario, CEMEX respondió que "los cementos producidos y vendidos en CPN {Campana} fueron de Tipo II, Tipo V y puzzolanico. El cemento producido y vendido en Yaqui fueron de cemento Tipo I, Tipo II y puzzolanico." *CEMEX Supp. Respuesta, 17 de abril de 1997, P.R. 91; C.R. 31 pág. 65.*

Durante la verificación, el Departamento descubrió que CEMEX sólo produce cemento Tipo V en las plantas de Hermosillo (Campana y Yaqui). CEMEX también estuvo de acuerdo en que la información promedio ponderada de costos variables estaba basada en una distribución de ventas facturadas como Tipo I, II, y V de las plantas Yaqui y Campana. Por lo tanto, las diferencias en costos no se debían a diferencias físicas. *Reporte de Verificación de Costos de CEMEX y CDC. P.R. 131; C.R. 53 págs. 14-15.* De conformidad con el Memorial del Departamento: "CEMEX también admitió (en el Reporte de Verificación) que las diferencias en los costos de producción entre el cemento Tipo I de Yaqui y el cemento Tipo I de otras plantas eran el resultado de la eficiencia de las plantas."<sup>224</sup>

Para los Resultados Preliminares, el Departamento concluyó que la información en el expediente era insuficiente para efecto de calcular el ajuste DIFMER para comparar el Tipo I y V. El Departamento argumenta que no pudo utilizar la información proporcionada por CEMEX, ya que CEMEX no calculó las diferencias en costos variables basadas en diferencias físicas entre los cementos Tipo I y V. En los Resultados Finales, el Departamento confirmó su determinación, estableciendo que "el DIFMER reportado para el cemento vendido como Tipo I y II en estas instalaciones (Yaqui y Campana) no reflejó las diferencias en la mercancía y no resultó en una base adecuada para un ajuste DIFMER."<sup>225</sup> *63 Fed. Reg. Pág. 12779.*

## CEMEX

CEMEX argumenta que la declaración fundamental del Departamento que apoya la decisión de hechos parciales disponibles, es que CEMEX no informó adecuadamente el tipo de cemento que estaba produciendo en las instalaciones de Hermosillo (El Yaqui y Campana). CEMEX alega que "esta es una clasificación incorrecta de los hechos en el expediente de la revisión."<sup>226</sup> De acuerdo con lo dicho por CEMEX en su respuesta al cuestionario suplementario del Departamento, emitido el 24 de diciembre de 1996, CEMEX trató este asunto. En la respuesta a la pregunta 6, CEMEX indica que: "Las plantas de El Yaqui y CPN (Campana) producen un cemento natural Tipo V LA, porque la composición química de su cantera da esa calidad. El Yaqui tuvo algunas ventas de cemento que cumplía las especificaciones técnicas de cemento Tipo II LA (y Tipo V LA) a clientes que sólo querían Tipo I durante el periodo de investigación." *Respuesta Complementaria de CEMEX. 29 de enero de 1997, Prop. Doc. #20. Pág. 22.* En la respuesta a la pregunta 7, CEMEX señala que: "tal como se explicó en la respuesta anterior a la pregunta 6, CEMEX tuvo ventas de cemento que cumplía las especificaciones técnicas de cemento Tipo V L, cemento Tipo II LA y cemento Tipo I durante el periodo de investigación." CEMEX alega que ni el Departamento ni STCC pueden reclamar haber tenido conocimiento de esos hechos hasta la verificación.

CEMEX también argumenta en su Memorial<sup>227</sup> que todos estos problemas surgen por la confusión creada por la adopción de la metodología de "vendido como". CEMEX alega que la única metodología consistente con la legislación antidumping en la metodología de "producido como".

<sup>224</sup> Memorial del Departamento (3 de mayo de 1999) Pág. 60.

<sup>225</sup> *Id.* Pág. 61.

<sup>226</sup> Memorial de Respuesta de CEMEX, 15 de junio de 1999, Pág. 31.

<sup>227</sup> *Id.* Pág. 34.

