

SECRETARIA DE ECONOMIA

DECISIÓN del Panel Binacional sobre el informe de devolución de la autoridad investigadora relativo a la revisión de la Resolución definitiva de la investigación antidumping sobre las importaciones de pierna y muslo de pollo, originarias de los Estados Unidos de América.

REVISIÓN ANTE UN PANEL BINACIONAL DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 1904 DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE

EN EL CASO:

REVISIÓN DE LA RESOLUCIÓN FINAL DE LA INVESTIGACIÓN ANTIDUMPING SOBRE LAS IMPORTACIONES DE PIERNA Y MUSLO DE POLLO ORIGINARIAS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, INDEPENDIENTEMENTE DEL PAÍS DE PROCEDENCIA. ESTOS BIENES SON CLASIFICADOS CON LAS FRACCIONES ARANCELARIAS 0207.13.03 Y 0207.14.04 DE LA TARIFA DE LA LEY DE LOS IMPUESTOS GENERALES DE IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN.

**EXPEDIENTE DEL SECRETARIADO:
MEX-USA-2012-1904-01**

INTEGRANTES DEL PANEL:

Edward Hayes

David Yocis

Mark Sandstrom

Mariano Gomezperalta

Lucia Reina. Presidente

DECISIÓN DEL PANEL BINACIONAL SOBRE EL INFORME DE DEVOLUCIÓN DE LA AUTORIDAD INVESTIGADORA RELATIVO A LA REVISIÓN DE LA RESOLUCIÓN DEFINITIVA DE LA INVESTIGACIÓN ANTIDUMPING SOBRE LAS IMPORTACIONES DE PIERNA Y MUSLO DE POLLO, ORIGINARIAS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

EXPEDIENTE: MEX-USA-2012-1904-01.

I. ANTECEDENTES

El 5 de abril de 2017 este Panel emitió su Decisión Final en el procedimiento arriba citado. En esa decisión, este Panel devolvió el caso a la Secretaría de Economía (la "Autoridad Investigadora" o "AI") y le ordenó cumplir con diversos requisitos indicados en la orden del Panel.

Por escrito presentado el 2 de junio de 2017, ante la Sección Mexicana del Secretariado del Tratado de Libre Comercio de América del Norte ("Secretariado Mexicano"), la AI presentó petición incidental solicitando que se le otorgase una prórroga de sesenta (60) días para dar cumplimiento a la Orden contenida en la Decisión Final del día 5 de abril de 2017 y emitir su Informe de Devolución.

El 16 de junio de 2017, este Panel expidió una orden mediante la cual le otorgó a la AI la prórroga solicitada para que presentara su informe de devolución ("Informe de Devolución").

El 25 de julio de 2017, la AI presentó el Informe de Devolución por el que dice haber dado cumplimiento a la Decisión Final del Panel.

El Informe de Devolución mencionado en el párrafo anterior fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de agosto de 2017.

El 14 de agosto de 2017, Robinson & Harrison Poultry, Co. Inc. ("ROBINSON & HARRISON"), Sanderson Farms, Inc. ("SANDERSON") y USA Poultry and Eggs Exporter Council ("USAPEEC"), en conjunto (las "Reclamantes"), presentaron escritos de impugnación al Informe de Devolución de la AI. Asimismo, el 15 de agosto de 2017, USAPEEC presentó un escrito en alcance al escrito de impugnación al Informe de Devolución presentado el 14 de agosto de 2017 aclarando el nombre de la empresa.

El 4 de septiembre de 2017, Bachoco, S.A. de C.V. ("BACHOCO") presentó su contestación a las impugnaciones hechas valer por USAPEEC, TYSON y SANDERSON en contra del Informe de Devolución presentado por la AI.

El 4 de septiembre de 2017, la Autoridad Investigadora presentó respuesta a los escritos de impugnación interpuestos por ROBINSON & HARRISON, SANDERSON, TYSON y USAPEEC, en contra del Informe de Devolución del 25 de julio de 2017 que rindió para dar cumplimiento a la Decisión Final del Panel Binacional del 5 de abril de 2017.

El 4 de septiembre de 2017, Pilgrim's Pride Corporation ("PILGRIM'S") presentó contestación al Informe de Devolución en apoyo a la impugnación presentada por USAPEEC.

Por escrito presentado el 5 de octubre de 2017 ante el Secretariado Mexicano, la AI presentó petición incidental ("Petición Incidental") solicitando al Panel que desechara el escrito presentado por PILGRIM'S el 4 de septiembre de 2017, toda vez que conforme al Regla 73(3) de las Reglas de Procedimiento fue presentado fuera del plazo señalado en dicha Regla.

El 6 de noviembre de 2017, este Panel expidió una Orden mediante la cual desechó el escrito presentado por PILGRIM'S de fecha 4 de septiembre de 2017, por considerar procedente la Petición Incidental presentada por la Autoridad Investigadora.

II. CUESTIONES PLANTEADAS POR LAS RECLAMANTES

A. Aplicación del Principio de Plena Jurisdicción

El alegato de USAPEEC tiene base en las siguientes afirmaciones:

a) El principio de deferencia es una figura ajena al derecho nacional e implica conceder a la AI el *expertise* que su investidura reviste, lo cual implica poner, por encima del equilibrio procesal, a las capacidades o experiencia técnica de la Autoridad, que es parte en el juicio, llegando a dar un mayor peso a las pruebas aportadas por dicha Autoridad. Es decir, si el Panel no señala cuál es la metodología aplicable y deja esta decisión a la AI, estaría aplicando el principio de deferencia.

b) Ningún tribunal nacional ha puesto por encima del equilibrio procesal la experiencia o capacidades técnicas de la autoridad. Lo anterior es más evidente en el caso del tribunal administrativo cuya revisión reemplaza este Panel, pues dicho tribunal cuenta con facultades no sólo para anular el acto, sino para fijar los derechos del demandante y condenar a la AI al restablecimiento del derecho (principio de plena jurisdicción).

c) La AI es una parte más en el procedimiento, por lo que deben concedérsele los mismos derechos y debe ser oída como las demás partes, sin alterar el equilibrio procesal, esto es, sin concedérsele una mayor capacidad y conocimiento que sus contrapartes.

d) El Panel otorgó la discrecionalidad para elegir entre dos metodologías. Sin embargo, sólo uno de estos métodos mantiene el equilibrio procesal, pues si la AI utiliza su propia metodología (la metodología por peso), no se toma en cuenta la legislación conducente y las pruebas que la Reclamante aportó.

e) La AI, de facto, desechó de forma irregular y antijurídica las pruebas debidamente presentadas por los productores, al no seleccionar la metodología que propusieron, en violación al principio de debido proceso (sin que se analizaran sus pruebas, tampoco fueron oídos en juicio).

f) En conclusión, al emplear un método diverso al propuesto por USAPEEC, la AI violó la legislación sustantiva aplicable, contravino el equilibrio procesal y el debido proceso. Además, al aplicar presumiblemente el principio de deferencia, el Panel permite que la AI repita su conducta antijurídica.

En relación con lo señalado por USAPEEC, este Panel señala lo siguiente:

El Criterio de Revisión aplicable en el procedimiento está determinado por el TLCAN. Este Panel debe aplicar el criterio de revisión contenido en los artículos 1904.3 y Anexo 1911 del TLCAN, así como las reglas de procedimiento derivadas de dicho precepto, tal y como se señaló en la Decisión Final del Panel¹.

¹ Decisión Final del Panel, párrafos 67 a 83.

La Decisión Final del Panel se encuadra dentro de los parámetros de lo establecido por el artículo 51 de la LFPCA, los párrafos 2, 3 y 8 del artículo 1904 del TLCAN y la regla 2 de las Reglas de Procedimiento y en ningún momento el Panel aplica principios de derecho ajenos al orden jurídico nacional de la parte importadora.

De acuerdo con el artículo 1904.2, la revisión del Panel se centrará en determinar si la resolución estuvo de conformidad con las disposiciones jurídicas en materia de antidumping y cuotas compensatorias de la parte importadora”, incluyendo leyes, antecedentes legislativos, reglamentos, práctica administrativa y precedentes judiciales pertinentes, y principios generales de derecho que de otro modo un tribunal de la Parte importadora aplicaría para revisar una resolución de la autoridad investigadora competente, por lo que tiene como finalidad controlar la legalidad del acto, esto es, tutelar el derecho objetivo.

