

**CAPITULO XIX DEL TRATADO DE
LIBRE COMERCIO DE AMERICA DEL
NORTE.**

**Resolución de la revisión de la Resolución
Definitiva de la investigación antidumping sobre
las importaciones de cemento Gray Portland y
escoria de cemento originarias de México.**

USA-95-1904-02

**REVISIÓN ANTE PANEL EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1904 DEL TRATADO DE LIBRE
COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE.**

EN MATERIA DE:)
)
Cemento Gray Portland y)
escoria de cemento provenientes)
de México; Resolución Definitiva)
de la Tercera Revisión Administrativa.)
(1 de agosto de 1992 - 31 de julio de 1993.))

Caso No. USA-95-1904-02

Miembros del Panel:

John M. Peterson, Presidente.

William P Alford.

Victor Blanco Fornieles.

Eduardo Magallón.

Morton Pomeranz.

ÍNDICE

I. Introducción.....	1
II. Antecedentes.....	1
III. Criterio de Revisión	4
IV. Discusión.....	5
A. La reclamación de CEMEX y de Cementos de Chihuahua relativa a la iniciación de la investigación antidumping es improcedente por haber prescrito su acción.....	7
B. La reclamación de CEMEX y de Cementos de Chihuahua consistente en que la iniciación de la investigación fue ilegal es improcedente conforme al principio de cosa juzgada.....	12
C. Esta Panel carece de facultades para revisar o modificar la resolución del Departamento de Comercio relativa a la investigación de ventas por debajo del valor normal o para actuar de manera retroactiva.....	13
D. Las decisiones no adoptadas emitidas por paneles del GATT no constituyen disposiciones de derecho internacional vinculatorias.....	14
E. Aplicación de la mejor información disponible	19
V. Resolución de los incidentes pendientes	26
VI. Conclusión	28

I. INTRODUCCIÓN.

Este Panel Binacional fue establecido de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en adelante “el Tratado” a solicitud de las partes para efectuar la revisión de la Resolución Definitiva de la Tercera Revisión Administrativa emitida por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos de Norteamérica, en adelante “el Departamento”, y la International Trade Administration (Comisión de Comercio Internacional), en adelante “la Comisión”, de la orden antidumping de Cemento Gray Portland y escoria de cemento (Clinker) provenientes de México¹. Cementos Mexicanos, S.A. de C.V., en adelante “CEMEX”, el Departamento y el Comité Ad Hoc de los productores de cemento Gray Portland de la región de Arizona, Nuevo México, Texas y Florida y la Compañía Nacional de Cemento de California, en adelante “el Comité Ad Hoc”, fungieron como partes en la tercera revisión administrativa². Este Panel autorizó a Cementos de Chihuahua, S.A. de C.V., en adelante “Cementos de Chihuahua” a aparecer en esta revisión³. Asimismo, el Gobierno Mexicano solicitó mediante petición incidental participar en esta revisión bajo la figura de Amicus Curiae, esta petición es abordada al final de la presente decisión junto con otros incidentes.

De conformidad con el artículo 1904.8 del Tratado y la Parte VII de las Reglas de Procedimiento del Artículo 1904, en adelante “las Reglas”, este Panel presenta su opinión por escrito.

II. ANTECEDENTES.

El 26 de septiembre de 1989, el Comité Ad Hoc presentó ante el Departamento una solicitud de investigación antidumping contra las importaciones de cemento Gray Portland y escoria de cemento provenientes de México. El Comité Ad Hoc⁴ presentó la petición “a nombre” de la industria regional en los términos del capítulo 19 del U.S.C. (United States Code. Nota para la versión en español), sección 1673a(b)⁵

¹El período investigado de la tercera revisión administrativa comprende del 1 de agosto de 1992 al 31 de julio de 1993.

² En la investigación original, tres compañías mexicanas fungieron como parte actora CEMEX, APASCO, S.A. de C.V. y Cementos Hidalgo, S.C.L. CEMEX fue la única empresa que participó en la tercera revisión administrativa anual .

³Orden del Panel emitida el 18 de diciembre de 1995. Gray Portland Cement and Cement Clinker from Mexico USA-95-1904-02

⁴ El Comité Ad Hoc representa a los productores de cemento Gray Portland de las regiones de Arizona, Nuevo México, Texas y Florida.

⁵ La sección 1673a(b) establece lo siguiente:

(b) Iniciación a petición de parte. (1) Requisitos de la solicitud. Un procedimiento antidumping será iniciado cuando una parte interesada, descrita en los subpárrafos (C)(D)(E)(F) o (G) de la sección 771 (9), sección 1677 del Capítulo 19 del USC, presente una solicitud ante la Autoridad Investigadora (el Departamento) a nombre de la industria que alegue los elementos necesarios para la imposición de un cuota compensatoria prevista en la sección 731 (19 USC sección 1673). La solicitud debe estar acompañada de la información que apoye los argumentos del solicitante que razonablemente pueda estar

En respuesta a la solicitud, el 23 de octubre de 1989 el Departamento inició una investigación antidumping (54 Fed. Reg. 43,190, publicada el 23 de octubre de 1989). A continuación, en los términos de la ley, la Comisión de Comercio Internacional de los Estados Unidos, “la ITC”, inició una investigación para determinar si la industria de los Estados Unidos estaba sufriendo daño o amenaza de daño, como resultado de importaciones realizadas en condiciones de prácticas desleales de cemento Gray Portland y escoria de cemento.⁶

A las partes interesadas se les concedió un plazo para presentar comentarios en respuesta a la solicitud de investigación, en los términos de la ley, mismos que no fueron presentados. El 8 de noviembre de 1989, la ITC emitió su Resolución Preliminar de Determinación de Daño en sentido afirmativo. Gray Portland Cement and Cement Clinker from Mexico, Inv. No. 731-TA-451 (Preliminar). El 12 de abril de 1990, el Departamento dio a conocer los resultados preliminares de su investigación en el sentido de que el cemento Gray Portland y la escoria de cemento provenientes de México estaban siendo vendidos en los Estados Unidos a un precio inferior al valor normal. 55 Fed. Reg. 13,817; ver 19 U.S.C. sección 1673b(b).

De conformidad con lo establecido en la sección 1673d(a) del Capítulo 19 del U.S.C., el Departamento emitió su Resolución Definitiva de la investigación de ventas por debajo del valor normal el 18 de julio de 1990. 55 Fed. Reg. 29,244 (18 de julio de 1990). El 13 de agosto de 1990 la ITC emitió su Resolución Definitiva de determinación de daño en sentido afirmativo. Gray Portland Cement and Clinker From Mexico, Inv. No.731-TA-451 (Final), USITC Pub. 2305 (agosto 13, 1990); ver 19 U.S.C. sección 1673d(b). Como consecuencia el 30 de agosto de 1990, el Departamento emitió una orden de cuota antidumping. Gray Portland Cement and Cement Clinker From Mexico, 55 Fed Reg. 35,433(agosto 30, 1990; ver 19 U.S.C. sección 1673e(a)).

a su alcance. La solicitud puede ser modificada en el momento con las condiciones que autorice la Comisión de Comercio Internacional (International Trade Commission).

(2) Presentación simultánea ante la Comisión. El solicitante presentará una copia de su solicitud ante la Comisión Internacional de Comercio el mismo día en que la presentó ante la Autoridad Investigadora.

⁶ En los términos de la ley de los Estados Unidos, la imposición de una cuota compensatoria depende de dos dictámenes administrativos hechos por el Departamento y la ITC respectivamente. Específicamente, el capítulo 19 del USC, sección 1673, establece que una cuota antidumping será impuesta si:

(1) la Autoridad Investigadora determina que una mercancía está siendo o será vendida en los Estados Unidos a un precio inferior al precio justo (valor normal), y

(2) la ITC determina que

(A) una industria de los Estados Unidos

(i) sufre daño material, o

(ii) sufre amenaza de daño material, o

(B) el establecimiento de una industria en los Estados Unidos está siendo materialmente retrasado,

debido a las importaciones de mercancías, o a las ventas o posibles ventas de dicha mercancía de importación.

Como resultado de la imposición de la cuota compensatoria, el Departamento instruyó al Servicio de Aduanas para que recaudara la cuota antidumping a ciertas importaciones de cemento Gray Portland y escoria de cemento provenientes de México. 19 U.S.C., sección 1673e. De acuerdo con la ley, las partes pueden promover la revisión judicial de la decisión del Departamento de iniciar la investigación ante la Corte de Comercio Internacional de los Estados Unidos, sección 1581 (c) del Capítulo 28 del U.S.C., sin embargo ninguna de ellas ejerció este derecho.

El 24 de octubre de 1990 el gobierno mexicano solicitó consultas con los Estados Unidos en los términos del artículo 15:2 del Acuerdo de la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General de Aranceles y Comercio, GATT (conocido como el Código Antidumping del GATT)⁷ a efecto de discutir la preocupación de México en el sentido de que el Departamento no había iniciado la investigación original en 1989 en contra del cemento Gray Portland y la escoria de cemento provenientes de México apegado a la ley por no haberse cerciorado antes de iniciar la investigación que los solicitantes estaban legalmente legitimados. México sostuvo que la solicitud del Comité Ad Hoc no fue presentada “a nombre de la industria afectada”, tal como es definida por los artículos 4:1(ii) y 5:1 del Código Antidumping del GATT. De conformidad con el artículo 15:5 del GATT, se integró un Panel para analizar el problema.

El 9 de julio de 1992, el Panel del GATT emitió su decisión apoyando la posición de México, en cuanto a la legitimidad del solicitante, concluyendo que el término “industria” en la frase “a nombre de la industria afectada” en los casos de mercado regional, significa “los productores de...toda o casi toda la producción de dicho mercado” . Report of the Panel, under the Agreement on Implementation of Article VI, on United States Antidumping Duties on Gray Portland Cement and Cement Clinker from Mexico. GATT Doc. No. ADP/82 , at 76 (unadopted), en adelante “decisión del Panel del GATT”. En todo caso, esta decisión nunca fue adoptada por el Comité del Código Antidumping del GATT, debido a que los Estados Unidos bloquearon la adopción, en los términos de los procedimientos del GATT vigentes en ese momento.

Durante las deliberaciones del GATT, el Departamento llevó a cabo dos revisiones administrativas de la imposición de la cuota, cubriendo los períodos de agosto de 1990 a julio de 1991 (56 Fed. Reg. 47, 185), y de agosto de 1991 a julio de 1992 (57 Fed. Reg. 44,551).⁸

⁷ Código Antidumping del GATT, firmado en Ginebra el 12 de abril de 1979, entró en vigor el 1 de enero de 1980. 31 UST 4919; T.I.A.S. 9650; 1186 U.N.T.S. 2.