## STCC

STCC señala que el Departamento requirió a CEMEX, en repetidas ocasiones, información sobre la relación entre los datos de costos variables reportados por CEMEX y las diferentes características físicas del cemento Tipo I y cemento Tipo II; sin embargo, CEMEX no presentó esa información. STCC continúa indicando que durante la visita de verificación, el Departamento descubrió que el DIFMER reportado por CEMEX no estaba basado en diferencias físicas, sino en "distribución de costos entre las ventas del cemento Tipo I y el cemento Tipo II para lo que era, de hecho, el mismo producto físico: cemento Tipo V."<sup>228</sup> Durante la verificación, el Departamento descubrió que todo el cemento producido en las plantas de Hermosillo (excepto el cemento puzzolanic) era de Tipo V. Por lo tanto, de acuerdo con STCC, la información DIFMER de CEMEX no podía ser usada y el Departamento estaba obligado "a basarse en hechos disponibles como base para el DIFMER de CEMEX."<sup>229</sup>

## Análisis

Aunque el Panel está de acuerdo con CEMEX en cuanto a que la información proporcionada por CEMEX en las respuestas al cuestionario suplementario de fecha 24 de diciembre de 1996 presenta el argumento del Tipo de cemento producido en El Yaqui y Campana, la respuesta no es lo suficientemente clara para informar si el Tipo V era el único cemento producido en esas plantas. La respuesta a la pregunta 6 específica que únicamente "El Yaqui y CPN (Campana) producen un tipo natural de cemento Tipo V LA, porque la composición química de su cantera da esa calidad;" sin embargo, esta respuesta no es lo suficientemente específica para demostrar si éste era el único tipo de cemento producido en esas instalaciones.

Segundo, CEMEX no tienen ninguna explicación de por qué la tabla presentada indica que Campana produce Tipo II y El Yaqui produce Tipo I y cemento Tipo II. Esta declaración no puede ser explicada por la hipótesis de la confusión creada por la metodología de "producido como" contra la metodología de "vendido como."<sup>230</sup> De conformidad con los hallazgos en la verificación, CEMEX produjo cemento Tipo V LA en estas instalaciones y vendió este cemento Tipo V como cemento Tipo V, Tipo II y Tipo I, así es de que si la tabla pretendía reflejar el tipo de cemento de acuerdo con la metodología de "vendido como", ésta debió haber declarado los tres tipo de cemento: Tipo V, Tipo II y Tipo I. De manera similar, si la tabla hubiera querido reflejar el tipo de cemento "producido como" debió haber señalado al Tipo V. En relación con esta tabla, este Panel concluye que las afirmaciones de CEMEX fueron engañosas en relación con el tipo de cemento producido en las instalaciones de Hermosillo.

Tercero, en las respuestas al tercer cuestionario, el Panel encuentra declaraciones que implican que la planta Campana produjo Tipo II, Tipo V y puzzolanic, en tanto que el cemento producido en El Yaqui fue Tipo I, Tipo II y puzzolanic. *CEMEX Supp. Respuesta, 7 de abril de 1997, P.R. 91; C.R. 31, pág. 65.* Estas sugerencias no son consistentes con los hallazgos en la verificación. CEMEX debió haber declarado claramente que CEMEX produjo Tipo V y vendió este cemento a clientes de Tipo V, Tipo II y Tipo I.

El Panel encuentra aún más problemático el hecho de que CEMEX estuviera reportando promedios ponderados de los costos variables calculados en una metodología de distribución basada en las ventas de cemento Tipo V, II y I de las plantas de Hermosillo. El Panel concluye que esta metodología es claramente inusual para propósitos de calcular el margen DIFMER. El Panel también encuentra una clara inconsistencia entre las afirmaciones de CEMEX en el tercer cuestionario suplementario, en las que establece que: "permanece el hecho de que las diferencias en CVM reflejan diferencias en características físicas para el cemento Tipo I y el cemento Tipo II" y los resultados de la verificación.

En conclusión, el Panel concluye que CEMEX no fue cooperador con la información relativa al tipo de cemento producido en las plantas de Hermosillo. Adicionalmente, el Panel concluye que CEMEX no calculó la información del promedio ponderado del costo variable bajo la metodología correcta,<sup>231</sup> y no informó acerca de la metodología que estaba siendo utilizada. El Panel concuerda con la afirmación del Departamento de que en concordancia con la disposición 19 U.S.C. 1677e(a), la legislación autoriza el uso de inferencias adversas, si el Departamento concluye que una parte interesada no ha cooperado, al no realizar el mejor esfuerzo para cumplir con un requerimiento de información. El Panel concluye que CEMEX retuvo información importante en relación con el método para calcular el promedio ponderado del costo variable, y que también presentó respuestas engañosas en cuanto al tipo de cemento producido en las instalaciones de Hermosillo. Por lo tanto, el Panel confirma el uso de hechos parciales disponibles en relación con el ajuste DIFMER y concluye que estuvo fundado en pruebas substanciales en el expediente y de conformidad a derecho.