El párrafo 3 del artículo 1904 de TLCAN faculta y a la vez impone a los Paneles, la atribución de aplicar los criterios de revisión señalados en el Anexo 1911, y que en el caso de México es el establecido efectivamente en el artículo 238² del Código Fiscal de la Federación, o cualquier ley que lo sustituya, basado solamente en el expediente administrativo³, así como también los principios generales de Derecho que de otro modo un tribunal de la parte importadora aplicaría para revisar una resolución de la autoridad investigadora competente.

Cabe resaltar que el criterio de revisión debe considerarse referido exclusivamente a las causales de ilegalidad previstas por el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, o por cualquier otra ley que lo sustituya, el Panel considera que no existe la menor duda al respecto, pues sostener algo distinto significaría interpretar de manera equivocada una disposición contenida en un tratado internacional, máxime cuando la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en el párrafo 1 de su artículo 31, determina que: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y su fin”; de lo cual se colige que pretender incluir dentro del criterio de revisión otros preceptos legales no previstos expresamente en la norma del tratado en cuestión, sería apartarse totalmente del sentido corriente atribuible a los términos en que el TLCAN se encuentra redactado. No siendo óbice para la anterior conclusión, el hecho de que se afirme que el referido artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, no puede ser aplicado aisladamente, pues precisamente éste fue el propósito de las partes negociantes.

En cuanto a los artículos 50⁴ y 52⁵ de la LFPCA, su invocación deviene inaplicable, toda vez que el propio artículo 1904 del TLCAN consigna en el párrafo 8, lo que podría entenderse como “criterio de resolución”, o bien, los posibles sentidos en que puede dictarse una decisión final, a saber: la confirmación de la resolución definitiva (cuando no se configura causal de ilegalidad alguna) o el reenvío de la misma para que la autoridad administrativa adopte medidas no incompatibles con la decisión final (cuando se actualice alguna causal de ilegalidad); prescripciones éstas que interpretadas conforme al sentido corriente de los términos literales en que fueron concebidas, excluyen la posibilidad de que el Panel declare expresamente la nulidad absoluta de la resolución administrativa impugnada, ya que en el caso de que se acredite la ilegalidad de la resolución respectiva, la decisión de devolución o reenvío implica que la autoridad tiene la facultad discrecional para determinar la forma como dará cumplimiento al fallo, siempre que las medidas que adopte no sean incompatibles con éste, pues puede suceder así, y entonces el afectado tiene el derecho de que el propio Panel revise las medidas que la Autoridad Investigadora haya adoptado como resultado de la devolución y, consecuentemente, emita una decisión al respecto.

El Panel actuó de manera congruente con sus facultades al otorgar discrecionalidad a la AI para seleccionar la metodología más adecuada para el caso específico y al no pronunciarse sobre la metodología que consideraba más adecuada, en virtud de que el artículo 1904.2 del TLCAN claramente señala que la función de los Paneles Binacionales se limita a revisar, con base en el expediente, si la determinación final en materia de antidumping estuvo de conformidad con las disposiciones jurídicas pertinentes y, con base en ello, confirmar o devolver la resolución para que la AI adopte medidas no incompatibles con su decisión (artículo 1904.8 del TLCAN).

² Actualmente artículo 51 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

³ Expediente administrativo que es indispensable para que el Panel pueda revisar la actuación de la Autoridad Investigadora, sin embargo, el Panel también utiliza para emitir su decisión final un expediente que se podría llamar “jurisdiccional” y que es formado en virtud del propio procedimiento de revisión ante el Panel, el cual contiene las reclamaciones, contestaciones, memoriales, incidentes y órdenes recaídas a éstos, así como todas las pruebas y anexos aportados por las partes, incluida la transcripción de la Audiencia Pública.#

⁴ Antes artículo 237 del Código Fiscal de la Federación.

⁵ Antes artículo 239 del Código Fiscal de la Federación.#

El Panel no alteró el equilibrio procesal entre la AI y las partes dentro del procedimiento del Panel pues siempre ha dado a todas las partes participantes plena oportunidad de defender sus intereses conforme a las Reglas de Procedimiento. La AI cuenta con la facultad discrecional para decidir conforme al artículo 2.2.1.1 del Acuerdo Antidumping (“AAD”) cuál es la metodología de costos aplicable, utilizando la más amplia libertad para evaluar las pruebas que obren en el Expediente Administrativo de conformidad con la legislación aplicable, en el entendido que ninguna otra parte es autoridad investigadora, ni cuenta con las facultades de ésta para corregir el acto. Como la Reclamante en cuestión podrá apreciar, no existe ninguna duda en torno a que el AAD (incluyendo desde luego su artículo 2.2.1.1) forma parte de la legislación nacional. Si la resolución del Panel recoge los elementos de discrecionalidad que otorga dicho artículo 2.2.1.1 del AAD y dicho ordenamiento, conforme al artículo 1904.2 del TLCAN, es una disposición jurídica en materia de antidumping y cuotas compensatorias de la parte importadora, no hay cabida entonces al argumento de la Reclamante en torno a que el Panel ha resuelto con base en una figura que es ajena al derecho nacional.

El Panel tampoco le “concedió” un beneficio a la AI por encima de las demás partes del presente procedimiento, pues lo único que el Panel determinó fue precisamente devolver la resolución impugnada a la AI para que ésta corrija la decisión que el Panel encontró no apegada a derecho conforme a la fracción IV del artículo 51 de la LFPCA, en el entendido que el Panel no otorgó a la Autoridad Investigadora el principio de deferencia a que hace referencia USAPEEC en su alegato, pues es claro que la autoridad tiene la facultad discrecional para determinar la forma como dará cumplimiento al fallo, siempre que las medidas que adopte no sean incompatibles con éste.

B. Cumplimiento de la Decisión del Panel respecto a la impugnación relacionada con la metodología de asignación de costos entre co-productos.

SANDERSON, TYSON y USAPEEC impugnaron que la AI no cumplió con la decisión del Panel respecto a la metodología de asignación de costos entre co-productos.

1) Argumentos de los participantes

SANDERSON reclama que la Resolución Final original empleó una metodología de asignación por peso basada en haber encontrado una situación especial de mercado, y que ahora la AI continúa empleando dicha metodología no obstante no haber existido una situación especial de mercado. SANDERSON también argumenta que la AI no explica por qué una metodología de asignación por peso es más razonable que una metodología de asignación por valor. En lugar de ello, la AI señala el problema de circularidad que se crea al utilizar una metodología de asignación por valor, sin reconocer las distorsiones causadas por la utilización de una metodología de asignación por peso. Por tanto, SANDERSON argumenta que la AI debería simplemente utilizar la metodología empleada por SANDERSON en sus registros, que es una metodología basada en valor.

Por su parte, TYSON también señala que las pruebas en el expediente demuestran que la metodología de asignación por valor es utilizada normalmente en los registros y libros contables de conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados de los Estados Unidos, y que se trata de una metodología razonable para la asignación de costos para las diversas partes del pollo. La asignación de costos por peso, según TYSON, no es razonable, como explicó el panel en *Madera blanda de Canadá*. Por consiguiente, TYSON concluye que la AI debería emplear una metodología basada en valor.

USAPEEC plantea argumentos similares a los de SANDERSON y TYSON y hace énfasis en que la AI originalmente vinculaba la metodología de asignación por peso a su hallazgo de una situación especial de mercado en los Estados Unidos y a que la metodología de asignación por valor es razonable. Para USAPEEC, no es clara la explicación que la AI dio sobre la razonabilidad de la metodología de asignación por peso. Específicamente, la asignación por peso no puede sostenerse con base en lo dispuesto en el artículo 51 de la LFPCA, porque “contraviene las disposiciones aplicables” o “está basada en hechos que no se realizaron o se apreciaron de forma equivocada,” en que los productores no basan sus decisiones de producción en tal metodología.

La AI y BACHOCO no están de acuerdo con esas impugnaciones. Según la AI, “es imposible determinar la proporción exacta y real de los costos totales que corresponden a cada coproducto como si se tratara de un producto producido individualmente.” Por lo tanto, cualquier metodología de asignación es una aproximación. En este caso, sólo dos metodologías han sido propuestas—una asignación por el valor de las ventas (es decir, el valor de cada coproducto vendido en los Estados Unidos), y una asignación por peso. La asignación por valor crea un problema de circularidad, por lo que es imposible de detectar la situación en la que algunos de los co-productos, pero no todos de ellos, son vendidos fuera del curso de operaciones comerciales normales. Debido a que el producto considerado en este caso es sólo un subconjunto de los co-productos, la asignación por valor es inaceptable. La asignación por peso, al menos, tiene la ventaja de evitar este problema.