⁸ El Departamento de Comercio debe realizar revisiones administrativas anuales de las órdenes antidumping a solicitud de una parte interesada. Sección 1675(a)(1)(B) del Capítulo 19 del USC. Los resultados de las dos primeras revisiones no son objeto de la presente revisión.

CEMEX impugnó el resultado de la segunda revisión administrativa ante la CIT⁹. Sin embargo, durante los dos períodos anuales de revisión ninguna de las partes impugnó ni ante la instancia administrativa ni ante la Corte la legalidad de la investigación original.

El 30 de septiembre de 1993, el Departamento inició la tercera revisión administrativa que cubrió el período del 1 de agosto de 1992 al 31 de julio de 1993. 58 Fed. Reg. 51,053 (30 de septiembre de 1993). Esta revisión únicamente incluyó a CEMEX como productor-exportador. CEMEX impugnó, entre otras cosas, la decisión del Departamento de iniciar la investigación original en 1989. Por primera vez, CEMEX alegó que la decisión del Panel del GATT creó una obligación internacional a los Estados Unidos y que, en virtud de ella, el Departamento debía declarar la nulidad de la cuota antidumping por ser violatoria de las obligaciones de los Estados Unidos en los términos del Código Antidumping del GATT.

La Resolución Definitiva de la tercera revisión administrativa fue emitida por el Departamento el 19 de mayo de 1995. 60 Fed. Reg. 26,865 (19 de mayo de 1995). En ella, el Departamento determinó que durante la revisión, CEMEX mantuvo una actitud no cooperativa con el Departamento, de manera que éste asignó a CEMEX un margen de dumping basado en “la mejor información disponible”¹⁰, en los términos de la sección 1677e(b) del Capítulo 19 del U.S.C.. De acuerdo con la metodología para la aplicación de la “mejor información disponible”, el Departamento asignó a CEMEX un margen equivalente a la cuota más alta determinada a cualquier compañía en la investigación de ventas por debajo del valor normal, en el caso de CEMEX este margen resultó en 61.85 por ciento. El Departamento se negó a la petición de CEMEX de revocar la orden antidumping con base en vicios en la iniciación, tal como lo estableció el Panel del GATT.

III. CRITERIO DE REVISIÓN.

En los términos del artículo 1904(1), este Panel binacional es competente para revisar las resoluciones definitivas en materia de cuotas antidumping emitidas por la Autoridad Investigadora en sustitución de la revisión judicial. La resolución objeto de la presente revisión es la Resolución Definitiva de la Tercera Revisión Administrativa de la Orden Antidumping de 1989, publicada en el Federal Register el 19 de mayo de 1995. 60 Fed. Reg. 26,865 (19 de mayo de 1995.)

El marco de esta revisión está limitado al expediente administrativo generado por el Departamento durante la tercera revisión, en los términos del artículo 1904 (2) del Tratado.¹¹ Asimismo, las decisiones de este Panel únicamente pueden ser aplicadas a

⁹ Ver CEMEX, S.A. v. United States and Ad Hoc Comitee of AZ-NM-TX-FL Producers of Gray Portland Cement and Cement Clinker and National Cement Co., CIT Slip Op. 95-72 (24 de abril de 1995).

¹⁰ Lo referente a la aplicación de la “mejor información disponible” por parte del Departamento es discutido más adelante en la presente opinión.

¹¹ El Artículo 1911 del Tratado establece:

“Para efectos de este capítulo:

resoluciones emitidas por el Departamento después de la fecha de entrada en vigor del Tratado, es decir, el 1 de enero de 1994. Ver artículo 1906(a) del Tratado.

El criterio de revisión que debe ser aplicado por este Panel es definido por el anexo 1911 del Tratado, ver artículo 1904.3. El anexo 1911 establece que este Panel debe aplicar el mismo criterio que sería aplicado por la Corte de Comercio Internacional en la revisión de una resolución definitiva emitida por el Departamento, de acuerdo a la sección 516A(b)(1)(B) de la Tariff Act de 1930 con sus reformas, Capítulo 19 del U.S.C. sección 1516a(b)(1)(B).

En esos términos, en la revisión de resoluciones definitivas (en materia antidumping) este Panel “declarará ilegal cualquier resolución antidumping que no se encuentre...fundada en pruebas substanciales en el expediente, o bien, que no haya sido dictada conforme a derecho”. La Corte de Apelaciones del Circuito Federal de los Estados Unidos, “la Corte de Apelaciones”, cuyas decisiones son vinculatorias para este Panel, ha definido “pruebas substanciales” como “pruebas relevantes que serían aceptadas por una mente razonable para sustentar una conclusión”. Matsushita Elec. Indus. Co. v. United States 750 F. 2d 27,933 (Fed. Cir. 1984) (citando a Consolidated Edison Co. v. NLRB, 305 U.S. 197, 229 (1938)).

En el presente caso, la pregunta a resolver es si las conclusiones del Departamento hechas durante la tercera revisión administrativa, está basadas en pruebas substanciales o bien si fueron emitidas conforme a derecho.

No obstante que el marco de la revisión de este Panel está limitado al expediente administrativo generado durante la tercera revisión y a las resoluciones emitidas por el Departamento después del 1 de enero de 1994, tanto CEMEX, como Cementos de Chihuahua y el gobierno de México, afirman que este Panel debe tomar en consideración la decisión del Panel del GATT de 1992, la cual concluye que la orden antidumping de fecha 30 de agosto 1989 debe ser revocada *ab initio*.

expediente administrativo significa, a menos que las Partes y otras personas que comparezcan ante un panel acuerden otra cosa:

- 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, incluidas cualesquiera comunicaciones gubernamentales relacionadas con el caso, así como cualquier acta de las reuniones con una sola de las partes interesadas que se quiera 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 ...”

IV. DISCUSIÓN.

CEMEX y Cementos de Chihuahua afirman ante este Panel que la decisión del Departamento de iniciar la investigación antidumping en 1989, no fue realizada en los términos de la ley. Específicamente CEMEX alega que debido a que la solicitud presentada por el Comité Ad Hoc señaló industria como “industria regional”, el Departamento, como autoridad investigadora, estaba obligado a “encuestar” a la industria doméstica, antes de iniciar la investigación, para determinar si la solicitud era apoyada por “todos o casi todos los productores de la región”.

En opinión de CEMEX, el Departamento omitió este requisito y presumió que la solicitud era apoyada por la industria regional, lo que produce la nulidad *ab initio* de la orden antidumping.

Cabe mencionar que ni CEMEX ni ningún otro participante de la investigación original impugnó ante la Corte de Comercio Internacional la iniciación de la investigación después de que fuera emitida la resolución que imponía la cuota compensatoria¹². CEMEX y Cementos de Chihuahua esperaron hasta la tercera revisión administrativa para presentar este alegato. En ese momento CEMEX alegó por primera vez que el Departamento debía determinar que la iniciación de la investigación original era ilegal y que, por tanto, la orden era nula *ab initio*. El argumento principal de CEMEX consistía en la decisión del Panel del GATT del 9 de julio de 1992, en la que se concluyó que la omisión del Departamento de cerciorarse del nivel de apoyo de la industria a la solicitud, antes de iniciar la investigación, era violatoria del artículo 5:1 del Código Antidumping del GATT y que, por tanto, recomendaba la revocación de la orden antidumping y que las cuotas hasta el momento pagadas o depositadas deberían ser reembolsadas.

En el memorial presentado ante este Panel, CEMEX plantea su argumento de la manera siguiente:

Si el Departamento inició la investigación sin cumplir con los requisitos al omitir cerciorarse del nivel de apoyo de la industria regional antes de iniciar la investigación, si la solicitud fue presentada a nombre de “toda o casi toda” la industria de la región sur de los Estados Unidos.

(Memorial de CEMEX del 16 de enero de 1996 en la página 16). Asimismo, CEMEX afirma que la orden antidumping es ilegal y debe ser revocada debido a que la iniciación de la investigación fue hecha en contravención al GATT y que este Panel debe convencerse

¹² CEMEX impugnó la Resolución de la segunda revisión administrativa emitida por el Departamento, como se ha mencionado antes en esta opinión. Sin embargo, insistimos en que durante las dos períodos de revisión anuales, ninguna de las partes impugnó en instancia administrativa o judicial la legalidad de la iniciación de la investigación original. Cabe resaltar que la decisión del Panel del GATT fue emitida dos meses antes del comienzo de la segunda revisión administrativa.

de esto(Memorial de CEMEX del 16 de enero de 1996 en la página 29). No obstante que tanto CEMEX como Cementos de Chihuahua aparentemente impugnan los resultados de la tercera revisión administrativa, resulta claro que el vicio que alegan fue la iniciación de la investigación original hecha en 1989¹³.

Por las razones aquí presentadas este Panel determina que:

(a) Con fundamento en el “Statute of Limitations”(nota para la versión en Español:ley que fija los términos de prescripción), las reclamaciones de CEMEX y de Cementos de Chihuahua relativas a la iniciación de la investigación antidumping son improcedentes; (b) la improcedencia de dichas reclamaciones también se funda en el principio de cosa juzgada; (c) en los términos del Tratado, este Panel carece de competencia para revisar o alterar la decisión del Departamento de Comercio de iniciar la investigación en 1989 o de la orden antidumping emitida en 1990; (d) la decisión del Panel del GATT no es vinculatoria a este Panel, ni obliga al resultado sugerido por CEMEX, Cementos de Chihuahua y el Gobierno de México; y (e) el Departamento actuó dentro del límite de sus facultades discrecionales en la elección de “la mejor información disponible” y en la metodología de dicha información al asignar el margen de dumping a las importaciones de CEMEX.

A. LA RECLAMACIÓN DE CEMEX Y DE CEMENTOS DE CHIHUAHUA RELATIVA A LA INICIACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN ANTIDUMPING ES IMPROCEDENTE POR HABER PRESCRITO SU ACCIÓN.