2. ¿El cálculo DIFMER hecho por el Departamento estaba basado con precisión en la información disponible en el expediente?

<sup>228</sup> 62 Fed. Reg. 47, 626, 47, 629 (1997). Ver Memorial de Respuesta de STCC. 3 de mayo de 1999, Pág. 106.

<sup>229</sup> Memorial de Respuesta de STCC. 3 de mayo de 1999, Pág. 107.

<sup>230</sup> Estas explicaciones fueron enfatizadas por CEMEX durante la Audiencia del 23 de febrero de 2005.

<sup>231</sup> Basado en diferencias físicas.

## Argumentos de las Partes

### El Departamento

Una vez que el Departamento determinó la aplicación de hechos disponibles, el punto era cómo calcular el ajuste DIFMER. El Departamento argumenta que la tardía revelación de CEMEX no permitió al Departamento obtener la información adicional necesaria para calcular un ajuste DIFMER preciso. De conformidad con lo señalado por el Departamento, la exigencia de mayor información era necesaria porque "CEMEX ha admitido que las diferencias reportadas en los costos variables de sus instalaciones en la producción de Tipo I reflejaban diferencias en la eficiencia en la producción, y no en las características físicas."<sup>232</sup> *Reporte de Verificación de Costos de CEMEX y CDC. P.R. 131; C.R. 553, pág. 15.*

Para los Resultados Preliminares, una vez que el Departamento llegó a la decisión de utilizar hechos adversos disponibles para el ajuste DIFMER de CEMEX, el Departamento aplicó un ajuste de veinte por ciento por arriba del valor normal (el máximo normalmente permitido por el Departamento).<sup>233</sup> No obstante, después de considerar los comentarios recibidos posteriormente a los Resultados Preliminares, el Departamento buscó alternativas para calcular el ajuste DIFMER que fuera lo suficientemente negativo, pero que estuviera basado en la información de costos de CEMEX.<sup>234</sup>

El Departamento confirmó eso, porque CEMEX produjo cemento Tipo I en múltiples plantas, el Departamento tenía que estar seguro de que el nuevo cálculo no reflejara diferencias en las eficiencias de la producción a lo largo de numerosas plantas. Por esta razón, el Departamento concluyó que no podía "comparar el costo variable de las instalaciones de El Yaqui y Campana con el costo variable de las numerosas instalaciones de CEMEX que producen cemento Tipo I." *Sexta Revisión Resultados Finales, 63 Fed. Reg. Pág. 12779.* Por ello, para evadir el impacto de la eficiencia en las producciones, el Departamento calculó el ajuste DIFMER de CEMEX comparando los "costos variables de CEMEX al producir cemento en las plantas de Hermosillo (vendido como Tipos I, II y V) con los costos variables más bajos reportados por una instalación de CEMEX de Tipo I." *Id.* Este cálculo resultó en un [-] por ciento arriba del valor normal.<sup>235</sup> El Departamento estableció que "este cálculo resultó en un ajuste superior a los precios en el mercado interno, que en este caso es lo suficientemente negativo, pero está basado en la información real de costos de CEMEX." *Sexta Revisión Resultados Finales, 63 Fed. Reg. Pág. 12779.*

### CEMEX

CEMEX argumenta que sí presentó ante el Departamento los datos sobre costos de producción, cubriendo el cemento Tipo I, Tipo II LA y Tipo V LA.<sup>236</sup> De conformidad con lo indicado por CEMEX, dicha información fue verificada como precisa por el Departamento.<sup>237</sup> CEMEX argumenta que estos datos sobre costos fueron totalmente útiles para el cálculo del ajuste DIFMER.

CEMEX alega que el uso por parte del Departamento del costo variable de una sola planta —la que tenía el menor costo variable— tuvo un efecto adverso.<sup>238</sup> En opinión de CEMEX, en lugar de utilizar la planta con el menor costo variable al producir cemento Tipo I, el Departamento debió haber usado información de todas las plantas y utilizar el promedio ponderado de costo variable para el cemento Tipo I producido en todas las instalaciones Tipo I de CEMEX. De acuerdo con CEMEX, "el uso del promedio ponderado de costos de producción de múltiples instalaciones es el enfoque estándar utilizado por el Departamento".<sup>239</sup> CEMEX alega que esta metodología es consistente con el fraseo del cuestionario del Departamento, el cual requirió que CEMEX presentara su costo promedio ponderado: "Si usted produce la mercancía bajo revisión en más de una instalación, deberá reportar COP y CV basándose en el promedio ponderado del costo incurrido en todas las instalaciones."<sup>240</sup>