2) Evaluación por el Panel

En el punto 395⁶ de nuestra primera Decisión, el Panel afirmó:

“Sin embargo, el Panel también considera que la AI ha identificado un importante problema potencial con cualquier metodología de asignación de costos que se basa en el valor de venta de los coproductos en el mercado interno de los productores, que la AI refiere como un problema de “circularidad.” En esencia, si el valor total de las ventas de todos los coproductos es mayor que el costo total de producción de todos los coproductos, entonces, la asignación de los costos de producción a los coproductos individuales por los valores de las ventas de cada uno será invariablemente muestra de que todos los coproductos fueron vendidos por encima del costo. Por el contrario, si el valor total de las ventas de todos los coproductos es menor que el costo total de la producción, a continuación, una asignación por valor puro demostraría que todos los coproductos se vendieron por debajo del costo. En nuestra opinión, se justifica que la AI se preocupara de que la asignación de los costos por el valor de venta de coproductos no puede detectar la situación en la que algunos de los coproductos, pero no todos ellos, se vendan fuera del curso de operaciones comerciales normales en el mercado interno considerado.”

Consideramos que la cuestión de “circularidad” es independiente de la cuestión respecto a si las diferencias entre los valores en el mercado de los EE.UU. de las diversas partes del pollo constituyen una “situación especial del mercado,” en los términos del artículo 2.2 del Acuerdo Antidumping. De acuerdo con el artículo 2.2, una autoridad investigadora puede determinar que no existen ventas en el curso de operaciones comerciales normales en el mercado interno del país exportador, debido a una “situación especial del mercado” en dicho país. Además, de acuerdo con el artículo 2.2.1.1, una autoridad investigadora puede calcular los costos de manera diferente a los registros que lleve un exportador o productor individual, si ellos no reflejan razonablemente los costos asociados a la producción y venta del producto considerado. La decisión de la autoridad investigadora de adoptar una metodología diferente de asignación de costos no depende de la existencia de una “situación especial del mercado.” Por lo tanto, nada en la evaluación del Panel de las cuestiones de hecho encontradas por la AI respecto a la situación especial del mercado impediría que la AI seleccionara una metodología alternativa de costos, siempre que esa selección cumpliera con los requisitos del artículo 2.2.1.1.

Además, no podemos estar en desacuerdo con la conclusión de la AI de que el problema de “circularidad” es suficiente para justificar que la determinación de una asignación por valor no refleja razonablemente los costos asociados a la producción y venta del producto considerado, es decir, la pierna y el muslo de pollo, incluso si los productores llevan en sus registros una metodología de asignación por valor y ésta se encuentre de conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados. Por las razones dadas en el punto 395 de nuestra decisión original, una metodología basada en valor no puede detectar la situación en la que algunos de los coproductos, incluyendo el producto considerado, pero no otros coproductos, se vendan fuera del curso de operaciones comerciales normales en el mercado interno considerado. Las Reclamantes no han demostrado que la conclusión de la AI “contraviene las disposiciones aplicables” como el artículo 2.2.1.1 del Acuerdo Antidumping, o “está basada en hechos que no se realizaron o se apreciaron de forma equivocada.”

Nuestro razonamiento es consistente con el informe del panel en *Madera blanda de Canadá*. Aunque ese panel declaró que una asignación de costos por valor fue la metodología más razonable en ese caso, el caso de *Madera blanda* difiere de nuestro caso porque todos los coproductos de madera fueron parte del producto considerado. En otras palabras, en el caso de *Madera blanda*, la única cuestión era como asignar los costos entre los códigos de productos dentro del producto considerado. Aquí, la AI debe asignar los costos entre el producto considerado y otros coproductos que no están considerados. Por lo tanto, el problema de “circularidad” surge en este caso de una manera que no surge en el caso de *Madera blanda*.

Las Reclamantes también se equivocan cuando argumentan que la AI debe usar una metodología de asignación de costos por valor, porque las decisiones de producción de los productores se basan sólo en el valor. Sin embargo, el artículo 2.2.1 y el artículo 2.2.1.1 del Acuerdo Antidumping se centran en si las *ventas* del producto considerado en el mercado interno se encuentran “fuera del curso de operaciones comerciales normales.” Por lo tanto, no se trata de si la *producción* del producto considerado se encuentra “fuera del curso de operaciones comerciales normales”; el punto relevante es si las ventas del producto considerado en el mercado interno se realizan a precios que cubren completamente los costos de la producción del producto

⁶ Decisión Final, párrafo 395.

considerado. Como la AI correctamente observa en el punto 98 de su Respuesta a los escritos de impugnación, una metodología que considere sólo si los precios de venta de todos los coproductos cubren los costos de producción de todos los coproductos puede “transmitir artificialmente una parte de la utilidad obtenida por la venta de los coproductos con alta demanda, a los coproductos con demanda menor,” porque asigna el mismo margen de utilidad a todos los coproductos, “sin importar de qué coproducto se trate, ni a qué precio se venda.”

La única metodología para asignar los costos propuesta por los participantes en este caso que no sufre el problema de la “circularidad” es la de asignación por peso, independientemente de que dicha metodología por peso pueda o no tener sus propias deficiencias. Si a la IA se le hubiera presentado otra metodología que evitara tanto el problema de la “circularidad” como las deficiencias de asignación por peso, tal alternativa podría haber sido preferible a la de asignación por peso. Sin embargo, ninguno de los participantes sugirió tal alternativa.

En particular, las Reclamantes no hicieron sugerencia alguna a la AI acerca de la existencia de alguna otra metodología que se encontrara libre del problema de la “circularidad” y que a su vez fuere más razonable que la de una metodología de asignación por peso para que dicha Autoridad la pudiese haber utilizado. Por el contrario, todas las Reclamantes argumentaron que la AI se equivocó al tratar el problema de la “circularidad” con la seriedad como lo hizo. Pero, por las razones que hemos mencionado anteriormente, no podemos estar de acuerdo en que la AI actuó de manera incorrecta al rechazar todas las metodologías que presentan el problema de la circularidad. Por lo tanto, no podemos decir que la AI actuó ilegalmente al seleccionar la única metodología restante que le fue presentada.

Por estas razones, confirmamos el Informe de Devolución respecto a la metodología para asignar los costos.

C. El Panel se excedió en sus facultades al emitir su Decisión Final.

La Autoridad Investigadora señala que el Panel se excedió en sus facultades al emitir su Decisión Final en dos casos en particular: 1) en relación con la orden relativa a la aplicación de la cuota menor al margen de dumping, y 2) en relación con las cuestiones en litigio relativas a la determinación de la cuota residual expuestas por Northern Beef y ROBINSON & HARRISON.

En ambos casos, señala la AI que el Panel se excedió en sus facultades, por las siguientes razones:

a) El Panel Binacional resolvió conforme a un punto no alegado por las Reclamantes y, por ello, ajeno a la Litis.

b) La revisión ante un Panel se limita a los alegatos comprendidos en las Reclamaciones. La Regla 7 (a) de las Reglas de Procedimiento del Capítulo XIX del TLCAN señala que la revisión se limitará a los alegatos de error de hecho o de derecho comprendidos en las Reclamaciones presentadas ante el panel.

c) Según lo dispone el Anexo 1911 del TLCAN, el artículo 51 de la LFPCA contiene el criterio de revisión aplicable, por lo que debe observarse en todo momento durante el procedimiento. El último párrafo de ese artículo prohíbe expresamente al Panel revisar de oficio alguna de las causales de ilegalidad que ahí se señalan.

d) Los artículos 1904.2 y 1904.3 del TLCAN establecen que el objeto del Panel Binacional es revisar si la resolución definitiva se dictó de conformidad con la legislación sobre cuotas antidumping o compensatorias de la Parte importadora, para lo cual, el Panel podrá acudir, entre otras fuentes, a las leyes, precedentes judiciales y a los principios generales de derecho (que incluyen el principio de debido proceso), en la medida en que el tribunal interno podría basarse para realizar la revisión.

e) Así, la determinación del Panel vulnera las formalidades esenciales del procedimiento, puesto que: a) resolvió con base en un alegato que nunca fue planteado y, por ello, su resolución no dirime las cuestiones debatidas (sino una adicional); y b) lo anterior privó a la AI de la posibilidad de argumentar al respecto y defender su posición, dejándola en estado de indefensión.

f) No sólo el Panel revisó de oficio la presencia de una causal de ilegalidad, sino que al emitir una determinación sobre puntos ajenos a la *litis*, lo hizo con base en esa revisión ilegal, lo que implica que la determinación del Panel vulnera las formalidades esenciales del procedimiento y el principio de congruencia de las resoluciones en perjuicio de la AI.