La sección 516a de la Tariff Act de 1930, con sus reformas, Capítulo 19 del U.S.C., sección 1516a(2)(A) establece limitativamente los términos de prescripción para que las partes interesadas impugnen las resoluciones definitivas de las investigaciones administrativas antidumping y establece lo siguiente:

(2) Revisión de resoluciones . (A) En general. Dentro de los treinta días siguientes a la publicación en el Federal Register de:

(i) del aviso de cualquiera de las resoluciones previstas en los incisos (ii),(iii),(iv) o (v) del subpárrafo (B), o

(ii) de una orden antidumping o de cuotas compensatorias basada en una resolución de las previstas en el inciso (i) del subpárrafo (B),

las partes interesadas que participaron en el procedimiento, pueden ejercitar su acción ante la Corte de Comercio Internacional mediante la presentación de la orden de comparecencia y, dentro

¹³ El argumento de Cementos de Chihuahua se basa en “si la Resolución del Departamento en la tercera revisión administrativa en el sentido de no revocar la orden antidumping es contraria a la ley debido a que la solicitud no fue presentada a nombre de todos o casi todos los productores regionales” (Memorial de Cementos de Chihuahua del 16 de enero de 1996 en la página 7). (Subrayado añadido)

de los treinta días siguientes, una reclamación, cumpliendo con los requisitos de forma y estilo previstos en las reglas de esta Corte, oponiéndose a cualquier hecho o conclusión legal en que se base la resolución impugnada.

La sección 516(a)(2)(A) constituye una renuncia a la inmunidad soberana de los Estados Unidos y es de interpretación estricta. Lehman v. Nakshian, 453 U.S. 156,161 (1981); Soriano v. United States, 352 U.S. 270,276 (1957). La Corte de Apelaciones del Circuito Federal en el caso NEC Corp. v. United States, 806 F.2d 247,249 (Fed. Cir. 1986), estableció lo siguiente:

Los Estados Unidos no pueden ser demandados excepto en los términos y condiciones en los que éstos lo permiten. En los términos de la sección 1516a del Capítulo 19 del U.S.C., una parte interesada puede impugnar una resolución antidumping presentando una reclamación dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la publicación de la resolución en el Federal Register.

* * * * *

Los términos en los que el gobierno de los Estados Unidos permite ser demandado en una corte, definen la competencia de dicha corte para conocer del caso. United States v. Testan. 424 U.S. 392,399 (1976), citando United States v. Sherwood 312 U.S. 584, 586 (1941). Las condiciones en las que el gobierno puede ser demandado deben ser observadas estrictamente y no están sujetas a excepción alguna¹⁴.

Es igualmente reconocido que las impugnaciones a las resoluciones del Departamento relativas a la iniciación de una investigación antidumping, incluyendo que no exista el apoyo de la industria doméstica a la reclamación, deben ser promovidas dentro de los 30 días siguientes a la emisión de la resolución definitiva en cuestión, o bien dentro de los 30 días siguientes a la publicación de la orden de cuota antidumping. Ver e.g. Minebea Co. LTD. v. United States 782F. Supp.117 (Ct. Int'l. Tr. 1992); NTN Bearing Corp. of America v. United States 757 F. Supp. 1425 (Ct. Int'l. Tr. 1991).

¹⁴ De hecho la Corte de Apelaciones del Circuito Federal ha establecido que cuando una parte interesada al impugnar una resolución antidumping presenta a tiempo la orden de comparecencia pero no la reclamación dentro del término establecido por la ley, su acción prescribe. Ver Gergetown Steel Corp. v. United States 801 F.2d 1308 (Fed. Cir. 1986)

Tanto CEMEX como cualquiera otra de las partes legitimadas, pudieron ejercitar su acción ante la Corte de Comercio Internacional dentro de los 30 días después de: (1) la resolución en sentido afirmativo en la investigación de ventas por debajo del valor normal, o (2) de la publicación de la orden antidumping. En ese caso, CEMEX pudo haber presentado ante dicha Corte todos los argumentos relativos a la definición del término de “industria”, en los casos de industria regional, y pudo haber impugnado la omisión del Departamento de encuestar a la industria regional antes de iniciar la investigación, a efecto de determinar si existía el nivel necesario de apoyo a la reclamación. Sin embargo ni CEMEX ni ninguna otra parte iniciaron dicho procedimiento y, por tanto, su acción prescribió desde hace mucho tiempo. Cabe mencionar que CEMEX no ha ofrecido explicación alguna de porqué los argumentos que ahora alega (aquellos que el Gobierno de México presentó ante el Panel del GATT) no pudieron ser presentados ante las cortes de los Estados Unidos en el contexto de una impugnación en tiempo al resultado de la investigación del Departamento, o de la publicación de la orden antidumping. Como se explica mas abajo cuestiones que las partes pudieron haber presentado en una impugnación previa, pero que no fueron presentadas, están eliminadas en virtud del principio de cosa juzgada.

No obstante que los argumentos de CEMEX y Cementos de Chihuahua se dirigen de manera nominal a la resolución definitiva de la tercera revisión administrativa, ninguna de las quejas ha identificado un error específico cometido por el Departamento en dicho procedimiento, distinto de la resolución de inicio de investigación en 1989. Al contrario, la reclamación básica de ambas empresas es que en la tercera revisión administrativa el Departamento debió concluir que la iniciación de 1989 fue ilegal.

El alcance de las revisiones administrativas establecidas en la sección 751(a) de la Tariff Act de 1930 con sus reformas, sección 1675(a) del capítulo 19 U.S.C. excede a la investigación antidumping. Este Panel previamente ha establecido que:

las investigaciones antidumping y las revisiones establecidas en la sección 751 (a) son distintos tipos de procedimientos con distintos objetivos. Las investigaciones antidumping pretenden establecer si una mercancía de importación está siendo vendida a un precio menor del valor normal y si dichas ventas causan o amenazan causar daño material a la industria de los Estados Unidos.

* * * * *

En contraste, las revisiones establecidas en la sección 751(a) tienen como presupuesto la existencia de una orden de cuota compensatoria y tienen por objeto calcular el monto específico de la cuota aplicable a un embarque de importación en particular.

(Gray Portland Cement and Cement Clinker from Mexico. Secretariat File number USA-95-1904-02, febrero de 1996).

No hay razón alguna para pensar que la Tariff Act sugiere que el Departamento de Comercio puede estudiar o corregir errores cometidos durante la investigación original en una revisión anual, cuyo propósito es calcular la cuota aplicable a bienes importados durante un período determinado. De hecho, la sección 751(a) indica que en una revisión anual el Departamento “revisará y determinará ... el monto de una cuota antidumping” (sección 1675(a)(1)(B) del capítulo 19 de U.S.C.), y, en particular, determinará:

- (A) el precio de exportación y el precio en los Estados Unidos de cada entrada de la mercancía objeto de la orden de cuota compensatoria e incluida en esa resolución, y
- (B) de existir, el monto del excedente del precio de exportación al precio de los Estados Unidos en cada entrada de mercancía.

(Sección 1675(a)(2) del capítulo 19 U.S.C.)

Las facultades y la responsabilidad del Departamento en las investigaciones previstas en la sección 751(a), se refieren únicamente al cálculo del monto de las cuotas aplicables en los términos de una orden antidumping preexistente y no a la reconsideración o modificación de las resoluciones emitidas durante la investigación original.

En la resolución emitida en la tercera revisión administrativa, el Departamento correctamente estableció que carecía de competencia para resolver en favor de CEMEX revocar decisión del Departamento en el sentido de iniciar la investigación original emitida en 1989.¹⁵ Asumiendo sin conceder, que CEMEX y Cementos de Chihuahua hubieran solicitado algo que el Departamento pudiera otorgar, resulta claro que la la revocación solicitada no puede ser dictada con base en una revisión administrativa realizada en los términos de la sección 751 (a).¹⁶

¹⁵ El Departamento observó que “el Departamento carece de facultades para revocar la iniciación de una investigación de ventas por debajo del valor normal. En los términos de las secciones 514(b) y 516A(c)(1) de la Tariff Act, las resoluciones relativas a la iniciación son definitivas y vinculatorias, a menos de que sea promovida una revisión judicial de conformidad con la sección 516A. Aún en el caso de ser promovida una revisión judicial en tiempo, la resolución del Departamento continúa en vigor hasta la emisión de una resolución de la Corte “en contrario”. Ver la sección 1516(a)(c)(1) del Capítulo 19 U.S.C. En este caso, ninguna de las partes impugnó la legitimación de las reclamantes ante la Corte de Comercio Internacional, por lo que la resolución es definitiva y vinculatoria a todos los participantes incluyendo al Departamento”

60 Fed. Reg. at 26,866 (19 de mayo de 1995).

¹⁶ El Panel hace notar que la sección 751(b) de la Tariff Act , sección 1675b del capítulo 19 U.S.C., establece un mecanismo por separado por medio del cual una parte interesada puede solicitar al Departamento o a la Comisión de Comercio Internacional, una revisión especial de una orden

De hecho, en el caso Oregon Steel Mills. Inc. v. United States, 862 F.2d 1541,1543-44 (Fed. Cir. 1988) la Corte de Apelaciones sostuvo que el Departamento no podía revocar una orden antidumping en una revisión administrativa anual de las previstas en la sección 751(a) con base en la reconsideración de la resolución de la investigación de ventas por debajo del valor normal:

Una lectura textual de las disposiciones citadas, indica que la sección 1675(a) del Capítulo 19 del U.S.C. permite al Departamento el ajuste del monto de las cuotas compensatorias; la sección 1675(b) permite la revisión de sus resoluciones en sentido afirmativo y la sección 1675(c) lo faculta para revisar una resolución antidumping “después de la revisión prevista en esta sección”. La revocación, lógicamente debe estar fundada en la sección 1675(b), no en la 1675(a).

* * * * *

... una revisión en los términos de la sección 1675(a) sería insuficiente para dictar la revocación de una orden antidumping. La sección que establece la posibilidad para revisar las resoluciones en sentido afirmativo de las investigaciones de ventas por debajo del valor normal previstas en la sección 1673a es, la 1675(b).

CEMEX y Cementos de Chihuahua consideran que su acción para impugnar la investigación original no ha prescrito, sin embargo, los precedentes que citan para fundar su argumento no son aplicables. El caso Oregon Steel Mills, supra, se refiere a la revocación de una orden antidumping en los términos de la sección 751(b) con base en un cambio de circunstancias y no en una nueva interpretación legal de los hechos existentes durante la investigación original. En el caso Gilmore Steel Corp. v. United States, 585 F. Supp. 671 (Ct. Int’l. Tr. 1984), la Corte estableció que el Departamento podía revocar una resolución de inicio de investigación antidumping una vez transcurrido el término legal

antidumping, con base en “un cambio de circunstancias suficiente para garantizar la revisión de una resolución”.

