

**REVISIÓN ANTE UN PANEL BINACIONAL
DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO
1904
DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL
NORTE.**

EN EL CASO:

RESOLUCIÓN FINAL DE LA
INVESTIGACIÓN ANTIDUMPING
SOBRE LAS IMPORTACIONES DE
TUBERÍA DE ACERO AL CARBONO
CON COSTURA LONGITUDINAL
RECTA, MERCANCÍA
ACTUALMENTE CLASIFICADA EN
LAS FRACCIONES ARANCELARIAS
7305.11.01 Y 7305.12.01 DE LA TARIFA
DE LA LEY DE LOS IMPUESTOS
GENERALES DE IMPORTACIÓN Y DE
EXPORTACIÓN, ORIGINARIAS DE
LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA,
INDEPENDIENTEMENTE DEL PAÍS
DE PROCEDENCIA.

EXPEDIENTE

MEX-USA-2005-1904-01.

INTEGRANTES DEL PANEL¹:

¹ Los Panelistas desean expresar su sincero agradecimiento por el apoyo recibido a los Asistentes de Panelista: Mónica Salguero Osuna, Gabriel Cabazos, Gunther Sanabria, Yartzeth Mondragón, Eunice Herrera Cuadra y Nick Ranieri.

James R. Holbein.

Dale Tursi.

Héctor Cuadra y Moreno.

Oscar Cruz Barney.

Francisco José Contreras Vaca, Presidente.

PARTICIPANTES:

Berg Steel Pipe Corporation, representada por el señor Licenciado en Derecho Ricardo Ávila de la Torre.

- American Steel Pipe Division, representada por el señor Licenciado en Derecho Ricardo Ávila de la Torre.

- Stupp Corporation, representada por el señor Licenciado en Derecho Ricardo Ávila de la Torre.

- Secretaría de Economía de los Estados Unidos Mexicanos, representada por los señores Licenciados en Derecho Hugo Perezcano Díaz, Natividad Martínez Aguilar, Adriana Días Ortiz y Rodrigo Orozco Gálvez.

- Tubacero, S.A. de C.V. y Tubería Laguna S.A. de C.V., representadas por el señor Licenciado en Derecho Andrés González Sandoval.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	Pág. 5
II. ANTECEDENTES	
A. De la investigación administrativa	Pág. 6
B. Del procedimiento de revisión ante Panel Binacional	Pág. 8
III. CRITERIO DE REVISIÓN	Pág. 11
IV. PARTICIPACIÓN DE ABOGADOS ANTE EL PANEL	Pág. 20
V. PUNTOS EN DEBATE.....	Pág. 28
VI. ANÁLISIS DE LAS PRESUNTAS VIOLACIONES QUE COMETIÓ LA AUTORIDAD INVESTIGADORA AL FIJAR COMO PERIODO INVESTIGADO EL COMPRENDIDO ENTRE EL 1 DE ENERO AL 31 DE DICIEMBRE DE 2001.....	Pág. 29
VII. ANÁLISIS DE LAS PRESUNTAS VIOLACIONES QUE COMETIÓ LA AUTORIDAD INVESTIGADORA AL DICTAR FUERA DEL PLAZO LEGAL LA RESOLUCIÓN FINAL.....	Pág. 44
VIII. ANÁLISIS DE LAS PRESUNTAS VIOLACIONES QUE COMETIÓ LA AUTORIDAD INVESTIGADORA AL CAMBIAR EL MEDIO PARA ESTIMAR EL VALOR NORMAL DE PRECIOS A COSTOS SIN MEDIAR PRUEBA ALGUNA APORTADA POR LAS RECLAMANTES.....	Pág. 56
IX. ANÁLISIS DE LAS PRESUNTAS VIOLACIONES COMETIDAS POR LA AUTORIDAD INVESTIGADORA AL IMPONER UNA CUOTA A “LOS DEMÁS EXPORTADORES”	Pág. 77
X. ANÁLISIS DE LAS PRESUNTAS VIOLACIONES QUE COMETIÓ LA AUTORIDAD INVESTIGADORA AL ORDENAR EL COBRO DE CUOTAS COMPENSATORIAS SOBRE EL VALOR EN ADUANA.....	Pág. 93
XI. ANÁLISIS DE LAS PRESUNTAS VIOLACIONES COMETIDAS POR LA AUTORIDAD INVESTIGADORA AL NO VALORAR EN SU DEBIDO CONTEXTO LOS ARGUMENTOS Y PRUEBAS CONTENIDOS EN EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO Y, POR TANTO, CONCLUIR DE MANERA INDEBIDA LA EXISTENCIA DE DAÑO A LA PRODUCCIÓN NACIONAL	Pág. 99

Puntos de análisis:

A. El Daño sufrido por la industria Nacional es consecuencia de las importaciones que correspondieron a la subasta del 2001	Pág. 100
B. Precios promedio de las importaciones procedentes de los Estados Unidos de América.....	Pág. 115
C. Las importaciones de BERG no causaron daño a la industria Nacional.....	Pág. 117
D. El análisis de la Autoridad Investigadora es erróneo porque el daño fue causado por la caída en exportaciones en el 2001.	Pág. 118
E. Impacto en indicadores como ventas, producción y capacidad instalada.	Pág. 121
F. La Autoridad Investigadora erró en incluir las importaciones sujetas a la licitación del 2001 en su análisis de daño.	Pág. 123
XII. DETERMINACIÓN	Pág. 125

OPINIÓN DISIDENTE DEL PANELISTA DALE TURSI

DECISIÓN DEL PANEL BINACIONAL

I. INTRODUCCIÓN

Este Panel Binacional (en lo sucesivo Panel) ha sido constituido de conformidad con el Artículo 1904.2 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en lo sucesivo, TLCAN) y se encuentra facultado para analizar la Resolución Final emitida por la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la Secretaría de Economía de los Estados Unidos Mexicanos (en lo sucesivo, Secretaría de Economía, Secretaría, Autoridad Investigadora o Autoridad) con fecha 17 de mayo de 2005, misma que fue publicada en el *Diario Oficial* de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos (en lo sucesivo, *Diario Oficial*) con fecha 27 de mayo de 2005, respecto de la *Investigación Antidumping sobre las Importaciones de Tubería de Acero al Carbono con Costura Longitudinal Recta, Mercancía Actualmente Clasificada en las Fracciones Arancelarias 7305.11.01 y 7305.12.01 de la tarifa de la Ley de los Impuestos Generales de Importación y de Exportación, Originarias de los Estados Unidos de América, Independientemente del País de Procedencia*, la cual impuso cuotas compensatorias definitivas a dichas importaciones con diámetros exteriores mayores de 16 pulgadas y hasta 48 pulgadas (406.4 y hasta 1,219.2 milímetros) inclusive, con espesores de pared de 0.188 a 1.000 pulgadas (4.77 a 25.4 milímetros) inclusive en ambos extremos, mismas que consideró equivalentes a los márgenes de discriminación de precios calculados por ella y que consistieron en:

- para las importaciones del producto investigado fabricado por la empresa Berg Steel

Pipe Corporation (en lo sucesivo, BERG o Reclamante), del 6.77 por ciento;

- para las importaciones del producto investigado fabricado por la empresa Oregon Steel Mills, Inc. (Napa Pipe Corporation, en lo sucesivo OREGON), del 25.43 por ciento, y
- para las importaciones del producto investigado fabricado por todas las demás empresas exportadoras de los Estados Unidos de América del 25.43 por ciento.

Participan en este procedimiento, además de la Autoridad Investigadora, las empresas BERG, American Steel Pipe Division (en lo sucesivo, ACIPCO), Stupp Corporation (en lo sucesivo STUPP); Tubacero, S.A. de C.V. (en lo sucesivo, TUBACERO) y Tubería Laguna S.A. de C.V. (en lo sucesivo, TUBERÍA LAGUNA).

Por este conducto, el Panel emite su decisión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1904.8 del TLCAN y la Parte VII de las *Reglas de Procedimiento del Artículo 1904 del TLCAN relativo a las Revisiones ante Paneles Binacionales* (en lo sucesivo, *Reglas de Procedimiento*).

II. ANTECEDENTES

A. De la investigación administrativa

1. Con fecha 28 de abril de 2003, las empresas TUBACERO y TUBERÍA LAGUNA, por conducto de sus representantes legales comparecieron ante la Autoridad Investigadora para solicitar el inicio de la investigación administrativa en materia de prácticas desleales de comercio internacional relativa a discriminación de precios, así como la aplicación del régimen de cuotas compensatorias, sobre las importaciones de

tubería de acero al carbono con costura longitudinal recta, originaria de los Estados Unidos de América, independientemente del país de procedencia. Dicha mercancía actualmente se encuentra clasificada en las fracciones arancelarias 7305.11.01 y 7305.12.01 de la tarifa de la Ley de los Impuestos Generales de Importación y de Exportación de los Estados Unidos Mexicanos (LIGIE).

2. Las empresas TUBACERO y TUBERÍA LAGUNA manifestaron que en el periodo comprendido de enero a diciembre de 2001, las importaciones de tubería de acero al carbono con costura longitudinal recta, originaria de los Estados Unidos de América se efectuaron en condiciones de discriminación de precios, causando un daño a la producción nacional de mercancías idénticas o similares, conforme a lo dispuesto en los artículos 28, 30, 39 y 40 de la Ley de Comercio Exterior (en lo sucesivo LCE).

3. Con fecha 29 de agosto de 2003, la Secretaría de Economía publicó en el *Diario Oficial* la resolución en la cual aceptó la solicitud y declaró el inicio de la investigación antidumping sobre las importaciones de tubería de acero al carbono con costura longitudinal recta, originaria de los Estados Unidos de América, fijándose como periodo investigado el comprendido de enero a diciembre de 2001.

4. Con fecha 16 de agosto de 2004 la Secretaría de Economía publicó en el *Diario Oficial* la Resolución Preliminar, en la cual determinó continuar la citada investigación sin imposición de cuotas compensatorias provisionales.

5. Con fecha 17 de mayo de 2005, la Secretaría de Economía emitió la Resolución Final de la investigación antidumping de referencia, misma que fue publicada en el *Diario Oficial* del 27 de mayo de 2005 (en lo sucesivo, Resolución Final o Resolución), en la cual consideró imponer cuotas compensatorias, en los siguientes términos:

- Para las importaciones del producto investigado fabricado por la empresa BERG, de 6.77 por ciento.
- Para las importaciones del producto investigado fabricado por la empresa OREGON, de 25.43 por ciento.
- Para las importaciones del producto investigado fabricado por todas las demás empresas exportadoras de los Estados Unidos de América, de 25.43 por ciento.

B. Del procedimiento de revisión ante el Panel.

1. Con fecha 24 de junio de 2005, BERG presentó la solicitud de revisión ante un Panel integrado de conformidad con el artículo 1904 del TLCAN, respecto de la Resolución Final de la investigación antidumping a que se ha hecho referencia (en lo sucesivo, Solicitud de Inicio).
2. Con fecha 25 de julio de 2005, BERG presentó su escrito de Reclamación respecto de la Resolución Final mencionada.
3. Con fecha 5 de agosto de 2005, TUBACERO y TUBERÍA LAGUNA, presentaron su Aviso de Comparecencia en oposición a la Reclamación de BERG.
4. Con fecha 8 de agosto de 2005, la Secretaría de Economía presentó su Aviso de Comparecencia en oposición a la Reclamación de BERG. En esta misma fecha, ACIPCO y STUPP presentaron su Aviso de Comparecencia en adhesión a la Reclamación de BERG.
5. Mediante diversas promociones, los Participantes mencionados designaron a sus respectivos representantes y solicitaron su autorización y/o revocación de acceso a información confidencial en el presente procedimiento de revisión.

6. Con fecha 23 de agosto de 2005, la Autoridad Investigadora en cumplimiento al artículo 1904.14 del TLCAN presentó ante la Sección Mexicana del Secretariado del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en lo sucesivo, Secretariado) copias de la Resolución Final, del índice del expediente administrativo y del expediente administrativo en su versión no-confidencial y confidencial.
7. Con fecha 24 de octubre de 2005, BERG presentó su Memorial en soporte de su Reclamación. En esta misma fecha, ACIPCO y STUPP presentan su Memorial en adhesión al de BERG.
8. Con fecha 20 de diciembre de 2005, la Autoridad Investigadora presentó su Memorial en oposición a la Reclamación de BERG, ACIPCO y STUPP.
9. Con fecha 21 de diciembre de 2005, TUBACERO presentó su Memorial en oposición a la Reclamación y adhesión al Memorial de la Autoridad Investigadora.
10. Con fecha 05 de enero de 2006, TUBERÍA LAGUNA presentó su Memorial en oposición a la Reclamación y adhesión al Memorial de la Autoridad Investigadora.
11. Con fecha 9 de enero de 2006, BERG presentó su Memorial de contestación a los Memoriales de la Autoridad Investigadora, TUBACERO y TUBERÍA LAGUNA.
12. Igualmente, con fecha 9 de enero de 2006, ACIPCO y STUPP presentaron su Memorial de contestación a los Memoriales de la Autoridad Investigadora, TUBACERO y TUBERÍA LAGUNA.
13. Con fecha 27 de enero de 2006, por una parte BERG y por la otra ACIPCO y STUPP presentaron el anexo a sus respectivos Memoriales.

14. Con fecha 04 de diciembre de 2006, fue seleccionado el presente Panel, notificando a los integrantes su nombramiento el día 7 del mismo mes y año.
15. Con fecha 2 de abril de 2007 este Panel emitió una Orden señalando como fecha para la celebración de la Audiencia Pública el día 26 de abril de 2007 y concediendo a los Participantes como término para designar al abogado o licenciado en derecho, representante facultado para llevar a cabo las intervenciones orales durante la Audiencia Pública a celebrarse el 26 de abril de 2007.
16. Con fecha 16 de abril de 2007, este Panel emitió una nueva Orden extendiendo la Agenda que había sido elaborada para desarrollarse en la Audiencia Pública, con el fin de ampliar el tiempo programado para las intervenciones orales de todos los Participantes.
17. Dentro del plazo otorgado por el Panel los Participantes designaron a sus respectivos representantes para realizar sus intervenciones orales en la Audiencia Pública.
18. Con fecha 26 de abril de 2007, se celebró la Audiencia Pública en el procedimiento de revisión que nos ocupa.
19. Con fecha 27 de abril de 2007, este Panel emitió una Orden mediante la cual requirió a todos los Participantes puntualizar ciertos aspectos contenidos en sus Memoriales, los cuales habían sido requeridos en la Audiencia Pública.
20. Dentro del plazo otorgado por el Panel, la Secretaría de Economía, BERG, ACIPCO, STUPP, TUBACERO y TUBERÍA LAGUNA presentaron diversos escritos en respuesta a la Orden mencionada en el inciso precedente.

III. CRITERIO DE REVISIÓN

El artículo 102 del TLCAN establece los objetivos de este acuerdo que, incluyendo el principio de trato nacional, la cláusula de nación más favorecida y la transparencia, sirven junto con el Derecho Internacional como criterio de interpretación y aplicación de las disposiciones del mismo y que son:

- Eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y servicios entre las Partes;
- Promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio;
- - Aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes;
- Proteger y hacer valer, de manera efectiva los derechos de propiedad intelectual en territorio de cada Parte;
- Establecer procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento del tratado, su administración conjunta y la solución de controversias;
- Fijar los lineamientos para la ulterior cooperación trilateral, regional y multilateral encaminada a ampliar y mejorar los beneficios del tratado.

Asimismo, las Partes confirman los derechos y obligaciones existentes entre ellas conforme al *Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio* (en lo sucesivo, GATT).² Uno de los aspectos más destacados del TLCAN son los sistemas de solución de controversias que se establecieron en su texto.

Otro aspecto fundamental de la negociación fue el asegurar que los exportadores

²TLCAN, Art. 103.

de los tres países Partes del TLCAN pudiesen acudir a un procedimiento transparente para la revisión de las decisiones administrativas en materia de *dumping* y subsidios, a través de instancias arbitrales, independientes y binacionales.

El Capítulo XIX establece dos tribunales arbitrales *ad-hoc* y dos comités que son los siguientes:

- Tribunal arbitral para conocer si una reforma legislativa en materia *antidumping* es congruente con el TLCAN, específicamente con el capítulo XIX³.
- Tribunal arbitral para revisar las resoluciones dictadas en dichos temas por los órganos nacionales⁴.
- Comité Especial para proteger el sistema de revisión⁵.
- Comité de Impugnación Extraordinaria⁶.

El artículo 1904.3 y el Anexo 1911 establecen que en el caso de los Estados Unidos Mexicanos, el Panel constituido conforme al artículo 1904 debe aplicar el Criterio de Revisión que se señala en el Anexo 1911 del Capítulo XIX, que en el caso de los Estados Unidos Mexicanos es el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación (en lo sucesivo CFF), o cualquier ley que lo sustituya.⁷

La aplicación del Criterio de Revisión estará basada solamente en el expediente y en los principios generales de derecho que de otro modo un tribunal de la Parte

3 Ibidem, Arts. 1902.2 y 1903.

4 Ibidem, Art. 1904.

5 Ibidem, Art. 1905.

6 Ibidem, Art. 1904, párrafo 12 y anexo 1904.13.

7 Este Panel está consciente y conoce de los cambios acaecidos en la legislación mexicana y en particular en lo que se refiere al Código Fiscal de la Federación en materia de procedimiento contencioso administrativo ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, que al haberse producido después del inicio del presente procedimiento de revisión, no son aplicables al caso concreto. El 1 de diciembre del 2005 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, cuyo artículo Primero Transitorio fijó su entrada en vigor en toda la República el día 1o. de enero del 2006.

importadora aplicaría para revisar una resolución de la autoridad investigadora competente.

Es importante señalar que el artículo 238 del CFF establece:

“Artículo 238.- Se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales:

I. Incompetencia del funcionario que la haya dictado u ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva dicha resolución.

II. Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso.

III. Vicios del procedimiento que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada.

IV. Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien si se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas.

V. Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades.

El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa podrá hacer valer de oficio, por ser de orden público, la incompetencia de la autoridad para dictar la resolución impugnada y la ausencia total de fundamentación o motivación en dicha resolución.⁸

Los órganos arbitrales o Paneles binacionales, derivados de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de prácticas desleales, contenidos en tratados y convenios internacionales de los que México sea parte, no podrán revisar de oficio las causales a que se refiere este artículo.”⁹

Por lo que respecta a los principios generales del derecho, el artículo 1911 del TLCAN se refiere a principios tales como legitimación del interés jurídico, debido proceso, reglas de interpretación de la ley, cuestiones sin validez legal y agotamiento de los recursos administrativos. El artículo 18 del Código Civil Federal establece que el

8 Reformado por la fracción III del artículo décimo primero de las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, publicada en el Diario Oficial de la Federación del día 31 de diciembre de 2000.

9 El último párrafo se adicionó por virtud de la Ley que establece y modifica diversas leyes fiscales, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 30 de diciembre de 1996.

silencio, la oscuridad o insuficiencia de la ley no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia.

Por su parte, el artículo 14 Constitucional establece que en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho. Esta disposición se reitera en su contenido por el artículo 158 de la Ley de Amparo, al señalar que sólo será procedente el juicio de amparo directo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales civiles, administrativos o del trabajo, cuando sean contrarios a la letra de la ley aplicable al caso, a su interpretación jurídica o a los principios generales del derecho a falta de ley aplicable.

Dichos principios generales del derecho pueden ser encontrados a través de las *regulae iuris* o reglas del derecho, cuyas fuentes fundamentales son el *Corpus Iuris Civilis*¹⁰, el *Corpus Iuris Canonici*¹¹, las *Siete Partidas* de Alfonso X¹² y los brocados de las obras de glosadores y postglosadores.

En los Estados Unidos Mexicanos dichas reglas se recopilaron en obras como la *Ilustración del derecho real de España* de Juan Sala en su primera edición mexicana de 1833¹³ y en las *Pandectas Hispano-Megicanas* de Juan N. Rodríguez de San Miguel.¹⁴

Existen tesis jurisprudenciales sobre la aplicación de los principios generales del derecho, en donde se ha señalado que la operación de estos principios en toda su

10 Corpus Iuris Civilis, Alemania, apud Weidmannos, 1967-1973, 3 vols.

11 Corpus Iuris Canonici. Emanuelis Turneyesen, Coloniae Munatianne, 1783, 2 tomos.

12 Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono, Glosadas por el Licenciado Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S.M., Madrid, En la Oficina de Benito Cano, 1789, 4 tomos. Existe una edición facsimilar publicada en el año 2004 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

13 Sala, Juan, *Ilustración del Derecho Real de España*, ordenada por Don Juan Sala, Reformada y añadida con varias doctrinas y disposiciones del derecho novísimo y del patrio, Mexico, Imprenta de Galván, 1831-1833, 5 tomos.

14 Rodríguez de San Miguel, Juan N., *Pandectas Hispano-Megicanas, ó sea Código General comprensivo de las leyes generales, útiles y vivas de las Siete Partidas, Recopilación novísima la de Indias, autos y providencias conocidas por de Montemayor y Beleña, y cédulas posteriores hasta el año de 1829*, Nueva Edición, Méjico, 2 tomos, 1852. Mas recientemente en los trabajos de Mans Puigarnau, Jaime M., *Los principios generales del derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos*, Barcelona, Bosch, 1979 y de Soberanes Fernández, José Luís, *Los principios generales del derecho en México. Un ensayo histórico*, México, Ed. Miguel Angel Porrúa, 1999.

extensión no se ha entendido restringida a los asuntos de orden civil, tal y como podría desprenderse de una interpretación estricta del artículo 14 constitucional, sino que es frecuentemente admitida en la medida en que se les estima como la formulación más general de los valores en la concepción actual del derecho. Asimismo, se admite que su función no se agota en la tarea de integración de los vacíos legales; alcanza sobre todo a la labor de interpretación de la ley y aplicación del derecho, de allí que los tribunales estén facultados y, en muchos casos, obligados a dictar sus determinaciones teniendo presente, además de la expresión de la ley siempre limitada por su propia generalidad y abstracción, los postulados de los principios generales del derecho, pues éstos son la manifestación auténtica, prístina, de las aspiraciones de la justicia de una comunidad.

En ese sentido las siguientes tesis:

ACUERDOS DICTADOS POR LOS JUECES DE AMPARO. PUEDEN FUNDARSE EN LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO A FALTA DE PRECEPTO LEGAL APLICABLE. De conformidad con el artículo 219 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la materia de amparo, toda resolución judicial debe contener, entre otros requisitos, el fundamento legal en que se apoye; sin embargo, a falta del precepto legal aplicable, el juzgador de amparo puede invocar como fundamento de su determinación los principios generales de derecho, como son el de economía procesal y celeridad en el procedimiento, los cuales se encuentran consagrados en el artículo 14 constitucional, no debiéndose entender su aplicación restringida a la materia civil, sino a todos los asuntos jurídicos, por estimarse tales principios como la formulación mas genérica de los valores establecidos por nuestro actual orden jurídico y cuya función no sólo es el llenar las lagunas de la ley, sino coadyuvar en la interpretación y aplicación del derecho.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Queja 243/91. Rodolfo Santa Ana Pérez. 21 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Guadalupe Robles Denetro.