Para la Autoridad Investigadora lo anterior implica una circunstancia especialmente grave, lo cual se corrobora con el nivel de importancia tan alto que el Capítulo XIX del TLCAN le otorga. De hecho, para ilustrar la importancia que el propio Capítulo XIX del TLCAN le otorga a la obligación de los Paneles Binacionales de actuar con apego a los criterios de revisión y resolución, y respetar las normas aplicables (incluyendo las

relativas al debido proceso), cabe señalar que el artículo 1904.13 establece que si el Panel actúa de manera contraria a las normas fundamentales de procedimiento o se excede en sus facultades, autoridad o jurisdicción establecidas en el artículo 1904, ello constituye una conducta impugnada a través del procedimiento contenido en esa disposición.

1. En relación con la orden relativa a la aplicación de la cuota menor al margen de dumping.

La AI señala que las Reclamantes nunca alegaron la razón que el Panel esgrimió para determinar que la aplicación de la cuota menor al margen era inadecuada, entonces el Panel estaba impedido para resolver con base en esa razón, ya que ese punto estaba fuera de los límites del procedimiento de revisión, según el numeral 7 de las Reglas de Procedimiento.

En relación con la aplicación de la cuota inferior al margen de dumping, la Decisión Final del Panel establece lo siguiente:

“**781.** En relación con los conceptos de impugnación relacionados con la aplicación de una cuota menor al margen, este Panel considera que la AI puede distinguir en la aplicación de una cuota menor si las razones que la llevaron a la determinación de dicha cuota menor no son aplicables a las circunstancias o caso concreto de alguna de las empresas a las que se les determinó un margen de discriminación de precios. Sin embargo, en el caso concreto, la AI determinó la cuota menor conforme al párrafo 707 de la Resolución Final, en el cual “consideró justificado buscar que la corrección de las distorsiones por la práctica desleal, no lleve a la imposición de medidas compensatorias excesivamente altas que pudieran impactar negativamente en el consumidor y en el resto de la cadena productiva alimenticia”. En este sentido, la razón que llevó a la AI a determinar la cuota menor es igualmente aplicable para todas las empresas debido a que el producto exportado de todas éstas puede generar las distorsiones que busca prevenir la AI con la cuota menor. Con base en lo anterior, es incorrecta la determinación por parte de la AI de no otorgar la cuota menor a las Reclamantes y por tanto, el Panel ordena la devolución a la Autoridad Investigadora para que dicha Autoridad:

a) Determine las cuotas menores al margen que correspondan a todas las empresas que se encuentren en el mismo supuesto jurídico señalado por la AI con su debida fundamentación y motivación.”

La AI señala que decidió no aplicar la cuota inferior al margen a varios Reclamantes, con base en que no cooperaron en el procedimiento Su fundamento para ello consistió en el artículo 62 de la LCE y el Anexo II, párrafo 7 del AAD.

El Panel ordenó a la AI que determine las cuotas menores al margen que corresponden a todas las empresas que se encuentren en el mismo supuesto jurídico señalado por la AI (limitar el efecto en el consumidor). Es decir, el Panel ordenó a la AI que aplique cuotas menores al margen a todas las empresas que estén en el mismo supuesto jurídico, independientemente de si esas empresas impugnaron o no la aplicación diferenciada de la cuota menor al margen.

La AI considera que esos aspectos no son congruentes con las atribuciones y competencia que el TLCAN y las demás disposiciones le otorgan a los Paneles Binacionales, y alega que ninguna de las Reclamantes mencionó, en su Reclamación, en sus Memoriales, ni en sus Memoriales de Réplica, que la AI hubiera incurrido en una violación a la normatividad aplicable, por aplicar la cuota menor al margen con base en un supuesto que no tenía relación con el criterio que la AI había tomado para aplicarla.

La AI señala que en relación con este tema, las Reclamantes alegaron lo siguiente:

Alegatos relativos a la cuota menor al margen

Cervantes, Delato, Peco, USAPEEC

1.- No se puede aplicar un derecho antidumping mayor que la cuota menor al margen, porque ello sería punitivo.

2. No existe un fundamento para aplicar una cuota menor al margen diferenciada.

Larroc

1.- No hay un fundamento para aplicar la cuota menor al margen de manera diferenciada, con base en el comportamiento de las partes.

2.- La cuota compensatoria es una medida que tiene como propósito eliminar las distorsiones causadas por una práctica desleal y no una medida de castigo.

3.- La AI no fundó ni motivó por qué impuso una cuota menor al margen diferenciada.

Northern Beef y Robinson & Harrison

1.- La AI debió aplicar a esas empresas la cuota menor al margen, porque cooperaron en el mismo nivel que otras empresas a las que se les aplicó.

Con base en los alegatos de las Reclamantes y en las defensas expuestas por la AI, en el procedimiento original el Panel concluyó que el artículo 9.1 del AAD “efectivamente otorga el derecho a la [AI] de establecer una cuota inferior al margen [de dumping]”.⁷ Sin embargo, el Panel observó que el ejercicio de dicha facultad tiene que hacerse con apego a la normatividad aplicable. Del mismo modo, el Panel señaló que la AI también puede “distinguir en la aplicación de una cuota menor” o *‘lesser duty’*, siempre y cuando las razones detrás de la aplicación diferenciada de dicha cuota menor, “no [sean] aplicables a las circunstancias o caso concreto de alguna de las empresas”, a las que se les impuso una cuota mayor.⁸

El Panel también revisó los alegatos presentados por las Reclamantes relativos a la función *no* punitiva del párrafo 7 del Anexo II del AAD. A este respecto, el Panel señaló que el Anexo II del AAD *no* faculta a la AI “para distinguir entre las Reclamantes que cooperaron o no”⁹ y por lo tanto, dicha disposición no puede ser utilizada “como un medio para sancionar o negar un beneficio a quienes no comparecieron o no aportaron la información correspondiente”.¹⁰ Con base en interpretaciones previas del Órgano de Apelación de la OMC¹¹, el Panel observó que con base en su lectura del párrafo 7 del Anexo II del AAD, esta norma “simplemente señala que la falta de cooperación podría tener un impacto negativo –consecuencias adversas para la Reclamante en cuestión–, como una consecuencia lógica de no haber participado o cooperado”.¹² Por lo tanto, el Panel dijo “no esta[r] de acuerdo con las afirmaciones de la AI en torno a que, en este caso, con fundamento en el Anexo II [, la AI] puede fijar cuotas menores al margen a ciertos exportadores preferidos”.¹³

El Panel destacó que la AI justificó la aplicación de una cuota menor solamente a ciertas empresas con el objetivo de evitar “impactar negativamente en el consumidor [del producto investigado] y en el resto de la cadena productiva alimenticia”.¹⁴ Sin embargo, en la opinión del Panel, “la razón que llevó a la AI a determinar la cuota menor [era] igualmente aplicable para todas las empresas”, debido a que el precio del producto exportado por todas ellas, podía generar los mismos efectos negativos en el consumidor que la AI buscaba prevenir.¹⁵

Con base en estas razones, el Panel concluyó que la determinación de la AI de no otorgar una cuota menor también a las Reclamantes era legalmente injustificada.¹⁶

El Panel reconoce que la AI optó en su Resolución de Cumplimiento por mantener el criterio de impacto al consumidor referido en el párrafo 707 de la Resolución Final y que ha cumplido con la Decisión Final del Panel en torno a aplicar la cuota menor o *‘lesser duty’* a todas las empresas que se encuentran en el mismo supuesto jurídico. Sin embargo, con el objeto de aliviar el reclamo planteado por la AI en su Informe de Devolución relativo al supuesto ejercicio excesivo de las facultades del Panel al decidir sobre la legalidad de la aplicación diferenciada de cuotas entre las empresas investigadas, el Panel hace las siguientes consideraciones:

El Panel recuerda que como se señaló en los párrafos anteriores, varios Reclamantes, i.e. Cervantes, Delato, Peco, USAPEEC y Larroc, sostuvieron ante el Panel que no existe fundamento legal para la aplicación diferenciada de una cuota menor o *‘lesser duty’*. En particular, las Reclamantes sostuvieron que el párrafo 7 del Anexo II del AAD no puede ser usado con fines punitivos, es decir, que no puede emplearse para sancionar a aquellas empresas que no cooperaron lo suficiente durante la investigación.