CEMEX argumenta que al elegir la planta con el costo variable más bajo, el Departamento aumentó negativamente el ajuste DIFMER en un 400 por ciento, cuando se compara este ajuste con el ajuste calculado sobre la base del promedio ponderado de costos variables de todas las plantas de CEMEX que producen Tipo I. Desde el punto de vista de CEMEX, este incremento es claramente punitivo, dado que hay información en el expediente que puede derivar en un ajuste DIFMER más bajo. CEMEX alega que el cálculo de DIFMER fue irrazonable, porque el Departamento rechazó un ajuste menor en favor de un ajuste más alto, dado que el número mayor era menos probativo, debido a la información en el expediente. CEMEX también señala que el cálculo del ajuste DIFMER es inconsistente con la naturaleza compensatoria de la legislación antidumping, la cual requiere que los márgenes de dumping sean calculados con exactitud.<sup>241</sup>

<sup>232</sup> Memorial del Departamento (3 de mayo de 1999), Pág. 61.

<sup>233</sup> 62 Fed. Reg. Pág. 47628.

<sup>234</sup> *Sexta Revisión Resultados Finales, 63 Fed. Reg. Pág. 12779.*

<sup>235</sup> Memorandum de Resultados Finales, P.R. 223; C.R. 94 Pág. 11.

<sup>236</sup> Prop. Doc. #24; Pub. Doc. #76.

<sup>237</sup> Memorial Inicial de Cemex, 19 de febrero de 1999, Pág. 49.

<sup>238</sup> Memorial del Departamento. Pág. 67 ("El derecho casuístico relevante requiere que la elección de los hechos disponibles tengan una relación razonable con el asunto materia de litis.")

<sup>239</sup> Memorial de Respuesta de CEMEX, 15 de junio de 1999, Pág. 40, *citando Antifriction Bearings (Other Than Tapered Roller) And Parts Thereof From France, et. al.*, 57 Fed. Reg. 28360, 28367 (1992) ("el Departamento usó el promedio ponderado de costo variable de manufactura (CVM) de la familia correspondiente en el cálculo del ajuste DIFMERs")

<sup>240</sup> Pub. Doc. #11 at D-2.

<sup>241</sup> Memorial de Respuesta of Cemex, S.A. de C.V. de 15 de junio de 1999 Pág. 41.

CEMEX también sugiere que dado que CDC ha sido vinculado con CEMEX, el Panel debió haber usado el DIFMER de la investigación de CDC.

### STCC y el Departamento

Tanto el Departamento como STCC señalaron que el criterio legal para hechos disponibles concede una gran deferencia al Departamento. STCC citó la decisión del Circuito Federal en el caso *Allied-Signal Aerospace Co. v. United States*, 996 F.2d 1185 (Fed. Cir. 1993). La decisión establece que el Congreso "explícitamente deja un vacío para que sea llenado por la agencia" en la elección de la mejor información disponible y, por consiguiente, de acuerdo con STCC, la elección del Departamento conlleva una considerable deferencia.<sup>242</sup> El Departamento añade que los hechos disponibles tienen el mismo propósito que la mejor información disponible y cita la decisión de la CIT, en la cual la Corte sostiene que el Departamento tiene la misma facultad discrecional al seleccionar hechos disponibles bajo la URAA.

Tanto el Departamento como STCC alegan que no es cierto que al usar hechos disponibles el Departamento tiene que recurrir a la verificación de la información de facto. De forma similar el Departamento y STCC sostienen que la información de costos para las plantas de El Yaqui y Campana no fueron verificados. Por ello, no toda la información de costos fue verificada. Finalmente, el Departamento y STCC argumentan que la información de DIFMER de la investigación de CDC no puede ser usada para el ajuste DIFMER de CEMEX, porque el DIFMER de CDC está basado en las diferencias en características físicas entre el cemento Tipo II y el cemento Tipo I. Para CEMEX el cálculo de DIFMER debe obtenerse de una comparación entre el Tipo V y cemento Tipo I.<sup>243</sup>