Octava época, Instancia: tribunales colegiados de circuito, Fuente: semanario judicial de la federación, Tomo: VIII, noviembre de 1991, pagina: 145

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. SU FUNCIÓN EN EL ORDENAMIENTO

JURÍDICO. Tradicionalmente se ha considerado en el Sistema Jurídico Mexicano que los jueces para la decisión de los asuntos sometidos a su conocimiento están sujetos a la observancia no sólo del derecho positivo-legal, sino también de los dogmas generales que conforman y dan coherencia a todo el ordenamiento jurídico, que se conocen como principios generales del derecho según la expresión recogida por el constituyente en el artículo 14 de la Carta Fundamental.- La operancia de estos principios en toda su extensión -para algunos como fuente de la cual abrevia todas las prescripciones legales, para otros como su orientación a fin- no se ha entendido restringida a los asuntos de orden civil tal y como podría desprenderse de una interpretación estricta del artículo constitucional invocado, sino que aun sin positivización para otros órdenes de negocios, es frecuentemente admitida en la medida en que se les estima como la formulación mas general de los valores jurídicos en la concepción actual del derecho.- Su función desde luego no se agota en la tarea de integración de los vacíos legales; alcanza sobre todo a la labor de interpretación de la ley y aplicación del derecho, de allí que los tribunales estén facultados y, en muchos casos, obligados a dictar sus determinaciones teniendo presente, además de la expresión de la ley siempre limitada por su propia generalidad y abstracción, los postulados de los principios generales del derecho, pues éstos son la manifestación auténtica, prístina, de las aspiraciones de la justicia de una comunidad.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Queja 93/89. Federico López Pacheco. 27 de abril de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Adriana Leticia Campuzano Gallegos.

Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: III, Segunda Parte-2, Enero a Junio de 1989, Página: 573

Respecto al Criterio de Revisión, ha surgido el planteamiento en el sentido de que el artículo 238 del CFF, el cual lo fija, debe ser interpretado conjuntamente con los artículos 237 y 239 del mismo ordenamiento, a pesar de que el TLCAN no lo establezca así.

Este planteamiento se hizo por vez primera en el caso MEX- 94-1904-02 cuya resolución se emitió el 30 de agosto de 1995 y que tuvo por objeto la revisión y la solución de las controversias en materia de cuotas antidumping y compensatorias surgidas con motivo de las *Importaciones de Productos de Lámina Cortada a la Medida procedentes de los Estados Unidos de América* (que fue el segundo caso ante un Panel

del capítulo XIX del TLCAN, pero el primero en resolverse).

La aplicación conjunta de los tres artículos tendría como consecuencia que el Panel, de conformidad con las fracciones II y III del artículo 239 del CFF, pudiera declarar la nulidad de la resolución impugnada, de manera lisa y llana o bien, declarar la nulidad de tal resolución para determinados efectos, debiendo precisar con claridad la forma y términos en que la Autoridad tendría que acatar la Decisión del Panel, salvo que se tratara de facultades discrecionales.

En el caso MEX-USA-00-1904-01 relativo a las *Importaciones de Urea procedente de los Estados Unidos de América*, se resolvió en el punto 11 de la Decisión Final que "...Con base en las consideraciones anteriormente expuestas, en términos de las disposiciones del TLCAN, este Panel Binacional está obligado a determinar si la Resolución Final que nos ocupa se dictó de conformidad con las disposiciones jurídicas en materia de antidumping y cuotas compensatorias mexicanas (en términos de lo previsto en el artículo 1904 del TLCAN), aplicando para ello el Criterio de Revisión previsto en el artículo 238 del CFF, basado solamente en el expediente, y a falta de disposición expresa, los principios generales de derecho "en la misma forma en que éstos serían aplicados por un tribunal mexicano...".¹⁵

Cabe destacar lo contenido en la Decisión del Panel Binacional constituido conforme a lo dispuesto por el Artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en el caso MEX-USA-00-1904-02 relativo a la *Carne y Despojos Comestibles de Bovino, procedentes de los Estados Unidos de América* al tratar lo relativo al Criterio de Revisión. En la citada Decisión, se aclara que las reclamaciones de las Partes referidas a violaciones a los artículos 14 y 16 constitucionales no pueden ser resueltos por el Panel al quedar fuera de sus facultades y ser de la competencia

¹⁵ Decisión Final del caso MEX-USA-00-1904-01, pág. 15.

exclusiva del Poder Judicial de la Federación "... y este Panel ha reemplazado al TFJFA(Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa) que controla la legalidad de las autoridades administrativas con las causales de ilegalidad que contiene el Artículo 238 del Código Fiscal de la Federación..."¹⁶

BERG en su Memorial presentado ante las oficinas del Secretariado el día 24 de octubre de 2005, a fojas 40, 48 y 50 del mismo, ha planteado esta posibilidad.

Al respecto, este Panel considera que aplicar como Criterio de Revisión cualquier otro artículo del CFF distinto al 238, en uno u otro sentido, constituiría claramente un grave exceso en sus facultades y competencia.

El texto expreso del Anexo 1911 del TLCAN fija con toda claridad el Criterio de Revisión, constriñéndolo a lo establecido en el artículo 238 del CFF, o cualquier ley que lo sustituya, basado solamente en el expediente 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. Por ello no puede existir alguna interpretación que cambie su sentido.

En materia de interpretación jurídica y siguiendo las disposiciones del derecho mexicano, que es el aplicable exclusivamente en los procedimientos de revisión ante Panel llevados a cabo en los Estados Unidos Mexicanos, tenemos que existen reglas muy claras tanto en el Código Civil Federal como en el Código Civil para el Distrito Federal que nos guían para este propósito, tal como el artículo 1851 de ambos ordenamientos, el cual establece: "...si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas."

Si bien no es vinculante para este Panel, pero como referencia, cabe destacar que en la Decisión Final del caso MEX- 94-1904-01, sobre aceros planos recubiertos

¹⁶ Decisión Final del caso MEX-USA-00-1904-02, pág. 11.

provenientes de los Estados Unidos de América, que fue la tercera en emitirse, se señala que dentro de las facultades conferidas al Panel no está la de declarar la nulidad de las resoluciones administrativas emitidas por la Autoridad Investigadora y consideró, de forma adecuada, que “...la incorporación del artículo 239 al criterio de revisión constituiría una ampliación indebida de su competencia y sus facultades...”¹⁷ En idénticos términos se manifiestan los Panelistas en la Decisión Final del caso MEX- 96-1904-02, sobre placa en rollo proveniente de Canadá y añaden “...si los gobiernos de México, Estados Unidos y Canadá hubiesen querido que este Panel tuviera facultades en el procedimiento de revisión de la misma forma en que podría hacerlo el Tribunal Fiscal de la Federación, conforme al artículo 239, habrían incluido este artículo en el criterio de revisión y habrían redactado en otros términos el artículo 1904(8) del TLCAN...”¹⁸

En la Decisión Final del caso MEX- 94-1904-03, sobre poliestireno cristal e impacto, proveniente de los Estados Unidos de América y en la del caso MEX- 96-1904-03, sobre lámina rolada en caliente proveniente de Canadá, los panelistas consideraron que el Criterio de Revisión aplicable era únicamente el señalado en el artículo 238 del citado ordenamiento.¹⁹

Finalmente, en la resolución del caso MEX- 98-1904-01, sobre jarabe de maíz de alta fructosa proveniente de los Estados Unidos se resolvió que: “...la incorporación del artículo 239 al criterio de revisión constituiría una ampliación indebida de su competencia y facultades...”²⁰

Existe, además, abundante doctrina mexicana que confirma que en los Estados Unidos Mexicanos el Criterio de Revisión se limita al artículo 238 del multicitado CFF

¹⁷Decisión Final del caso MEX-USA-94-1904-01, pp. 21-22.

¹⁸Decisión Final del caso MEX-USA-96-1904-02, pp. 30-31.

¹⁹Decisión Final del caso MEX-USA-94-1904-03, p. 13 y Decisión Final del caso MEX-USA-96-1904-03, p. 14.

²⁰Decisión Final del caso MEX-USA-98-1904-01, pp. 36-37.

Por lo anterior, este Panel considera que el Criterio de Revisión aplicable es el contenido exclusivamente en el artículo 238 del *CFF*, vigente a la fecha de inicio del presente procedimiento de revisión.

Asimismo, considera que la aplicación del artículo 239 del referido ordenamiento constituiría un grave exceso en sus facultades y competencia.

IV. PARTICIPACIÓN DE ABOGADOS ANTE EL PANEL.

En la Orden del Panel expedida el 2 de abril de 2007 se estableció que conforme al artículo 1904.7 del TLCAN, el representante de cada Participante para llevar a cabo las intervenciones orales en la Audiencia Pública debía estar facultado para ejercer la abogacía en los Estados Unidos Mexicanos.

Asimismo, al inicio de la Audiencia Pública el Presidente de este Panel informó a los Participantes que "...las Partes legitimadas para comparecer ante este Panel Binacional, deberán estar representadas por abogados de conformidad con el artículo 1904.7 del TLCAN...".

Para tal efecto, se requirió a los Participantes que proporcionasen a este Panel copia de las cédulas profesionales correspondientes a cada representante a fin de permitir su participación en la Audiencia Pública.

21 Giesze, Graig, "Los desafíos jurídicos de México, Canadá y Estados Unidos bajo en nuevo sistema de solución de controversias en materia antidumping y cuotas compensatorias del capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte", *Prácticas desleales del comercio internacional (Antidumping)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1995; Endsley, Harry B., Irish, Maureen, Veytia Palomino, Hernany, "Standard of review under the NAFTA", *Ars Iuris*, México, Revista del Instituto de Documentación e Información jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, número 21, 1999; Veytia Palomino, Hernany y Gutiérrez, José Angel, "El criterio de revisión para México", *Ars Iuris*, México, Revista del Instituto de Documentación e Información jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, número 21, 1999; Cruz Miramontes, Rodolfo, "Comentarios en torno a la resolución pronunciada por el Panel establecido al amparo del capítulo XIX del TLCAN, en el expediente MEX-USA-94-1904-02", en *Revista de derecho privado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, año 7, núm. 19, enero-abril, 1996, entre otros.

Todos los Participantes sin excepción designaron abogados autorizados para el ejercicio de su profesión en los Estados Unidos Mexicanos.²²

Este Panel considera de vital importancia la aplicación estricta del artículo 1904.7 del TLCAN que obliga a la participación de abogados durante la substanciación del procedimiento de revisión y desahogo de la o las Audiencias Públicas que se lleven a cabo en los procedimientos ante Paneles Binacionales del artículo 1904 del TLCAN.

En dos ocasiones se ha presentado el tema ante los Paneles Binacionales, primeramente en el caso MEX-USA-94-1904-01 relativo a la Importación de Productos Planos de Acero Revestido, originarios y procedentes de los Estados Unidos de América y, posteriormente, en el caso MEX-USA-98-1904-01 relativo a las Importaciones de Jarabe de Maíz de Alta Fructosa, originarias de los Estados Unidos de América.

Las profesiones son actividades u oficios de los particulares en la sociedad, cuyo libre ejercicio se sujeta a normas y requisitos de orden administrativo que la ley establece con el objeto de garantizar el bien común, tales como la obtención y registro de los títulos, con los que se demuestra el haber cursado los estudios que integran las carreras profesionales y cumplido con los requisitos que al efecto determinan las instituciones autorizadas para impartir educación profesional.

Por ejercicio profesional se entiende de conformidad con el artículo 24 de la Ley Reglamentaria del artículo 5o Constitucional, Relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal, lo siguiente:

ARTICULO 24.- "Se entiende por ejercicio profesional, para los efectos de esta Ley, la realización habitual a título oneroso o gratuito de todo acto o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión, aunque sólo se trate de simple consulta o la ostentación del carácter del profesionista por medio de tarjetas, anuncios, placas, insignias o de

22 TUBACERO mediante escrito presentado el 20 de abril de 2007; TUBERIA LAGUNA, mediante escrito presentado el 20 de abril de 2007; ATUOO y ACIPCO, mediante escrito presentado el 19 de abril de 2007; BERG mediante escrito presentado el 19 de abril de 2007, y la Autoridad Investigadora, mediante escrito presentado el 20 de abril de 2007.

cualquier otro modo. No se reputará ejercicio profesional cualquier acto realizado en los casos graves con propósito de auxilio inmediato."

De lo anterior, podemos distinguir a aquellos elementos que conforman el ejercicio de una profesión, los cuales aplicados al ejercicio en particular de la abogacía, son:

- La realización habitual a título oneroso o gratuito,
- De todo acto o prestación de cualquier servicio propio de la profesión de abogado, y
- El desahogo de consultas y/o la ostentación de tal carácter por medio de tarjetas, anuncios, placas, insignias o de cualquier otro modo.

Las limitaciones al ejercicio de una profesión se fundan en el interés del Estado por proteger al público en general que requiere los servicios de profesionales. El ordenamiento legal, en virtud del cual se establecen las normas para el ejercicio de las profesiones, determina las condiciones que deben ser satisfechas para obtener un título profesional, señala cuáles son las instituciones autorizadas para expedirlos y determina las prohibiciones a los extranjeros para ejercer tales actividades en nuestro país, entre otras.²³

Cualquier profesión para ejercerse conforme a derecho en los Estados Unidos Mexicanos debe sujetarse a lo establecido en la citada Ley de Profesiones.

Es importante destacar que el artículo 25 de la misma requiere, para ejercer una profesión en el Distrito Federal, lo siguiente:

- -Estar en pleno goce y ejercicio de los derechos civiles.
- -Poseer título legalmente expedido y debidamente registrado, y

²³Diccionario jurídico mexicano, 7a ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, tomo P-Z, bajo la voz Profesiones.

- -Obtener de la Dirección General de Profesiones patente de ejercicio.

Por su parte, la misma ley establece que para poder obtener un título profesional es indispensable acreditar que se han cumplido los requisitos académicos previstos por las leyes aplicables, siendo que para el registro de dicho título, tratándose de los expedidos por institución que no forma parte del sistema educativo nacional, será necesario que la Secretaría de Educación Pública revalide, en su caso, los estudios correspondientes y que el interesado acredite haber prestado su servicio social.²⁴

Aunado a lo anterior, las autoridades judiciales y aquellas que conozcan de asuntos contencioso-administrativos están obligadas a rechazar la intervención, en calidad de patronos o asesores técnicos del o los interesados, de persona que no tenga el título profesional registrado. Aún más, el mandato para asunto judicial o contencioso administrativo sólo podrá ser otorgado en favor de profesionistas con título debidamente registrado en los términos de ley²⁵.

Debemos destacar lo siguiente:

- -El ejercicio profesional comprende la realización habitual, ya sea a título oneroso o gratuito, de todo acto propio de una profesión, aunque sólo se trate del simple desahogo de consultas o la ostentación del carácter de profesionista por medio de tarjetas, anuncios, placas, insignias o de cualquier otro modo, incluyendo las autorizaciones en escritos presentados ante autoridades nacionales, y
- Cualquier profesión para ejercerse en México debe sujetarse a lo establecido en la Ley de Profesiones.

²⁴Ley de Profesiones, Art. 8.

²⁵Ibidem, Art. 26.

Cabe ahora referirnos a las disposiciones específicas del Capítulo XIX y a las decisiones finales adoptadas en los casos mencionados del artículo 1904 del TLCAN.

En el caso MEX- 94-1904-01, relativo a la Importación de Productos Planos de Acero Revestido, ante la presentación de un incidente de falta de personalidad, el Panel resolvió reconocer como representantes legales acreditados a dos abogados mexicanos con la condición de que acreditaran ante el propio Panel su carácter de tales, es decir, de Licenciados en Derecho mediante la exhibición de su cédula profesional expedida por la Dirección General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública, en tanto que a una abogada que no cumplía con dichos requisitos, se le reconoció únicamente como asesor legal y no como representante legal acreditado.²⁶

El artículo 1904 párrafo 7 del TLCAN, establece con toda claridad lo siguiente:

“La Autoridad Investigadora competente que haya dictado la resolución definitiva en cuestión, tendrá el derecho de comparecer y ser representada por abogados ante el Panel. Cada una de las partes dispondrá que las personas que por otro lado, de conformidad con el derecho de la Parte importadora, estarían legitimadas para comparecer y ser representadas en un procedimiento interno de revisión judicial de la resolución de la Autoridad investigadora competente, tengan el derecho de comparecer y ser representadas por abogados ante el Panel.” (Énfasis añadido)

Es importante señalar que en este artículo la letra “y” funge como conjunción que une los términos “comparecer” y “ser representada” en concepto afirmativo. Es decir, la comparecencia de las partes ante el Panel deberá hacerse mediante la representación ostentada por un abogado o Licenciado en Derecho.

Por su parte la regla 3 de las Reglas de Procedimiento establece que “persona interesada” significa la persona que, conforme a las leyes del país en que se dictó la resolución definitiva está legitimada para comparecer y ser representada en el

²⁶ Op. Cit., p. 9.

procedimiento de revisión judicial de dicha resolución, lo que nos lleva al último párrafo del artículo 200 del CFF, vigente a la fecha de inicio del presente procedimiento, que establece que para comparecer como representante ante el Tribunal, se debe tener el título de Licenciado en Derecho.

De la simple lectura de los preceptos citados derivamos que solamente los abogados y/o Licenciados en Derecho pueden ser designados por las partes para que los representen en los actos que se lleven a cabo ante los Paneles de revisión de resoluciones definitivas establecidos conforme al Capítulo XIX del TLCAN.

La comparecencia de personas morales y entidades gubernamentales ante los Paneles de solución de controversias solamente puede hacerse a través de sus representantes o apoderados personas físicas que deberán, conforme al Artículo 1904.7 ser abogados.

Así, para que una persona se considere representante legal acreditado de cualquier Participante, se requiere que sea abogado y que firme algún documento ante el Panel.

De conformidad con el párrafo segundo del artículo 1904 del TLCAN, las disposiciones aplicables en el presente caso, lo constituyen las leyes, antecedentes legislativos, reglamentos, práctica administrativa y precedentes judiciales pertinentes, en la medida en que un tribunal de la parte importadora se basaría para revisar una resolución definitiva, es decir, deberá acudir al artículo 5° constitucional, al artículo 24 de la ley reglamentaria del mismo en materia del ejercicio profesional en el Distrito Federal y su reglamento, así como al Decreto del 31 de diciembre de 1973 en su artículo 2° transitorio.

De la lectura de la legislación indicada, derivamos que la abogacía y su ejercicio es un derecho consagrado y regulado por ley, el cual está acotado por razones de orden público, en las disposiciones legales aplicables, mismas que han quedado indicadas.

Asimismo, que deben de llenarse una serie de requisitos que permitan su ejercicio lícito partiendo del hecho de que acredite, primeramente, su carácter de Licenciado en Derecho o abogado mediante el título y cédula profesional correspondiente, esta última que deberá ser expedida por la Dirección General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública.

Desde luego, elemento fundamental es el que el interesado se encuentre en pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles.

Cabe preguntarse: ¿Basta un poder que le otorgue la representación a una persona, abogado o no, nacional o no, para que ésta pueda comparecer y alegar ante un Panel?

El punto a resolver en este caso es ¿qué se entiende por ejercicio de la abogacía?, para entonces poder determinar si la representación ante un Panel del artículo 1904 del TLCAN implica o no dicho ejercicio profesional y como consecuencia el que los representantes acreditados deben ser abogados conforme al texto expreso de citado tratado.

La parte más importante de la abogacía es precisamente la de hablar y escribir en derecho, es decir, el arte de escribir en derecho y de hablar en derecho son cualidades fundamentales del abogado. Los alegatos en derecho tienen por definición un contenido técnico jurídico, diferente y contrastable con las pruebas testimoniales o con las pruebas periciales.

Si tenemos que la misión de un Panel del Capítulo XIX del TLCAN es determinar si las autoridades investigadoras, de cada una de las tres naciones que lo integran, han apegado sus resoluciones a las disposiciones internas en materia prácticas desleales de comercio (que en el caso de los Estados Unidos Mexicanos son la Ley de Comercio Exterior de los Estados Unidos Mexicanos (LCE), el Reglamento de la Ley de Comercio Exterior de los Estados Unidos Mexicanos (en lo sucesivo RLCE), el Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VI del GATT 94 (en lo sucesivo, Acuerdo Antidumping o CAD), el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias del GATT 94 y el Acuerdo sobre Salvaguardas del GATT 94 y lo que habría que añadir el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la Organización Mundial de Comercio (en lo sucesivo OMC)), resulta evidentemente claro que las alegaciones que ante él se presenten, orales o escritas, necesariamente tienen un contenido jurídico, pues buscan acreditar o no el apego de la autoridad investigadora al régimen jurídico invocado y crear en el ánimo del Panel una u otra idea.

Asimismo, la presentación de argumentos orales o escritos ante un Panel del Capítulo XIX del TLCAN constituye un ejercicio profesional de la abogacía, en términos de lo dispuesto por el artículo 24 de la Ley Reglamentaria del Artículo 5° constitucional.

El representar a una parte en un procedimiento de solución de controversias, como lo es ante un Panel del Capítulo XIX del TLCAN, de conformidad con el artículo 1904 párrafo 7 al que se ha hecho mención, ya sea asesorando o defendiendo a las partes, requiere necesariamente que se acredite contar con la cédula profesional que permita dicho ejercicio.

No basta entonces que los no abogados o bien los abogados que no cuentan con cédula profesional expedida se ostenten como representantes legales de alguna de las partes en el procedimiento, sino que es necesario acreditar que se han satisfecho los demás elementos conectados directamente con la profesión de abogado.

Así y en relación a este punto, el Panel considera que para comparecer ante un órgano constituido conforme al Capítulo XIX del TLCAN, es necesario acreditar que se cuenta con título y cédula profesional que autoricen al ejercicio de la profesión de abogado.

V. PUNTOS EN DEBATE

De conformidad con lo manifestado por BERG en su Memorial de Reclamación fechado el 24 de octubre de 2005, la Resolución Final que impugna viola en su perjuicio lo dispuesto por los:

1. Artículos 3.1, 3.2, 3.4 y 3.5 del Acuerdo Antidumping; los artículos 39 y 41 de la LCE; los artículos 59, 64, 65, 69 y 76 de su Reglamento, y el artículo 238, fracciones II, III y IV, del CFF al fijar como periodo investigado el comprendido entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 2001.

2. Artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en lo sucesivo Constitución); el artículo 5.10 del Acuerdo Antidumping; el artículo 59 de la LCE y el artículo 238, fracciones II, III y IV, del CFF, así como las formalidades esenciales del procedimiento y diversos precedentes judiciales al dictar fuera del plazo legal la resolución final.

3. Artículos 14 y 16 de la Constitución; artículo 2.2 del Acuerdo Antidumping; artículo 32 de la LCE; el artículo 43 de su Reglamento; las fracciones II, III y IV del artículo 238 del CFF, y su propia práctica administrativa, al cambiar el medio para estimar el valor normal de precios a costos sin mediar prueba alguna aportada por los solicitantes.

4. Artículos 80, fracción II, del Reglamento de la Ley de Comercio Exterior (RLCE); artículo 238, fracciones II y IV, del CFF, y los artículos 14 y 16 de la Constitución, al imponer una cuota a “los demás exportadores”.

5. Artículos 62 de la LCE; artículo 9.2 del Acuerdo Antidumping; artículo 80, fracción II, del RLCE; artículo 238, fracción II, del CFF y los artículos 14 y 16 de la Constitución, al ordenar el cobro de las Cuotas Compensatorias sobre el Valor de Aduana.

6. Artículos 3.1, 3.2, 3.4 y 3.5 del Acuerdo Antidumping; artículo 41 de la LCE; artículo 64 del RLCE; artículo 238, fracción II, del CFF, y los artículos 14 y 16 de la Constitución, al no valorar en su debido contexto los argumentos y pruebas contenidos en el expediente administrativo y, por tanto, concluir de manera indebida la existencia de daño a la producción nacional.²⁷

VI. ANÁLISIS DE LAS PRESUNTAS VIOLACIONES COMETIDAS POR LA AUTORIDAD INVESTIGADORA AL FIJAR COMO PERIODO INVESTIGADO EL COMPRENDIDO ENTRE EL 1 DE ENERO AL 31 DE DICIEMBRE DE 2001.