El Panel recuerda también que la AI sostuvo en su defensa, que la razón por la cual decidió aplicar una cuota inferior al margen de dumping a ciertas empresas, fue su intención de evitar un impacto negativo sobre los consumidores del producto investigado y sobre el resto de la cadena productiva alimenticia y que la propia AI introdujo la consideración sobre el impacto de las cuotas al consumidor en el párrafo 707 de la Resolución Final.

⁷ Decisión Final, párrafo 476.

⁸ Decisión Final, párrafo 477.

⁹ Decisión Final, párrafo 473.

¹⁰ *Id.*

¹¹ Informe del Órgano de Apelación en Estados Unidos – Acero laminado en caliente (DS184), párrafo 99.

¹² Informe del Órgano de Apelación en Estados Unidos – Acero laminado en caliente (DS184), párrafo 475.

¹³ Decisión Final, párrafo 477.

¹⁴ *Id.*, citando el párrafo 707 de la Resolución Final.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ Decisión Final, párrafo 478.#

El Panel recuerda que la AI también mantuvo que la aplicación de dicha cuota menor *no* se hizo extensiva a las Reclamantes, debido a que éstos no habían cooperado suficientemente durante la investigación. Por lo tanto, de acuerdo a la AI, el párrafo 7 del Anexo II del AAD la facultaba para no aplicar dicho beneficio a las Reclamantes.

Con base en lo anterior, es importante establecer lo siguiente:

Primero. El Panel determinó que la aplicación de una cuota menor al margen de dumping es permitida e incluso “deseable” bajo el artículo 9.1 del AAD. Sin embargo, el Panel observó que la aplicación diferenciada de una cuota menor al margen de dumping, debe estar debidamente justificada conforme a las normas aplicables. Por lo tanto, el Panel procedió a determinar si, como lo sostenía la AI, el párrafo 7 del Anexo II del AAD *la facultaba para no extender a las Reclamantes el beneficio de una cuota menor al margen de dumping*. En otras palabras, el Panel evaluó si la supuesta falta de cooperación de las Reclamantes, justificaba la decisión de la AI de *no* aplicar la cuota menor al margen de dumping de una manera uniforme.

El Panel concluyó que el párrafo 7 del Anexo II del AAD *no* permite que la falta de cooperación de las empresas investigadas se sancione mediante la imposición de un resultado menos favorable para dichas empresas. Por lo tanto, en opinión del Panel, dicho precepto no facultaba a la AI a imponer cuotas menores al margen de forma diferenciada.

Segundo. Esta sola conclusión, sin embargo, no hubiera satisfecho el deber del Panel de resolver la *litis* sobre si la imposición de cuotas diferenciadas por parte de la AI estaba justificada bajo el derecho aplicable en este caso. Si el párrafo 7 del Anexo II del AAD no puede ser utilizado como un mecanismo punitivo, ¿cuál entonces es la justificación de la AI para aplicar una cuota menor al margen sólo a ciertas empresas? Como la AI podrá apreciar, la forma en la que la AI estructuró la cuota menor al margen o ‘*lesser duty*’ no dejó alternativa al Panel más que revisar si en el expediente administrativo obraba alguna otra justificación que pudiera válidamente ser utilizada por la AI para adoptar una cuota menor al margen de manera diferenciada. De no haber buscado dicha otra justificación, la decisión del Panel hubiera sido incompleta, no hubiera resuelto la *litis* y hubiera limitado el análisis de la defensa de la AI a un solo precepto, i.e. el párrafo 7 del Anexo II del AAD.

Tercero. Consecuentemente, el Panel procedió a evaluar si existía alguna otra razón *de jure* o *de facto*, que pudiera justificar la aplicación de cuotas a las empresas involucradas. El Panel notó que la única otra razón aducida por la AI como justificación para la aplicación diferenciada de una cuota inferior al margen de dumping a ciertas empresas, era el evitar impactos negativos sobre los consumidores y el resto de la cadena productiva alimenticia. Es importante recalcar que este elemento, el del impacto en el consumidor, fue introducido por la propia AI, no por el Panel, y al respecto, el Panel no consideró que esa razón fuera indebida como fundamento para la aplicación de una cuota menor en general. Sin embargo, en el caso concreto, el Panel debía resolver si dicha cuota menor al margen podía ser aplicada legalmente por la AI de manera diferenciada con base en la única otra justificación que obraba en el expediente administrativo i.e., el impacto en el consumidor. El Panel procedió a determinar si dicho criterio justificaba la decisión de no extender el mismo beneficio a todas las Reclamantes.

Cuarto. Luego de realizar dicho análisis, el Panel concluyó que el deseo de evitar impactos negativos sobre los consumidores y el resto de la cadena productiva, era aplicable también al resto de las empresas sujetas a investigación, incluyendo a las Reclamantes. Como se ha mencionado, el Panel determinó que los efectos negativos a los consumidores que la AI deseaba evitar mediante una reducción de las cuotas, podían ser ocasionados por el alza de precios de los productos importados tanto por las Reclamantes, como por aquellas empresas que sí recibieron el beneficio de una cuota menor al margen de dumping. Por lo tanto, el Panel concluyó que la intención de proteger a los consumidores no justificaba la aplicación diferenciada de cuotas menores al margen.

Quinto. Con base en lo anterior, el Panel considera que la revisión del criterio de protección al consumidor era un paso *indispensable* en el análisis de la legalidad de la decisión de la AI de aplicar una cuota menor sólo a ciertas empresas. De otra forma, como se ha señalado, el Panel no hubiera podido resolver la cuestión planeada por las Reclamantes ni la *litis* de manera completa y final.

Por lo tanto, el Panel no comparte la opinión de la AI de que al resolver sobre esta cuestión, el Panel excedió sus facultades de revisión contraviniendo el párrafo 7 de las Reglas de Procedimiento.

2. En relación con las cuestiones en litigio relativas a la determinación de la cuota residual expuestas por Northern Beef y ROBINSON & HARRISON.

La AI señala que la insuficiencia en la motivación de la Resolución Final que el Panel señala en su Decisión Final, en relación con la determinación de no utilizar la información del Expediente Administrativo para el cálculo de los márgenes individuales de discriminación de precios de Northern Beef y ROBINSON & HARRISON, no tiene antecedente en la Reclamación, el Memorial, ni el Memorial de Réplica de las Reclamantes.

Según la AI, las Reclamantes alegaron que la SE no fundamentó ni motivó su decisión de desestimar la información, argumentos y pruebas que presentaron dichas empresas para calcular el valor normal, contrario a dicho argumento, la AI en el párrafo 429¹⁷ de la Resolución Final en donde se resumieron los argumentos de las comercializadoras, así como en los párrafos 438¹⁸, 439¹⁹ y 441²⁰, sí fundamentó y expuso las razones por las cuales no estuvo en condiciones de utilizar la información del Expediente Administrativo.

Sobre el particular, la AI observa que en los puntos 526 y 527 de la Decisión Final, el Panel simplemente resuelve sobre alegatos que las Reclamantes jamás presentaron, lo que implica un exceso en las facultades del Panel, dado que se pronuncia y emite una orden, con base en aspectos que no forman parte de la *litis*, con todas las consecuencias que ello conlleva, en los siguientes términos:

“526. Del análisis de estos argumentos presentados por la AI este Panel considera que la determinación de no utilizar la información disponible en el Expediente Administrativo para el cálculo de los márgenes individuales de discriminación de precios de las Reclamantes, no se encuentra suficientemente motivada. Lo anterior, toda vez que las Reclamantes exponen puntualmente la manera en que a su juicio es posible demostrar con la información del Expediente Administrativo y la presentada por ellos durante la investigación que los costos de adquisición que ocuparon en sus cálculos de valor normal se dieron en el curso de operaciones comerciales normales. La explicación genérica por parte de la AI respecto de las razones que impiden la utilización de la información referida no es suficiente para dejar de considerarla. Principalmente, cuando las Reclamantes señalan que específicamente presentaron información que permite identificar las compras realizadas a cada productor exportador que compareció en este procedimiento sin que, sobre dicho señalamiento específico haya recaído, por parte de la AI, una respuesta sobre las dificultades específicas.”