### Análisis

Durante la Quinta Revisión Administrativa, CEMEX solicitó que el Departamento concediera un ajuste DIFMER favorable para CEMEX, y que el Panel Binacional lo confirmara, basándose en la información en el expediente, que indica que tanto el cemento Tipo II como el cemento Tipo I es producido en la misma instalación. Aún cuando el Departamento indicó en esa investigación que cuando la mercancía comparada sea producida en más de una planta, normalmente intenta evitar distorsiones al basar su ajuste DIFMER en el promedio ponderado del costo para cada producto, en todas las plantas que lo producen; en la Quinta Revisión la selección de una sola planta que produce ambos productos parecía evadir la distorsión ocasionada por las eficiencias en las plantas al aislar el cálculo de DIFMER de las diferencias en costos en una sola planta.<sup>244</sup>

En la Séptima Revisión, después de la devolución, cuando fue sabido que toda la mercancía producida en las instalaciones de Hermosillo era cemento Tipo V, y que la comparación estaba siendo hecha entre el cemento exportado Tipo V, vendido como Tipo II, y el cemento Tipo V vendido como Tipo I en el mercado interno, se determinó que no había ninguna diferencia física entre los productos, y que por lo tanto, ningún ajuste de DIFMER era adecuado.<sup>245</sup>

En esta Sexta Revisión, CEMEX inicialmente solicitó un ajuste DIFMER sobre las mismas bases que las concedidas en la Quinta Revisión. Cuando se hizo evidente para el Departamento que toda la mercancía producida en las instalaciones de El Yaqui era de hecho cemento Tipo V, y el Departamento excluyó el cemento Tipo V vendido como Tipo V y cemento Tipo II en el mercado interno, por estar fuera del curso de operaciones comerciales normales, y excluyó el cemento Tipo V vendido como cemento Tipo I en el mercado interno debido a una falla en la verificación, CEMEX buscó retirar su solicitud de ajuste DIFMER. El Departamento, habiendo determinado hacer una comparación entre el cemento Tipo V producido en las instalaciones de El Yaqui y vendido como cemento Tipo II a los Estados Unidos, y el cemento Tipo I producido en otras instalaciones en México como un producto del mercado interno, encontró que el ajuste DIFMER era adecuado. Más adelante concluyó que, como se hizo notar anteriormente, un ajuste DIFMER negativo para CEMEX, basado en hechos adversos parciales disponibles era adecuado.

Tal como fue establecido por el Departamento en su Memorial, el propósito de aplicar inferencias adversas en la aplicación de los hechos disponibles es "seleccionar información que sea lo suficientemente negativa 'para asegurar que una parte no obtendrá un resultado más favorable al no cooperar, que si hubiera cooperado completamente.'<sup>246</sup> No obstante, CEMEX señala que el SAA no ordena que el uso inferencias adversas al aplicar los hechos disponibles deba ser tan dañina que se convierta en punitiva en una manera inconsistente con la naturaleza compensatoria y el propósito fundamental de la legislación antidumping.

<sup>242</sup> Memorial de STCC en Respuesta a los Memoriales presentados por CEMEX, S.A. de C.V. y Cementos de Chihuahua, S.A. de C.V., de 3 de mayo de 1999, Pág. 124.

<sup>243</sup> Ver Resultados Finales, 63 Fed. Reg. Pág. 12779.

<sup>244</sup> Revisión de Panel Binacional, Cemento Portland Gris y Clinker de México, 1994-1995 (Quinta Revisión), 18 de junio de 1999.

<sup>245</sup> Resultados Finales de Redeterminación de conformidad con el Panel de TLCAN de Cemento Portland Gris y Clinker de México, 1996-1997 (Séptima Revisión), 27 de septiembre de 2002.

<sup>246</sup> Memorial del Departamento. Pág. 65-66 citando SAA, H. Doc. 316, Pág. 870.

El concepto de "punitivo" es fundamental para poder evaluar la decisión de la agencia. La Corte de Apelaciones para el Circuito Federal ha determinado que "para que la agencia pueda aplicar la regla de la mejor información disponible, calificada como punitiva, la agencia hubiera tenido que rechazar la información de bajo margen en favor de la información de mayor margen que fue demostrablemente menos probativa en condiciones normales."<sup>247</sup>

CEMEX argumenta que la elección de la planta con el menor costo variable es una opción que ha tenido un gran efecto adverso. CEMEX también argumenta que existe prueba en el expediente que llevaría a un menor ajuste DIFMER. En particular, CEMEX se refiere al uso potencial del promedio ponderado del costo variable de todas las instalaciones de CEMEX que producen cemento Tipo I. Desde la perspectiva de CEMEX, un ajuste DIFMER calculado con su información más reciente resultaría en un mucho menor ajuste. Para CEMEX, esta evidencia demuestra que el Departamento fue demasiado punitivo.