²⁷ Memorial de Reclamación de BERG presentado el 24 de octubre de 2005, p. 2.

La Reclamante señala que la Autoridad fijó como periodo de investigación el comprendido entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2001, el cual se encuentra lejano a la presentación de la Solicitud de Inicio de la investigación, misma que fue presentada el 28 de abril de 2003.²⁸ Ello implica una distancia de dieciséis meses entre el periodo investigado y la presentación de la referida Solicitud de Inicio, que es en donde la empresa o empresas peticionarias proponen el periodo a investigarse.²⁹

De conformidad con BERG, este hecho viola lo dispuesto por los artículos 3.1, 3.2, 3.4 y 3.5 del Acuerdo Antidumping, los artículos 39 y 41 de la LCE; los artículos 59, 64, 65, 69 y 76 del RLCE; y el artículo 238, fracciones II, III y IV, del CFF.³⁰

Ante esta afirmación la Autoridad Investigadora señaló que la Reclamante no presentó “argumentación alguna que explique en qué forma o de qué manera la autoridad investigadora ha violado o inobservado los preceptos legales aplicables al caso que nos ocupa.”,³¹ por lo que, a su decir, al no presentar argumentos que expliquen los supuestos agravios, éstos son inoperantes, ya que imposibilitan la defensa de la Autoridad y de las empresas solicitantes de la investigación antidumping.

Adicionalmente, la Autoridad Investigadora en su Memorial en oposición a la reclamación indicó que en este tipo de procedimientos es inaplicable la suplencia de la queja de parte de este Panel, en virtud de lo señalado por el artículo 238 del CFF, en su último párrafo, el cual a la letra dice:

“Los órganos arbitrales o paneles binacionales derivados de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de prácticas desleales, contenidos en tratados y convenios internacionales de los que México sea parte, no podrán revisar de oficio las causales a que se refiere este artículo”

28 Solicitud de Inicio. Expediente Administrativo. Versión No Confidencial. Folio 0301726.

29 Op cit. 27, p.16.

30 Ibidem. p. 15.

31 Memorial de la Autoridad Investigadora presentado el 20 de diciembre de 2005, p. 14.

De acuerdo con lo señalado por Acorde con este precepto, este Panel declara no tener facultades para suplir las deficiencias en la falta de argumentación de la Reclamante y su omisión de relacionar cada uno de los artículos aludidos con las violaciones alegadas.

Asimismo, es importante señalar que para reforzar su dicho, en sus Memoriales la Autoridad Investigadora hizo valer diversos precedentes y tesis jurisprudenciales, que aún cuando para este Panel sólo tienen fuerza persuasiva, de conformidad con el artículo 1904.2 del TLCAN³², forman parte de las disposiciones jurídicas que el mismo debe considerar en su revisión. Dichos precedentes y tesis jurisprudenciales, a la letra dicen:

“AGRAVIOS EN LA REVISIÓN”. Se entiende por agravio la lesión de un derecho cometida en una resolución judicial por haberse aplicado indebidamente la ley, o por haberse dejado de aplicar la que rige el caso; por consiguiente, al expresarse cada agravio, debe el recurrente precisar cuál es la parte de la sentencia que lo causa, citar el precepto legal violado y explicar el concepto por el cual fue infringido, no siendo apto para ser tomado en consideración, en consecuencia, el agravio que carezca de esos requisitos.”
(Énfasis añadido)

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO. Precedentes. Amparo en revisión 254/91.- Clemente Córdoba Hazard.- 11 de febrero de 1992.- Unanimidad de votos.- Ponente Adán Gilberto Villarreal Castro.- Secretario: Arturo Ortegón Garza. Amparo en revisión 148/92.- Francisco Barraza Gutiérrez.- 26 de junio de 1992.- Unanimidad de votos.- Ponente José Nabor González Ruíz.- Secretario Sergio Cruz Carmona. Amparo en revisión 238/92.- Nacional Financiera, S.N.C.- 28 de octubre de 1992. Unanimidad de votos.- Ponente Lucio Antonio Castillo González.- Secretario Ramón Parra López. Amparo en revisión 121/93. Seguros La Provincial, S.A.- 18 de junio de 1993. Unanimidad de votos.- Ponente Alicia Rodríguez Cruz.- Secretario Eduardo Anastacio Chávez García. Amparo en revisión 110/93.- Alma Yadira Petterson Téllez.- 23 de junio de 1993.- Unanimidad de votos. Ponente Alicia Rodríguez Cruz.- Secretario Juan Carlos Luque Gómez.

Octava Época, T.C.C. Seminario Judicial de la Federación. XII. Septiembre de 1993. Tesis V.2ºJ/76. Jurisprudencia. P. 39.

32 Artículo 1904.2 [...]Para este efecto, las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias consisten en leyes, antecedentes legislativos, reglamentos, práctica administrativa y precedentes judiciales pertinentes, en la medida en que un tribunal de la Parte importadora podría basarse en tales documentos para revisar una resolución definitiva de la autoridad investigadora competente[...]

“AGRAVIOS, EXISTENCIA E INEXISTENCIA DE LOS.- Hay agravios, en sentido propio, contra una determinación judicial, cuando se exponen razonamientos formulados de modo expreso para combatir directamente las conclusiones y las diversas argumentaciones de la resolución impugnada, pero es indiscutible que no existen en verdad agravios, si para pretender desvirtuar la resolución, únicamente se aducen meras afirmaciones.” (Énfasis añadido)

Sexta Época, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tercera Parte, CXXI, p.13.

“AGRAVIOS INSUFICIENTES.- SON AQUELLOS QUE ALEGAN LA VIOLACIÓN A UN PRECEPTO LEGAL SIN EXPLICAR EN QUÉ CONSISTIÓ LA MISMA.- Cuando la autoridad, en su recurso de revisión, alega que la Sala del Conocimiento violó en su perjuicio determinados preceptos legales, sin expresar los razonamientos que a su juicio la hace concluir que se llevó a cabo dicha valoración, debe considerarse que los agravios que así expresa son insuficientes para combatir el fallo recurrido, ya que, al no señalar cuál es la actuación de la a quo que en concreto le deparó perjuicio, impide que la juzgadora haga algún pronunciamiento en ese aspecto, a riesgo de incurrir en suplencia de la queja.” (Énfasis añadido)

Juicio de Competencia Atrayente No. 18/89.- Resuelto en sesión de 2 de mayo de 1990 por unanimidad de 7 votos.- Magistrado Ponente: Gilberto García Camberos.- Secretario Rolando Magaña Herrejón.- Precedente.- Revisión No. 1548/85.- Resuelta en sesión de 9 de julio de 1986 por unanimidad de 8 votos.

En lo relativo a este punto, el Panel está de acuerdo con los razonamientos vertidos por la Autoridad Investigadora, ya que de conformidad con el Anexo 1911 del TLCAN el mismo debe aplicar el Criterio de Revisión señalado en el artículo 238 del *CFE* y, por consiguiente, no puede suplir las deficiencias en la presentación de los argumentos de la Reclamante. Sentado lo anterior, este Panel manifiesta que ha estudiado cuidadosamente cada una de las afirmaciones hechas por BERG y que les ha otorgado el peso que la lógica jurídica permite.

Es importante indicar que la Autoridad Investigadora decidió dar respuesta a cada uno de los alegatos planteados por la Reclamante, tal como en su oportunidad se refiere.

A decir de BERG, las consecuencias resultantes de la distancia entre el periodo investigado y el inicio de la investigación son:

- “...Que el examen del volumen y los efectos de los precios efectuado por la Secretaría de Economía no fue objetivo ni se basó en pruebas positivas, como requieren los párrafos 1 y 2 del Artículo 3 del Acuerdo Antidumping;
- Que el examen de ‘todos los factores económicos pertinentes’ que influyan en el estado de la producción nacional efectuado por la Secretaría de Economía no fue objetivo ni se basó en pruebas positivas, como requieren los párrafos 1 y 4 del Artículo 3 del Acuerdo Antidumping; y
- Que la resolución de la Autoridad Investigadora en el sentido de que las importaciones objeto de dumping estaban ‘causando’ daño a la producción nacional no fue objetiva ni se basó en pruebas positivas, como requieren los párrafos 1 y 5 del Artículo 3 del Acuerdo Antidumping...”³³

Por su parte, en sus Memoriales la Autoridad Investigadora hace notar que los artículos del Código Antidumping señalados por BERG “...se refieren a algunos de los elementos y condiciones que una autoridad investigadora deberá tener en cuenta para obtener una orientación decisiva de la existencia de daño,...”³⁴, establecen los elementos a ser considerados para determinar la existencia del daño, pero que no señalan la temporalidad que debe existir entre el periodo investigado y el inicio de la investigación.

En efecto, este Panel ha constatado que los artículos del Acuerdo Antidumping supuestamente violados y que fueron señalados por la Reclamante no hacen mención alguna al periodo investigado. En cambio indican lo siguiente:

33 Op. Cit. Número 27, p. 18.

34 Op. Cit. Número 31, p. 18.

“3.1 La determinación de la existencia de daño a los efectos del artículo VI del GATT de 1994 se basará en pruebas positivas y comprenderá un examen objetivo: a) del volumen de las importaciones objeto de dumping y del efecto de éstas en los precios de productos similares en el mercado interno y b) de la consiguiente repercusión de esas importaciones sobre los productores nacionales de tales productos.

3.2 En lo que respecta al volumen de las importaciones objeto de dumping, la autoridad investigadora tendrá en cuenta si ha habido un aumento significativo de las mismas, en términos absolutos o en relación con la producción o el consumo del Miembro importador. En lo tocante al efecto de las importaciones objeto de dumping sobre los precios, la autoridad investigadora tendrá en cuenta si ha habido una significativa subvaloración de precios de las importaciones objeto de dumping en comparación con el precio de un producto similar del Miembro importador, o bien si el efecto de tales importaciones es hacer bajar de otro modo los precios en medida significativa o impedir en medida significativa la subida que en otro caso se hubiera producido. Ninguno de estos factores aisladamente ni varios de ellos juntos bastarán necesariamente para obtener una orientación decisiva.

3.4 El examen de la repercusión de las importaciones objeto de dumping sobre la rama de producción nacional de que se trate incluirá una evaluación de todos los factores e índices económicos pertinentes que influyan en el estado de esa rama de producción, incluidos la disminución real y potencial de las ventas, los beneficios, el volumen de producción, la participación en el mercado, la productividad, el rendimiento de las inversiones o la utilización de la capacidad; los factores que afecten a los precios internos; la magnitud del margen de dumping; los efectos negativos reales o potenciales en el flujo de caja ("cash flow"), las existencias, el empleo, los salarios, el crecimiento, la capacidad de reunir capital o la inversión. Esta enumeración no es exhaustiva, y ninguno de estos factores aisladamente ni varios de ellos juntos bastarán necesariamente para obtener una orientación decisiva.

3.5 Habrá de demostrarse que, por los efectos del dumping que se mencionan en los párrafos 2 y 4, las importaciones objeto de dumping causan daño en el sentido del presente Acuerdo. La demostración de una relación causal entre las importaciones objeto de dumping y el daño a la rama de producción nacional se basará en un examen de todas las pruebas pertinentes de que dispongan las autoridades. Éstas examinarán también cualesquiera otros factores de que tengan conocimiento, distintos de las importaciones objeto de dumping, que al mismo tiempo perjudiquen a la rama de producción nacional, y los daños causados por esos otros factores no se habrán de atribuir a las importaciones objeto de dumping. Entre los factores que pueden ser pertinentes a este respecto figuran el volumen y los precios de las importaciones no vendidas a precios de dumping, la contracción de la demanda o variaciones de la estructura del consumo, las prácticas

comerciales restrictivas de los productores extranjeros y nacionales y la competencia entre unos y otros, la evolución de la tecnología y los resultados de la actividad exportadora y la productividad de la rama de producción nacional.

Igualmente, BERG señaló que la fijación del periodo investigado viola las propias instrucciones de la Autoridad Investigadora, ya que en el formulario para empresas solicitantes se establece un criterio indubitable al indicar que el daño y la causalidad “...deberá abarcar por lo menos seis meses y ser lo más cercano a la fecha de presentación de la solicitud...”.³⁵

Por su parte, la Autoridad Investigadora señaló, tanto en su Memorial como a lo largo de la Audiencia Pública, que desde el inicio de la investigación³⁶ explicó a todas las partes que el consumo nacional del producto investigado responde a una situación particular de mercado y de la industria, ya que su importación depende de las compras que se efectúen mediante licitaciones o concursos para la construcción de obras hidráulicas, petroleras, plantas petroquímicas o similares y algunas compras a clientes mayoristas. Esto implica que la demanda de la mercancía no pueda responder a un patrón estacional predefinido, como en el caso de los productos agrícolas o de consumo permanente.³⁷ Esta misma explicación se retoma en los puntos 117 a 120, 160 y 197 de la Resolución Final y se basa en pruebas que obran en el expediente administrativo.

Asimismo, la Autoridad Investigadora indicó³⁸ que el periodo investigado fue propuesto por las empresas solicitantes al momento de dar respuesta al formulario de la Solicitud de Inicio de la investigación. Ahí, las solicitantes TUBACERO y TUBERIA

³⁵ Op. Cit. Número 27, p. 15, citando la Sección I.B.8. del formulario para solicitantes.

³⁶ Resolución por la que se acepta la solicitud de parte interesada y se declara el inicio de la investigación antidumping sobre las importaciones de tubería de acero al carbono con costura longitudinal recta.

³⁷ Op. Cit. Número 31, pp. 21-25.

³⁸ Respuesta de la Autoridad Investigadora al Requerimiento de Información Adicional formulado por el Panel posteriormente a la Audiencia Pública. Versión Confidencial. 14 de mayo de 2007. pp. 2-3.

LAGUNA explicaron el por qué ese periodo resultaba representativo. Cabe señalar que este Panel ha observado que la práctica administrativa de la Autoridad Investigadora se orienta en hacer uso de dicha información, cuando la misma es considerada como representativa y razonable, tal como sucedió en el caso que nos ocupa. Igualmente, en los Memoriales presentados por la Autoridad Investigadora y durante el desarrollo de la Audiencia Pública³⁹ la misma recalcó que la elección de ese periodo de investigación se debió a la propia naturaleza del mercado de la tubería ya que éste no tiene periodos cíclicos, como en el caso de los productos agropecuarios.⁴⁰

Adicionalmente, la Autoridad Investigadora hizo notar que aún cuando existen evidencias de la necesidad de considerar ese periodo investigado en particular, y aún cuando así se hizo del conocimiento de las partes a lo largo de toda la investigación administrativa dando amplia oportunidad procesal para que las partes hicieran algún señalamiento al respecto, la empresa BERG no aportó ningún argumento o cuestionamiento durante el procedimiento administrativo en relación a la elección del periodo investigado.

La Autoridad Investigadora también indicó que el formulario para solicitar el inicio de la investigación, en donde las solicitantes deben proponer el periodo investigado, es acorde con el Acuerdo Antidumping, ya que aún cuando el formulario establece que el periodo investigado debe abarcar por lo menos seis meses y ser lo más cercano a la fecha de presentación de la solicitud, ni en los formularios ni en la legislación aplicable se establecen plazos fatales para la fijación del periodo investigado ni son prohibitivos en cuanto a la consideración de un periodo más amplio o más lejano.

³⁹ Celebrada el 26 de abril de 2007.

⁴⁰ Op. Cit. Número 31, pp. 21-26.

Se trata de una facultad discrecional de la Autoridad Investigadora y de todos los miembros de la Organización Mundial de Comercio (en lo sucesivo, OMC).

Es importante hacer notar que la legislación aplicable limita tal discrecionalidad a la Autoridad Investigadora, acorde con lo señalado por los artículos 65 y 76 del RLCE. En efecto, el artículo 65 de dicho ordenamiento a la letra señala:

Artículo 65.- La Secretaría deberá evaluar los factores económicos descritos en el artículo anterior dentro del contexto del ciclo económico y las condiciones de competencia específicas a la industria afectada. Para tal fin, los solicitantes aportarán la información de los factores e indicadores relevantes y característicos de la industria considerando por lo menos tres años previos a la presentación de la solicitud, incluyendo el periodo investigado, salvo que la empresa de que se trate se haya constituido en un lapso menor. Asimismo, los productores nacionales solicitantes o las organizaciones que los representen aportarán estudios económicos, monografías, literatura técnica y estadísticas nacionales e internacionales sobre el comportamiento del mercado en cuestión, o cualquier otra documentación que permita identificar los ciclos económicos y las condiciones de competencia específicas a la industria afectada (énfasis añadido).

A este respecto, la Autoridad Investigadora afirmó que evaluó los factores económicos pertinentes en el contexto del ciclo económico y las condiciones de competencia específicas a la industria afectada y que, por la naturaleza misma de la industria, tuvo que elegir el periodo investigado dentro de los tres años que marca el referido artículo 65 del RLCE.

Por su parte, el Artículo 76 del RLCE, textualmente indica:

Artículo 76.- La investigación sobre prácticas desleales de comercio internacional versará sobre la existencia de discriminación de precios o de subvención y el daño causado o que pueda causarse a la producción nacional. Comprenderá un periodo que cubra las importaciones de mercancías idénticas o similares a las de la producción nacional que puedan resultar afectadas, que se hubiesen realizado durante un periodo de por lo menos seis meses anterior al inicio de la investigación.

El periodo de investigación a que se refiere el párrafo anterior podrá modificarse a juicio de la Secretaría por un lapso que abarque las importaciones realizadas con posterioridad al inicio de la investigación. En este caso, las resoluciones que impongan cuotas

compensatorias provisionales o definitivas estarán referidas tanto al periodo original como al periodo ampliado. (Énfasis añadido)

Acorde con el artículo antes transcrito, este Panel advierte que el periodo investigado debe cubrir “por lo menos” seis meses y ser “anterior” al inicio de la investigación y en el caso que nos ocupa, el periodo investigado es mayor a seis meses y anterior al inicio de la investigación, por lo que se cumple con los supuestos legales que el mismo exige.

La Autoridad Investigadora afirmó haber cumplido con los requisitos señalados en los artículos 65 y 76 del RLCE, en virtud de que el periodo “...es de doce meses; es anterior al inicio de investigación; el periodo de evaluación de daño comprendió tres años y, dicho periodo fue pertinente por las características específicas del caso, de la industria y del mercado nacionales...”.⁴¹

Por su parte, BERG argumentó, tanto en sus Memoriales como en la Audiencia Pública, que el artículo 76 del RLCE requiere de una interpretación, ya que el término “anterior” debe entenderse como “inmediato anterior”, toda vez que, a su decir, al estar redactado en tiempo pasado, los legisladores “...otorgaron tácitamente el concepto de ‘inmediatez’ como un atributo implícito al concepto de ‘anterioridad’...”.⁴²

Ante dichas argumentaciones, la Autoridad Investigadora señaló que el artículo 76 del RLCE únicamente indica que el periodo debe ser anterior al inicio de la investigación, y que no habla de inmediatez. Asimismo, afirma que no existe ninguna disposición legal que marque un parámetro específico el cual indique qué tan anteriores deben ser los meses que integren el periodo investigado, por lo que el mismo queda sujeto al criterio de la Autoridad.

41 Op. Cit. Número 31, p. 11.

42 Memorial de Contestación de BERG presentado el 09 de enero de 2006, p. 6.

Atento a lo anterior, desde ahora este Panel manifiesta que encuentra que la intención del legislador expresada en el artículo 76 del RLCE es suficientemente clara y precisa, por lo que no requiere interpretación alguna.

Asimismo, BERG afirmó que la Autoridad Investigadora violó las fracciones II, III y IV del CFF, las cuales señalan:

“Se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales:

I. [...]

II. Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso;

III. Vicios del procedimiento que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución;

IV. Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien, si se dictó en contravención de las disposiciones aplicables o dejó de aplicar las debidas.

[...]”

Cabe señalar que la Autoridad Investigadora sostuvo que la Reclamante no argumentó el por qué consideraba que se violaron las fracciones aludidas, a pesar de que realiza algunas afirmaciones generales al respecto.

En cuanto a la fracción II del artículo antes indicado, referente a la omisión de requisitos formales, la Autoridad Investigadora manifestó que cumplió con los requisitos legales de forma relacionados con la aceptación de la solicitud y el inicio de la investigación; ya que notificó a las partes interesadas y convocó a su participación en el procedimiento administrativo, mismo que se desarrolló de conformidad con los requerimientos de la LCE y de su Reglamento. Adicionalmente, la Autoridad Investigadora afirma, que la referida fracción segunda indica que esas omisiones deben afectar la defensa del particular y que, no obstante, del expediente administrativo se

desprende que durante el procedimiento se concedió derecho de audiencia y de réplica a todas las partes interesadas; no siendo para ello un obstáculo que las empresas exportadoras (entre ellas BERG) y las importadoras, hubieren elegido no participar en la Audiencia Pública ni presentar escritos posteriores. Por ello, la Autoridad sostuvo que no existió ninguna omisión que trascendiera al sentido de la Resolución Final, ya que en lo correspondiente al periodo investigado, que en este momento ocupa analizar a este Panel, tal determinación fue debidamente fundada y motivada. Por ello, la Autoridad Investigadora consideró que no se actualizan los supuestos previstos en la fracción segunda del artículo 238 del CFF.

En lo relativo a la fracción III del artículo en comento, misma que hace referencia a los vicios en el procedimiento, la Autoridad Investigadora apoya sus argumentos con lo señalado por la tesis jurisprudencial emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que a la letra dice:⁴³

ACTUALIZACIÓN DE LAS CAUSALES DE ANULACIÓN PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 238, FRACCIONES II Y III DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN.

“los vicios del procedimiento se traducen en el desacato a las secuelas de orden lógico y legal previstas por las normas adjetivas para la emisión de las resoluciones administrativas, o bien, en la omisión de las formalidades establecidas en las leyes, lo cual es violatorio de la garantía de legalidad” SENTENCIAS DEL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación. 8ª Época. Tomo X. Julio. Tesis I. 3º A. 457 A. P. 411.

Atento a todo lo anterior, este Panel considera que la determinación realizada por la Autoridad Investigadora en el aspecto relativo a la fijación del periodo investigado fue efectuada sin vicio alguno y que la misma acató las secuelas de orden lógico y legal previstas por las normas adjetivas antes indicadas para emitir su Resolución. Por lo tanto, al no existir vicio alguno que afecte a la Resolución Final

43 Op. Cit. Número 31, p. 33.

revisada por este Panel, tampoco se incurre en alguna de las otras dos causales previstas en esta fracción, ya que la Autoridad no afectó la defensa del particular, ni se trascendió el sentido de la resolución. Es decir, no se actualizan los supuestos de la tercera fracción del Artículo 239 del CFF.

Finalmente, tampoco se actualizan los supuestos previstos en la fracción IV del mencionado artículo, ya que los hechos que motivaron la determinación de la Autoridad Investigadora existieron y se encuentran debidamente comprobados con documentos que obran en el expediente administrativo, y tanto el procedimiento administrativo, como la Resolución Final se encuentran debidamente apegados a derecho.

Por otra parte, la Reclamante afirmó que la información reunida por la Autoridad Investigadora no pudo ser un fundamento suficiente para constatar de manera objetiva la existencia del dumping, daño y relación causal o una determinación basada en pruebas positivas y señaló que la Autoridad Investigadora no cuenta con información necesaria para determinar que las importaciones investigadas son objeto de dumping y que las mismas son la causa del daño que actualmente presenta la industria⁴⁴. Ante ello, la Autoridad Investigadora comentó que las pruebas que obran en el expediente administrativo y la práctica desleal demostrada no pueden desvanecerse por el simple transcurso del tiempo.