En el caso Oregon Steel Mills. Inc. v. United States 862 F.2d 1541 Fed. Cir. 1988, la Corte de Apelaciones del Circuito Federal, estableció que la desaparición del apoyo de la industria doméstica a una orden antidumping constituye “un cambio de circunstancias” suficiente para garantizar la revocación de una orden antidumping. Sin embargo, en el caso Oregon Steel Mills, la corte enfrentó dificultades para poder sustentar que la pérdida del apoyo de la industria a una orden existente, constituye un defecto de carácter jurisdiccional” o que la facultad de ejecución de la orden por parte del Departamento precluye. Id. at 1545 n 4.

de veinte días previsto en la sección 1673a(c), pero durante la investigación original¹⁷. El caso Gilmore Steel no implica la posibilidad de anular una orden antidumping en una revisión administrativa anual realizada de acuerdo a la sección 751(a). Finalmente, en el caso Zenith Electronics Corp. v. United States, 872 F. Supp.992 (Ct. Int'l. Tr. 1994), la Corte sostuvo que una parte interesada puede impugnar la determinación del Departamento, en el sentido de que una empresa manufacturera doméstica tiene legitimidad para promover una revisión de las previstas en la sección 751(a). En todo caso, la impugnación fue promovida contra la iniciación de la revisión anual y no contra de la iniciación de una investigación antidumping anterior.

CEMEX insta al presente Panel a estudiar si la investigación original debió iniciarse con base en el “reconocido” principio de que “las cortes pueden volver a considerar la decisión de un inferior en situaciones en las que se han producido interpretaciones judiciales de la ley vigente posteriores a la decisión del inferior sujeta a apelación-interpretaciones que, de haberse aplicado habrían alterado sustancialmente el resultado”. (CEMEX Memorial del 16 de enero de 1996, página 23, citando a Hormel and Helvering, 312 U.S. 522,558 (1941)). Sin embargo, los casos citados por CEMEX¹⁸ no establecen que una nueva interpretación legal (en el presente caso una que no es vinculatoria), faculta al órgano revisor a reabrir resoluciones definitivas preexistentes. Los casos citados, apoyan una postura mucho más estrecha que consiste en que una parte interesada puede presentar un argumento novedoso, no presentado en el procedimiento anterior, si las disposiciones aplicables han cambiado en virtud de una interpretación judicial relevante.

En suma, este Panel concluye que la pretensión de CEMEX y de Cementos de Chihuahua de que se revoque la decisión del Departamento de iniciar una investigación antidumping en 1989, en el caso Gray Portland Cement and Cement Clinker from Mexico, es improcedente por haber prescrito su acción.

B. LA RECLAMACIÓN DE CEMEX Y DE CEMENTOS DE CHIHUAHUA CONSISTENTE EN QUE LA INICIACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN FUE ILEGAL ES IMPROCEDENTE CONFORME AL PRINCIPIO DOCTRINAL DE COSA JUZGADA.

El argumento de CEMEX y de Cementos de Chihuahua en el sentido de que la iniciación de la investigación antidumping fue ilegal, es improcedente en virtud del “principio de cosa juzgada”. El principio de “cosa juzgada” evita litigios basados en cualquier argumento o defensa que haya estado al alcance de las partes previamente, con independencia de la

¹⁷ El Panel observa que una resolución en el sentido de no iniciar una investigación, se considera como una resolución definitiva independiente puede sujetarse a revisión judicial de conformidad con la sección 1516a(1)(I) del Capítulo 19 del USC.

¹⁸ Hormel 312 US en 558; Ceramica Regiomontana S.A. v. United States, 16 CIT 358,359 (1992); Timken Co. v. United States 779 F. Supp. 1402 (Ct. Int'l. Tr. 1991); Rhone Poulenc S.A. v. United States 583 F. Supp. 697 (Ct. Int'l. Tr. 1984).

posición resultante en el procedimiento anterior” Finch v. Hughes Aircraft Co., 926 F. 2d. 1574, 1577 (Fed. Cir. 1991), citando a Brown v. Felson, 422 U.S. 127,131 (1979)¹⁹.

En este punto, el Panel observa que ni CEMEX ni ningún otro productor mexicano promovió la revisión judicial de la resolución definitiva de la investigación de ventas por debajo del valor normal, emitida durante la investigación original²⁰, por lo que constituye una resolución firme. CEMEX no ha explicado por qué, en ese procedimiento, no impugnó la legitimidad. CEMEX pudo haber presentado ante la Corte de Comercio Internacional los mismos argumentos relativos a la iniciación de la investigación que el Gobierno de México presentó ante el Panel del GATT, integrado poco tiempo después. Cualesquiera que hayan sido las razones, CEMEX decidió no promover este argumento ante las cortes de los Estados Unidos. “El principio de *cosa juzgada* no solo es aplicable a los puntos que hayan sido decididos, sino también a los que pudieron haberlo sido” Watkins v. M&M Tank Lines Inc., 694 F. 2d 309,311 (4th Cir. 1982).

Resulta claro que la cuestión de si los solicitantes tienen legitimidad para promover una investigación antidumping puede ser, en principio, ser impugnada en cualquier investigación antidumping, sin embargo, CEMEX no ha proveído a este Panel razón alguna que pudiere excusarlo de no haber planteado esta reclamación ante la Corte de Comercio Internacional en tiempo y forma. En virtud de que CEMEX pudo haber promovido la impugnación de la investigación original y no lo hizo, su reclamación en la presente revisión es improcedente en base al principio de “cosa juzgada”.

C. ESTE PANEL CARECE DE FACULTADES PARA REVISAR O MODIFICAR LA RESOLUCIÓN DEL DEPARTAMENTO DE COMERCIO RELATIVA A LA INVESTIGACIÓN DE VENTAS POR DEBAJO DEL VALOR NORMAL O PARA ACTUAR DE MANERA RETROACTIVA.

Aún asumiendo que la pretensión de las reclamantes no fuera improcedente en virtud de la prescripción de su acción o del principio de “ cosa juzgada “, este Panel carece de facultades para resolver en sentido afirmativo dicha reclamación. Específicamente el artículo 1906(a) del Tratado establece lo siguiente:

Este Capítulo se aplicará únicamente en lo futuro a:

¹⁹ El artículo 1904(3) del Tratado establece que “El panel aplicará los criterios de revisión señalados en el anexo 1911 y 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”. El principio de “cosa juzgada” es un principio general del derecho que sería aplicado por una corte de los Estados Unidos en la revisión de una resolución administrativa.

²⁰ El Comité Ad Hoc promovió la revisión judicial de algunos aspectos de la resolución mencionada. CEMEX participó como parte demandada y tercero interesado en apoyo de la posición del Departamento en ese litigio, cuyo resultado fue fallado finalmente por la Corte de Apelaciones del Circuito Federal. Ad Hoc Committee of AZ-NM.TX.FL Producers of Gray Portland Cement v. United States, 68 F. 3d 487 (Fed. Cir. 1995). La legalidad de la iniciación de la investigación no fue discutida en esa acción.

(a) las resoluciones definitivas de una autoridad investigadora competente que se dicten después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado

Este Panel no tiene facultad para revisar las resoluciones dictadas por el Departamento antes del 1 de enero de 1994, fecha en la que el Tratado entró en vigor. En tanto CEMEX como Cementos de Chihuahua solicitan a este Panel determine que el Departamento erró al iniciar la investigación antidumping de 1989 sin haber encuestado a los miembros de la industria regional doméstica para determinar su nivel de apoyo a la investigación, o que el Departamento erró al publicar una resolución definitiva de la investigación de ventas por debajo del valor normal, el Panel carece de facultad para obsequiar el remedio solicitado.

A mayor abundamiento, el artículo 1906(a) limita al panel a construir sus revisiones sólo con alcances prospectivos. En este sentido, diferimos de la opinión de CEMEX en cuanto a que el presente Panel tiene “competencia para revocar la orden antidumping *ab initio*”. (Memorial de CEMEX del 16 de enero, en página 23) o que puede “dar efectos retroactivos a la interpretación del Código Antidumping emitida por el Panel del GATT”, consistente en la recomendación de la revocación de la orden de cuota antidumping desde la fecha en que ésta fue emitida. (Id. en página 23-24). Resulta claro que el presente Panel carece de facultades para revisar o alterar la resolución dictada por el Departamento en la investigación original, así como para dar efectos retroactivos a la recomendación del Panel del GATT.

D. LAS DECISIONES NO ADOPTADAS EMITIDAS POR PANELES DEL GATT NO CONSTITUYEN DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNACIONAL VINCULATORIAS.

Suponiendo sin conceder, que este Panel tiene facultades para considerar los argumentos de CEMEX relativos a la aplicabilidad de la recomendación del Panel del GATT, en la tercera revisión administrativa, no consideramos que pueda atribuirse fuerza probatoria alguna a dicha decisión. Este Panel respeta la opinión de aquél, sin embargo, no está obligado por la decisión del mismo.

Tanto CEMEX y Cementos de Chihuahua, como el gobierno de México, reconocen que la decisión del Panel del GATT no es viculatoria para este Panel, sin embargo argumentan que debe ser tomada en cuenta por constituir “la mejor interpretación disponible de los requerimientos del GATT”. (Ver e.g. Memorial de Respuesta de CEMEX, pág. 1, 15 de abril de 1996). Otro argumento de esas partes es que la ley de los Estados Unidos debe ser interpretada de manera consistente con las “obligaciones internacionales” de los Estados Unidos y que la negativa del Departamento de revocar la orden de cuota antidumping no cumple con este requisito.

Nuestro análisis de la legislación relevante nos ha llevado a concluir que: (1) la decisión del Panel del GATT no creó ninguna obligación internacional, y por tanto, los actos del Departamento de Comercio no pueden ser declarados ilegales con ese fundamento; y, (2)

ninguna disposición de la ley de los Estados Unidos, del GATT o de derecho internacional, obliga al Departamento a revocar retroactivamente (o prospectivamente) la orden original de cuota antidumping de 1990, sin importar que existan conflictos entre el criterio de legitimación de la parte solicitante que aplica el Departamento y el que recomienda el Panel del GATT de 1992.

Es un principio general de derecho constitucional de los Estados Unidos que los acuerdos internacionales respecto de los cuales los Estados Unidos aceptan en forma específica que les son obligatorios, incluyendo el del GATT, constituyen la “ley suprema de la nación”. Ver Footwear Distributors and Retailers v. United States, 852 F. Supp. 1078, 1093 (Ct. Int’l. Tr. 1994); Federal Mogul Corp. v. United States 63 F 3d 1572, 1581 (Fed. Cir. 1995). Por ejemplo, el artículo VI(2) de la Constitución de los Estados Unidos establece que los tratados firmados en los términos de la ley, constituyen la ley suprema de la nación y, por tanto, están por encima de actos anteriores del Congreso. Ver Chew Heong v. United States, 112 U.S. 536, 540 (1884).