527. Aunque este Panel considera que la carga de generar la información correspondiente se encuentra con las Reclamantes y que, generalmente, las Reclamantes en un procedimiento son quienes se encuentran en mejor posición para obtener y proporcionar dicha información, y tomando debida cuenta de que el Panel no está concluyendo que sea permisible la práctica de arrojarle a la AI la carga de generar información que le corresponde producir a las Reclamantes, este Panel considera que, en este caso, la AI debió haber desplegado esfuerzos razonables para cumplir con su obligación de verificar los costos de producción de las empresas

¹⁷ “429. Agregaron que la Secretaría determinó desestimar la información de valor normal que presentaron las empresas comercializadoras bajo la motivación de que no deben implicar pérdidas para las empresas productoras. A juicio de las empresas, el artículo 6.8 del Acuerdo Antidumping no otorga la facultad a la Secretaría para desestimar toda la información de uno de los hechos del dumping por la razón de no haber sido presentada completa en todos sus aspectos. Además, los hechos de que tiene conocimiento la Secretaría, por estar en el expediente administrativo, deben servir para subsanar las deficiencias de la aportada por las comercializadoras. Finalmente, consideraron que la Secretaría concluyó, sin motivación o justificación exhaustiva, aplicar la información que de valor normal les es más adversa a las empresas comercializadoras, como es aquella aportada en la solicitud de investigación, siendo que la Secretaría está en posibilidad de usar el valor normal de las empresas productoras exportadoras.”

¹⁸ “438. En relación con la afirmación que realizaron las empresas en el punto 429 de esta Resolución, la Secretaría no la comparte. Lo previsto en el artículo 6.8 del Acuerdo Antidumping de ninguna manera debe servir para suplir la información que no aportan las partes. El margen de dumping se deriva de la comparación de dos precios: valor normal y precio de exportación. Algunas comercializadoras han aportado información sobre precio de exportación y sobre valor normal. No obstante, en el caso de precio de exportación no fue posible reconstruir el precio de exportación conforme lo establecen los artículos 2.3 del Acuerdo Antidumping; 35 de la LCE, y 50 del RLCE. Tratándose del valor normal, la Secretaría determinó que no cumplen con los requisitos que establece el artículo 47 del RLCE.”

¹⁹ “439. Bajo la perspectiva de esas empresas, significaría, por ejemplo, que la Secretaría debería aportar la información que en determinado momento un solicitante de un procedimiento de investigación no pudiera conseguir debido a que se trate de información que no le corresponde, como la que se indica en los artículos 5.2 numeral iii) del Acuerdo Antidumping, y 75 fracción XI del RLCE.”

²⁰ “441. En todo caso, la información que obra en el expediente es exclusiva de las empresas productoras, quienes clasifican su información sobre códigos de producto conforme a sus sistemas de información contable lo cual no significa que todas emplean la misma clasificación para sus productos; que con la información que se ha aportado no se puede realizar un rastreo de qué empresa le vendió a una comercializadora y ésta a su vez a otra comercializadora; que entre ellas existe vinculación; que no cuenta con información para establecer un nivel de comparación equitativa, por ello, la Secretaría no puede determinar un valor normal aplicable a las comercializadoras que vendieron a México.”

comercializadoras, como lo establece el artículo 47 del RLCE, incluso requiriendo información adicional a otras empresas comparecientes en el procedimiento, siempre que no implicara dificultades excesivas para la AI, conforme al Anexo II, párrafo 3, del AAD, y que las comercializadoras o las empresas que correspondan cumplieran con su respectiva carga en materia de cooperación. En opinión del Panel, la AI debió justificar y motivar debidamente en su Resolución Final, las razones por las cuales la información disponible en el Expediente Administrativo no pudo ser empleada, con base en la información y solicitudes que razonablemente presentaron las Reclamantes."

Contrario a lo señalado por la Autoridad Investigadora, el Panel no se excedió en sus facultades toda vez que tanto Northern Beef²¹ como ROBINSON & HARRISON solicitaron a la AI, en sus Memoriales, lo siguiente:

"Robinson & Harrison Poultry Co. Inc. ha presentado en los formatos de los cuestionarios oficiales, la información de sus ventas así como de sus costos de adquisición. Asimismo, presentó respuestas puntuales a todos los requerimientos de la autoridad. No hay elementos en el expediente, que cuestionen la validez de esta información. En relación con los costos de sus proveedores, mi representada ha presentado también tres (sic) opciones de costos de producción. La Secretaría no ha señalado porque toda esta información no le pareció "suficiente" y ha sido desestimada en su totalidad."²²

"Específicamente, Robinson & Harrison Poultry Co. Inc., presentó cuatro alternativas a la Secretaría para determinar de una manera adecuada los costos de producción:

...

La Secretaría simplemente ignoró toda esta información y erróneamente concluyó que Robinson & Harrison Poultry Co. Inc., no presentó información de costos.

Una vez analizada la información, argumentos y pruebas que en este apartado se presentan, mi representada considera que este H. Panel debería instruir a la Secretaría para efecto de que calcule márgenes individuales de discriminación de precios para las exportaciones de pierna y muslo de pollo de Robinson & Harrison Poultry Co. Inc., con base en la información y pruebas que mi representada presentó en el curso de la investigación antidumping. Toda la información necesaria para realizar estos cálculos obra en el expediente administrativo, identificado bajo número 13/10 y radicado en la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la Secretaría de Economía".²³

"En la Resolución Final de la investigación, sin presentar una explicación de la improcedencia de la información y pruebas presentadas por mi representada, la autoridad investigadora resolvió que no contó con la información necesaria para calcular a las comercializadoras un margen de discriminación de precios individual, tal como lo señala el artículo 47 del RLCE. ..."²⁴

"Posteriormente, en su escrito de argumentos y pruebas complementarias a la resolución preliminar, mi representada aportó "la actualización" y complemento de las tres (sic) metodologías que originalmente presentó a la autoridad investigadora, para efecto de demostrar que el costo de producción de cada uno de los códigos de producto que utilizaron para el cálculo del valor normal, corresponde al precio de adquisición, determinado en el curso de operaciones comerciales normales.

Adicionalmente, mi representada presentó el nombre y los volúmenes de compra de los productores de pierna y muslo de pollo durante el período investigado y, señaló que los costos de producción de la mercancía investigada estaban integrados en el expediente administrativo del caso, en las respuestas confidenciales de los productores comparecientes. Es decir, si bien mi representada no tenía acceso directo a esta información, la misma sí estaba disponible en el expediente administrativo del caso y por supuesto, disponible a la autoridad investigadora.

²¹ Memorial de Northern Beef, págs. 4, 7, 12, 15, 16, 17, 18 y 19. Este Panel hace notar que las reclamaciones hechas valer por Northern Beef son casi las mismas que Robinson & Harrison.

²² Memorial de Robinson & Harrison, pág. 4#

²³ Op. Cit., pág. 7.

²⁴ Op. Cit., pág. 12.

Esta omisión de la Secretaría, trasciende el sentido de la resolución y afecta el interés jurídico de mi representada. ...

Por otra parte, la autoridad investigadora señala en el punto 427 de la resolución final impugnada que las empresas comercializadoras Robinson & Harrison y Northern Beef “no presentaron información que permitiera corroborar que las operaciones utilizadas para el cálculo de su valor normal, se realizaron en el curso de operaciones comerciales normales”. Lo anterior significa que la autoridad investigadora no revisó la respuesta de mi representada de agosto de 2011 y tampoco revisó el escrito de argumentos y pruebas complementarias a la resolución preliminar. Simplemente, la autoridad se limitó a señalar de manera enunciativa en los puntos 435 a 437 de la resolución final impugnada cuál fue la información presentada por mi representada, sin advertirse en ningún lugar de la resolución el análisis y las razones de la improcedencia de dicha información.

En otras palabras, en estricto cumplimiento de la garantía de audiencia de mi representada en el procedimiento antidumping, la autoridad debió exponer y motivar detalladamente, las razones por las cuales ninguna de las tres propuestas alternas de mi representada era viable o bien, la autoridad debió exponer las razones por las cuales se encontraba imposibilitada a acceder a la información de costos de los productores comparecientes en la investigación; en el caso concreto, no sucedió ninguna de estas dos opciones.

Particularmente, la autoridad debió exponer los razonamientos concretos por los que, no obstante que en el expediente administrativo del caso contaba con información de costos de producción de los proveedores de pierna y muslo de pollo de mi representada durante el período investigado, determinó no considerar dicha información.²⁵

“En este sentido, mi representada considera de particular relevancia, el hecho que en expediente administrativo del caso obra la información específica de costos de producción de la pierna y muslo de pollo, misma que fue presentada por los productores estadounidenses comparecientes. Es decir, en el presente caso, la autoridad no se encontraba ante un escenario de “ausencia” o “insuficiencia” de información, pues la misma está integrada en el expediente; en todo caso, se encontraba ante un escenario de “disponibilidad” de la información. Así, si bien es cierto que para mi representada la información directa de costos de producción de la pierna y muslo de pollo objeto de investigación no está a su alcance, dicha información sí está disponible para la autoridad investigadora.