Cabe señalar que esta afirmación de BERG hace pensar que la Autoridad Investigadora debe determinar la existencia de la discriminación de precios y el daño actual, es decir, al día de hoy. Sin embargo, no entraremos a la discusión de esta afirmación, ya que no es función de este Panel.

44 Op. Cit. Número 27, pp. 17-18.

En su Memorial, BERG hizo referencia al Informe del Grupo Especial del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC el cual revisó las *Medidas Antidumping Definitivas sobre la Carne de Bovino y Arroz*, en donde se hace el señalamiento de que diversas disposiciones de la LCE son incompatibles con el Acuerdo Antidumping, y se encontró que el periodo investigado establecido por la Autoridad Investigadora, en ese caso particular, había sido demasiado distante del inicio de la investigación administrativa.⁴⁵

Ante esto, la Autoridad Investigadora indica que la Reclamante ignora que cada investigación antidumping presenta características especiales y el caso que nos ocupa tiene connotaciones particulares de comercialización del producto investigado que son muy distintas a las del arroz o la carne de bovino⁴⁶; que las decisiones de los Grupos Especiales de la OMC no son precedentes obligatorios para los Paneles Binacionales del Capítulo XIX del TLCAN; que cada caso es único y diferente, y que debe ser analizado de manera particular, considerando cada una de las circunstancias que intervinieron en el mismo.

Atento a lo anterior, este Panel sostiene que si bien es cierto que las decisiones de otros tribunales arbitrales no tienen fuerza vinculatoria para el Panel, ni para ningún otro de los constituidos conforme al Capítulo XIX del TLCAN, ha decidido analizar el caso de referencia teniendo presentes las diferencias existentes entre el caso que hoy nos ocupa y del asunto referido por la Reclamante, dando el debido peso doctrinal que tienen todas las decisiones arbitrales emitidas en esta materia, las cuales resultan valiosas para la construcción del Derecho del Comercio Internacional. Sin embargo, el Panel tiene plena conciencia de que tiene establecidas sus facultades en el artículo 1904

45 Caso WT/DS295/R. Mayo, 2005.

46 Op. Cit. Número 31, pp. 21-26.

del TLCAN y que, entre ellas, no se encuentra la facultad para determinar si la LCE es compatible o no con el Acuerdo Antidumping o con cualquier otro instrumento legal.

Asimismo y a pesar de que el tema relativo al Criterio de Revisión que debe utilizar el Panel ya ha sido tratado con profundidad al inicio de esta Decisión, no está por de más aclarar cuáles son las facultades revisoras del mismo, tal como se indica artículo 1904.2 del TLCAN, el cual a la letra indica:

“Una Parte implicada podrá solicitar que el Panel Binacional revise, con base al expediente administrativo, una resolución definitiva sobre cuotas antidumping y compensatorias emitida por una autoridad investigadora competente de una Parte importadora, para dictaminar si esa resolución estuvo de conformidad con las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias de la Parte importadora [...]”.

Queda entonces bien claro que este Panel no tiene facultades para revisar si la LCE es violatoria o no del Acuerdo Antidumping, y que su función es revisar la Resolución Final que nos ocupa a la luz de las pruebas que obran en el expediente administrativo y su conformidad con la legislación aplicable.

En consecuencia, habiendo revisado con extremo cuidado todos los argumentos presentados por los Participantes, tanto en sus Memoriales como en sus comparecencias verbales, así como las pruebas que obran en el expediente administrativo y su debida relación con cada uno de los preceptos legales aludidos, este Panel confirma este punto de la Resolución Final, ya que encuentra que la misma cumplió con lo establecido en la legislación aplicable, debido a que la Autoridad Investigadora basó su fallo en las pruebas que obran en el expediente administrativo y con ellas determinó de manera correcta el periodo de la investigación.

VII. ANÁLISIS DE LAS PRESUNTAS VIOLACIONES COMETIDAS POR LA AUTORIDAD INVESTIGADORA AL DICTAR FUERA DEL PLAZO LEGAL LA RESOLUCIÓN FINAL.

BERG señaló que la Resolución Final fue emitida fuera periodo legal, sin que exista para ello ninguna justificación.

Los argumentos de BERG refieren que la investigación se realizó en 21 meses (comenzando con la publicación en el *Diario Oficial* del 29 de Agosto de 2003 de la resolución por la que se aceptó la solicitud y se declaró el inicio de la investigación antidumping que nos ocupa y concluyendo con la publicación de la Resolución Final en el *Diario Oficial* del 25 de Mayo de 2005⁴⁷) y que debido a ello la Autoridad Investigadora transgredió disposiciones de la Constitución, del Acuerdo Antidumping de la LCE, del CFF, las formalidades procedimentales esenciales y diversos precedentes jurisprudenciales.

Específicamente la Reclamante alegó que el retardo en la emisión de la Resolución Final viola lo dispuesto por el artículo 5.10 del Acuerdo Antidumping, el cual establece que:

“la investigación deberá haber concluido dentro de un año, y en todo caso en un plazo de 18 meses, contados a partir de su iniciación”⁴⁸

BERG indicó que dicha disposición no le permite a la Autoridad Investigadora continuar investigando después de 18 meses. Señala que la investigación no fue terminada dentro de este periodo y expresa que no existieron circunstancias excepcionales para justificar tal retardo.⁴⁹

Igualmente, BERG manifestó que la Resolución Final también contraviene el

47 Op. Cit. Número 27, p.21

48 Artículo 5.10 del Acuerdo Antidumping

49 Op. Cit. Número 27, p. 22

artículo 59 de la LCE, el cual establece:

“Dentro de un plazo de 210 días, contados a partir del día siguiente de la publicación en el Diario Oficial de la Federación de la resolución de inicio de la investigación, la Secretaría dictará la resolución final”⁵⁰

De acuerdo con BERG, no hay discrecionalidad o justificación para emitir la Resolución Final fuera del periodo de 210 días, por lo que la misma debió haber sido dictada el 8 de Octubre de 2004 y no el 27 de mayo de 2005. En el caso, el retraso de 146 días tuvo como consecuencia que la Resolución Final fuera emitida en 356 días hábiles⁵¹.

BERG sostuvo que las transgresiones al Acuerdo Antidumping y a la LCE resultan violatorias de la Constitución. Específicamente expresó que el retraso en la emisión de la Resolución Final implica que la Autoridad Investigadora no cumplió con las formalidades esenciales del procedimiento. Igualmente manifestó que tal retraso resulta violatorio a lo dispuesto por los artículos 14, 16 y 17 constitucionales, los cuales establecen las garantías de legalidad y seguridad jurídica. Señaló que tales disposiciones se encuentran vigentes y que las autoridades no pueden indefinida y arbitrariamente ejercitar actos que atenten a las mismas y que afecten a los individuos⁵². La Reclamante afirmó que su posición está fundamentada en la tesis jurisprudencial emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en la parte relativa a la letra dice:

“...aun cuando los preceptos citados no establecen sanción expresa para el caso de que la autoridad no de cumplimiento dentro del plazo previsto en la ley, tal ilegalidad ocasiona la nulidad lisa y llana de aquella resolución, en términos de la fracción IV del artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, ya que estimar lo contrario implicaría que las autoridades pudieran practicar actos de molestia en forma indefinida, quedando a su arbitrio la duración de su actuación, lo que resulta violatorio de la garantía de seguridad jurídica prevista en el

50 Idem.

51 Idem.

52 Idem

artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...”⁵³

La Reclamante expresó que esta tesis de jurisprudencia claramente establece que cuando la Autoridad no emite una resolución dentro del periodo establecido legalmente, la ilegalidad ocasiona la nulidad expresa, que fue lo que aconteció en el presente caso, razón por la cual solicitó al Panel que emitiera una declaración de nulidad de los efectos producidos por la Resolución Final⁵⁴.

BERG igualmente sostuvo que los Paneles del Capítulo XIX del TLCAN también han reconocido la importancia de emitir resoluciones dentro del periodo establecido legalmente y, al respecto, citó la Decisión emitida por el Panel que fue integrado conforme a los lineamientos del Capítulo XIX del TLCAN en el caso relativa al Acero laminado proveniente de los Estados Unidos de América, el cual sostuvo:

“... la autoridad investigadora tiene la obligación de cumplir estrictamente con los máximos límites establecidos... y presentar las circunstancias especiales que justifique el retraso...”⁵⁵

La Reclamante consideró que la Constitución extiende el resguardo de las garantías individuales, ya que su artículo 17 establece:

“...Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial...”⁵⁶

Asimismo, BERG invocó diversas tesis jurisprudenciales que interpretan el artículo 17 constitucional, referidas a la emisión de resoluciones fuera del periodo establecido por la ley. Sostuvo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha

53 Tesis Jurisprudencial (2ª./J.140/2002 consultable en la pagina 247, Tomo XVI, Diciembre de 2002, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con número de registro 185, 344.

54 Op. Cit. Número 27, p.24

55 MEX- 96-1904-02

56 Constitución, artículo 17.

confirmado la pronta y expedita impartición de justicia al establecer:

“ ... la reserva de ley en virtud de la cual el citado precepto constitucional señala que la justicia se administrará en los plazos y términos que fijen las leyes...”⁵⁷

La Reclamante también hizo referencia a un precedente jurisprudencial emitido por la Suprema Corte de Justicia, el cual señala que el artículo 17 constitucional establece diversos principios que integran al derecho público subjetivo, obligando a las autoridades a actuar conforme a la ley, mismos que indica lo siguiente:

“... justicia pronta, que se traduce en la obligación por parte de las autoridades encargadas de impartirla, de resolver las controversias dentro de los términos y tiempos establecidos por las leyes...”⁵⁸

Asimismo, BERG sostuvo que la interpretación de la Corte refiere a que la justicia debe ser administrada dentro del tiempo y en los términos establecidos legalmente, lo cual no debe ser interpretado de otra manera por los legisladores, ni mucho menos por órganos administrativos.

Igualmente, la Reclamante argumentó que, al actuar fuera de los periodos establecidos por la ley, la Autoridad Investigadora le impuso una cuota compensatoria de manera ilegal.

BERG alegó que la Resolución Final también es contraria a lo dispuesto por el artículo 238, fracciones II, III y IV del CFF.⁵⁹

Por su parte, la Autoridad Investigadora manifestó que la Resolución Final fue correctamente emitida dentro del periodo establecido por ley y, continúa señalando, que la misma fue expedida conforme a derecho, debidamente fundada y motivada, no sujeta

57 Registro No. 902206.

58 Registro No. 921075: JUSTICIA PRONTA, QUE SE TRADUCE EN LA OBLIGACIÓN DE LAS AUTORIDADES ENCARGADAS DE SU IMPARTICIÓN, DE RESOLVER LAS CONTROVERSIAS ANTE ELLAS PLANTEADAS, DENTRO DE LOS TÉRMINOS Y PLAZOS QUE PARA TAL EFECTO ESTABLEZCAN LAS LEYES.

59 Op. Cit. Número 27, p 28

a defectos y sin que cause perjuicio alguno a la Reclamante.

También la Autoridad indicó que cumplió con lo dispuesto en el Acuerdo Antidumping, señalando que el mismo tiene una previsión para circunstancias excepcionales y que, debido a que dicho acuerdo no especifica que cuestiones se consideran como circunstancias excepcionales, la Autoridad Investigadora consideró como tales a las siguientes: complejidad de la investigación; el volumen de la información, el número de participantes involucrados, la dificultad para obtener información, datos o evidencias; prórrogas, requerimientos de información y la oportunidad para su cumplimiento, entre otras.⁶⁰

La Autoridad posteriormente sostuvo que la investigación, base de la presente revisión, presentó circunstancias excepcionales y que fue necesario agregar por lo menos 58 días hábiles a la misma para permitir a los participantes responder a sus requerimientos, siendo que también fueron solicitadas y otorgadas numerosas prórrogas. La Autoridad Investigadora adicionalmente sostuvo que se perdió tiempo adicional como resultado del intento de llevar a cabo una verificación de campo para OREGON. Asimismo, señaló que la renuente colaboración de los participantes en la investigación complicó aún más el procedimiento.⁶¹

La Autoridad Investigadora manifestó que no contravino la LCE. Sostuvo que dicho ordenamiento tiene que ser interpretado de manera armónica con otras leyes relativas al comercio desleal, tales como el Reglamento de la citada ley, y el Acuerdo Antidumping. Señaló que la redacción de la LCE permite salvedades a los términos por ella establecidos y que los atrasos de la investigación fueron justificados por las circunstancias.⁶²

60 Op. Cit. Número 31, pp. 92-95. Transcripción de la Audiencia Pública, p. 40.

61 Op. Cit. Número 27, pp. 95-99.

62 Op. Cit. Número 31, p.102.

Asimismo, la Autoridad expresó que simplemente alegar un retraso en la emisión de la Resolución Final es insuficiente para controvertir a la misma y argumentó que BERG no había demostrado cómo presuntamente había sido perjudicada por tal retraso. También indicó que en el caso del Capítulo XIX del TLCAN relativo al Panel de Acero Laminado se estableció que cualquier revisión solicitada con base en un retraso en la emisión de la Resolución Final debe estar fundada en la demostración de un perjuicio económico o legal, señalando que dicho Panel había sostenido que:

“...En conclusión, este Panel considera importante enfatizar que en este caso, los demandantes no demostraron el perjuicio económico o legal causado o potencialmente causado por el retraso excesivo en la emisión de las determinaciones preliminar y final por la Autoridad investigadora....⁶³

Igualmente, la Autoridad Investigadora sostuvo que la Reclamante no sufrió, ni mucho menos demostró haber sufrido algún perjuicio económico o legal ocasionado por el retraso en la emisión de la Resolución y sostuvo que había otorgado a todos los Participantes amplias oportunidades para intervenir en la investigación. Asimismo, resaltó las prórrogas solicitadas por los Participantes, las cuales fueron otorgadas, así como el hecho de que la Resolución Preliminar fue emitida sin la imposición de una cuota compensatoria.

La Autoridad Investigadora también manifestó que los argumentos de la Reclamante relacionados con la trasgresión a la Constitución y al CFF, son inoperantes. Sostuvo que BERG omitió especificar la supuesta violación constitucional que se actualiza y que, en todo caso y como ya ha quedado establecido, las violaciones constitucionales estaban más allá de las facultades otorgadas a este Panel por el artículo 238 del CFF. También señaló que la Reclamante no especificó como el artículo 238 del ordenamiento invocado fue transgredido y que omitió demostrar el perjuicio sufrido y el

63 MEX-96-1904-02.

vínculo legal establecido por el CFF. Insistió en que este Panel debe confirmar la Resolución Final y manifestó que, en todo caso, la revisión del Panel está limitada a confirmar o reenviar la Resolución sin encontrarse autorizado para revertirla o para declarar su nulidad.⁶⁴

Sentado lo anterior, este Panel destaca que la revisión que realiza es conducida con estricto apego a lo previsto por el TLCAN. En efecto, y tal como ya ha quedado indicado, es importante destacar que el TLCAN delimita la revisión del Panel a lo dispuesto por su Anexo 1911 y los principios generales de derecho que el tribunal de la parte importadora aplicaría para la revisión de una determinación emitida por la autoridad competente.⁶⁵ Como ya hemos asentado, el TLCAN determina el Criterio de Revisión a utilizar, que en caso de los Estados Unidos Mexicanos se encuentra establecido en el artículo 238 del CFF o cualquier otra ley que lo sustituya, basándose solamente en el expediente administrativo.⁶⁶ Por tanto, este Panel es incompetente para sustituir a la Autoridad Investigadora o para anular la Resolución Final, simplemente está limitado a confirmar la misma o reenviarla para que la Autoridad Investigadora realice acciones que no sean incompatibles con la Decisión del Panel.⁶⁷ A mayor abundamiento, como ya se señaló, bajo la ley mexicana este Panel no es competente para pronunciarse respecto a la constitucionalidad, por lo que el mismo no resolverá cuestiones de constitucionalidad señaladas por la Reclamante.

En relación al alegato referente a la trasgresión del artículo 238, fracciones II; III y IV del CFF, este Panel advierte que BERG no ha demostrado que se le causó algún perjuicio con el retraso en la emisión de la Resolución Final. En efecto, después de haber analizado los Memoriales presentados por BERG, los argumentos verbales

64 Op. Cit. Número 31 pp. 114-115 y Transcripción de la Audiencia Pública

65 TLCAN, artículo 1904 (3)

66 TLCAN, Anexo1911

67 TLCAN, Anexo 1911

presentados por la misma en la Audiencia pública y del expediente administrativo permiten a este Panel concluir que la Autoridad Investigadora intencionalmente no retrasó el procedimiento con el propósito de causar perjuicio a la Reclamante, que BERG hubiere sufrido algún perjuicio, o que la Resolución Final se hubiere visto afectada por ello. Asimismo, en caso de que la Reclamante hubiera sufrido algún perjuicio, la carga de la prueba descansaba en ella para demostrarlo y no en la Autoridad Investigadora para desvirtuarlo.

Es importante destacar que el artículo 238, fracciones II y III del CFF establece que una determinación administrativa es ilegal cuando:

“...II. Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso.

III. Vicios del procedimiento siempre que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada...”.

Por tanto, BERG estaba obligada a probar los siguientes tres elementos para acreditar la violación al artículo 238 del citado ordenamiento por parte de la Autoridad Investigadora:

- La existencia de la supuesta falla u omisión en el procedimiento;
- Que dicha falla u omisión en el procedimiento hubiere afectado negativamente su defensa, y
- Que esta situación hubiere afectado negativamente el resultado de la resolución impugnada.

En consecuencia, la procedencia de los argumentos de BERG a este respecto depende de la acreditación de estos tres elementos. En efecto, si únicamente se demuestra que el retraso es ilegal, pero no se acredita el perjuicio, entonces la situación

creada es aquella denominada por las leyes mexicanas como “ilegalidades no invalidantes”.⁶⁸ Esto es, que la ilegalidad del acto no afecta la validez de la determinación administrativa. Los tribunales de alzada mexicanos se han pronunciado al respecto, estableciendo mediante un precedente jurisprudencial que para que sean controvertibles las determinaciones administrativas, “es necesario que las fallas u omisiones procedimentales afecten las defensas del individuo así como que trasciendan al sentido de la resolución impugnada, y con ello *se cause un daño material*”.⁶⁹

Sentado lo anterior, este Panel advierte que la Reclamante no señaló de que manera las dilaciones de la Autoridad Investigadora constituyeron una “omisión de los requerimientos formales necesarios”, acorde con la fracción II del artículo 238 del CFF, o en que sentido ese retraso equivalió a “la existencia de fallas en el procedimiento que afecten las defensas del particular y que trasciendan al sentido de la resolución impugnada”, de conformidad con la fracción III del mismo artículo. A mayor abundamiento, BERG no manifestó la existencia de alguna “falla de la autoridad o funcionario público en relación a la emisión de una resolución fundada y motivada”. En este contexto, este Panel advierte que se encuentra facultado para conocer de las presuntas causas de impugnación de oficio, ya que el artículo 238, último párrafo, del

68 El concepto de “harmless error” es bien aceptado en los Estados Unidos y parece ser análogo a esta situación.

69 ACTO ADMINISTRATIVO. SU VALIDEZ Y EFICACIA NO SE AFECTAN CON MOTIVO DE “ILEGALIDADES NO INVALIDANTES” QUE NO TRASCIENDEN NI CAUSAN INDEFENSIÓN O AGRAVIO. Si la ilegalidad del acto de autoridad no se traduce en un perjuicio que afecte al particular, resulta irrelevante tal vicio, en tanto que se obtuvo el fin deseado, es decir, otorgar la oportunidad al gobernado para que ofreciera pruebas y alegara lo que a su derecho conviniera. En consecuencia, es evidente que no se dan los supuestos de ilegalidad a que se refiere el artículo 238, fracción III, del Código Fiscal de la Federación, ya que no se afectaron las defensas del particular, por lo que al no satisfacerse las condiciones legales para la eficacia de la ilegalidad en comento, resulta indebido, en el caso, declarar una nulidad cuando la ratio legis es muy clara, en el sentido de preservar y conservar actuaciones de la autoridad administrativa que, aunque ilegales, no generan afectación al particular, pues también debe atenderse y perseguir el beneficio de intereses colectivos, conducentes a asegurar efectos tales como una adecuada y eficiente recaudación fiscal, lo que justifica la prevención, clara e incondicional del legislador, en el sentido de salvaguardar la validez y eficacia de ciertas actuaciones. Y es así, que el artículo 237 del Código Fiscal de la Federación desarrolla el principio de presunción de legitimidad y conservación de los actos administrativos, que incluye lo que en la teoría del derecho administrativo se conoce como “ilegalidades no invalidantes”, respecto de las cuales, por supuesto, no procede declarar su nulidad, sino confirmar la validez del acto administrativo. Luego entonces, es necesario que tales omisiones o vicios afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada y que ocasionen un perjuicio efectivo, porque de lo contrario el concepto de anulación esgrimido sería insuficiente y ocioso para declarar la nulidad de la resolución administrativa impugnada. (énfasis añadido)

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 44/2004. Mauricio Chavero Blázquez y otros. 28 de abril de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Claudia Patricia Peraza Espinoza.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo VII, marzo de 1991, página 106, tesis I.2o.A.268 A, de rubro: “ACTOS ADMINISTRATIVOS, VICIOS LEVES DE LOS.”

ordenamiento invocado prohíbe específicamente a los Paneles Binacionales establecer investigaciones en relación con estas causales cuando los reclamantes no las hacen valer.⁷⁰

Finalmente, este Panel observa que la Reclamante no estableció debidamente la diferencia entre los criterios establecidos para declarar ilegal una determinación administrativa conforme lo que disponen las fracciones II y III del artículo 238 del CFF y lo señalado por fracción IV de tal disposición. En efecto, BERG se limitó a señalar que el retraso de la Autoridad Investigadora para emitir su Resolución violó esas tres fracciones; sin embargo, la Suprema Corte de la Nación ha establecido mediante tesis jurisprudenciales que la fracción III se refiere a errores en el “procedimiento” mientras que la fracción IV se refiere a errores en “iudicando” - en la aplicación de la ley-. En tal sentido, un agravio basado en la fracción IV se aplica a los casos en que la autoridad administrativa emite una determinación basándose en leyes distintas a las que deberían aplicarse. Por el contrario, un agravio basado en la fracción III puede hacerse valer en aquellos casos en que la autoridad administrativa se ha equivocado en la aplicación de las normas procedimentales (no en las normas sustantivas).⁷¹

70 Ver artículo 238, último párrafo del CFF, el cual indica, que: “...los órganos arbitrales internacionales, derivados de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de prácticas desleales, contenidos en tratados y convenios internacionales de los que México sea parte, no podrán revisar de oficio las causales a que se refiere este artículo.”