El Departamento, después de afirmar que tiene la discreción de elegir la mejor información, argumenta que es equivocado asumir que el promedio ponderado de costos variables es una base adecuada para DIFMER. Hace referencia a las respuestas del cuestionario de CEMEX (arriba citadas), en relación con la inhabilidad de marcar las diferencias en los costos materiales y los efectos del promedio ponderado. A partir de aquí, el Departamento señala que los datos del promedio ponderado no son utilizables para efectos del DIFMER porque no aísla las diferencias atribuidas exclusivamente a las diferencias físicas.

El Panel no encuentra razonable la justificación anterior del rechazo de la metodología avanzada de promedio ponderado en Memorial del Departamento. Por definición, la metodología del promedio ponderado siempre es afectada por la elección ponderada. Es intrínseco a la metodología del promedio ponderado que los ponderados jueguen un papel. El Departamento ha usado figuras de promedio ponderado en otras investigaciones.<sup>248</sup>

Adicionalmente, el Panel concluye que la elección hecha por el Departamento, de seleccionar como la planta comparable para el cemento Tipo I la instalación con el menor costo variable, es inconsistente con la intención explícitamente establecida por el Departamento. Tal como se explica en los Resultados Finales y en el Memorial del Departamento, para minimizar los efectos de eficiencia de la planta, el Departamento seleccionó una sola planta como planta comparable (la que tenía el menor costo variable).<sup>249</sup> El Departamento explica el razonamiento en su Memorial: "Tal como lo explicó el Departamento en la Quinta Revisión Administrativa, "las diferencias en costos en una sola instalación son más fáciles de existir, debido a las diferencias en los materiales y en las diferencias físicas que resultan de los distintos procesos productivos" en lugar de diferencias en la eficiencia de las producciones."<sup>250</sup> El Panel concluye que este razonamiento no aplica en el presente caso. En esta decisión, la comparación entre el Tipo V y el Tipo I no ha sido hecha en una sola instalación, como se hizo en la Quinta Revisión; esta involucra tres instalaciones, los costos variables de las plantas El Yaqui y Campana con la planta con el menor costo variable que produce Tipo I. Estamos de acuerdo con el señalamiento, pero no aplica en el presente caso.

Segundo, dado que el DIFMER se obtiene de la comparación entre las plantas, y considerando que la eficiencia de las plantas afecta la medición de los costos variables, parece mejor utilizar la información proveniente de diversas plantas para controlar el impacto de la eficiencia de las plantas, el sesgo puede ir en cualquier sentido. Por ello, este Panel no encuentra razonable la selección de una sola planta, como estrategia que minimice el impacto de la eficiencia de las plantas. Consecuentemente, si la intención era llegar a la medición del DIFMER que usó alguna información del expediente y que no permitió el impacto de la eficiencia de las plantas, la metodología del Departamento puede no ser adecuada alcanzar esa meta.

Al elegir una sola planta con el menor costo variable, el Departamento podría estar escogiendo una planta eficiente. Por eso, uno esperaría que la comparación hecha por el Departamento no tome únicamente en consideración las diferencias físicas, sino que también incluya las diferencias en la eficiencia de las plantas. Si una de las intenciones del Departamento es minimizar el efecto de la eficiencia de las plantas, entonces este Panel no tiene por seguro que la metodología seguida en este caso haya logrado esa meta.

El Departamento argumenta en la decisión final que la diferencia en la eficiencia no permite la comparación de los costos variables de las plantas El Yaqui y Campana con los costos variables de las múltiples plantas Tipo I de CEMEX. Sin embargo, el Panel no comprende cómo el uso de la información proveniente de una sola planta es superior, en términos metodológicos, al uso de información proveniente de varias plantas, cuando la intención es controlar la eficiencia de las plantas.

El Panel concluye que el Departamento ha omitido explicar adecuadamente como es que su elección de una sola instalación que produce cemento Tipo I con el menor costo variable puede servir para minimizar el efecto de la eficiencia de las plantas. El Panel devuelve este punto al Departamento para mayor análisis y explicación.