Normalmente, en tratándose de acuerdos heteroaplicativos, como lo es el GATT, los Estados Unidos aceptan su vinculatoriedad cuando el Congreso promulga una legislación implementándolos. Ver. Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States sección 111 (1987). Sin embargo, observamos que ha habido casos, tal como el de The Paquete Habana and the Lola 175 U.S. 667 (1900), en los que las cortes de los Estados Unidos han adoptado o “incorporado” la costumbre internacional en el derecho doméstico, aun cuando no existan ordenamientos de implementación, éste ha sido un evento usual, pero sólo en caso de ausencia de tratados, de legislación o de precedentes judiciales en contrario.

La decisión de un panel del GATT no constituye ni un “acuerdo internacional”, ni un “tratado” aprobado sea por el Congreso o el Presidente²¹. El caso que nos ocupa no consiste en una laguna en la legislación doméstica o en los precedentes aplicables a los actos del Departamento. Así, la única pregunta planteada es si, a pesar de las reglas generales mencionadas, la decisión no adoptada del Panel del GATT de 1992 debería ser considerada como una forma de costumbre internacional o cualquier otra obligación internacional vinculatoria para el Departamento. Nuestro análisis en este punto no pierde de vista la observación de la Corte de Comercio Internacional en el caso de Footwear Distributors supra (citando The Paquete Habana y el Charming Betsy, infra), que cuando se enfrentan cuestiones que implican la aplicación de la ley de los Estados Unidos y el cumplimiento por parte de los Estados Unidos de acuerdos internacionales, tales como el GATT, las cortes deben hacer un esfuerzo de “buena fe” para interpretar la ley relevante

²¹ Por otro lado, el texto original del GATT “convirtió en parte integrante de la legislación de los Estados Unidos en virtud de una orden en la vía ejecutiva, de conformidad con la delegación de facultades del Congreso al Presidente”. Footwear Distributors, 852 F. Supp. en pág. 1093 y no. 30 (citando la Proclamation No. 2761A, 12 Fed. Reg. 8,863 (30 de Diciembre de 1947). Asimismo, a diferencia de las decisiones de los paneles del GATT que no han sido adoptadas, las emitidas por un Panel del Tratado de Libre Comercio de América del Norte que revisan resoluciones en materia de cuotas compensatorias son vinculatorias para las Partes.

de manera que ambos, la ley de los Estados Unidos y tales acuerdos internacionales por ellos suscritos, surtan efectos. Ver Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, sección 321 (“Todo acuerdo internacional en vigor es obligatorio para las partes firmantes y debe ser aplicado por ellas de buena fe”).

Las raíces en el sistema de Derecho Consuetudinario del principio que establece que el Derecho de las Naciones forma parte del Derecho Municipal de un país, a veces referido por la doctrina como “incorporación”, datan del siglo XVIII en el caso británico de Triquet v. Bath, Great Britain, Court of King’s Bench, 1764.3 Burrow 1478. Cuarenta años después, del caso Triquet en el caso Murray v. The Schooner Charming Betsy, 6 U.S. 64, 2 Cranch 64 (1804), la Suprema Corte de los Estados Unidos confirmó y enfatizó la importancia de interpretar los actos del Congreso de manera consistente con el derecho internacional y los acuerdos internacionales de los Estados Unidos. Este principio fue reafirmado por la Suprema Corte a principios de este siglo en el caso The Paquete Habana, 175 U.S. 667. Justice Gray, al escribir para la corte, afirmó que “el derecho internacional es parte de nuestro ordenamiento jurídico y debe ser aplicado y aceptado por las cortes de justicia competentes cada vez que ante ellas sean debidamente presentadas para su resolución cuestiones de derecho que dependan de éste” 175 U.S. en pág. 700 (subrayado añadido); ver United States v. Smith, 19 U.S. (5 Wheat.) 152, 160-61 (1820) (las cortes deben “aplicar” el derecho de las naciones); International Court of Justice: case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States) 25 LLM 1023, 1028-29 (1986).

Los fragmentos arriba citados del caso The Paquete Habana establecen el criterio cierto de las cortes deben aplicar y determinar, si es el caso, qué disposición constituye derecho internacional relevante o si existe obligación internacional y si debe ser aplicada u observada en un caso determinado. El papel que debe asumir el poder judicial al “admitir y aplicar” el derecho internacional relevante, ha sido explicado sucintamente por la Corte Internacional de Justicia en el caso Nicaragua v. United States:

“Esta Corte como órgano judicial de carácter internacional, debe tomar nota del derecho internacional y por ello es requerida ... a considerar de oficio todas las normas de derecho internacional que pudieran resultar relevantes para la resolución de la controversia. Es deber de esta Corte admitir y aplicar todas las disposiciones relevantes dadas las circunstancias del caso. La carga de probar o citar normas de derecho internacional no puede ser impuesta a las partes, puesto que el derecho reside en la apreciación judicial de esta corte.”

(25 LLM en 1028-29, citando a Fisheries Jurisdiction cases, I.C.J. Reports 1974, p.9, párrafo 17, p. 181, párrafo 18) ²².

La solución de este punto resulta muy clara al aplicar estos principios. En virtud de las razones antes mencionadas, este Panel concluye que la decisión del Panel del GATT emitida en 1992, no constituye una norma relevante de derecho internacional y, por tanto, tampoco una obligación internacional que los Estados Unidos hayan consentido en asumir.

En primer lugar, la decisión no adoptada del Panel del GATT de 1992, constituye una recomendación que no alcanza el estatus de “derecho internacional” que cuenta con el consentimiento de las naciones²³. La Corte de Comercio Internacional en el caso Footwear Distributors, estudió detalladamente la relevancia jurídica de una decisión de un Panel del GATT, la Corte concluyó que las “Partes contratantes del GATT, no aceptan automáticamente las decisiones de los Paneles del GATT como vinculatorias”. En el caso Footwear Distributors, el juez Aquilino observó que la relevancia jurídica de las decisiones de los paneles del GATT, no ha sido establecida dentro de la comunidad internacional. 852 F. Supp. at 1093 (subrayado agregado).²⁴ La Corte concluyó que la decisión del Panel del GATT no creó una obligación a los Estados Unidos. La parte reclamante en el caso Footwear Distributors, al igual que en el presente, fue objeto de las leyes antidumping de los Estados Unidos y finalmente se le requirió probar que la resolución de la autoridad investigadora no estaba basada en pruebas substanciales, o bien, que no había sido emitida conforme al derecho de los Estados Unidos.

²² Ver también West Rand Central Gold Mining Co. v. The King, Great Britain, King’s Bench Division, 1905. (1905) 2 KB 391, (subrayado añadido):

Es verdad que aquello que ha recibido el consentimiento de las naciones civilizadas, debe recibir el nuestro, y que aquello que hayamos acordado con otras naciones debe, en general, ser llamado propiamente Derecho Internacional y como tal será reconocido y aplicado por nuestros tribunales municipales en los casos legítimamente presentados ante ellos en cuya decisión pueda resultar relevante utilizar los principios del Derecho Internacional.

²³La sección 102 del Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States define “norma de derecho internacional” como “algo que ha sido aceptado como tal por la comunidad internacional de estados (a) como costumbre internacional; (b) en virtud de acuerdo internacional; o (c) como derivación de los principios generales de los principales sistemas jurídicos del mundo”(subrayado agregado). Ver artículo 38(d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (fuentes reconocidas de derecho internacional). La sección 102(2) del Restatement define “costumbre internacional” como los “resultados que provienen de una práctica general y consistente observada por los estados como obligatoria” (subrayado agregado).

La decisión del Panel del GATT de 1992 contiene ciertas conclusiones de una situación de hecho en particular y, en vez de ordenar, simplemente recomienda tomar ciertas acciones. En un caso como este no existe una “consistente práctica internacional de los estados” a seguir. Asimismo, en virtud de que los Estados Unidos bloquearon la adopción de la decisión del Panel del GATT, de conformidad con los procedimientos del mismo, no es posible afirmar que esa decisión constituye una obligación o acuerdo internacional los Estados Unidos hayan asumido.

²⁴En contraste, el juez Aquilino enfatizó que el capítulo XIX del TLCAN establece específicamente que las decisiones de los paneles del TLCAN que revisan resoluciones en materia de cuotas compensatorias, son vinculatorias.

Más aún, como señaló el Departamento en su Memorial, el carácter no vinculatorio de las decisiones de un panel del GATT no adoptadas, puede ser inferido de los acuerdos tomados en la Ronda de Tokio. El artículo 15:7 del Código Antidumping del GATT establece que los conflictos surgidos de deben ser regulados por el Acuerdo de 1979 en materia de notificaciones, consultas, solución de controversias y vigilancia y sus anexos, del “Agreed Description of the Customary Practice of the GATT in the Field of Dispute Settlement”. GATT. Basic Instrument and Selected Documents 26th Supp. 210, 215 (1980), en adelante, “el Acuerdo”. El párrafo 21 del mencionado Acuerdo establece que cuando un conflicto es remitido a un panel del GATT, la decisión emitida por éste debe ser adoptada por consenso, dentro de un plazo razonable; en el párrafo 17 se dispone que la decisión del panel del GATT “normalmente debe justificar las recomendaciones y razonar los fallos que emite”. Sin embargo, resulta difícil de creer que en dicho Acuerdo una decisión no adoptada -y que, por tanto, carece de consenso- deba ser interpretada como algo distinto a una mera recomendación.

En segundo término, los Estados Unidos en lugar de aceptar la decisión del Panel de GATT de 1992 y su interpretación del Código Antidumping, objetó dicha decisión bloqueando su adopción, debido a que en ese momento era requerido el consenso de todas las Partes contratantes para su adopción. No existe ninguna disposición tanto en las reglas operativas del GATT que establezca la obligatoriedad para las Partes de las decisiones de Paneles del GATT no adoptadas por el Comité del Código Antidumping. Este principio refleja el criterio generalizado de la comunidad jurídica internacional, incluidos los tribunales de Europa, Japón y los Estados Unidos. Ver e.g. Bello & Homer, GATT Dispute Settlement Agreement: Internationalization of Elimination of Section 3011, 26 Int’l. Law. 795, 796 (1992), Jackson. Reasoning the GATT System 68 (1990); Young. Dispute Resolution in the Uruguay Round Lawyers Triumph Over Diplomats 29 International Law. 389, 395 (1995); Davey. Dispute Settlement in GATT 11 Fordham Int’l. L.J. 51, 94 (1987); Jackson. Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis 86 Am. J. Int’l. L. 310, 33-34 (1992)(Describiendo ejemplos en los que la Corte Europea de Justicia y la Suprema Corte de Japón han determinado que las decisiones de los paneles del GATT no son vinculatorias.).