71 VIOLACIONES PROCESALES Y SUSTANTIVAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 238, FRACCIONES III Y IV, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN. DIFERENCIACIÓN ESPECÍFICA. Cuando en un procedimiento administrativo se aplica como ordenamiento adjetivo supletorio uno diverso a aquel que conforme a las disposiciones correspondientes resulta aplicable, debe estimarse que se configura la causa de nulidad prevista en la fracción III y no la diversa prevista en la fracción IV, ambas del artículo 238 del Código Fiscal de la Federación. Lo anterior es así, en tanto que la fracción III referida ubica de manera expresa, específica y clara, la hipótesis de que trata, como vicios del procedimiento que afecten las defensas del particular y trasciendan al resultado del fallo, mientras que la fracción IV refiere el supuesto de que se hayan dejado de aplicar las disposiciones debidas, y a pesar de la aparente concurrencia entre las hipótesis que se prevén en dichas fracciones, la diferencia específica estriba en que la primera de ellas se configurará como violación de procedimiento derivada de la indebida aplicación de una norma adjetiva, mientras que la segunda se origina en la indebida aplicación de una norma sustantiva, lo cual implica que en el caso de la hipótesis prevista en la fracción IV, para dictar la resolución en el juicio de nulidad ante ella planteado, la Sala Fiscal habrá analizado el fondo del asunto para arribar a la determinación de que la resolución combatida fue dictada con fundamento en una norma sustantiva diversa a la que debió haberse aplicado, mientras que en el supuesto que contempla la fracción III, se habrá visto impedida de estudiar el fondo del asunto porque existe un vicio de procedimiento que se lo impide, lo que sucede, por ejemplo, en el caso en que siendo regulable el procedimiento administrativo instaurado en contra de servidores públicos, de manera supletoria, por las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales, la autoridad demandada lo haya desarrollado aplicando el Código Federal de Procedimientos Civiles. La diversidad entre ambas hipótesis tiene relación directa con la clasificación que doctrinalmente se ha definido como errores en iudicando, que serían los correspondientes al supuesto previsto en la fracción IV, y los errores in procedendo, dentro de los que caben los señalados en la fracción III. Los errores o vicios del primer tipo se configuran cuando la autoridad aplica al caso una norma sustantiva que no contempla la hipótesis del caso a resolver, mientras que los del segundo tipo se actualizan cuando la autoridad equivoca la norma aplicable para regular el procedimiento instaurado. Si se incurre en una violación derivada de un error o vicio de este segundo tipo, es decir, in procedendo, en tanto que afecta directamente al procedimiento seguido para resolver el asunto planteado, se actualiza la hipótesis de la fracción III y no la de la fracción IV del artículo 238 antes citado, porque el vicio procedimental cometido ha dejado sin defensa al quejoso, en tanto que le ha impedido que su defensa sea implementada mediante la oportunidad, temporalidad y valoración probatoria procedentes según el ordenamiento legal aplicable, lo que provoca que la resolución emitida no contenga, en

La Reclamante afirmó, de manera correcta, que la Autoridad Investigadora excedió el periodo establecido por el artículo 59 de la LCE, en cual sostiene:

“Artículo 59.- Dentro de un plazo de 210 días, contados a partir del día siguiente de la publicación en el Diario Oficial de la Federación de la resolución de inicio de la investigación, la Secretaría dictará la resolución final”.

No obstante, este Panel coincide con la Autoridad Investigadora en el sentido de que la Reclamante no demostró que hubiere sido perjudicada legalmente por el retraso hecho valer o que la Resolución Final se hubiere visto afectada como resultado del mismo.⁷²

Respecto de las disposiciones contenidas en el Acuerdo Antidumping, este Panel considera que la Autoridad Investigadora no cumplió con los términos en él establecidos, y no obstante de que advierte una diferencia de matiz entre los textos oficiales en inglés y en español, encuentra que la Autoridad excedió los términos que el mismo indica. En efecto, los textos anteriormente mencionados, respectivamente señalan:

“5.10. Investigations shall, except in special circumstances, be concluded within one year, an in no case more than 18 months, after their initiation”.

“5.10. Salvo en circunstancias excepcionales, las investigaciones deberán haber concluido dentro de un año, u en todo caso en un plazo de 18 meses, contados a partir de su iniciación”.

sentido estricto, la verdad legal del caso planteado y, por tanto, impide que la Sala Fiscal realice el estudio de fondo del asunto. Por el contrario, si el vicio que en el caso se concrete se hubiera actualizado en la resolución misma al aplicar la norma sustantiva equivocada y no en el procedimiento que le dio origen, la Sala responsable hubiese podido, en estricto derecho, analizar el fondo del asunto planteado para determinar si conforme a la valoración de las probanzas efectuada por la mencionada responsable, la resolución de mérito era legal o procedía su anulación, porque su objeto de análisis sí habría sido la verdad legal a la que hubiese arribado la autoridad demandada y con base en ella podría haber determinado la legalidad o ilegalidad de la resolución. (énfasis añadido)

DÉCIMO SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Revisión fiscal 4292/2001. Titular del Área de Responsabilidades del Órgano Interno de Control en el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. 13 de septiembre de 2001. Mayoría de votos. Disidente: Hilario Bárcenas Chávez. Ponente: Jorge Arturo Camero Ocampo. Secretario: Alfredo Cid García

Amparo directo 7072/2001. Roberto Damián Ríos. 13 de septiembre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Roberto Avendaño. Secretaria: Minerva H. Mendoza Cruz.

72 Op. Cit. Número 27, p.102

Así, este Panel advierte que el texto en español puede ser interpretado como dando a la Autoridad Investigadora mayor flexibilidad y, a pesar de ello, este Panel no considera que la Autoridad cumplió con tal periodo en ningún caso. En efecto, la frase “salvo en circunstancias excepcionales”, al principio del texto del citado artículo en su versión en español, puede interpretarse en el sentido de modificar tanto al periodo anual como al de 18 meses. Sin embargo, y tomando en cuenta su redacción en el texto en inglés (donde solamente se modifica al periodo de un año), la historia del artículo 5.10 y su anterior 5.5, así como la inserción “en todo caso” (en la versión en español al referirse al periodo de 18 meses), obliga a este Panel a concluir que la interpretación hecha por BERG respecto del artículo 5.10. resulta incorrecta. Por ello, a pesar de que la Autoridad Investigadora violó lo dispuesto por el Acuerdo Antidumping, tal situación no le otorga razón a la Reclamante.

Este Panel considera que conforme a la jerarquía de los tratados internacionales en el orden jurídico mexicano, en los Estados Unidos Mexicanos las autoridades deben aplicar la ley mexicana de una manera que no contradiga a los acuerdos internacionales, por ello confirma la interpretación realizada por la Autoridad Investigadora con respecto a las provisiones relevantes de la LCE y del Acuerdo Antidumping.

Aun cuando es un hecho que la Resolución Final fue emitida después de los periodos establecidos por el Acuerdo Antidumping y la LCE, este Panel declina declarar ilegal la Resolución emitida por la Autoridad Investigadora en el aspecto que se analiza. En efecto, resulta evidente que la Reclamante no cumplió con el requerimiento legal consistente en demostrar el perjuicio económico o legal producido por la tardía emisión de la Resolución o que tal circunstancia afectó a la misma. Al parecer los retrasos existentes son resultado directo de circunstancias propias de la investigación y, de hecho, tal tardanza otorgó a la Reclamante la oportunidad de participar con mayor

profundidad en el procedimiento administrativo y de solidificar sus argumentos.

VIII. ANÁLISIS DE LAS PRESUNTAS VIOLACIONES COMETIDAS POR LA AUTORIDAD INVESTIGADORA AL CAMBIAR EL MEDIO PARA ESTIMAR EL VALOR NORMAL, DE PRECIOS A COSTOS, SIN MEDIAR PRUEBA ALGUNA APORTADA POR LAS EMPRESAS SOLICITANTES DE LA INVESTIGACIÓN.

La Reclamante sostuvo que, una vez iniciada la investigación bajo la modalidad de precios internos para determinar el valor normal de la mercancía investigada, la Autoridad sin motivación alguna solicitó información sobre sus costos de producción con la finalidad de determinar, bajo este último parámetro, dicho valor normal y, así, compararlo con el precio de exportación, obteniendo con ello un margen artificial de discriminación de precios.⁷³

BERG alegó que las empresas que solicitaron la investigación *antidumping* nunca requirieron a la Autoridad Investigadora ninguna exclusión de ventas a pérdida y que tampoco aportaron prueba o información alguna al expediente administrativo que justificase tal exclusión, de conformidad con lo dispuesto por el *RLCE*. Al efecto, Berg transcribió parcialmente el segundo párrafo del artículo 32 de la *Ley de Comercio Exterior* y parte del artículo 43 de su *Reglamento*, mismos que la letra dicen:

Artículo 32 (Ley de Comercio Exterior).- Se entiende por operaciones comerciales normales las operaciones comerciales que reflejen condiciones de mercado en el país de origen y que se hayan realizado habitualmente, o dentro de un periodo representativo, entre compradores y vendedores independientes.

Para el cálculo del valor normal, podrán excluirse las ventas en el país de origen o de exportación a un tercer país si la secretaria determina que dichas ventas reflejan pérdidas sostenidas. Se

73 Op. Cit. Número 27, pp. 28-30.

considerará como tales a las transacciones cuyos precios no permitan cubrir los costos de producción y los gastos generales incurridos en el curso de operaciones comerciales normales en un periodo razonable, el cual puede ser mas amplio que el periodo de investigación. Cuando las operaciones en el país de origen o de exportación a un tercer país que generen utilidades sean insuficientes para calificarlas como representativas, el valor normal deberá establecerse conforme al valor reconstruido.

Artículo 43 (Reglamento de la Ley de Comercio Exterior).- Para efectos de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 32 de la Ley, el solicitante deberá aportar la información que justifique la exclusión correspondiente. En estos casos, la Secretaría podrá tener en cuenta el hecho que, durante el periodo de investigación, los precios de venta hayan sido excepcionalmente bajos o los costos y gastos excepcionalmente altos, debido a situaciones de carácter transitorio o coyuntural. Por regla general, las ventas internas con utilidades o las de exportación a un tercer país en la misma condición, se considerarán como representativas cuando contabilicen, por lo menos, el 30 por ciento del mercado relevante.

Igualmente, la Reclamante sostuvo que “...Es el caso en esta investigación que la solicitante no pidió ninguna exclusión de ventas a pérdida, y por supuesto, tampoco aportó prueba o información alguna que justifique la exclusión conforme al RLCE. A mayor abundamiento, las solicitantes incluso presentaron como prueba de valor normal precios en el mercado interno de los Estados Unidos; es decir, precios y no costos como opción de valor normal...”⁷⁴.

BERG en su Memorial de Reclamación transcribió el punto 44 de la Resolución de Inicio, el cual textualmente señala “44. Con fundamento en los artículos 31 de la LCE y 2.2 del Acuerdo Antidumping, la Secretaría aceptó la información proporcionada por las solicitantes para calcular el valor normal de acuerdo con la opción de precios de venta en el mercado interno del país de origen”

Por lo anterior, a decir de la Reclamante “...de manera explícita los solicitantes y la Autoridad Investigadora reconocen que el valor normal se debe, y puede determinarse conforme a los precios en el mercado interno de dicho país...”⁷⁵.

BERG añadió que el único escrito presentado por las empresas solicitantes de la investigación, el cual obra en el expediente administrativo y en el que solamente se menciona un tema parecido, es un ocurso de dos párrafos, “a todas luces insuficiente”

74 Op. Cit. Número 27, p. 29.

75 Op. Cit. Número 27, p. 30.

que no proporciona información alguna que justifique el cambio de metodología de precios a costos.

La Reclamante afirmó que lo anterior le lleva a concluir que: “...*Al realizar el multicitado cambio sin mediar prueba alguna aportada por las solicitantes, la Autoridad Investigadora violó los artículos 14 y 16 de la Constitución, 2.2 del Acuerdo Antidumping, 32 de la LCE, y 43 del RLCE, así como la práctica administrativa de la misma Autoridad Investigadora, y por lo tanto la Resolución Final deviene en ilegal ya que se encuadra en las fracciones II, III y IV del artículo 238 del Código Fiscal...*”⁷⁶.

Por su parte, la Autoridad Investigadora alegó que una Resolución Final legalmente dictada conforme a la legislación de la materia, necesariamente cumple con las disposiciones constitucionales referidas (artículos 14 y 16) y consideró irrelevante e inoperante el alegato de la Reclamante en el sentido de que la Autoridad Investigadora violó los citados artículos constitucionales, reafirmando que la investigación se llevó a cabo con estricto apego a la legislación de la materia⁷⁷.

Asimismo, la Autoridad alegó que el artículo 2.1 del *Acuerdo Antidumping* establece que el precio comparable al precio de exportación tiene que estar dado en el curso de operaciones comerciales normales, señalando: “*por lo que nadie debe sorprenderse por la solicitud de costos de la autoridad mexicana.*”⁷⁸, aunado a lo anterior transcribió el artículo 2.2.1 del citado *Acuerdo Antidumping*.

La Autoridad Investigadora también sostuvo que con objeto de determinar que las ventas en el mercado de los Estados Unidos de América se realizaron en el curso de operaciones comerciales normales, por razones de precio, requirió a las exportadoras estadounidenses información de los costos de producción, lo que le permitió realizar la

76 Idem.

77 Op. Cit. Número 31, pp. 54-61.

78 Idem.

“prueba de ventas por debajo de costos” a que se refieren los puntos 91 a 95 de la Resolución Final.⁷⁹

La Autoridad igualmente señaló que el artículo 2.2.1 y, de manera general, el *Acuerdo Antidumping* “...no impiden o señalan el momento de la investigación en que la autoridad investigadora pueda solicitar la información necesaria para determinar que las ventas reportadas por las empresas exportadoras se realizaron en el curso de operaciones comerciales normales...”⁸⁰. Rechaza que hubiere violado el artículo 32 segundo párrafo de la *LCE* al solicitar a las empresas la información necesaria para llevar a cabo la prueba de costos que ha señalado.

Después de transcribir el primer párrafo del artículo 43 del *RLCE*, la Autoridad Investigadora sostuvo que cuando las empresas solicitantes de la investigación *antidumping* presentan argumentos en el sentido de que las ventas de las empresas exportadoras no se realizaron en el curso de operaciones comerciales normales, le corresponderá a las solicitantes aportar la información y pruebas que demuestren su dicho.

La Autoridad Investigadora igualmente alegó que el citado artículo 43 del *RLCE* no es aplicable a la investigación *antidumping* sujeta a revisión, “...toda vez que los solicitantes de la investigación *antidumping* no manifestaron que las ventas en el mercado de los Estados Unidos de América se realizaron por debajo de costos...”⁸¹

La Autoridad Investigadora manifestó que no es necesario contar con un alegato específico de las empresas solicitantes de la investigación *antidumping* para, conforme a los artículos 2.1 y 2.2 del *Acuerdo Antidumping*, vigilar que el precio comparable con el de exportación a Los Estados Unidos Mexicanos esté dado en el curso de operaciones

79 Resolución Final puntos 91 a 95

80 Op Cit. Número 39 p. 63

81 Op. Cit. Número 31, p. 59.

comerciales normales,⁸² de ahí que sea facultad de la Autoridad Investigadora el solicitar información de costos, con la finalidad de que ello le permita llegar a dicha determinación.

Asimismo la Autoridad negó que hubiere violado en perjuicio de la Reclamante lo dispuesto en las fracciones II, III y IV del artículo 238 del *CFF* al no existir omisión alguna de los requisitos formales exigidos por las leyes o vicios del procedimiento que trascendieran al sentido de la Resolución.

Respecto a la violación de su práctica administrativa alegada por la Reclamante, la Autoridad sostuvo que *“la Autoridad Investigadora actúa de conformidad con las condiciones particulares de cada asunto, en el marco de la legalidad...”*.⁸³

La Reclamante en su Memorial de Contestación alegó que si bien es obligación de la Autoridad constatar que las ventas en el mercado interno constituían operaciones comerciales normales, *“...es igualmente obligatorio realizar esta prueba (de ventas por debajo de costos) una vez que el exportador compareciente presenta su respuesta al formulario oficial...”* ya que, de otra forma, se viola la capacidad de defensa del exportador al perder la oportunidad procesal de presentar información relativa a otra alternativa ante la Autoridad para determinar el valor normal.

Durante la Audiencia Pública, el representante de la Reclamante sostuvo⁸⁴ que la Autoridad Investigadora violó en su perjuicio diversas fracciones del artículo 238 del *CFF*, al solicitar a BERG, en el curso de la investigación *antidumping*, que presentara costos para efectos de determinar el valor normal, ya que *“...si bien es una obligación de la Autoridad constatar que las ventas en el mercado interno constituyen operaciones comerciales normales, es igualmente obligatorio realizar esta prueba una vez que el*

82 Idem

83 Op. Cit. Número 31, p. 61

84 Op. Cit. Número 39, pp. 20-22

*exportador compareciente presenta su respuesta al formulario oficial de investigación y no en etapas posteriores del procedimiento como ocurrió en este caso... ”*⁸⁵

BERG destacó que no fue sino hasta después de ocho meses de haberse iniciado la investigación *antidumping* que la Autoridad Investigadora emitió un requerimiento de información a la Reclamante en el que le solicitó que presentara los costos, lo cual implicó un cambio absoluto de metodología. “...*el argumento de mi representada es: “¿por qué? ¿Por qué cambió la Secretaría en este momento,..., después de ocho meses de haber publicado el inicio, su metodología? ¿Por qué no lo advirtió desde un principio, desde que recibió la solicitud?”*”⁸⁶

La Reclamante también alegó que el artículo 43 del *RLCE* detalla al artículo 32 de la *LCE* al establecer que el solicitante de una investigación *antidumping* deberá proporcionar la información que justifique la exclusión correspondiente. Igualmente, la reclamante señaló que no hubo tal manifestación de las empresas solicitantes de la investigación y que, sin embargo, si existió el requerimiento de la Autoridad Investigadora.⁸⁷

Respecto a este punto, BERG concluyó que tal violación le deparó una afectación a las garantías consagradas por los artículos 14 y 16 de la *Constitución* y violó el artículo 2 del *Acuerdo Antidumping*, el artículo 32 de la *Ley de Comercio Exterior* y el artículo 43 de su *Reglamento*, así como la práctica administrativa de la propia Autoridad Investigadora, ya que la misma nunca se ha conducido de esta manera en otros casos, y que por lo tanto, también se violó en su perjuicio el artículo 238 del *Código Fiscal de la Federación*.⁸⁸

85 Op. Cit. 60 pp. 20-26.

86 Idem.

87 Idem.

88 Idem.

Durante la Audiencia el Panel preguntó al representante de BERG si cuando la Autoridad Investigadora solicitó a su representada información al respecto de los costos, ésta le había entregado a la Autoridad Investigadora dicha información, a lo que el representante de la Reclamante respondió que sí. Acto seguido, el Panel le preguntó ¿si en algún momento, dentro del procedimiento de investigación, su representada se había inconformado con la decisión de la Autoridad Investigadora de cambiar la metodología a valor reconstruido?, a lo que el representante de BERG contestó que sí se había manifestado y que informaría próximamente al Panel la fecha del escrito correspondiente en donde había hecho la manifestación en cuestión.⁸⁹

Posteriormente, el Panel insistió a BERG en el sentido de que le señalara exactamente el referido escrito, a lo cual el representante de la Reclamante contestó que sí y agregó: *“...Ahora, nada más quisiera yo acotar una, una situación también importante, lo dijimos por escrito, le vamos a señalar el escrito correspondiente, pero donde eh, hasta donde yo puedo recordar eh, no sé, si hubo una reunión técnica de información que normalmente eh, la solicitamos, le voy a confirmar si en este caso fue de esa manera, y ahí se hace una defensa también eh, frontal sobre este punto, una reclamación. Aquí el, el punto que tenemos o lo, lo, desgraciadamente estas reuniones técnicas de información no son transcritas tal como acaecieron ¿no? Son de términos muy generales, y si se expuso, pues bueno, se expuso, o no, son grabadas y en fin. Pero bueno, esta por escrito en otros, en otros, documentos o en otras comparencias...”*⁹⁰.

Acto seguido, en la Audiencia Pública se le preguntó a BERG si consideraba que el cambio de metodología de valor normal a valor reconstruido afectaba realmente el cálculo del margen de *dumping* o no. La respuesta del representante de la Reclamante fue en el sentido de que sí consideraban que habían sido afectados, debido a que con el

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ Ibidem, pp. 22-23.

cambio de metodología resultó que había un margen de *dumping* de 6.77 por ciento. *“...Hay afectación. Nuestra propuesta original, si se hubiera respetado con precios internos, hubiera arrojado un margen de dumping cero, incluso negativo...”*.

Asimismo, en la referida Audiencia el Panel preguntó al representante de BERG si consideraba que el valor reconstruido estaba mal calculado, a lo que el representante de la Reclamante contestó que, en primer lugar, consideraba que la metodología utilizada no fue debidamente anunciada al exportador, ya que: *“...Si hubiese sido de esta manera, a lo mejor hubiésemos pedido acceso al expediente confidencial, para responder a su pregunta, necesitamos ver los datos confidenciales, concretamente, los cálculos que la Autoridad realizó, para saber si hay errores concretos en su determinación metodológica, que seguramente los hay, pero desconocemos esta información por que perdimos la oportunidad de, de acceder a la información confidencial, por que la Autoridad nos cambió de metodología a la mitad del procedimiento...”*.

En relación a las ventas internas, en la Audiencia Pública el Panel preguntó al representante de la Reclamante si la información de precios que proporcionaron relativa a las mismas correspondía a operaciones comerciales normales, a lo que BERG contestó que sí, aunque la Autoridad Investigadora había llegado a la conclusión de que no.

Asimismo, en la Audiencia Pública el Panel señaló que era muy frecuente que la Autoridad Investigadora acudiera a la figura del valor reconstruido para allegarse de información fidedigna, lo cual no constituye una violación a la propia práctica administrativa de la Autoridad, dado que el Derecho Administrativo se caracteriza por su maleabilidad. Igualmente, en la Audiencia Pública el representante de la Reclamante señaló que coincide con la idea de que la Autoridad Investigadora contaba con facultades discrecionales amplias, pero que las mismas son acotadas por la *LCE*,

por su *Reglamento*, por el *Acuerdo Antidumping* y por alguna otra ley supletoria, por lo que “...*En este caso en el reglamento de, de la Ley de Comercio Exterior en el artículo 43, es decir, para que se pase del número uno, que son precios internos, al número 3 que es el valor reconstruido, debe mediar una solicitud del productor nacional, de los solicitantes, poner en duda este punto. En el expediente no hay esta, esta solicitud, de, por lo tal los solicitantes, luego entonces jurídicamente esta facultad discrecional no podía haber sido ejercido de motu proprio...*”⁹¹.

Respecto a las operaciones comerciales normales, el representante de la Reclamante también sostuvo durante la Audiencia Pública que la Autoridad Investigadora debió haber señalado a qué tipo o supuesto concreto de operación comercial normal se refirió, ya que las mismas deben ser operaciones comerciales que reflejen condiciones de mercado en el país de origen y que se hayan realizado habitualmente o bien dentro de un periodo representativo, entre compradores y vendedores independientes. La Reclamante advierte también una falta de motivación, entendiendo por motivación las razones, las circunstancias, los motivos claros y particulares que debió haber invocado la Autoridad en consonancia con la ley aplicable para justificar este cambio de vertiente en valor normal.⁹² En relación con la determinación del valor normal, la Autoridad Investigadora alegó durante la Audiencia Pública que había actuado conforme a derecho y que no había transgredido su propia práctica administrativa al solicitar costos para la determinación del mismo. Para la Autoridad Investigadora el artículo 2.1 del *Acuerdo Antidumping*, establece que el valor normal tiene que estar dado en el curso de operaciones comerciales normales, pero que no señala el momento de la investigación en el que la Autoridad puede solicitar la información necesaria para determinarlo. Asimismo, la Autoridad Investigadora afirmó

⁹¹ *Ibidem*, pp. 25-26.

⁹² *Idem*.

que para determinar que las ventas en el mercado de los Estados Unidos de América, reportadas por las empresas exportadoras, se realizaron en el curso de operaciones comerciales normales requirió información de los costos de producción y realizó la prueba de ventas por debajo de costos a que se refieren los puntos 91 a 95 de la Resolución Final.⁹³

Por lo tanto, a juicio de la Autoridad Investigadora tampoco existió violación alguna al artículo 32 de la *LCE* al solicitar a las empresas exportadoras la información requerida para determinar, mediante la prueba de costos señalada, que las operaciones de venta al mercado de los Estados Unidos de América se habían realizado en el curso de operaciones comerciales normales.⁹⁴

Por otra parte, durante la citada Audiencia la Autoridad Investigadora afirmó que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.1 y 2.2 del *Acuerdo Antidumping*, se encuentra facultada para vigilar que el precio comparable esté dado en el curso de operaciones comerciales normales y que puede solicitar información de costos que le permita llegar a dicha determinación, “...*sin necesidad de contar con un alegato específico de los solicitantes...*”.