No obstante lo anterior, la autoridad investigadora no la utilizó y tampoco explicó las razones por las que se encontraba imposibilitada a utilizarla. Esta determinación, afectó el interés jurídico y defensa de mi representada, trascendiendo el sentido de la resolución final al grado de no calcularle un margen de dumping específico a sus operaciones de exportación a México.

Es claro que no basta mencionar enunciativamente (puntos 435 a 437 de la resolución final) la información que mi representada aportó para demostrar que el costo de producción de cada uno de los códigos de producto que utilizó para el cálculo del valor normal, corresponde al precio de adquisición, determinado en el curso de operaciones comerciales normales; además, la autoridad investigadora debió exponer las razones por las cuales dicha información no fue suficiente. Esta situación nunca ocurrió en la resolución impugnada.

Como podrá observar este H. Panel, no obstante lo expuesto por mi representada en su escrito de argumentos y pruebas complementarias, la Secretaría determinó en definitiva no calcular un margen de discriminación específico a las exportaciones de mi representada. La situación que mi representada considera ilegal y violatoria del criterio de revisión en este Panel, consiste en que la autoridad investigadora no analizó ninguna de las propuestas de mi representada para calcular el valor normal y además, no motivó en su resolución final, cuáles fueron las circunstancias específicas que la llevaron a desestimar la información, argumentos y pruebas que presentó mi representada.

²⁵ Op. Cit., págs. 15, 16 y 17.

En conclusión, mi representada solicita a este H. Panel que instruya a la Secretaría para que, con base en la información aportada por mi representada en el curso de la investigación, así como utilizando aquella información que obra en el expediente administrativo del caso, determine que el costo de producción de cada uno de los códigos de producto que utilizaron para el cálculo del valor normal, corresponde al precio de adquisición, determinado en el curso de operaciones comerciales normales y en consecuencia, calcule un margen individual de discriminación de precios a las exportaciones de pierna y muslo de pollo realizadas por Robinson & Harrison Poultry Co. Inc., en términos de lo dispuesto en los artículos 2 del Acuerdo Antidumping y 47 del RLCE”²⁶

En virtud de lo anteriormente expuesto, el Panel consideró que la determinación de no utilizar la información disponible en el Expediente Administrativo para el cálculo de los márgenes individuales de discriminación de precios de las Reclamantes, no se encontraba suficientemente motivada, por lo cual, devolvió la Resolución Final a la AI, para que, de conformidad con el artículo 1904.8 del TLCAN, adoptara medidas no incompatibles con su Decisión, en los siguientes términos:

“783. En relación con los conceptos de impugnación relacionados con las cuestiones en litigio relativas a la determinación de la cuota residual expuestas por NORTHERN BEEF y ROBINSON & HARRISON, este Panel considera que la determinación de no utilizar la información disponible en el Expediente Administrativo para el cálculo de los márgenes individuales de discriminación de precios de las Reclamantes, no se encuentra suficientemente motivada. En opinión del Panel, la AI debió justificar y motivar debidamente en su Resolución Final las razones por las cuales la información disponible en el Expediente Administrativo no pudo ser empleada, con base en la información y solicitudes que razonablemente presentaron las Reclamantes, por lo tanto, se ordena a la AI:

- a) Que funde y motive la determinación de la cuota residual impuesta a las Reclamantes exponiendo las razones por las cuales la información disponible en el Expediente Administrativo no pudo ser empleada.
- b) En caso de no encontrar fundamentación y motivación suficiente, que modifique la determinación de la cuota residual impuesta a las Reclamantes tomando en cuenta la información presentada por las Reclamantes y que consta en el Expediente Administrativo.”

Como se desprende de todo lo anterior, el Panel resolvió sobre alegatos que las Reclamantes (Northern Beef y ROBINSON & HARRISON) presentaron en sus Memoriales, razón por lo cual no actuó en exceso de sus facultades.

D. Cumplimiento a la Decisión del Panel respecto a la impugnación relativa a la utilización de las metodologías propuestas por las Comercializadoras.

Los hechos controvertidos en este punto de discusión son, si la Autoridad Investigadora dio cumplimiento a la Decisión Final del Panel en su Informe de Devolución en relación con la utilización de las metodologías propuestas por las Comercializadoras.

En la Resolución Final, el Panel dispuso que:

“783. En relación con los conceptos de impugnación relacionados con las cuestiones en litigio relativas a la determinación de la cuota residual expuestas por NORTHERN BEEF and ROBINSON & HARRISON, este Panel considera que la determinación de no utilizar la información disponible en el Expediente Administrativo para el cálculo de los márgenes individuales de discriminación de precios de las Reclamantes, no se encuentra suficientemente motivada. En opinión del Panel, la AI debió justificar y motivar debidamente en su Resolución Final las razones por las cuales la información disponible en el Expediente Administrativo no pudo ser empleada, con base en la información y solicitudes que razonablemente presentaron las Reclamantes, por lo tanto, se ordena a la Autoridad Investigadora:

²⁶ Op. Cit., págs. 17, 18 y 19.

- a) Que funde y motive la determinación de la cuota residual impuesta a las Reclamantes exponiendo las razones por las cuales la información disponible en el Expediente Administrativo no pudo ser empleada.
- b) En caso de no encontrar fundamentación y motivación suficiente, que modifique la determinación de la cuota residual impuesta a las Reclamantes tomando en cuenta la información presentada por las Reclamantes y que consta en el Expediente Administrativo.”

Por su parte, y en cumplimiento a lo ordenado por el Panel, la Autoridad Investigadora alega haber realizado el análisis correspondiente en lo relativo a los conceptos de impugnación relacionados con la debida fundamentación y motivación de las razones por los que no eran posible utilizar la información que presentaron las empresas Northern Beef y ROBINSON & HARRISON como alternativas para que se les calcularan un valor normal, misma que está disponible en el Expediente Administrativo. Por tal motivo, la Autoridad Investigadora modificó el punto 441 y adicionó los puntos 441 A, 441 B, 441 C, 441 D, 441 E, 441 F, 441 G y 441 H de la Resolución Final.

Es así que el Informe de Devolución señala lo siguiente:

“(2) Dificultades excesivas

441 D. Además de no haber cumplido con la carga que les correspondía en materia de cooperación, la Secretaría observa que las alternativas propuestas por Northern Beef y Robinson & Harrison para que se les calculara un margen de discriminación de precios, no eran utilizables porque representaban dificultades excesivas, en el sentido del párrafo 3 del Anexo II del Acuerdo Antidumping. Aunque presentaron información sobre su precio de exportación, para poder calcular su valor normal, la Secretaría primero necesitaba asegurarse de que sus ventas específicas se dieron a un precio superior a sus costos de producción más gastos. Al tratarse de empresas comercializadoras, de conformidad con los artículos 32 de la LCE, 47 del RLCE y 2.2.1 del Acuerdo Antidumping, era necesario comparar el precio de venta en los Estados Unidos de las transacciones examinadas individualmente, por código de producto, realizadas por Northern Beef y Robinson & Harrison, con el respectivo costo de adquisición. Para poder realizar las comparaciones respectivas, la Secretaría debía asegurarse de que se estaban comparando artículos identificados por el mismo código de producto, ya que, de tratarse de mercancías identificadas por distintos códigos, habría un gran riesgo de que el resultado de la comparación estuviera distorsionado, ya que se estarían comparando artículos no comparables.”

Argumento de las Partes

ROBINSON & HARRISON alega que la Autoridad Investigadora debió justificar y motivar debidamente en su Resolución Final las razones por las cuales la información disponible en el Expediente Administrativo no pudo ser empleada y, de no hacerlo, debió modificar la cuota residual con base en la información presentada por las Reclamantes. La Autoridad Investigadora, dice la Reclamante, no hizo ni una, ni otra cosa.

La Reclamante además afirma que, si bien es cierto que la carga de generar la información correspondiente en un primer momento a las empresas comercializadoras, en ninguna parte de la legislación se establece que las partes deberán acreditar que la información no pudo obtenerse y más aún, demostrar las razones por las cuales no pudo obtenerse. Además, señala que sí presentó ante la Secretaría la imposibilidad fáctica y legal que tenía para presentar los costos de producción de las fabricantes de los cuales adquirió la mercancía investigada. Mostrando en todo momento una actitud cooperativa en el procedimiento.