En virtud de lo anterior, la decisión del Panel del GATT de 1992 no constituye ni “Derecho de las Naciones” ni tampoco una obligación para los Estados Unidos. Por lo que al no existir una norma de derecho internacional o un acuerdo internacional aplicables, no puede ser invocado el principio de interpretación jurídica establecido en el caso Charming Betsy.

Adicionalmente, cualquier relevancia no vinculatoria que decisión del Panel del GATT de 1992 pudiera tener, se ve seriamente disminuída, si no es que nulificada, por la vinculabilidad internacional que regula a este Panel del TLCAN. Tal como se ha mencionado anteriormente, el artículo 1906 (a) establece claramente que este Panel Binacional únicamente puede revisar resoluciones definitivas emitidas por el Departamento después del 1 de enero de 1994. La iniciación de la investigación original en cuestión por parte del Departamento, fue emitida en el año de 1989 y la orden antidumping en 1990. Es

por ello, que la decisión del Panel del GATT es irrelevante respecto del significado del caso The Paquete Habana, en tanto que no hay “circunstancia que legitime su aplicación”.²⁵.

CEMEX argumenta que la regla de interpretación establecida en el caso Charming Betsy, obliga a este Panel a adoptar el razonamiento emitido por el Panel del GATT debido a que éste constituye la única guía neutral y con autoridad disponible. CEMEX sugiere que el caso Charming Betsy debe ser aplicado para resolver “conflictos” en la interpretación del Código Antidumping entre el Departamento y el Panel del GATT, sin embargo consideramos que esta postura debe ser rechazada. Dicho caso no es aplicable, ya que no existe una obligación internacional que deba ser observada.

CEMEX también argumenta que el razonamiento del Panel del GATT debe ser tomado en cuenta por este Panel, ya que el objetivo del Congreso (plasmado en el Trade Agreements Act de 1979) fue la vinculación entre la legislación antidumping y el Código Antidumping del GATT. Debido a que todas las partes coinciden en que las expresiones utilizadas en la ley antidumping de Estados Unidos son idénticas a las del GATT, por lo que CEMEX argumenta que la interpretación hecha por el Departamento de la ley antidumping de los Estados Unidos debe dar entrada a la realizada por el Panel del GATT a aquella ley. Este asunto ha sido anteriormente planteado ante la Corte de Apelaciones del Circuito Federal en el caso Suramerica de Aleaciones Laminadas v. United States , 966 F. 2d 660 (Fed. Cir. 1992). En ese caso la parte contraria a la recurrente, argumentó que una decisión no adoptada de un panel del GATT había rechazado la interpretación del Departamento de Comercio relativa a disposiciones legales relativas a la legitimidad y al apoyo de la industria para presentar una solicitud de investigación. La Corte opinó que aun cuando se determinara que la interpretación del Departamento de la ley antidumping estuviera en conflicto con el GATT (lo cual no sucedió), “el GATT no regula el procedimiento” 966 F. 2d at 667. La Corte concluyó que “el GATT y, por implicación, la decisión no adoptada del Panel de 1992 y la interpretación de ésta hecha por el Departamento ... no prevalecen sobre la legislación doméstica de los Estados Unidos ... o sobre la interpretación de ésta efectuada por el Departamento”. Id. en pág. 668. La Corte afirmó que la resolución de estos conflictos corresponde al Congreso y no a ella.

Independientemente de lo establecido en el caso Suramerica, ni el Departamento, ni este Panel Binacional, en el contexto de una revisión anual prevista en la 751(a), tienen facultades para anular de manera retroactiva una orden antidumping. Esto es verdad independientemente de que exista un conflicto entre Código Antidumping (tal como fue interpretado por el Panel del GATT en 1992) y la interpretación del Departamento de la ley antidumping de los Estados Unidos. En el supuesto de darle efecto a la decisión no adoptada del Panel del GATT violaría los procedimientos legales de prescripción establecidos por la legislación de los Estados Unidos y también socavaría el principio de cosa juzgada. Ambos principios doctrinales son de enorme importancia en el sistema de

²⁵Aun si la decisión del Panel del GATT pudiera ser considerada como una declaración internacional relevante en lo relativo a los procedimientos de iniciación en 1989, la tercera revisión administrativa definitivamente no es una “ocasión legítima” para revisar la investigación original.

Common Law, y no deben ser desplazados en favor de una recomendación cuyo estatus legal es cuestionable²⁶.

En resumen, este Panel concluye que el Departamento de Comercio se apoyó en pruebas substanciales del expediente administrativo y conforme actuó a derecho al declinar revocar la orden antidumping original, a pesar del sentido establecido en la decisión del Panel del GATT.

E. APLICACIÓN DE LA MEJOR INFORMACIÓN DISPONIBLE.

A continuación, este Panel hará referencia a la aplicación de la mejor información disponible hecha por el Departamento en el cálculo del margen de dumping aplicable a los cementos Tipo II y V durante la tercera revisión administrativa.

La cuestión a resolver por este Panel consiste en determinar si, efectivamente, el Departamento tenía facultades para utilizar la mejor información disponible en el cálculo del margen de dumping de la importaciones de CEMEX. En segundo término, este Panel se abocará a determinar si el Departamento actuó dentro de los límites de sus facultades al seleccionar la mejor información disponible.

1. EL DEPARTAMENTO UTILIZÓ ADECUADAMENTE LA MEJOR INFORMACIÓN DISPONIBLE PARA LAS IMPORTACIONES DE CEMEX.

La legislación antidumping de los Estados Unidos establece que el Departamento “deberá (utilizará la mejor información disponible) cuando una parte ... se niegue o no le sea posible proporcionar la información solicitada en tiempo y forma”. Sección 1677e(b) del capítulo 19 del U.S.C. (1992). Esta disposición es aplicable a las solicitudes de información hechas durante las revisiones administrativas en los términos de la sección 751 de la legislación antidumping, así como durante las investigaciones de ventas por debajo del valor normal. Ver Allied-Signal Aerospace Corp. v. U.S. 996 F.2d 1185 (Fed. Cir. 1993).

Al permitir al Departamento la utilización de la mejor información disponible con el objeto de obtener la información en tiempo y forma, la ley le otorga amplias facultades para su aplicación en un caso particular. Si bien este Panel reconoce que una decisión de un Panel Binacional en el marco del FTA (Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos. Nota para la versión en Español) no es vinculatoria, también considera acertado el razonamiento de un caso reciente relativo a este punto:

“la discrecionalidad otorgada al Departamento para utilizar la mejor información disponible, no se basa

²⁶El Panel destaca que no existe ningún obstáculo para que una Corte (o este Panel) adopte voluntariamente el razonamiento de otro tribunal, incluyendo una decisión no adoptada de un panel del GATT, en otras circunstancias, asumiendo que dicho razonamiento no está en conflicto con la ley aplicable, incluidos los criterios de revisión y reglas de procedimiento obligatorias para esa Corte.

únicamente en disposiciones legales aplicables - negativa de proporcionar información, imposibilidad de generarla en tiempo y forma, impidiendo de manera significativa el desarrollo de la investigación-, sino también en la necesidad de que el Departamento controle el proceso de recopilación de información. Las cortes han considerado la facultad de utilizar la mejor información disponible como un elemento esencial para el cumplimiento de las obligaciones del Departamento, en el sentido de determinar dentro de los plazos legales un margen de dumping certero, tanto en las investigaciones antidumping como en las revisiones administrativas.”

(Certain Cut-to-Length Carbon Steel Plate from Canada USA-93-1904-04, 1994 FTAPD, LEXIS 14, Oct. 31, 1994, at 68, citando a Replacement Parts for Self-Propelled Bituminous Paving Equipment from Canada USA-90-1904-01, 1992 FTAPD, LEXIS 2, May 15, 1992, at 74).

Desde luego, la facultad discrecional del Departamento para utilizar la mejor información disponible no es ilimitada. Una corte de revisión -por tanto, este Panel- no está obligado a apoyar una decisión del Departamento en el sentido de utilizar una mejor información disponible que no esté fundada en pruebas substanciales dentro del expediente administrativo, o bien que haya sido dictada en contravención al derecho. Sección 1516a(b)(1)(B) del Capítulo 19 del U.S.C. (1988). Aplicando este criterio la utilización de la mejor información disponible ha sido ratificada, excepto en situaciones inusuales en las que los requerimientos de información a las empresas sujetas a investigación no sean razonables bajo las circunstancias del caso -por ejemplo, que dicha información no exista o que el Departamento no haya notificado debidamente su solicitud-. Ver e.g. Olimpic Adhesives Inc. v. United States 899 F. 2d 1565 (Fed. Cir. 1990); Mitsui & Co., Ltd. v. United States , 1994 Ct. Int'l. Tr. LEXIS 59, Slip. Op. 94-44; NTN Bearing Corp. v. United States, 13 CIT 713, 826 F. Supp. 1435 (1993); Daewoo Electronics Co., Ltd. v. United States , 13 CIT 253, 712 F. Supp. 931 (1989), “aff’d im part and rev’d in part remanded” (sic) 6F 3d 1151 (Fed. Cir. 1993). Dicho de otra forma, cuando el requerimiento de información por parte del Departamento es razonable de acuerdo a las circunstancias, tanto las Cortes como los paneles binacionales en el marco del FTA han apoyado la utilización de la mejor información disponible, si la información requerida no es proporcionada en el tiempo y en la forma requerida por el Departamento. Ver e.g. Allied-Signal , 996 F. 2d 1185; Koyo Seiko Co., Ltd v. United States 898 F. Supp. 915 (Ct. Int'l. Tr. 1995); Certain Cut-to Length Carbon Steel Plate from Canada , USA-93-1904-04, 1994 FTAPD, LEXIS 14 (Oct. 31, 1994).

En el caso que nos ocupa, el Departamento requirió a CEMEX en varias ocasiones información relativa a las ventas de mercado doméstico del cemento Tipo I²⁷. Dichos requerimientos tuvieron dos bases principales, la primera referida a la necesidad del Departamento de determinar si las ventas de los cementos II y V fueron hechas dentro del “curso de las operaciones comerciales normales”, tal como lo alegaba CEMEX. Dichas condiciones se definen, por lo menos en parte, a través de la comparación de los términos y condiciones de las ventas de productos similares; el Departamento determinó que no le era posible evaluar la reclamación sin la información requerida a CEMEX relativa a las ventas del cemento Tipo I. Final Results of Third Review, 60 Fed. Reg. at 26,869. En el expediente se puede advertir que CEMEX no proporcionó esa información al Departamento, impidiéndole la realización de una investigación completa. Id.