Si bien la investigación *Antidumping* se inició mediante el cálculo del valor normal vía precios en el mercado interno de los Estados Unidos de América, considerando las pruebas que razonablemente tuvieron al alcance los solicitantes, como lo indica el artículo 75 fracción 11 del *RLCE*, este hecho no impide que la Autoridad en el transcurso de la investigación, requiera a las exportadoras información sobre costos que puedan llevarla a calcular el valor normal mediante la opción de valor normal reconstruido.⁹⁵

⁹³ *Ibidem*, pp. 62 a 68.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ *Idem*.

La Autoridad Investigadora también alegó que no existió omisión alguna de los requisitos formales exigidos en las leyes o vicios del procedimiento que hubieren afectado la defensa de BERG, sino que “...*al contrario, les dimos amplísima oportunidad de defensa, y que trasciendan el sentido de la resolución impugnada, la cual se emitió con la debida fundamentación y motivación por lo que no existe violación de las fracciones 2, 3 y 4 del artículo 238 del Código Fiscal de la Federación...*”.⁹⁶

El Panel en la referida Audiencia preguntó a la Autoridad Investigadora si era necesario que avisara a los participantes de la investigación *antidumping* respecto al cambio de metodología, a lo que el representante de la Autoridad respondió que el artículo 46 del *RLCE* establecía que los solicitantes de la investigación pueden pedir el cambio de metodología, “...*Pero el artículo 2.1 del Acuerdo Antidumping, no, es 2.2.1, no establece ningún requisito, sencillamente le da a la Autoridad la oportunidad de hacerlo...*”⁹⁷.

Asimismo, en la Audiencia Pública el Panel cuestionó a la Autoridad si de conformidad con el artículo 2.2 del *Acuerdo Antidumping* y la *LCE* existían únicamente dos hipótesis con base en las cuales era posible hacer dicho cambio de metodología, las cuales se refieren a “*cuando no se realicen ventas de una mercancía idéntica o similar en el país de origen*”, y “*cuando tales ventas no permitan una comparación válida*”, a lo que la representante de la Autoridad Investigadora contestó que se había requerido información a BERG debido a que con la información existente en el expediente no podía determinar si las ventas eran representativas en el mercado de los Estados Unidos

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ Op. Cit. Número 39, pp. 62-63.

de América, por lo que “...*Una vez que contamos con esa información fue que pudimos determinar que lo procedente era la metodología que aplicamos...*”.⁹⁸

Es importante nuevamente señalar que en la Audiencia el Panel requirió a los Participantes diversa información relacionada con las preguntas efectuadas durante su desarrollo, para lo cual les otorgó un plazo que venció el 14 de mayo de 2007.

Cabe destacar que, durante la Audiencia Pública el Panel requirió a todos los participantes información relativa a los puntos en cuestión. El Panel ordenó que las respuestas fueran enviadas por escrito a más tardar el 14 de mayo de 2007. Igualmente, cabe indicar que mediante Orden de este Panel emitida el 27 de abril de 2007, respecto al punto analizado, se requirió a la Reclamante lo siguiente:

- Señale expresamente los documentos del expediente administrativo que contienen argumentos sobre el margen de dumping encontrado por la Autoridad Investigadora en la fase preliminar de la investigación administrativa.

- Señale expresamente los documentos del expediente administrativo que demuestran que impugnaron la metodología de valor reconstruido, durante la investigación administrativa.

En tiempo y forma mediante escrito de fecha 14 de mayo de 2007, presentado en esa misma fecha ante el Secretariado, la Reclamante contestó que durante la reunión técnica de información celebrada el 31 de agosto de 2004: “...*mi representada expuso de manera oral sus argumentos respecto de su inconformidad del cambio de metodología de dumping al utilizar costos en lugar de precios internos en el mercado doméstico de los Estados Unidos de América. Cabe aclarar que estos argumentos no fueron relacionados por escrito en el reporte de la reunión técnica de referencia...*”y continuó: “*De esta forma, si bien mi representada si expuso de manera clara y*

⁹⁸ Idem

detallada su inconformidad en cuanto al cambio de metodología de la Secretaría, no hay evidencia en el expediente de esta situación⁹⁹, debido a la omisión por parte de la autoridad investigadora en el reporte de la reunión técnica de información.”

En la citada Orden del Panel a la Autoridad Investigadora se le requirió que:

- Señalara el fundamento legal para el cambio en la metodología utilizado para calcular el valor normal, e
- Identificara en el expediente administrativo la información que le llevó a decidir dicho cambio, conforme al párrafo 94 de la Resolución Final.

En tiempo y forma, mediante escrito de fecha 14 de mayo de 2007 presentado en esa misma fecha ante el Secretariado, la Autoridad Investigadora contestó a los anteriores requerimientos manifestando que se encontraba facultada para cambiar la metodología en una investigación de conformidad con lo establecido en los artículos 2.1, 2.2, 2.2.1 y 6.8 del *Acuerdo Antidumping* y los artículos 31, 32 y 54 de la *LCE*, que *“...la información que llevó a la autoridad investigadora a determinar el cambio de metodología se refiere a la prueba por debajo de costos...”* y que: *“En razón de la naturaleza del presente caso y de acuerdo al resultado del análisis vía precios, se determinó solicitar los costos a ambas empresas exportadoras a efecto de realizar la prueba que marca el artículo 2.2.1 del Acuerdo Antidumping”*. Asimismo, aclaró que en el expediente administrativo se resume el procedimiento y realización de esta prueba acorde con los documentos de trabajo de la Dirección General Adjunta de Investigación de *Dumping* y Subsidios. A continuación procedió a identificar los folios de las versiones públicas y confidenciales de los documentos en el expediente administrativo, mismos que la llevaron a decidir el cambio de metodología.

⁹⁹ Énfasis añadido.

En vista de los planteamientos de los Participantes existentes en el expediente administrativo, de los realizados en sus intervenciones orales durante la Audiencia Pública y del contenido de las respuestas efectuadas a los requerimientos hechos por este Panel, emitidas por escrito con posterioridad a la citada Audiencia, este Panel considera lo siguiente:

Cabe destacar que el artículo 32 de la *LCE* establece que por operaciones comerciales normales se entienden las operaciones comerciales que reflejen condiciones de mercado en el país de origen y que se han realizado habitualmente, o dentro de un periodo representativo, entre compradores y vendedores independientes.

Asimismo, cabe puntualizar que el artículo en cuestión, en su segundo párrafo, establece que *“para el cálculo del valor normal, podrán excluirse las ventas en el país de origen o de exportación a un tercer país si la secretaria determina que dichas ventas reflejan pérdidas sostenidas.”* y que se consideraran como tales a las transacciones cuyos precios no permitan cubrir los costos de producción y los gastos generales incurridos en el curso de operaciones comerciales normales en un periodo razonable, el cual puede ser más amplio que el periodo de investigación. Además, cuando las operaciones en el país de origen o de exportación a un tercer país que generen utilidades sean insuficientes para calificarlas como representativas, el valor normal deberá establecerse conforme al valor reconstruido.

Por su parte, el artículo 43 del *RLCE*, en su parte conducente, señala que para efectos de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 32 de la *LCE*, el solicitante de una investigación *antidumping* *“deberá aportar”* la información que justifique la exclusión correspondiente. En estos casos, tal disposición señala que la Autoridad podrá tener en cuenta el hecho de que durante el periodo de investigación, los precios

de venta hayan sido excepcionalmente bajos o los costos y gastos excepcionalmente altos, debido a situaciones de carácter transitorio o coyuntural.

Este Panel destaca que el *Reglamento* no exige que el solicitante de una investigación *antidumping* requiera la exclusión de ventas a pérdida, ya que basta con que proporcione la información para que la Autoridad la utilice en los cálculos. Asimismo, este Panel considera que el requisito fijado por el *Reglamento* consistente en la obligación del solicitante de una investigación *antidumping* de aportar la información referida en el párrafo precedente, no está contemplado por el artículo 32 de la *LCE*. Por tanto, este Panel considera que el hecho de que la Autoridad Investigadora haya indicado en el punto 44 de la Resolución de Inicio que “...aceptó la información proporcionada por las solicitantes para calcular el valor normal de acuerdo con la opción de precios de venta en el mercado interno del país de origen” no es obstáculo para que, conforme al artículo 32 de la *LCE* y 2.2.1 del *Acuerdo Antidumping*, cambie la metodología en vista de la información obtenida durante el transcurso del procedimiento de investigación.

La Autoridad podría legalmente iniciar la investigación sobre la base de los precios internos debido a la simplificación de los requisitos para comenzar a reunir las pruebas. La investigación, por su propia naturaleza está diseñada para permitir a la Autoridad recopilar y analizar la información necesaria para determinar si se ha producido dumping. Si el valor probatorio resulta poco contundente y la evidencia de costo resultó más fiable para hacer una determinación de existencia de dumping, la Autoridad tiene la opción de recurrir a la prueba que razonablemente considere más fiable y convincente.

Respecto a las alegaciones de la Reclamante en el sentido de que la Autoridad Investigadora violó en su perjuicio los artículos 14 y 16 de la *Constitución*, este Panel

declara que las mismas no pueden ser resueltas por él al quedar fuera de sus facultades, ya que ello, conforme a lo que se ha indicado, es competencia exclusiva del Poder Judicial de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos.

En cuanto al alegato de BERG en el sentido de que la Autoridad violó su propia práctica administrativa, este Panel considera al mismo como insuficiente al no señalar la Reclamante en que consiste la referida práctica administrativa y al no indicar cuál es el fundamento que trae como consecuencia que dicha práctica administrativa (de existir en un sentido u otro) vincule a la propia autoridad para la emisión de sus resoluciones futuras.

Este Panel llama la atención respecto al hecho de que durante el desarrollo de la Audiencia Pública preguntó al representante de la Reclamante: si cuando la Autoridad Investigadora le solicitó a su representada información al respecto de los costos, ésta le había entregado dicha información, a lo cual el representante de la Reclamante respondió que sí. Asimismo, este Panel también destaca que durante el desarrollo de la Audiencia Pública preguntó a BERG que si en algún momento, dentro del procedimiento de investigación, su representada se había inconformado por el hecho de que la Autoridad Investigadora hubiere cambiado la metodología a valor reconstruido, a lo que el representante de la Reclamante contestó que desde luego sí se había manifestando y que informaría próximamente al Panel del escrito correspondiente en donde había hecho la manifestación en cuestión. No obstante, al dar respuesta por escrito a los requerimientos del Panel, respecto a este punto, el representante de BERG indicó que tal manifestación la había hecho durante la reunión técnica de información celebrada el 31 de agosto de 2004, “...mi representada expuso de manera oral sus argumentos respecto de su inconformidad del cambio de metodología de dumping al utilizar costos en lugar de precios internos en el mercado doméstico de los Estados

Unidos de América. Cabe aclarar que estos argumentos no fueron relacionados por escrito en el reporte de la reunión técnica de referencia...” y continúa: “De esta forma, si bien mi representada si expuso de manera clara y detallada su inconformidad en cuanto al cambio de metodología de la Secretaría, no hay evidencia en el expediente de esta situación, debido a la omisión por parte de la autoridad investigadora en el reporte de la reunión técnica de información.”¹⁰⁰ Por tanto, la propia Reclamante señala que no hay evidencia en el expediente en el sentido de que se hubiese presentado inconformidad alguna respecto del cambio de metodología. En tal tesitura, este Panel declara que está imposibilitado de resolver sobre cuestiones que no se encuentran en el expediente administrativo, conforme al artículo 1904.2 del TLCAN y a la regla 41 de las *Reglas de Procedimiento*. Además, este Panel no se explica el porqué si en el reporte de la reunión técnica de información no se incluyeron las objeciones de la Reclamante, ésta no las haya hecho valer por escrito inmediatamente después o en algún momento posterior durante la investigación *antidumping*.

Cabe señalar, de nueva cuenta que en la Audiencia Pública el Panel preguntó al representante de BERG si consideraba que el cambio de metodología de valor normal a valor reconstruido afectaba realmente el cálculo del margen de *dumping* o no. La respuesta del representante de la Reclamante fue en el sentido de que sí consideraban que habían sido afectados pues con el cambio de metodología resultó que había un margen de *dumping* de 6.77, e indicó: “...*Hay afectación. Nuestra propuesta original, si se hubiera respetado con precios internos, hubiera arrojado un margen de dumping cero, incluso negativo...*”.¹⁰¹

Sentado lo anterior, para este Panel resulta clara la facultad contenida en el artículo 2, párrafos 2.1, 2.2, y 2.2.1 del *Acuerdo Antidumping* relativa a la facultad

100 Énfasis añadido

101 *Ibidem*, p.23

otorgada a la Autoridad Investigadora para cambiar su metodología. En efecto, dichos artículos establecen:

“Artículo 2. Determinación de la existencia de dumping

2.1 A los efectos del presente Acuerdo, se considerará que un producto es objeto de dumping, es decir, que se introduce en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, cuando su precio de exportación al exportarse de un país a otro sea menor que el precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador.

2..2 Cuando el producto similar no sea objeto de ventas en el curso de operaciones comerciales normales en el mercado interno del país exportador o cuando, a causa de una situación especial del mercado o del bajo volumen de las ventas en el mercado interno del país exportador¹⁰², tales ventas no permitan una comparación adecuada, el margen de dumping se determinará mediante comparación con un precio comparable del producto similar cuando éste se exporte a un tercer país apropiado, a condición de que este precio sea representativo, o con el costo de producción en el país de origen más una cantidad razonable por concepto de gastos administrativos, de venta y de carácter general así como por concepto de beneficios.

2.2.1 Las ventas del producto similar en el mercado interno del país exportador o las ventas a un tercer país a precios inferiores a los costos unitarios (fijos y variables) de producción más los gastos administrativos, de venta y de carácter general podrán considerarse no realizadas en el curso de operaciones comerciales normales por razones de precio y podrán no tomarse en cuenta en el cálculo del valor normal únicamente si las autoridades¹⁰³ determinan que esas ventas se han efectuado durante un período prolongado¹⁰⁴ en cantidades¹⁰⁵ sustanciales y a precios que no permiten recuperar todos los costos dentro de un plazo razonable. Si los precios inferiores a los costos unitarios en el momento de la venta son superiores a los costos unitarios medios ponderados correspondientes al período objeto de investigación, se considerará que esos precios permiten recuperar los costos dentro de un plazo razonable.

Asimismo, este Panel advierte que el punto 91 de la Resolución Final señala *“De conformidad con el artículo 2.2.1 del Acuerdo Antidumping, la Secretaría*

102 Normalmente se considerarán una cantidad suficiente para determinar el valor normal las ventas del producto similar destinado al consumo en el mercado interno del país exportador si dichas ventas representan el 5 por ciento o más de las ventas del producto considerado al Miembro importador; no obstante, ha de ser aceptable una proporción menor cuando existan pruebas que demuestren que las ventas en el mercado interno, aunque representen esa menor proporción, son de magnitud suficiente para permitir una comparación adecuada.

103 Cuando se utiliza en el presente Acuerdo el término "autoridad" o "autoridades", deberá interpretarse en el sentido de autoridades de un nivel superior adecuado.

104 El período prolongado de tiempo deberá ser normalmente de un año, y nunca inferior a seis meses.

105 Se habrán efectuado ventas a precios inferiores a los costos unitarios en cantidades sustanciales cuando las autoridades establezcan que la media ponderada de los precios de venta de las operaciones consideradas para la determinación del valor normal es inferior a la media ponderada de los costos unitarios o que el volumen de las ventas efectuadas a precios inferiores a los costos unitarios no representa menos del 20 por ciento del volumen vendido en las operaciones consideradas para el cálculo del valor normal.

identificó las ventas en el mercados de los Estados Unidos de América de los códigos idénticos que no se realizaron en el curso de operaciones comerciales normales, mediante la comparación de los precios de venta en el mercado interno de los costos de producción más los gastos generales (costo total de producción) determinados con base en la información presentada por Berg Steel”, que el punto 94 de la misma indica, si bien de manera innecesariamente escueta, que “Como resultado de la comparación entre el precio y los costos totales de producción, la Secretaría identificó que el total de las operaciones de cada uno de los 5 códigos idénticos a los exportados a Los Estados Unidos Mexicanos no se realizaron en el transcurso de operaciones comerciales normales”, y que el punto 95 de ella establece que “Conforme a lo previsto en los artículos 2.1 del Acuerdo Antidumping y 31 de la LCE, la Secretaría desestimó calcular el valor normal según el precio de venta en el país de origen y decidió establecer el valor normal de acuerdo con el valor reconstruido de los códigos idénticos a los exportados a los Estados Unidos Mexicanos” . De lo anterior es claro que la Autoridad Investigadora no se fundó en el artículo 43 del RLCE sino en el artículo 2.2.1 del Acuerdo Antidumping, atento al punto 91 de la Resolución Final, mismo que le permite a la Autoridad realizar la Prueba de ventas por debajo de costos para este cálculo.

Por tanto, este Panel considera que dicho fundamento es apegado al derecho mexicano y acorde con la interpretación realizada por el Poder Judicial de la Federación al artículo 133 constitucional en el sentido de que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la *Constitución* y por encima del derecho federal y el local. Es importante señalar que la misma Suprema Corte de Justicia ha establecido recientemente que la interpretación sistemática del artículo 133 de la *Constitución* permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la *Constitución*, los tratados internacionales

y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, misma que se encuentra armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como en las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente debajo de la *Constitución* y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida de que el Estado Mexicano al suscribirlos, actuando conforme a lo dispuesto en la *Convención de Viena Sobre el derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales*, atendido al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "*pacta sunt servanda*", contrayendo libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional. En este sentido los siguientes precedentes jurisprudenciales:

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos

internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

Nota: Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Número 60, Octava Época, diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA.".

: Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, X, Noviembre de 1999, Tesis: P. LXXVII/99, Página: 46

"TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES

GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente debajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y demás, atendido al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional"

Tesis Número P. VII/2007 pronunciada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el Amparo en Revisión 120/2002 el trece de febrero de 2007 cuyo texto y rubro señala

En virtud de lo analizado con antelación, este Panel considera que la Reclamante no justificó la existencia de ninguno de los extremos a que se refiere el artículo 238 del CFF y que la Autoridad Investigadora, al realizar el referido cambio de metodología, aplicó correctamente el *Acuerdo Antidumping*, además de que fundó y motivó suficientemente el mismo en los puntos 91 a 95 de su Resolución Final.

IX. ANÁLISIS DE LAS PRESUNTAS VIOLACIONES COMETIDAS POR LA AUTORIDAD INVESTIGADORA AL IMPONER UNA CUOTA A “LOS DEMÁS EXPORTADORES”.

En la Resolución Final la Autoridad Investigadora determinó:

“Las cuotas compensatorias impuestas mediante la presente resolución son equivalentes a los márgenes de discriminación de precios calculados en la presente etapa del procedimiento, en los siguientes términos: A. Para las importaciones del producto investigado fabricado por la empresa BERG del 6.77 por ciento. B. Para las importaciones del producto investigado fabricado por la empresa OREGON del 25.43 por ciento. Para las importaciones del producto investigado fabricado por todas las demás empresas exportadoras de los Estados Unidos de América, del 25.43 por ciento.”¹⁰⁶

En su Memorial de Reclamación BERG afirmó, entre otras cosas, que el artículo 54 de la *LCE* se refería a la posibilidad de analizar hechos con base en la información disponible, sólo en el caso de que los exportadores, a quienes la Autoridad les requirió información, pruebas o datos no hubieren desahogado los requerimientos de manera satisfactoria.¹⁰⁷

Señala también en el referido Memorial que, en el caso concreto, la *Autoridad Investigadora* no había descrito con precisión y claridad en su Resolución Final, a que exportadores les había dirigido el requerimiento y cuales de ellos no lo habían respondido satisfactoriamente, sino que, por el contrario, la Autoridad Investigadora había imputado un margen de dumping artificial y determinado una cuota compensatoria a sujetos indeterminados, es decir: a todos los demás exportadores del producto presentes y futuros. Por todo lo anterior, la Reclamante afirma que el artículo 54 de la *LCE* no es fundamento legal para sustentar la determinación de la Autoridad Investigadora, ya que su contenido se refiere a supuestos distintos.¹⁰⁸

Asimismo, la Reclamante señaló en su Memorial de Reclamación que tampoco era fundamento legal aplicable el artículo 6.8 del *Acuerdo Antidumping*, mismo que fue invocado por la Autoridad Investigadora en su Resolución Final, por las siguientes razones:

106 Punto 94 de la Resolución Final.

107 Op. Cit. Número 27, p. 38.

108 Idem.

- El artículo 6.8 del *Acuerdo Antidumping* ordena que en los casos en que una parte interesada niegue el acceso a la información necesaria o no la facilite dentro de un plazo prudencial o entorpezca significativamente la investigación, pueden formularse resoluciones definitivas, positivas o negativas, sobre la base de los hechos de que se tenga conocimiento.

- Con la simple lectura de la Resolución Final se desprende que en ella no se indica o expone –porque no se dio el caso en el procedimiento- que todos los demás exportadores del producto de los Estados Unidos hayan negado acceso a la Autoridad Investigadora a la información necesaria o que no la hayan facilitado; y de igual forma, tampoco se establece nada en la Resolución Final sobre los exportadores que entorpecieron significativamente la investigación.¹⁰⁹

En su Memorial de Reclamación BERG también señaló que siguiendo la lógica prevista en la *LCE*, la Autoridad Investigadora debió haber probado que los demás exportadores concurren al mercado mexicano en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional, en su modalidad de *dumping*.¹¹⁰ La forma en que la Autoridad Investigadora imputó márgenes de *dumping* e impuso cuotas compensatorias a los demás exportadores del producto de los Estados Unidos de América comprende un amplio espectro de agentes económicos vinculados con la actividad exportadora del producto a los Estados Unidos Mexicanos.

Resulta indudable que los supuestos descritos no están previstos en los artículos 54 de la *LCE* y el artículo 6.8 del *Acuerdo Antidumping*, los cuales no son invocados por la Autoridad Investigadora en su Resolución. Por lo que, en consecuencia, al imponer la Resolución Final un margen antidumping para los demás exportadores del producto y determinar cuotas compensatorias para los importadores que adquieran el

¹⁰⁹ Ibidem, p. 39.

¹¹⁰ Idem.

mismo de los demás exportadores de los Estados Unidos de América, la misma no se encuentra fundada ni motivada. Por ello, se actualiza la causal de anulación prevista en las fracciones II y III del artículo 238 del *CFE*, por lo que en los términos del artículo 239, fracción II, del ordenamiento invocado, considera procedente que el Panel ordene la nulidad de la Resolución.¹¹¹

Por su parte, en su Memorial de Contestación, la Autoridad Investigadora sostuvo que al establecer un margen de discriminación de precios a las demás empresas que no habían comparecido en el curso de la investigación *antidumping* no infringió lo dispuesto por el artículo 80, fracción II, del *Reglamento*, toda vez que el fundamento legal para el establecimiento lo basó en el artículo 54 de la *LCE* y el artículo 6.8 del *Acuerdo Antidumping*, tal como lo describió en el punto 102 de la Resolución Final.¹¹² Continuó indicando la Autoridad que, al publicar su Resolución de Inicio en el *Diario Oficial* del 12 de agosto de 2003 había hecho del conocimiento de todas las personas físicas y morales, nacionales y extranjeras el inicio de la investigación *antidumping* y que se les había convocado a que comparecieran ante ella mediante la presentación del formulario oficial.¹¹³

Asimismo, en el citado Memorial la Autoridad Investigadora continuó indicando que, a mayor abundamiento, remitió los formularios oficiales a todas las empresas exportadoras e importadoras de las que tuvo conocimiento (mismas que se mencionan en el punto 19 de la Resolución de Inicio). De las cuales únicamente acreditaron su interés en el procedimiento de investigación antidumping las empresas exportadoras OREGON y BERG. Continuó indicando que de lo anterior se desprendía que la Autoridad había requerido información, pruebas y datos a todas las empresas

111 *Ibidem*, p. 40.