<sup>247</sup> *Rhone Poulenc, Inc. v United States*, 899 F.2d 1185, 1190

<sup>248</sup> *Antifriction Bearings (Other than Tapered Roller) y Parts Thereof from France, et.al.*, 57 Fed. Reg. 28360, 28367 (1992).

<sup>249</sup> LA SAA establece que la política del Departamento en relación con el punto de la eficiencia de las plantas: "La Administración pretende que Comercio continúe su práctica de limitar sus ajustes a diferencias en costos variables asociados con diferencias físicas. Por ejemplo, Comercio no hará un ajuste bajo esta sección por diferencias en costos atribuibles a: (1)...; o (2) el hecho de que los productos domésticos y exportados son producidos en diferentes plantas con distintas eficiencias en la producción." Declaración de la Acción Administrativa, H.Doc. 316 Pág. 828.

<sup>250</sup> Memorial del Departamento (3 de mayo de 1999) Pág. 67.

## G. Clasificación de Ciertas Ventas CEP

### Argumento Presentado

¿Es adecuado el requerimiento de devolución hecho por el Departamento para reclasificar ciertas ventas como CEP?

### Análisis

En una petición incidental presentada el 10 de abril de 2000, STCC presentó una versión modificada de la reclamación.<sup>251</sup> Esta reclamación argumentaba que CDC reportó ciertas ventas hechas por sus afiliados en los Estados Unidos a compradores no afiliados en los Estados Unidos como ventas "indirectas" de exportación, pero que una decisión interventora de la Corte de Apelaciones para el Circuito Federal, *AK Steel v. United States*,<sup>252</sup> sostuvo que todas las ventas hechas por un revendedor estadounidense afiliado de un exportador extranjero deben ser tratadas como ventas de "precio de exportación reconstruido" ventas para efecto de calcular el precio en los Estados Unidos. CDC y CEMEX se opusieron a la presentación de esta versión modificada de la reclamación, principalmente porque la reclamación estaba siendo presentada tan tarde en el procedimiento, que hubiera atrasado sin razón la terminación del trabajo del Panel, y también argumentaron que el solicitante había tenido previamente oportunidad para presentar el punto durante el procedimiento administrativo.<sup>253</sup>

El Panel, como estaba constituido, determinó permitir la presentación de la petición incidental, y aceptó la versión modificada de la reclamación.<sup>254</sup> El Departamento subsecuentemente solicitó que el asunto fuera devuelto para reclasificar las ventas investigadas, para poder cumplir con la determinación de la Corte de Apelaciones en el caso de *AK Steel*.<sup>255</sup> Siguiendo a la aceptación de la versión modificada de la reclamación, CDC no se opuso a la solicitud de devolución del Departamento.<sup>256</sup>

De conformidad con lo anterior, el Panel devuelve este punto al Departamento para la reclasificación de las ventas investigadas.

## VII. DEVOLUCION

Por todas las razones arriba señaladas, el Panel devuelve este caso al Departamento de Comercio para:

1. Reconsiderar, en virtud de la metodología modificada adoptada en el Informe de Devolución de la Séptima Revisión, si las ventas de CEMEX en el mercado interno de cemento Tipo V vendido como Tipo II y de cemento Tipo V producidos en las plantas de Hermosillo estuvieron fuera del curso de operaciones comerciales normales, y fundamentar cualquier conclusión a la que se llegue, con un razonamiento adecuado, basado en pruebas substanciales en el expediente;

2. Hacer un mayor análisis y explicación de los asuntos sobre la eficiencia en las plantas, en el cálculo del ajuste DIFMER, de conformidad con esta decisión; y

3. Reclasificar ciertas ventas, de acuerdo con la decisión de la Corte de Apelaciones del Circuito Federal en el caso *AK Steel v. United States*.<sup>257</sup>

La decisión del Departamento en los Resultados Finales de la Sexta Revisión Administrativa es confirmada en todos los demás aspectos.

El Departamento es instruido para dar cumplimiento a esta redeterminación en relación con los puntos devueltos dentro de los 60 días siguientes a la fecha de esta Decisión.

Fecha de Emisión: 26 de mayo de 2005.

Firmado en el original por:

**Steven W. Baker**, Chair

Rúbrica.

**Peggy Louie Chaplin**, Panelist

Rúbrica.

**Alejandro Castañeda Sabido**, Panelist

Rúbrica.

**Ricardo J. Gil Chaveznava**, Panelist

Rúbrica.

**Hernany Veytia Palomino**, Panelist

Rúbrica.