Una segunda base suficientemente independiente para el Departamento de los requerimientos de información relativa al cemento Tipo I, consiste en la posibilidad de que las ventas de los cementos Tipo II y V, pudieron realizarse fuera del curso de las operaciones comerciales normales, haciendo necesario que el Departamento apoyara su cálculo del valor normal en las ventas del cemento Tipo I, considerado como mercancía similar. Cabe mencionar que en la segunda revisión administrativa el Departamento determinó que las ventas domésticas de los cementos Tipo II y V fueron realizadas fuera del curso de las operaciones comerciales normales y que la Corte de Comercio Internacional corroboró esta conclusión e instruyó al Departamento a recabar información del cemento Tipo I, en lugar de utilizar la metodología del valor reconstruido. CEMEX, S.A. v. United States, CIT Slip Op. 95-72 (24 de abril de 1995). La Corte de Comercio Internacional lo expresó de la manera siguiente:

La ley establece una preferencia por la utilización de mercancía similar en el cálculo del valor normal ... el valor reconstruido debe ser usado únicamente cuando el Departamento ha emitido una resolución en el sentido de que los precios del mercado doméstico del exportador son inadecuados o no están disponibles para realizar dicho cálculo.

Id. at 31-32.

No cabe duda de que la resolución de la segunda revisión administrativa no es vinculatoria a las revisiones subsecuentes y el citado fallo de la Corte de Comercio Internacional fue emitido después de que la tercera revisión inició, sin embargo, la conclusión del Departamento en la segunda revisión relativa a la necesidad de utilizar la información del cemento Tipo I y la confirmación de la Corte, apoyan la posición del Departamento en el

²⁷Ver Cuestionario Antidumping del 14 de octubre de 1993; carta de Laurie A. Lucksinger, Director de División, Oficina de Seguimiento Antidumping, ITA, dirigida a CEMEX el 29 de noviembre de 1993; Cuestionario Suplementario del 4 de febrero de 1994 y carta de Laurie A. Lucksinger a CEMEX que lo presentaba.

presente caso en el sentido de que la petición de información del cemento Tipo I en la tercera revisión administrativa era razonable.

CEMEX argumenta que el Departamento no necesitaba la información de las ventas del cemento Tipo I, debido a que ya le había presentado información que probaba que las ventas de los cementos Tipo II y V fueron hechas dentro del curso de operaciones comerciales normales, dentro del período investigado durante la tercera revisión. Bajo este argumento, CEMEX afirma que la petición de información de las ventas del cemento Tipo I del Departamento no era razonable y que, por tanto, la utilización de la mejor información disponible debe ser revocada en la presente revisión. Este Panel no considera que este sea un argumento convincente, tal como se ha mencionado anteriormente, las facultades discrecionales del Departamento son muy amplias y los requerimientos de información únicamente están limitados a que sean razonables, tal como se ha asentado. Asumiendo que el Departamento hizo una valoración adecuada de las pruebas relativas al cambio de circunstancias presentadas por CEMEX, este Panel no encuentra ningún fundamento en la afirmación de CEMEX en el sentido de que el Departamento no actuó de manera razonable durante la tercera revisión administrativa al requerir información de las ventas del cemento Tipo I con el objeto de calcular el valor normal.

No obstante que el Panel es sensible a los riesgos que implicaría que el Departamento no tuviera límite alguno para requerir información, como llevar a la creación de barreras *de facto* a las importaciones, ese no es el caso. Los requerimientos de información del cemento Tipo I del Departamento se encuentran claramente dentro de los límites de sus facultades discrecionales y , por tanto, este Panel sostiene que la utilización del Departamento de la mejor información disponible está justificada en tanto sus requerimientos de información no fueron cumplidos.

Facilita esta decisión el hecho de que tanto en la investigación original, como en las dos primeras revisiones administrativas, CEMEX proporcionó la información relativa al cemento Tipo I. Además, durante el curso de los requerimientos del Departamento a CEMEX, éste (i) apercibió a CEMEX de que utilizaría la mejor información disponible de no recibir las información solicitada (carta del 4 de febrero de 1994, supra. nota 27); (ii) redujo la petición, para aligerar a CEMEX la carga de presentar la información (carta del 29 de noviembre 93 supra. nota 27) y (iii) concedió la prórroga solicitada por CEMEX (carta del 29 de noviembre de 1993, nota 27). Una opinión de este Panel en sentido contrario apoyaría la táctica de CEMEX de contestar requerimientos de información de rutina con objeciones substanciales, una práctica que haría imposible para el Departamento la administración de la legislación antidumping en la forma en la que el Congreso quiso que lo hiciera. Ver Ansaldo Componenti A.p.A. v. United States, 628 F. Supp. 198 (Ct. Int'l. Tr. 1986); Mitsubishi Heavy Industries, Ltd. v. United States, 833 F. Supp. 919 (Ct. Int'l. Tr. 1993).

2. LA APLICACIÓN DE LA MEJOR INFORMACIÓN DISPONIBLE SE ENCUENTRA DENTRO DE LAS FACULTADES DEL DEPARTAMENTO.

El segundo punto que debemos abordar, es si el Departamento actuó dentro de sus facultades discrecionales al aplicar las disposiciones relativas a la mejor información disponible, específicamente si su decisión de aplicar la metodología de “doble nivel” (Two-tier BIA methodology) en la elección de la información se apoya en pruebas substanciales y, además, fue hecha conforme a derecho.

La mencionada metodología de “doble nivel” se establece en el caso Antifriction Bearings and Parts Thereof from France, et al., 57 Fed. Reg. 28360 (24 de junio de 1992). En los términos de esta metodología, a la parte que se haya rehusado a cooperar con el Departamento o bien haya impedido el procedimiento de manera significativa, le será asignado un margen de dumping obtenido de la metodología de “un nivel” (First-tier BIA methodology), mientras que a aquellos que efectivamente hayan cooperado con los requerimientos de información exigidos del Departamento, pero que no la proporcionaron en tiempo y forma, se les aplicarán los márgenes obtenidos mediante la metodología de doble nivel (Second-tier BIA methodology). Ver Preliminary Results of Third Review, 59 Fed. Reg. 28,844, 28,845. En la metodología de “primer nivel” (First-tier), el Departamento utilizará la margen de dumping más alto asignado a cualquier compañía durante la investigación de ventas por debajo del valor normal, o durante las subsecuentes revisiones administrativas del mismo país de origen que venda idéntica o similar mercancía. Id. La metodología de “segundo nivel” (Second-tier BIA methodology), es potencialmente menos adversa para la compañía investigada, siendo el margen más alto de los aplicados a dicha compañía durante cualquier procedimiento previo o el margen más alto asignado a cualquier compañía en esa revisión administrativa. Id.

Cabe destacar que es posible que cuando en el procedimiento interviene un número reducido de compañías, la metodología de doble nivel (Two-tier BIA methodology), puede dar como resultado que una de ellas reciba la misma cuota en cualquiera de los dos niveles en la prueba de dos niveles (Two-tier test). En virtud de que la utilización de la metodología de doble nivel (Two-tier methodology) constituye una práctica administrativa desarrollada por el Departamento, éste tiene la facultad de utilizarla como punto de partida en esa situación, ya que, además, su actuación ha sido justificada y, por lo tanto, no puede considerarse arbitraria. Ver Krupp Stahl A.G. v. United States 822 F. Supp. 789, 795 (Ct. Int'l. Tr. 1993) y Citrocosco Paulista S.A. v. United States 704 F. Supp. 1075, 1087-88 (Ct. Int'l. Tr. 1988).

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el Departamento decidió no partir de su metodología de doble nivel (Two-tier BIA methodology). El resultado de esto fue que a CEMEX se le asignó el mismo margen de dumping que hubiera recibido bajo el esquema de la mejor información disponible, de haberse encontrado en el supuesto de no haber podido proveer la información, a diferencia de haberse rehusado a cooperar.

Tal como se discutió anteriormente, el Departamento puede utilizar la mejor información disponible, cuando sus requerimientos razonables de información no son cumplidos. Sección 1677e(b) del Capítulo 19 del U.S.C. (1992). El Congreso, al no definir en el texto de la ley “la mejor información disponible”, en efecto, dejó al Departamento en libertad para determinarla mediante el desarrollo y aplicación de sus propias metodologías. Los Tribunales han confirmado la práctica del Departamento, consagrada en los reglamentos de implementación, de utilizar la mejor información disponible para fomentar el cumplimiento de sus requerimientos de información, a efecto de realizar sus investigaciones en términos de la legislación antidumping, en ausencia de la facultad de requerir coercitivamente la entrega de información. Ver e.g. Allied Signal, 996 F.2d at 1189-90. Esta específica metodología de doble nivel (Two-tier methodology) aplicada a CEMEX ha sido considerada por la Corte de Apelaciones del Circuito Federal como “un ejercicio razonable y permisible de las facultades de la ITA para usar la mejor información disponible cuando un demandado se niega a proveer la información solicitada”. Allied-Signal 996 F. 2d at 1192.

Con respecto las facultades discrecionales del Departamento en relación al uso de la mejor información disponible como una herramienta para inducir al cumplimiento de proporcionar la información requerida, tanto el Comité Ad Hoc, como el Departamento afirman que el caso Rhone Poulenc ordena al Departamento seleccionar como la mejor información disponible aquella que sea adversa o desfavorable al demandado incumplido. Ver el memorial del Comité Ad Hoc, pags. 30-31 (el Departamento está “obligado a usar un margen de mejor información disponible que sea desfavorable al demandado incumplido. Rhone Poulenc 899 F. 2d at 1190-91”); El Memorial del Departamento en la página 67 (2 de abril de 1996) (“De conformidad con la ley y el reglamento aplicable, el Departamento al seleccionar una mejor información disponible razonablemente adversa al demandado, debe inferir que ésta inducirá a su cooperación en el futuro. Rhone Poulenc, 899 F. 2d at 1191”). El punto donde las partes difieren es aquél en que el Departamento argumenta que el margen de la mejor información disponible que determinó, era lo suficientemente adverso para fomentar la cooperación de CEMEX en el futuro, a pesar de ser el mismo que hubiera recibido un demandante cooperativo. El Departamento basa su posición en el hecho de que el margen de mejor información disponible que seleccionó (61.85%) fue considerablemente más alto que el margen asignado en la segunda revisión administrativa (42.74%). Por otro lado, el Comité Ad Hoc explica que tal incremento de la segunda a la tercera revisión administrativa no sustenta el argumento del Departamento, y que, de hecho el margen de la mejor información disponible de 61.85% asignado a CEMEX en la tercera revisión no fue adversa porque, de haberse utilizado la metodología de doble nivel (Two-tier BIA methodology), este era el mismo margen que CEMEX hubiese recibido de haber sido un demandado cooperativo al proporcionar información. Aunque la interpretación del Panel del caso Rhone Poulenc podría diferir de la hecha por las partes²⁸, no consideramos necesario su estudio para resolver el caso que nos ocupa.