112 *Op. Cit.* Número 31, p. 63.

113 *Ibidem*, página 65.

exportadoras mediante los formularios oficiales, con lo cual se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 54, párrafo primero de la *LCE*.¹¹⁴

En el referido Memorial, la Autoridad consideró que las demás empresas exportadoras se encuadraron en el supuesto previsto por el párrafo segundo del artículo 54 de la *LCE*, es decir, que al no haber satisfecho el requerimiento de aportar elementos probatorios, información y datos pertinentes mediante la presentación del formulario oficial. Por lo tanto, la Autoridad Investigadora pudo resolver conforme a la información disponible.¹¹⁵ Además, en su Memorial de Contestación la Autoridad Investigadora señaló que el artículo 6.8 del *Acuerdo Antidumping* resultaba suficiente para fundamentar su proceder y aplicar un derecho *antidumping* residual a STUPP, a ACIPCO y a las demás exportadoras, sobre la base de los hechos de que tuvo conocimiento, en razón a que dicho artículo establece lo siguiente:

“En los casos en que una parte interesada niegue el acceso a la información necesaria o no la facilite dentro de un plazo prudencial o entorpezca significativamente la investigación, podrán formularse resoluciones definitivas, positivas o negativas, sobre la base de los hechos de que se tenga conocimiento. Al aplicar el presente párrafo se observará lo dispuesto en el Anexo II”¹¹⁶

En el citado Memorial de Contestación la Autoridad Investigadora indicó que para aquellas empresas que no facilitaron la información requerida dentro un plazo prudencial, como es el caso de las demás exportadoras (empresas que no comparecieron), puede proceder sobre los hechos de que tiene conocimiento, como lo fue durante la investigación *antidumping* que originó la Resolución Final objeto de la presente revisión. Asimismo, la Autoridad Investigadora señaló que había ejercitado su

114 Ibidem, página 66.

115 Idem

116 Ibidem, p. 67.

facultad de formular su Resolución sobre la base de los hechos de que tuvo conocimiento.¹¹⁷

Asimismo, la Autoridad señaló, que de la interpretación armónica de los puntos 102 y 243 de la Resolución Final se concluía que había determinado un derecho antidumping residual, a que se refiere el punto 245 inciso C de la misma, con fundamento tanto en el artículo 54 de la *LCE* y el artículo 6.8 del *Acuerdo Antidumping*, así como en el artículo 62 de la *LCE*, el artículo 89 del *Reglamento* y el artículo 9.1 del *Acuerdo Antidumping*, situación que ponía de manifiesto que la misma se encontraba debidamente fundada y motivada, ya que resulta evidente que la Autoridad Investigadora se encuentra facultada para imponer un derecho *antidumping* definitivo residual a las empresas que no comparecieron durante una investigación *antidumping*, tan es así que existe la posibilidad de iniciar un procedimiento de nuevo exportador, tal y como se establece en el artículo 89 D de la *LCE* y el artículo 9.5 del *Acuerdo Antidumping*, con el fin de determinar un margen específico para todas aquellas empresas que no realizaron exportaciones durante el periodo investigado.¹¹⁸

La Autoridad, en el referido Memorial de Contestación, continuó indicando que el Panel Binacional que revisó la resolución definitiva sobre importaciones de aceros planos recubiertos originarios de los Estados Unidos de América (MEX-94-1904-01) y el Panel Binacional de placa de rollo de Canadá (MEX-96-1904-02) habían rechazado la idea de nulificar o revocar las resoluciones emitidas por la Autoridad Investigadora y que esta postura se basaba, fundamentalmente, en el postulado de que el Panel Binacional no es el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA, antes Tribunal Fiscal de la Federación).¹¹⁹

¹¹⁷ Idem

¹¹⁸ Ibidem, p. 69.

¹¹⁹ Ibidem, p. 76.

Posteriormente, BERG en su Memorial contestando al presentado por la Autoridad Investigadora señaló que resultaba evidente que el artículo 54 de la LCE no se refería a otros supuestos de hecho, como el facultar a la Autoridad para proceder con base en la información disponible tratándose de empresas que no exportaron en el periodo investigado, pero que lo hicieron después de él y con posterioridad a la emisión de la Resolución Final que ha impuesto cuotas compensatorias definitivas y que, la Autoridad Investigadora no podía extralimitarse y actuar fuera de lo que la ley le permitía.¹²⁰

BERG señaló en el referido Memorial, que en el presente caso la Autoridad había ordenado la aplicación de cuotas compensatorias de manera extensiva y no limitativamente a los importadores que adquirieron la mercancía en cuestión de los demás exportadores a los cuales no notificó, de los demás exportadores que no vendieron al territorio nacional la mercancía pero que la exportaron fuera del periodo investigado, y a los demás exportadores que vendieron la mercancía después de la emisión de la Resolución Final o exportaren en el futuro mientras se encuentre en vigor la medida *antidumping*.

En consecuencia de lo anterior, BERG ratificó su alegato en el sentido de que la Autoridad Investigadora, al imponer márgenes de dumping y cuotas compensatorias residuales con relación a todos los demás exportadores, no lo había hecho de manera fundada ni motivada y afirmó que *“...al amparo de la misma tesitura del argumento que Berg Steel exponen el caso del artículo 54 de la LCE, el 6.8 del Acuerdo Antidumping tampoco es aplicable ni es fundamento para la autoridad investigadora imponga márgenes de dumping a todas las demás empresas exportadoras que no comparecieron en el procedimiento ni cuotas compensatorias a los importadores que*

120 Op. Cit. Número 42, p. 17.

*adquieran la mercancía de los demás exportadores que no fueron notificados, con las formalidades de ley, y que no exportaron en el periodo investigado, y que posteriormente lo hagan después de la resolución final... ”.*¹²¹

En el citado Memorial de Contestación al Memorial presentado por la Autoridad Investigadora, BERG continuó afirmando que la Autoridad pretendía subsanar sus errores y encubrirse en un instrumento que, de explorado derecho, no podía hacer las veces de una notificación, es decir, la publicación de la Resolución de Inicio en el *Diario Oficial* del 12 de agosto de 2003 y que consideraba que el *Diario Oficial* no es un medio de notificación a las partes interesadas, ya que el artículo 53 de la *LCE* ordena que a partir del día siguiente a aquél en el que se publique la Resolución de Inicio en el *Diario Oficial* la Secretaría de Economía debe notificar a aquellas partes interesadas, de las cuales tenga conocimiento, con la finalidad de que puedan comparecer a manifestar lo que a su derecho convenga. Por ello, consideró que resultaba evidente, que la Autoridad Investigadora tenía la obligación de notificar el inicio de la investigación *antidumping* a todos los exportadores, de los cuales tenía conocimiento, y que debió remitirles, a cada uno de ellos, el formulario oficial de investigación a que se refiere el artículo 54 de la *LCE*.¹²²

Asimismo, la Reclamante afirmó que la Autoridad Investigadora había señalado en su Memorial de Contestación que estaba obligada a tomar en cuenta otros preceptos que también constituían fundamento de su proceder y que estos eran el artículo 62 de la *LCE*, el artículo 89 del *Reglamento* y el artículo 9.1 del *Acuerdo Antidumping*,¹²³ por lo que:

“...Atento a lo dispuesto por los artículos 89-D de la LCE y 9.5 del Acuerdo Antidumping el procediendo de nuevos exportadores está previsto para el caso de las empresas que no hayan exportado en el periodo investigado y que, por ende, no puedan tener el carácter de

¹²¹ *Ibidem*, pp.17-18.

¹²² Op. Cit. Numero 42, p. 20.

¹²³ *Ibidem*, p.21.

partes interesadas. No obstante este procedimiento no tiene relación alguna con el hecho de que la autoridad imponga cuotas compensatorias a las operaciones que realizan los importadores de los demás exportadores que venden sus productos fuera del periodo investigado...” “...los artículos 89-D y 9.5 del Acuerdo Antidumping no facultan a la autoridad para proceder de la manera como se cuestiona, sino sólo es una salida procesal a nuevos exportadores para que acudan a la Secretaría de Economía y poder demostrar que no incurrieron en la práctica dumping, pero con la agravante de haberseles imputado un margen dumping residual, el más alto obtenido por la autoridad y con una cuota compensatoria del mismo nivel, a sus importadores en territorio nacional. Es decir, conforme al proceder de la Autoridad Investigadora y de acuerdo con lo prevén los preceptos invocados, los demás exportadores tienen derecho a acudir a un procedimiento especial para el efecto de que, si procede, la Autoridad Investigadora exonere del pago de cuotas compensatorias a sus importadores en México...”¹²⁴

En el referido Memorial de Contestación al Memorial presentado por la Autoridad Investigadora, también BERG indicó que para la Autoridad tal situación se resumía jurídicamente en que todos los demás exportadores que vendieron la mercancía en cuestión en el periodo investigado aun cuando no se les hubiere notificado, los que exportaron fuera del periodo investigado y los que en lo futuro exportaran la mercancía (con posterioridad a la publicación de la Resolución Final que impone cuotas compensatorias definitivas), a pesar de que no hubieren tenido oportunidad de defensa, tienen automáticamente márgenes de *dumping*. Es decir, se presume que incurrieron en *dumping*. Por lo tanto, si quieren vender sus importadores a los Estados Unidos Mexicanos tienen que pagar una cuota compensatoria definitiva. No obstante, tienen derecho a que la Autoridad, en otro procedimiento, revise su situación y resuelva si han incurrido o no en márgenes de *dumping* al exportar a los Estados Unidos Mexicanos,¹²⁵

Berg afirmó

“...La Autoridad Investigadora argumenta que está facultada para imponer el margen de dumping más alto obtenido con base en los hechos de que se tenga conocimiento en los casos que prevé el artículo 64 de la LCE. Sin embargo, este precepto, según reforma del año 2003, no es invocado en la resolución final, amén de que ha sido declarado por el Órgano de Solución de Controversias de la

124 Ibidem, p. 23.

125 Idem.

*Organización Mundial de Comercio, como incompatible con la reglas del Acuerdo Antidumping...*¹²⁶.

“...A este respecto cabe volver a citar el reporte del Grupo Especial de la OMC WT/DS295/AB/R 29 de noviembre de 2005 en el cual se concluye la incompatibilidad del artículo 64 de la LCE con las disposiciones del Acuerdo Antidumping: “...iv) confirma las constataciones del Grupo Especial, que figuran en los párrafos 7.242 y 8.5 b) de su informe, de que el artículo 64 de la Ley de Comercio Exterior es incompatible en si mismo con el párrafo 8 del artículo 6 y los párrafos 1, 3, 5 y 7 del Anexo II del Acuerdo Antidumping y con el párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo Antidumping.”¹²⁷

“...Por lo anterior, es evidente que el uso de los márgenes más altos obtenidos como la “mejor opción disponible” de la manera que lo hizo la autoridad investigadora para determinar una cuota “residual” es ilegal, causa perjuicio a mi representada, tal y como se expuso en su memorial, y por tanto debe emitirse una nueva resolución en la que dicha cuota sea eliminada no exista...”¹²⁸.

Asimismo, en la Audiencia Pública el representante de BERG argumentó ante el Panel que la Autoridad Investigadora únicamente puede resolver con base en la información disponible y que, consecuentemente, no está facultada para imponer o imputar márgenes de *dumping* a todas las demás empresas exportadoras, presentes y futuras, que no comparecieron en la investigación o que no exportaron en periodo investigado. Asimismo, agregó que el artículo 68 del Acuerdo *Antidumping* permite a la Autoridad resolver un procedimiento con base en los hechos de que tenga conocimiento cuando una parte interesada niegue el acceso a la información necesaria, no la facilite dentro del periodo prudencial o entorpezca significativamente la investigación, pero que dicho artículo no es fundamento para que la Autoridad Investigadora impute márgenes de *dumping* a todas las demás empresas exportadoras, presentes y futuras, que no aparecieron en el procedimiento, por lo que para ello era necesario que fundamentara su proceder en el artículo 54 de la LCE y 6.8 del *Acuerdo Antidumping*, mismos que ordenan notificar y remitir el formulario oficial de investigación a todas las empresas que exportaron dentro del periodo investigado.¹²⁹ No obstante, la Autoridad no acredita ni demuestra quienes exportaron en dicho periodo ni cómo notificó legalmente a cada una de las empresas exportadoras.

126 Ibidem, p. 25.

127 Ibidem, p. 26.

128 Idem.

129 Op. Cit. Número 60, p. 48.

Asimismo, indicó que la publicación de la resolución de inicio en el *Diario Oficial* no hace las veces de notificación y que, a pesar de que el *RLCE* señala que cuando la Autoridad Investigadora no tiene conocimiento de todos los exportadores únicamente debe notificar a los exportadores de los cuales tenga conocimiento, le obliga a publicar en un diario de mayor circulación de los Estados Unidos Mexicanos un resumen de las razones y de los motivos por los cuales inició la investigación, lo que en el caso no se cumplió.¹³⁰ Por último, al ser interrogado dicho representante nuevamente por el Panel respecto a que si ¿consideraba que BERG se encontraba legitimada para hablar por los demás exportadores?, el representante de BERG afirmó que definitivamente sí, ya que BERG era una empresa exportadora que tenía la libertad de exportar directamente o a través de sus plantas, distribuidoras, subsidiaria o por cualquier otro agente económico.¹³¹ Igualmente, en su réplica, el representante de BERG indicó que había escuchado decir a la Autoridad Investigadora que era lógico y justo establecer una cuota compensatoria general, afirmación con la cual asentía, pero que tal postura no era legal y que en el caso estábamos hablando de un problema de legalidad y no de justicia o de lógica. Acto continuo, BERG afirmó que la Autoridad únicamente puede hacer aquello que la ley le encomienda, es decir, sólo puede actuar cuando la ley se lo permite.¹³²

Analizando los argumentos expresados por las partes en este punto, resulta evidente para este Panel que la empresa BERG no se encuentra legitimada en la causa (*legitimación ad causam*) para iniciar la defensa de aquellos intereses que sólo competen a “*los demás exportadores*”, aunque no pasa inadvertido para el mismo Panel que las empresas STUPP y ACIPCO, mismas que se adhirieron al Memorial de Reclamación de BERG, pueden resultar beneficiadas al haberse adherido a los

130 Ibidem, pp. 48-49

131 Ibidem, p. 49

132 Idem

argumentos vertidos por esta última empresa. Es importante señalar que de conformidad con los artículos 28 y 39 de la *LCE* la determinación de cuotas compensatorias por parte de la Autoridad Investigadora, tiene por objeto proteger a la industria de los Estados Unidos Mexicanos con motivo de la importación de mercancías de procedencia extranjera en condiciones de prácticas desleales de comercio exterior. Por esta razón la autoridad con fundamento en el artículo 62 del mismo ordenamiento, se encuentra facultada para establecer la cuota compensatoria correspondiente. Ahora bien, de conformidad con lo establecido por los artículos 28, 66 y 67 de la *LCE*, la facultad para establecer cuotas compensatorias no se limita a los importadores que comparecieron durante el procedimiento administrativo de investigación *antidumping*, sino que abarca a todas aquellas personas que realizan la importación de mercancías provenientes del país que ha incurrido en prácticas desleales, cuando las mismas se ubican en las fracciones arancelarias señaladas por la propia Resolución, por ello dichas determinaciones tienen un carácter general y deben ser aplicadas a todos aquellos importadores de la mercancía en cuestión. El anterior criterio ha sido recurrentemente sostenido por el Tribunal Fiscal de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos (actualmente Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa) y por los Tribunales Colegiados de Circuito de dicha Nación en diversas tesis y precedentes jurisprudenciales emitidos. Para mayor claridad, a continuación se transcriben los más ejemplificativos:

CUOTAS COMPENSATORIAS, LA RESOLUCIÓN QUE LAS DETERMINA ES DE APLICACIÓN GENERAL

De conformidad con los artículos 28 y 39 de la Ley de Comercio Exterior, la determinación de cuotas compensatorias por la Secretaría del Comercio y Fomento Industrial, tienen por objeto proteger a la Industria Nacional, con motivo de la importación de mercancías de procedencia extranjera en condiciones de prácticas desleales de comercio exterior, razón por la cual dicha dependencia, con fundamento en el artículo 62, de la misma Ley podrá

establecer la cuota compensatoria correspondiente.-Ahora bien, conforme a lo establecido por los artículos 28, 66 y 67 de dicha Ley la determinación de las cuotas, no se limita únicamente a los importadores interesados que comparecieron durante el procedimiento administrativo, sino que la imposición de las cuotas se establece para todas aquellas personas que importen mercancías provenientes del país que incurrió en las prácticas desleales, cuando se ubiquen en las fracciones arancelarias especificadas en las propias resoluciones emitidas por la Secretaría mencionada, motivo suficiente para considerar que las resoluciones tienen carácter general y por lo tanto pueden ser aplicadas a todos aquellos importadores de la mercancía en cuestión.

Juicio No. 100(20)15/98/453/97.- Resuelto por la Segunda Sección de la Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación, en sesión de 21 de mayo de 1998, por mayoría de 4 votos a favor y 1 en contra.- Magistrada Ponente; Silvia Eugenia Díaz Vega.- Secretario: Lic. Miguel Ángel Luna Martínez. (Tesis aprobada en sesión de 2 de junio de 1998), Cuarta Época, Año I, septiembre 1998

CUOTAS COMPENSATORIAS. EL INTERÉS JURÍDICO PARA RECLAMARLAS POR SU SOLA VIGENCIA EN EL JUICIO DE AMPARO PRECISA DE LA DEMOSTRACIÓN DE QUE EL QUEJOSO SE DEDICA HABITUALMENTE A LA IMPORTACIÓN DE LA MERCANCÍA RELATIVA, LO QUE PUEDE ACREDITAR CON LA INSCRIPCIÓN EN EL PADRÓN DE IMPORTADORES CORRESPONDIENTE. Las cuotas compensatorias son establecidas por la autoridad administrativa federal como un medio de control y regulación de determinado sector productivo nacional, en relación con la industria internacional del mismo sector, por lo que se trata de gravámenes especiales, obligatorios para todo aquel que importe legalmente un producto al territorio nacional, cuyo hecho imponible se actualiza naturalmente con la importación de las mercancías relativas. Sobre tales premisas, es patente que esas cuotas pueden reclamarse en el juicio de amparo con motivo de un acto concreto de su aplicación, que puede demostrarse con el pedimento de importación que revele el pago de determinada cantidad por ese concepto y, consecuentemente, el interés jurídico que para promover el juicio establece el artículo 73, fracción V, de la Ley de Amparo. También es posible que las cuotas compensatorias se reclamen en la vía de garantías por su sola vigencia; sin embargo, en este caso, la demostración del interés jurídico precisa de la prueba de que el quejoso se dedica de manera habitual -no simplemente ocasional- a la importación de la mercancía respectiva, ya que esto revelaría que tal gravamen, por su sola entrada en vigor, afecta su esfera jurídica, por tener la ineludible obligación de pagarlo al realizar su actividad ordinaria, prueba de esto podría ser su inscripción vigente en el padrón de importadores correspondiente, que es demostrativa de que ante la autoridad administrativa competente está registrado como importador habitual. Por consiguiente, en este último caso, no basta para acreditar el interés jurídico la exhibición de un pedimento de importación emitido antes de la entrada en vigor de la cuota, pues esto no acredita que se dedique de manera

habitual a la importación de la mercancía afecta ni, obviamente, demuestra la aplicación de la cuota compensatoria vigente. DÉCIMO QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 103/2004. Tavistock Holding, S.A. de C.V. y otras. 22 de septiembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: Ricardo Gallardo Vara. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXI, Febrero de 2005, Página: 1669, Tesis: I.15o.A.21 A, Tesis Aislada, Materia(s): Administrativa

RESOLUCIONES DEFINITIVAS ANTIDUMPING. NATURALEZA JURÍDICA. La investigación que sobre prácticas desleales de comercio internacional realiza la Secretaría de Economía constituye una indagatoria de interés público, cuyo objeto es la protección de la producción nacional frente a prácticas de comercio nocivas o desleales y la tutela del interés de todos los productores nacionales, y no de derechos de un gobernado en particular; dicha investigación culmina con la resolución definitiva antidumping que puede establecer cuotas compensatorias obligatorias para todos los importadores o consignatarios de la mercancía que estén en el supuesto de la citada determinación, a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, con independencia de que el particular haya o no participado en la aludida investigación. Por tanto, resulta incuestionable que la naturaleza jurídica de tales resoluciones es la de ser actos regla porque crean situaciones jurídicas impersonales y de carácter general y están identificados con los actos materialmente legislativos y formalmente administrativos, ya que los emite la administración pública federal centralizada facultada para ello y no el Poder Legislativo. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 442/2003. Rosalinda Núñez Perea. 13 de enero de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Ronzon Sevilla. Secretario: José Luis Cruz Álvarez. Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXI, Febrero de 2005, Página: 1777, Tesis: I.1o.A.124 A, Tesis Aislada, Materia(s): Administrativa

CUOTAS COMPENSATORIAS DETERMINADAS POR LA SECRETARÍA DE COMERCIO Y FOMENTO INDUSTRIAL AL EMITIR RESOLUCIÓN DEFINITIVA EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN SOBRE PRÁCTICAS DESLEALES EN COMERCIO INTERNACIONAL. SON DE APLICACIÓN GENERAL PARA TODOS LOS IMPORTADORES O CONSIGNATARIOS DE LAS MERCANCÍAS A QUE SE REFIERA LA RESOLUCIÓN, CON INDEPENDENCIA DE QUE HAYAN INTERVENIDO EN LA INVESTIGACIÓN RESPECTIVA O NO. Las cuotas compensatorias a que alude la Ley de Comercio Exterior, se aplican una vez que se lleva a cabo el procedimiento de investigación en materia de prácticas desleales en comercio internacional, el que se inicia

de oficio o a solicitud de parte, como lo ordena el artículo 49 de dicho ordenamiento; así, el procedimiento en materia de prácticas desleales en comercio internacional, se encuentra comprendido en los numerales 49 a 60, donde se prevé el momento en que se inicia la investigación, estableciéndose que al final la resolución puede determinar cuotas compensatorias de forma provisional (artículo 57), o determinar cuotas compensatorias definitivas, pudiendo incluso tal resolución revocar la cuota compensatoria provisional, o declarar por concluida la investigación sin imponer cuota compensatoria (artículo 59). Por otra parte, de conformidad con el artículo 89 de la Ley de Comercio Exterior, las cuotas compensatorias determinadas por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, son obligatorias a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación; por consiguiente, desde esa fecha, los importadores o sus consignatarios estarán obligados a calcular en el pedimento de importación correspondiente, los montos de las cuotas provisionales o definitivas, que deberán pagar junto con los impuestos al comercio exterior. Ello evidencia que las cuotas compensatorias determinadas por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, una vez emitida la resolución final en el procedimiento de investigación sobre prácticas desleales, tienen carácter obligatorio para todos los importadores o consignatarios de la mercancía, que estén en el supuesto, al publicarse en el Diario Oficial de la Federación la resolución correspondiente; es decir, que resulta irrelevante que al particular a quien se apliquen las cuotas compensatorias, haya participado en la investigación aludida o no, pues como ya se ha precisado, el artículo 89 de la Ley de Comercio Exterior es terminante al establecer que los importadores o sus consignatarios deberán autoaplicarse las citadas cuotas, sin perjuicio de que la autoridad aduanera proceda a su aplicación, cuando aquello no ocurra. Refuerza la consideración anterior, el hecho de que la investigación que sobre prácticas desleales en comercio internacional realiza la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, no constituye un procedimiento para "resolver casos particulares", sino que se trata de una indagatoria de interés público que tiene por objeto la protección de la producción nacional frente a prácticas de comercio que resulten nocivas para la misma, mediante esa investigación y con la imposición de las cuotas compensatorias respectivas, se tutela el interés de todos los productores y no derechos de particulares, por eso no hay actores ni demandados, sino que el procedimiento puede iniciarse con una denuncia o de oficio.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL SEXTO CIRCUITO. Revisión fiscal 393/99. Subadministrador de lo Contencioso "I" de la Administración Local Jurídica de Ingresos de Puebla. 6 de julio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco Javier Cárdenas Ramírez. Secretaria: Luz Idalia Osorio Rojas. Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XII, Septiembre de 2000, Página: 736, Tesis: VI.A.79 A, Tesis Aislada, Materia(s): Administrativa

Este Panel destaca que la propia Autoridad Investigadora, actuando conforme al criterio anteriormente señalado, ha determinado en diversos casos la imposición de cuotas compensatorias a cargo de empresas importadoras determinadas y, en general, para todas aquellas empresas importadoras del producto en cuestión aún cuando las mismas no hubieren participado en el procedimiento administrativo de investigación o no hubieren realizado importaciones durante el periodo investigado, tal y como, a manera de ejemplo, se desprende de las resoluciones finales emitidas en las siguientes investigaciones antidumping: la relativa al Ácido esteárico triple prensado procedente de los Estados Unidos de América (Resolución Final del 08 de abril de 2005), la relativa al Aceite Epoxidado de Soya originario de Estados Unidos de América (Resolución Final del 29 de julio de 2005) y la relativa al Ácido graso parcialmente hidrogenado (Resolución Final del 7 de abril de 2005).