<sup>251</sup> Petición incidental de STCC para presentar una Segunda versión modificada de la reclamación. 5 de abril de 2000.

<sup>252</sup> 226 F.3d 1361 (Fed.Cir.2000).

<sup>253</sup> Memorandum de CDC y de CEMEX en contra de la petición incidental de STCC para presentar una Segunda versión modificada de la reclamación. 18 de abril de 2000;

<sup>254</sup> Decisión del Panel Aceptando la petición incidental de STCC para presentar una Segunda versión modificada de la reclamación, 16 de abril de 2001.

<sup>255</sup> Memorial de Respuesta del Departamento, 17 de mayo de 2001.

<sup>256</sup> Memorial de Respuesta de CDC, 18 de mayo de 2001.

<sup>257</sup> 226 F. 3d 1361 (Fed. Cir 2000)

## APENDICE "A"

Cemento Portland Gris y Clinker de México  
Caso ITA # A-201-802

Resolución Antidumping (30 de agosto de 1990) 55 Fed. Reg. 35443.

Resultados Finales de la Primera Revisión Administrativa (1990-1991) (28 de abril de 1993) 50 Fed. Reg. 25803.

Resultados Finales de la Segunda Revisión Administrativa (1991-1992) (8 de septiembre de 1993) 58 Fed. Reg. 47253.

CEMEX, S.A. v. United States, 133 F. 3d 897 (CAFC, 1998)

Resultados Finales de la Tercera Revisión Administrativa (1992-1993) (19 de mayo de 1995) 60 Fed. Reg. 26865.

Decisión del Panel en la Tercera Revisión, USA-95-1904-02. 13 de septiembre de 1996.

Resultados Finales de la Cuarta Revisión Administrativa (1993-1994) (10 de abril de 1997) 62 Fed. Reg. 17581.

Decisión del Panel en la Cuarta Revisión, USA-97-1904-02. 4 de diciembre de 1998.

Resultados Finales de la Quinta Revisión Administrativa (1994-1995) (9 de abril de 1997) 62 Fed. Reg. 17148.

Decisión del Panel en la Quinta Revisión, USA-97-1904-01, 18 de junio de 1999.

Informe de Devolución de conformidad con el Panel de TLCAN. 15 de noviembre de 1999.

Decisión del Panel en la Quinta Revisión, 10 de febrero de 2000.

Resultados Finales de la Sexta Revisión Administrativa (1995-1996), (16 de marzo de 1998) 63 Fed. Reg. 12764.

Resultados Finales de la Séptima Revisión Administrativa (1996-1997), (17 de marzo de 1999) 64 Fed. Reg. 48471.

Decisión del Panel en la Séptima Revisión USA-99-1904-03 30 de mayo de 2002.

Primer Informe de Devolución de conformidad con el Panel de TLCAN, 27 de septiembre de 2002.

Decisión del Panel en Devolución de la Séptima Revisión (I) 11 de abril de 2002.

Segundo Informe de Devolución de conformidad con el Panel de TLCAN, 27 de mayo de 2003.

Decisión del Panel en Devolución de la Séptima Revisión (II) 4 de septiembre de 2003.

Tercer Informe de Devolución de conformidad con el Panel de TLCAN, 15 de septiembre de 2002.

Decisión del Panel en Devolución de la Séptima Revisión (III), 25 de noviembre de 2003.

\*Resultados Finales de la Octava Revisión Administrativa (1997-1998), (15 de marzo de 2000) 65 Fed. Reg. 13943.

Resultados Finales de la Revisión por Extinción, (3 de julio de 2000) 65 Fed. Reg. 41049.

Resultados Finales de la Novena Revisión Administrativa (1998-1999), (14 de marzo de 2001) 66 Fed. Reg. 14889.

Resultados Finales de la Décima Revisión Administrativa (1999-2000) (19 de marzo de 2002) 67 Fed. Reg. 12518.

Resultados Finales de la Undécima Revisión Administrativa (2000-2001) (14 de enero de 2003) 68 Fed. Reg. 1816.

Resultados Finales de la Doceava Revisión Administrativa (2001-2002) (16 de septiembre de 2003) 68 Fed. Reg. 54203.

Resultados Finales de la Decimotercera Revisión Administrativa (2002-2003) (29 de diciembre de 2004) 69 Fed. Reg. 77989.

\*Iniciando con la Octava Revisión, el Memorándum de la Decisión completa no se encuentra publicado en el *Federal Register* pero se encuentra disponible en el sitio de internet de la ITA.