²⁸Los fragmentos citados reconocen la autoridad del Departamento para asignar altas tasas de mejor información disponible a los demandados no cooperativos, basándose en el supuesto de que dichos demandados presentarían la información retenida, si dicha información resultara en tasas menores. La Corte en el caso Rhone Poulenc sostiene la práctica contra un cargo que debe ser prohibido como punitivo,

Aun asumiendo que el Departamento debía, en los términos de la ley, seleccionar como mejor información disponible un margen adverso para CEMEX, tal como lo argumenta el Comité Ad Hoc, este Panel considera que la actuación del Departamento no fue arbitraria ni carecía de pruebas sustanciales al seleccionar el margen de 61.85%.

El Comité Ad Hoc sugiere que la decisión del Departamento de usar la mejor información disponible es una “presunción *juris tantum*”, ya que crea un estándar particular para una Corte o para una revisión ante un panel del TLCAN acerca de las decisiones del Departamento para usar la mejor información disponible. Este Panel no sustenta esta afirmación por las siguientes razones. Primero, el concepto de “presunción *juris tantum*” parece surgir del hecho de que al Departamento se le permite considerar si un demandado actúa cooperativamente en su determinación de utilizar la mejor información disponible. Sección 353.51. 19 C.F.R. (1988); Rhone Poulenc. 899 F. 2d at 1190-91. Aunque la actitud de una parte podría normalmente parecer irrelevante para una decisión de hecho, como lo es la de determinar la mejor información disponible, durante un procedimiento en particular, las Cortes han permitido al Departamento presumir que los márgenes más altos constituyen la mejor información de los márgenes actuales, con base en “una deducción de sentido común consistente en que los márgenes previos más altos tienen una fuerza probatoria mayor que los actuales, ya que, de no ser así, el importador, al conocer esta regla, generaría información actual, mostrando un margen menor”. Rhone Poulenc, 899 F. 2d at 1191. Esta presunción “otorga justamente la carga de generar la información al importador, que es quien posee la información capaz de rebatir la presunción del Departamento”. Id. 1190-91.

El propósito de la noción de “presunción *juris tantum*”, parece motivar a los participantes no cooperativos potenciales a cumplir con los requerimientos de información del Departamento, refutando, de esta manera las presunciones que el Departamento está facultado para realizar. La afirmación del Comité Ad Hoc acerca del derecho a refutar el uso de la metodología de doble nivel (Two-tier BIA methodology) de la mejor información disponible por parte del Departamento, contraviene la noción de “presunción *juris tantum*”.

Segundo, ninguno de los casos citados por el Comité Ad Hoc en apoyo a su argumento de “presunción *juris tantum*” establece que un reclamante en un procedimiento antidumping, tal como el Comité Ad Hoc, tiene derecho a refutar la presunción del Departamento relativa a la mejor información disponible. Tampoco reconocen un derecho de los demandados, para objetar las presunciones del Departamento sobre la mejor información disponible mediante la presentación de información en relación al objetivo de la utilización de la mejor información disponible explicada en párrafos anteriores. Ver e.g. Rhone Poulenc, 899 F. 2d at 1190-91 o ni reconoce la facultad del Departamento para partir de su metodología usual de doble nivel (Two-tier BIA methodology) en un procedimiento en particular. Ver e.g. Krupp Stahl A. G. 822 F. Supp.789, 795. Dicha facultad puede ser entendida como la capacidad ordinaria de un órgano administrativo para partir de una

pero no dice nada, ni siquiera *in dicta*, que requiera a Comercio que adapte su selección de mejor información disponible en aras de un objetivo en particular. Rhone Poulenc 899 F.2 at 1190-91.

práctica establecida en casos particulares, en tanto que justifique su actuación y no actúe de manera arbitraria. Ver Citrosuco Paulista, S.A. 704 F Supp. at 1087-88.

En opinión de este Panel, la información presentada por el Comité Ad Hoc al Departamento no debe ser tratada de manera distinta a la anexada al expediente administrativo para cualquier resolución comparable. La pregunta que una Corte o Panel del TLCAN debe hacerse, radica en si la decisión del Departamento está apoyada en pruebas substanciales y si fue dictada conforme a derecho. Para exponer el problema de manera diferente, la pregunta no es si de acuerdo a las pruebas del expediente se justificaba la partida de la metodología de doble nivel (Two-tier BIA methodology), sino si dichas pruebas demuestran que era necesario partir de tal metodología -esto es, que de no hacerlo, la actuación del Departamento podría ser considerada arbitraria. Este Panel concluye que las pruebas en el expediente no requiere ese punto de partida.

V. RESOLUCIÓN DE LOS INCIDENTES PENDIENTES.

En la presente revisión hay tres incidentes que se encuentran pendientes de resolución. El primero de ellos fue presentado por el gobierno de México solicitando participar en el presente procedimiento bajo la figura de *Amicus Curiae*, presentando un memorial para apoyar la petición. El Panel observa que en las Reglas de Procedimiento, no existe disposición alguna relativa a esta figura, sin embargo, tiene facultades para adoptar procedimientos no previstos en ellas de manera específica. Ver. Statement of General Intent, Preamble to Rules of Procedure for Article 1904 Binational Panel Reviews. En los términos de la Regla 76 de la Corte de Comercio Internacional, la participación de una entidad que desee figurar como *amicus curiae* puede ser decidida a discreción de la corte. Consecuentemente, como resultado de esto, el panel resuelve en sentido afirmativo este incidente

En segundo término, el Departamento promovió el desechamiento del anexo 1 del Memorial de Contestación de CEMEX, el cual constituye un documento elaborado por el Profesor Ralph G. Steinhardt de la Universidad de George Washington y que aparentemente fue preparado para el presente procedimiento a solicitud hecha por CEMEX. En principio, este Panel coincide con el Departamento en que la presentación de documentos preparados por una parte no implicada en el caso, puede ser inapropiada. Por ejemplo, el documento de Steinhardt no se refiere a hechos específicos del expediente ni constituye una publicación académica, sino que discute de manera general las dimensiones jurídicas internacionales del GATT, ofreciendo a su vez una opinión legal específica sobre el asunto presentado ante este Panel; de manera especialmente la relevancia jurídica de la decisión del Panel del GATT de 1992, frente a la negativa del Departamento de revocar la orden de cuota antidumping.

Sin embargo, cabe aclarar que en las Reglas de Procedimiento del Artículo 1904 del Tratado, no se establece ningún impedimento para la presentación de documentos de este tipo. Y dado que no existen limitaciones en las páginas que los memoriales deben contener, no puede afirmarse que CEMEX haya extendido inadecuadamente sus Memoriales al haber adjuntado el documento antes mencionado a su Memorial de Respuesta. Finalmente, cabe señalar que aun cuando un testimonio jurado o la comparecencia del Profesor Steinhardt hubiera sido más apropiada, en vista del hecho de que el documento que él elaboró refleja de cierta forma sus puntos de vista anteriormente publicados sobre derecho internacional, (e.g. R. Steinhardt, The Role of International Trade as a Canon of Domestic Statutory Construction. 43 Vanderbilt L. Rev. 1103 (1990)), el Panel niega la petición de desechar el anexo 1 presentado por CEMEX.²⁹

²⁹ Sin embargo, el panel hace notar que el documento elaborado por el profesor Steinhardt reconoce que la decisión no adoptada del panel del GATT de 1992, no establece obligación internacional alguna a los Estados Unidos. Además los argumentos esgrimidos en dicha decisión por el Panel, no se refieren a cuestiones de prescripción, cosa juzgada o los límites establecidos por el criterio de revisión aplicable a este Panel.

Finalmente, el Departamento y el Comité Ad-Hoc han solicitado el desechamiento del Memorial presentado por Cementos de Chihuahua, debido a que dicho memorial excede el ámbito de la intervención permitida por haber presentado argumentos fuera del marco establecido por los argumentos de las partes. En el desarrollo de la intervención de Cementos de Chihuahua, este Panel “concedió la presentación de alegatos que apoyaran aquellos expresados por las reclamaciones”. Dado que este Panel encuentra que los argumentos de Cementos de Chihuahua están dentro del ámbito de intervención permitido, la petición de desechamiento es negada.

Los argumentos presentados en el memorial de Cementos de Chihuahua son prácticamente iguales a los de CEMEX, por ejemplo, Cementos de Chihuahua argumenta que el “lenguaje textual” de la ley antidumping requiere al Departamento a revocar la orden antidumping de 1990, mientras que CEMEX afirma que el Código Antidumping del GATT, tal como fue interpretado por el Panel del GATT de 1992, requiere al Departamento a revocar la orden antidumping. Ambas partes han reconocido que el lenguaje utilizado en la ley antidumping de Estados Unidos y el GATT son idénticos. Memorial de CEMEX en 39-40; Memorial de Cementos de Chihuahua en 14 (16 de enero de 1996). Asimismo, ambas empresas consideran que la orden de 1990 no fue correctamente emitida debido a que el Departamento omitió cerciorarse, antes de iniciar la investigación, si la solicitud contaba con el apoyo de la industria regional requerida por la ley. En consecuencia, este Panel considera que si bien los argumentos en el Memorial de Cementos de Chihuahua no son idénticos a los de CEMEX, apoyan aquellos establecidos en las reclamaciones de las partes. No tendría caso permitirle a una parte participar en el procedimiento y restringir sus memoriales a los mismos argumentos presentados por las demás partes.

VI. CONCLUSIÓN

En virtud de las razones anteriormente expuestas, este Panel concluye que la Resolución Definitiva de la Tercera Revisión Administrativa emitida por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos en materia de cemento Gray Portland y escoria de cemento proveniente de México 60 Fed. Reg. 26,865 (19 de mayo de 1992), está basada en pruebas substanciales en el expediente administrativo y fue dictada conforme a derecho.

Emitida el 13 de septiembre de 1996.

Firmado en original.

John M. Peterson

John M. Peterson, Presidente.

Víctor Blanco Fornieles

Víctor Blanco Fornieles.

William P. Alford

William P. Alford.

Eduardo Magallón

Eduardo Magallón.

Morton Pomeranz

Morton Pomeranz.