También alega la Reclamante que, en su Informe de Devolución, la Autoridad Investigadora no señala cuáles fueron las razones, motivos y circunstancias específicas por las que no le fue posible utilizar la información de costos que obraba en el expediente administrativo del caso; por el contrario, la Autoridad investigadora se limitó a exponer una serie de razonamientos circulares e ilógicos sin dar cumplimiento a la Orden del Panel. La Secretaría, señala la Reclamante, pretendió motivar su cumplimiento a la Orden del Panel argumentando supuestas “dificultades excesivas” conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 del Anexo II del Acuerdo Antidumping, lo cual es incorrecto.

Según la Reclamante, el párrafo 3 del Anexo II del Acuerdo Antidumping se refiere a dificultades excesivas en cuanto al manejo de tiempo y modo de presentación de la información, esto es, no se refiere a dificultades en cuanto al contenido mismo de la información; en este sentido, la Reclamante sostiene que presentó y documentó de manera exhaustiva tres diferentes alternativas de uso de su información, de la siguiente manera:

1. Que la autoridad compare los precios de compra de la Reclamante versus los costos de producción más los gastos de sus proveedores que han comparecido en el procedimiento.
2. Que la autoridad compare los precios de compra de la Reclamante versus los costos de producción de las empresas exportadoras comparecientes que son representativas en el mercado de los Estados Unidos y que han comparecido en el procedimiento.
3. Que la autoridad compare los precios de compra de la Reclamante versus los costos de acuerdo con el modelo de regresión lineal de costos sugerido por las propias solicitantes, pero debidamente corregido en el método de asignación del costo total del pollo a sus partes.

Adicionalmente, la Reclamante argumenta que además de que la Autoridad Investigadora contaba con la información debidamente presentada en tiempo y forma, ésta contó con suficiente espacio durante la investigación para que, en uso de sus facultades indagatorias, solicitara a la Reclamante las aclaraciones pertinentes en el curso de la investigación administrativa.

La Autoridad Investigadora por su parte alega que ésta explicó ampliamente por qué motivos estaba imposibilitada para utilizar la información que ROBINSON & HARRISON proporcionó y las metodologías que propuso. Es así que no puede considerarse que el principio de adquisición de la prueba obligara a la Autoridad Investigadora a actuar como lo señala la Reclamante. Cabe señalar, alega la Autoridad Investigadora, que como puede verse en el Informe de Devolución, la Autoridad Investigadora realizó un análisis y explicó a lo largo de aproximadamente 36 cuartillas las razones por las cuales ni la información contenida en el expediente administrativo, ni las alternativas del cálculo propuestas por ROBINSON & HARRISON resultaron adecuadas para obtener un cálculo de un margen de dumping individualizado para la Reclamante, todo lo cual también se refleja en los puntos 441 a 441 H de la Resolución de Cumplimiento.

Además, la Autoridad investigadora señala que ésta goza de la presunción de validez y para destruir dicha presunción no basta con que la Reclamante opine que la autoridad incumplió con lo ordenado, por el contrario, para destruir esa presunción, sobre el interesado recae la carga de probar que dicha presunción no es válida. Dado que la reclamante no ha presentado impugnaciones eficaces, los actos administrativos de la Autoridad Investigadora deben prevalecer.

Respecto a la discusión del término “dificultades excesivas” en el párrafo 3 del Anexo II del Acuerdo Antidumping, dice la Autoridad Investigadora, que en la Decisión nunca se hace referencia a los tiempos de la investigación ni a la forma en que la Reclamante presentará dicha información. Además, alega la Autoridad Investigadora, la interpretación de ROBINSON & HARRISON relativa a que las dificultades excesivas se refieren al manejo de tiempo y modo de presentación de la información es errónea. Se señala que la utilización de la información “sin dificultades excesivas” no se circunscribe exclusivamente a situaciones de los tiempos y del modo de presentar los datos, sino que puede entrañar cualquier circunstancia que implique obstáculos excesivos para poder utilizarla.

Asimismo, la Autoridad Investigadora alega que ROBINSON & HARRISON no da una razón por la que el problema de trazabilidad no es una razón válida para dejar de considerar las metodologías que propuso. La Autoridad Investigadora también señala que ésta explicó exhaustivamente en su Informe de Devolución la forma en que el problema de trazabilidad hacía prácticamente imposible utilizar las metodologías que ROBINSON & HARRISON propuso.

Finalmente, la Autoridad Investigadora sostiene que no queda claro de qué forma el hecho de que una eventual inequidad de ROBINSON & HARRISON pueda afectar la validez del cumplimiento de la Autoridad Investigadora con la Decisión Final del Panel, por lo que este alegato de la Reclamante resulta también inoperante.

Determinación del Panel

Habiendo analizado los argumentos de ambas partes, el Panel determina lo siguiente:

De acuerdo con el párrafo 3 del Anexo II del Acuerdo Antidumping, al formular las determinaciones deberá tenerse en cuenta toda la información verificable, presentada adecuadamente de modo que pueda utilizarse en la investigación sin dificultades excesivas, facilitada a tiempo y cuando proceda, en un medio o lenguaje informático que hayan solicitado las autoridades.

Como lo señala la Autoridad Investigadora en su Respuesta a los escritos de impugnación interpuestos por las Reclamantes párrafo 68, la utilización de la información sin dificultades excesivas no se circunscribe exclusivamente a situaciones de los tiempos y del modo de presentar los datos, sino que puede entrañar cualquier circunstancia que implique obstáculos excesivos para poder utilizarla. El Panel reconoce la referencia de casos que hace propone la Autoridad Investigadora para sustentar su argumento, i.e., *Guatemala – Cemento II* (DS156) (punto 8.252) y *EUA – Chapas de acero* (DS206) (punto 7.59). En ambos casos, los Grupos Especiales describen situaciones distintas a los tiempos y al modo de presentación de información, que implican “dificultades excesivas”.

Este Panel también reconoce que la Autoridad Investigadora explicó ampliamente por qué motivos estaba imposibilitada para utilizar la información que ROBINSON & HARRISON proporcionó y las metodologías que propuso en los puntos 441 a 441 H de la Resolución de Cumplimiento y considera que el contenido de dichas explicaciones satisface lo solicitado por el Panel en su Decisión.

Además, el Panel considera que la Autoridad Investigadora está en lo correcto cuando argumenta que ésta goza de la presunción de validez y que para revertir esa presunción no basta con que la Reclamante opine que la Autoridad Investigadora incumplió con lo ordenado por el Panel, sino que en la Reclamante recae la carga de probar que dicha presunción no es válida. Siguiendo este principio, el Panel considera que la Reclamante no cumplió con la carga de probar como es que la explicación la Autoridad Investigadora proporciona en la Resolución de Cumplimiento no da cumplimiento a lo ordenado por este Panel.

Finalmente, el Panel también considera que la Reclamante no presentó argumentos suficientes para la determinación de que la Autoridad Investigadora erró en su dicho respecto al problema de trazabilidad y de la supuesta inequidad al determinar la cuota correspondiente a la Reclamante.

Es por lo anterior que este Panel confirma el Informe de Devolución en lo relativo a este punto y desecha las pretensiones de ROBINSON & HARRISON.

F. ORDEN DEL PANEL

Por las razones manifestadas anteriormente, este Panel ha llegado a las siguientes conclusiones:

PRIMERO.- Este Panel considera que la AI cumplió con las ordene emitidas en la Decisión Final del Panel.

SEGUNDO.- En razón de lo anterior, y con fundamento en lo dispuesto en la Regla 73 (6) de las Reglas de Procedimiento del Artículo 1904 del Capítulo XIX del TLCAN, este Panel confirma el Informe de Devolución de la Autoridad Investigadora.

TERCERO.- De conformidad con la Regla 77 (1) (b) y (c) de las Reglas de Procedimiento del Artículo 1904 del Capítulo XIX del TLCAN, y en razón de que esta decisión, constituye el último acto en el procedimiento de revisión, este Panel instruye al Secretariado responsable, que al decimoprimer día siguiente, expida un Aviso de Acción Final del Panel.

Fecha de emisión 20 de diciembre de 2017.

Firmada en original por:

EDWARD HAYES

Panelista

DAVID YOCIS

Panelista

MARK SANDSTROM

Panelista

MARIANO GOMEZPERALTA

Panelista

LUCIA REINA

Panelista

Presidente

Rúbrica

Firma y Fecha

Rúbrica

Firma y Fecha

Rúbrica

Firma y Fecha

Rúbrica

Firma y Fecha

Rúbrica

Firma y Fecha