Por tanto y conforme a lo asentado con anterioridad, resulta claro para este Panel que conforme al derecho mexicano es posible imponer cuotas compensatorias residuales, razón por la cual la Autoridad Investigadora no transgredió la fracción II ni la fracción IV del artículo 238 fracción II y IV del *CFE*, mismas que integran el Criterio de Revisión que debe aplicar este Panel al revisar la Resolución Final¹³³ y que la Reclamante afirma fueron violentados en su perjuicio por la Autoridad Investigadora.

Ello en atención a que la Autoridad Investigadora al imponer en su Resolución “cuotas compensatorias residuales” actuó conforme a la legislación aplicable, razón por la cual no omitió ninguna formalidad exigida por la ley afectado la defensa del particular ni tal situación trascendió al sentido de la Resolución -incluyendo la ausencia de fundamentación y motivación- o que los hechos motivadores de la imposición de las cuotas compensatorias residuales no se hubieren realizado, hubieren

133 Atento a lo establecido por el artículo 1904.3 y el Anexo 1911 del TLCAN.

sido distintos, se hubieren apreciado de manera equivocada o que la Resolución se hubiere dictado en contravención con las disposiciones aplicables o se hubieren dejado de aplicar las debidas. Por lo anterior, la Resolución Final de la Autoridad Investigadora es confirmada con respecto a este punto en debate.

X. ANÁLISIS DE LAS PRESUNTAS VIOLACIONES COMETIDAS POR LA AUTORIDAD INVESTIGADORA AL ORDENAR EL COBRO DE CUOTAS COMPENSATORIAS SOBRE EL VALOR EN ADUANA.

En la Resolución Final emitida por la Autoridad Investigadora se determinó: *“246. Las cuotas compensatorias impuestas en el punto anterior de esta Resolución, se aplicarán sobre el valor en aduana declarado en el pedimento de importación correspondiente”*.

En su Memorial, BERG, indicó que en el punto 246 de la Resolución Final la Autoridad Investigadora había ordenado que las cuotas compensatorias impuestas en el punto 245 del referido fallo, se aplicaran sobre el valor en aduana declarado en el pedimento de importación correspondiente. Por ello, BERG consideró que la Resolución era ilegal ya que se había infringido lo dispuesto por el artículo 62 de la LCE; el artículo 9.2 del *Acuerdo Antidumping*; el artículo 80, fracción II, del *Reglamento*, el artículo 238, fracción II, del *CFF* y el artículo 14 y 16 de la *Constitución*. En virtud de que tal determinación carece de manera absoluta de fundamentación y motivación, puesto que la Autoridad no había invocado precepto alguno en que basara su decisión, ni describía las circunstancias de hecho o las situaciones especiales que, con relación a los preceptos que debió invocar, tuvo que

tomar en cuenta para sustentar su fallo. Igualmente, señaló que “...*De esta situación se infiere que se concretan las causales de anulación previstas en las fracciones II y III del artículo 238 del CFF, por lo que en términos del artículo 239, fracción II, del ordenamiento invocado, es procedente que se ordene la nulidad de la resolución objeto de la presente revisión.....*”¹³⁴

En su Memorial de Reclamación BERG continuó indicando que la Resolución Final, en tal sentido, violaba los preceptos invocados en su perjuicio, en tanto que el importador mexicano que adquiriera tubería con costura de primera, tendría que aplicar la cuota compensatoria del 6.77 por ciento sobre el valor en aduana que se declarare en el pedimento de importación respectivo, valor que no fue considerado en el procedimiento investigatorio, para el cálculo del margen de dumping. Asimismo indicó que:

*“....Como es bien sabido, el margen de discriminación se forma por la diferencia entre el valor normal ajustado y el precio de exportación ajustado, con relación a este último precio, en el que no es relevante el valor en aduana. Esta determinación también afecta a la Reclamante en tanto que se ve limitada su capacidad exportadora al aplicarse en México una cuota compensatoria sobre una base que sobre protege a la industria nacional...”*¹³⁵

Finalmente, en el citado Memorial la Reclamante indicó que el aplicar la cuota compensatoria como lo ordena la Autoridad Investigadora, es decir, con base en el valor en aduana declarado en el pedimento de importación correspondiente, provoca que la misma media rebase los márgenes de dumping determinados, lo que a su vez es violatorio del artículo 62 de la LCE y el artículo 9.1 del *Acuerdo Antidumping*.¹³⁶

Por su parte, en su Memorial de Contestación, la Autoridad Investigadora, señaló que consideraba improcedente dicho argumento de la Reclamante y que la legislación en la materia no precisaba a qué valor debía aplicarse los derechos *antidumping*, puesto que los artículos 9.1 y 9.3 del *Acuerdo Antidumping* sólo hacían referencia a la facultad de la Autoridad para establecer el derecho *antidumping*. A pesar

134 Op. Cit. Número 27, p. 50.

135 Idem.

136 Ibidem, p. 51.

de que estos artículos eran omisos al respecto, la Autoridad Investigadora había procedido conforme a lo establecido en la *Ley Aduanera*, su Reglamento y la propia *LCE*.¹³⁷

En el referido Memorial, la autoridad continuó indicando, que:

*“...En efecto, el artículo 64 del primer ordenamiento citado establece que la base gravable del impuesto de importación es el valor en aduana de las mercancías...Por su parte, el artículo 87 de la LCE indica que las cuotas compensatorias o derechos antidumping podrán determinarse, si fueran ad valorem, sobre el valor en aduana de la mercancía...”*¹³⁸.

*“...Por lo anterior, la autoridad investigadora no infringió lo establecido en los artículos 62 de la LCE, 80 fracción II del RLCE, ni 9.2 del AAD, puesto que aplicó los derechos antidumping sobre el valor en aduana de las mercancías, conforme lo establece la Ley Aduanera, su Reglamento y LCE, en niveles que no exceden los márgenes del dumping encontrados, pero que son necesarios para restablecer las condiciones leales de competencia...”*¹³⁹.

*“Los artículos 64 de la LA y 1 del Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo de Valoración Aduanera), establece que el valor de las mercancías en aduanas será el valor de transacción de las mismas, es decir, el precio de éstas pagado por el importador de manera directa o indirecta al vendedor o en beneficio de éste...”*¹⁴⁰.

*“...De lo anterior se desprende que, en principio, el valor en aduanas equivaldrá al valor de adquisición o venta (transacción) de la mercancía, es decir, el precio de exportación, salvo casos excepcionales en que no procede aplicar dicho método de valoración aduanera...En este sentido, para el Servicio de Administración Tributaria (SAT) de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) el término “valor en aduanas” se define como “...el valor de un bien para efectos del cobro de aranceles sobre un bien importado...” y asimismo, en su guía de importación, detalla lo siguiente: “...el valor de la mercancía para efectos aduaneros se define como valor en aduana...el valor en aduana de las mercancías. Éste es el valor de transacción de las mismas, es el precio pagado...el precio pagado, es el pago total que por las mercancías importadas haya efectuado o vaya a efectuar el importador de manera directa o indirecta al vendedor o en beneficio de éste...”*¹⁴¹.

“... En el mismo sentido, con respecto al hecho de que el valor en aduanas es el preferente para calcular el monto a que asciende las diversas restricciones al comercio

137 Op. Cit. Número 31, pp. 77-78.

138 Ibidem, p. 78.

139 Ibidem, p.79.

140 Ibidem, p.80.

141 Ibidem, p. 81.

exterior, el criterio de los tribunales nacionales se refleja en la siguiente tesis: "...el valor en aduanas que debe tomarse en cuenta para calcular el monto al que ascienden las diversas restricciones a la importación..."¹⁴².

"... En conclusión, es correcta la determinación de la autoridad investigadora contenida en el punto 246 de la resolución final que indica que "las cuotas compensatorias se apliquen sobre el valor en aduana declarado en el pedimento de importación correspondiente", pues con ello la autoridad investigadora deja claro el criterio de valoración que se deberá aplicar al cobro de la misma, ya que de lo contrario, dicho criterio de valoración quedaría abierto, lo cual implicaría que fuera el SAT quien tuviera que determinar la aplicación de éste u otro criterio de valoración, además del tiempo adicional que esto puede representar para que se haga el cobro respectivo y puedan entrar las mercancías. Por tanto, la aplicación de la cuota compensatoria ad valorem sobre esta base, es congruente con lo dispuesto en el artículo 62 de la LCE que dispone que derechos antidumping serán equivalente a la diferencia entre el valor normal y el precio de exportación, de forma tal que el precio de exportación se equipare al valor normal."¹⁴³

Posteriormente, la Autoridad Investigadora en el citado Memorial de Contestación indicó que el *Acuerdo Antidumping* era omiso respecto de las modalidades que podían adoptarse para imponer los derechos *antidumping*, y que, por ello, tal aspecto quedaba reservado a cada país y que BERG confundía la naturaleza de los procedimientos de revisión ante un Panel Binacional al pretender hacer valer una nulidad en la instancia incorrecta.¹⁴⁴

Por su parte, BERG al contestar los argumentos de la Autoridad Investigadora, sostuvo que *"...Por elemental lógica de argumentación, si el valor normal ex work, efectivamente calculado por la autoridad en la investigación, permanece constante, con las variaciones propias del proceso inflacionario del sector en los Estados Unidos de América, y resulta que el precio de exportación actual, corresponde al valor en aduana, bajo el primer criterio de determinación, para efectos aduaneros, el monto que resulta sería superior al margen de dumping..."* *"...es de explorado derecho que el valor en aduana como apunta la Autoridad Investigadora, es producto de una discusión entre*

142 Ibidem, p.82.

143 Ibidem, p.84.

144 Ibidem, p.84-85.

*diversos países en el ámbito multilateral, que las autoridades mexicanas hacen propia en su legislación, sólo que este esquema metodológico es válido para efectos aduaneros arancelarios, sin serlo para corregir una supuesta distorsión comercial provocada por una práctica de dumping... ”.*¹⁴⁵

Asimismo, al ser interrogado el representante de BERG por el Panel en la Audiencia Pública respecto al ¿cómo, si el artículo 87 de la *Ley de Comercio Exterior* establece que las cuotas compensatorias impuestas *ad valorem* deben calcularse en términos porcentuales sobre el valor en la aduana de la mercancía, era posible fijar las mismas en base a otro parámetro?, respondió que el hecho de que la Autoridad no hubiere invocado tal fundamento, por si mismo era una anomalía, toda vez que estaba obligada a fundar su determinación y, además, que al ordenar la Autoridad aplicar la cuota compensatoria sobre el valor en la aduana rebasaba el margen de *dumping* desde el punto de vista matemático y que, por ello, la legislación, tanto interna como internacional, permitían a la Autoridad aplicar cuotas compensatorias por debajo del margen de *dumping* a efecto de no sobreproteger a la industria.¹⁴⁶

Posteriormente, en dicha Audiencia el Panel nuevamente interrogó al representante de BERG pidiéndole que procediera a especificar si la problemática radicaba en la necesidad de habersele determinado un porcentaje menor, a lo que el representante de BERG contestó que la Autoridad en su resolución no había fundamentado tal determinación y que en un Estado de Derecho estaba obligada a hacerlo y que si fue ello, había sido un olvido que debía remediarse, diciendo “...*No es que admitamos que se incurrió en dumping pero pensamos que la cuota compensatoria debe, en todo caso, aplicarse sobre una serie de bases razonables y una lógica legal, ya que lo que la ley prevé es que la cuota compensatoria elimine la distorsión pero que no*

145 Op. Cit. Número 42, p. 30.

146 Op. Cit. Número 60, pp.52-53.

inhiba al mercado...”¹⁴⁷. Posteriormente, en la citada Audiencia Pública el representante de BERG afirmó que en la Resolución Final estaba ausente el dispositivo legal que permitía a la Autoridad imponer las cuotas sobre el valor en la aduana.¹⁴⁸

Asimismo, en la citada Audiencia Pública, la Autoridad Investigadora al ser interrogada por el Panel respecto al ¿porqué en su Resolución Final no había fundado la imposición de las cuotas compensatorias en base al valor en aduana?, manifestó: que en la citada resolución no se establecía el fundamento pero que definitivamente no se encontraba dentro de su competencia el cobrar las cuotas compensatorias o los derechos *antidumping*, ya que únicamente podía determinarlos, pero que quienes la aplicaban y debían fundamentar su aplicación al momento del cobro era la autoridad aduanera y, concluyó: “... *probablemente omitimos mencionar el artículo, pero el contenido está dicho...*”.¹⁴⁹

Sentando lo anterior, es importante señalar que el artículo 87 de la *LCE*, textualmente indica:

“Las cuotas compensatorias y las medidas de salvaguarda podrán determinarse en cantidad específica o ad-valorem...Si fueren ad-valorem se calcularán en términos porcentuales sobre el valor en aduana de la mercancía.”

Por todo lo anterior, este Panel considera que la Autoridad Investigadora, al ordenar en su Resolución Final que las cuotas compensatorias impuestas se apliquen sobre el valor en aduana que se declare en el pedimento de importación correspondiente, no transgrede la fracción II del artículo 238 del *CFE*, misma que integra el Criterio de Revisión que este Panel tiene que utilizar para analizar la Resolución impugnada y que la Reclamante estima fue violentada en su perjuicio por la Autoridad Investigadora en su decisión, toda vez que a pesar de resultar evidente que en la determinación objeto de análisis la Autoridad omitió fundamentar tal aspecto de su fallo al no haber invocado el

147 *Ibidem*, pp. 53-54

148 *Idem*

149 *Ibidem*, p.73

artículo 87 de la *LCE*, también es cierto que BERG no acreditó que tal circunstancia hubiere afectado su defensa o que ello trascendiere al sentido de la Resolución que hoy se analiza, motivo por el cual tal carencia de fundamentación no deviene en un motivo suficiente para que este Panel la devuelva a la instancia anterior. Considerando lo anterior este Panel confirma la Resolución Final en este punto en debate

XI. ANÁLISIS DE LAS PRESUNTAS VIOLACIONES COMETIDAS POR LA AUTORIDAD INVESTIGADORA AL NO VALORAR EN SU DEBIDO CONTEXTO LOS ARGUMENTOS Y PRUEBAS CONTENIDOS EN EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO Y, POR TANTO, CONCLUIR DE MANERA INDEBIDA LA EXISTENCIA DE DAÑO A LA PRODUCCIÓN NACIONAL.

La Reclamante afirma que la Autoridad Investigadora infringió los artículos 3,1, 3,2, 3,4 y 3,5 del *Acuerdo Antidumping*, el artículo 41 de la *Ley de Comercio Exterior*, el artículo 64 del *Reglamento*, el artículo 238, fracción II, del *Código Fiscal de la Federación*, y los artículos 14 y 16 de la *Constitución*, al no haber considerado en su contexto los argumentos y las pruebas contenidas en el expediente administrativo y, por lo tanto, encontrando de manera inadecuada que la producción nacional resultó dañada.

Del expediente administrativo se desprende que la Autoridad Investigadora analizó las importaciones durante el periodo de investigación y encontró que la mayor parte del volumen que ingresaba al mercado mexicano procedente de los Estados Unidos de América fue importado por le empresa Gasoducto Bajanorte, S de R.L. de

C.V. (en lo sucesivo GASODUCTO) para construir un gasoducto en la península de Baja California.

Los productores mexicanos, TUBACERO en particular, no calificaron para tomar parte en el suministro de la tubería necesaria para este proyecto. La Autoridad reunió cantidades substanciales de información y analizó las transacciones que rodearon los procesos de licitación, concluyendo que las importaciones provenientes de los Estados Unidos de América habían sido realizadas con márgenes de *dumping* causándole daño a la industria nacional. Después de una explicación larga, la Autoridad Investigadora encontró que *“... se concluye que el comportamiento de las importaciones investigadas y su creciente participación en el mercado mexicano fueron resultado de los márgenes de dumping en que incurrieron hasta llegar a ubicarse a niveles por debajo de los precios nacionales, en particular con los correspondientes a Tubacero (aplicando los ajustes pertinentes para hacerlos comparables, como se indicó anteriormente) y las importaciones de otros orígenes, pero no a factores meramente competitivos...”*¹⁵⁰.

Puntos de análisis:

A. El Daño sufrido por la industria nacional es consecuencia de las importaciones que correspondieron a la subasta del 2001.

BERG alegó que la Autoridad se abstuvo de realizar un análisis objetivo de cada uno de los argumentos presentados por las partes basadas en el expediente administrativo. Asimismo, sostuvo que las importaciones investigadas no causaron daño a la industria de los Estados Unidos Mexicanos, ya que las mismas resultaron de

¹⁵⁰ Punto 180 de la Resolución Final.

subastas desfavorables a TUBACERO, el cual no cumplió con los requisitos técnicos y financieros. Según BERG, la mayor parte del volumen de la importación de los Estados Unidos de América durante el periodo investigado fue adquirido por GASODUCTO con la finalidad de satisfacer su proyecto. En el año de 2001, el volumen de las importaciones de GASODUCTO, junto con las importaciones efectuadas por otra empresa, representaron el 82% del total de las importaciones procedentes de los Estados Unidos de América y el 80% de las importaciones totales realizadas por México. BERG Añadió que, como TUBACERO no pudo ganar la referida licitación no pudo haber sido dañado por las importaciones procedentes de Estados Unidos de América correspondientes al licitador victorioso.

TUBACERO tomó parte en la licitación 2001, misma que fue objeto de la investigación pero, a decir de la Reclamante TUBACERO no satisfizo con los requisitos técnicos, logísticos, y financieros requeridos, conforme a lo establecido por GASODUCTO, quien manejó el proceso de licitación 2001. La Reclamante también indicó que TUBACERO falló en los requisitos técnicos, logísticos y financieros exigidos por la licitación indicada, por las siguientes razones:

- El informe por un auditor independiente señaló que TUBACERO no podía producir la tubería de acero de conformidad con los requisitos de tiempo del proyecto;
- TUBACERO no tenía el número de trabajadores calificados necesarios para operar los tres turnos requeridos por el proyecto;
- TUBACERO dependía de terceras personas para elaborar los platos de acero, lo cual fue relevante debido a la escasez y a la naturaleza temporal de este producto;
- La maquinaria del mencionado fabricante podría fallar en momentos críticos, debido a la falta de uso en los últimos 3 años y a un mantenimiento inadecuado;

- TUBACERO propuso entregar la tubería de acero 7 meses después de recibir la subasta;

- Los métodos industriales propuestos por TUBACERO podrían producir un número alto de tuberías de acero defectuosos; consecuentemente;

- Porque debido a que no hay ferrocarriles entre Monterrey y Mexicali la tubería de acero tendría que ser transportada primeramente a los Estados Unidos de América para llegar a su destino final en Baja California, cruzando la frontera dos veces y teniendo como resultado cuatro chequeos de aduana, y

- Durante la licitación 2001, TUBACERO presentó finanzas frágiles, falta de liquidez, escaso capital y existió insuficiente información para evaluar la situación financiera de la compañía, por lo que la empresa Sempra Energy (en lo sucesivo, SEMBRA), quién fue el evaluador de la licitación, requirió a TUBACERO que proporcionara una carta de crédito.¹⁵¹

BERG también alegó que otros factores que pudieron haber contribuido para que TUBACERO fracasara en la referida licitación, fueron: primero, TUBACERO no tenía márgenes de tiempo para solucionar acontecimientos inesperados; segundo, la planta de procesamiento para tuberías de acero no operaba satisfactoriamente; ya que la misma no había sido operada por un año y la maquinaria utilizada para los procesos de capa era utilizada en otro país y, tercero, las plantas de procesamiento estaban localizadas lejos de TUBACERO, aunque en la misma ciudad, lo que podría causar el deterioro de la tubería de acero durante su transporte.¹⁵²

Asimismo, BERG alegó que TUBACERO había propuesto realizar el proceso de coyuntura doble en Baja California, después de entregar la tubería de acero, lo cual significaba que la revisión de tales coyunturas tendría que realizarse con rayos X, lo

151 Op. Cit Número 27, pp. 55-58

152 Idem

cual podría traer como resultado tubería de baja calidad, ya que realizando dicho proceso en la planta se podría mantener un mejor control de calidad. Igualmente BERG indicó que para que TUBACERO pudiera haber realizado el proceso de coyuntura doble a tiempo, SEMPRA tendría que haber proporcionado un amplio lugar para que se acomodaran las inmensas plataformas en espacios cercanos a donde la tubería sería utilizada.¹⁵³

BERG alegó también que GASODUCTO demostró que las importaciones fueron independientes del mercado nacional al por mayor y que sus precios fueron similares a los de la tubería de acero comercializada. Igualmente indicó que, de hecho, la subasta fue concedida al proveedor que ofreció el tercer precio más alto pero que, adicionalmente, tuvo la capacidad técnica, logística y financiera para fabricar la tubería de acero de conformidad con la calidad y tiempo establecidos.¹⁵⁴

Igualmente BERG señaló que las condiciones de mercado que se establecen en aquéllos casos en que los fabricantes únicamente pueden participar cuando cumplen con ciertos requisitos, hacen que la competencia dentro de dicho mercado sea independiente a la competencia existente en un mercado libre. Por tanto, BERG afirmó que las transacciones que se realizaban en ese mercado temporal, como lo fueron los de la licitación indicada, sólo pueden afectar a las compañías que tomaron parte en la misma y no a aquellas que no participaron en ella. Por ello, BERG afirmó que las inconformidades vertidas por TUBACERO no pudieron causar, de manera alguna, un efecto adverso a la industria nacional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 41 de la *Ley de Comercio Exterior* y los artículos 3.4 y 3.5 del *Acuerdo Antidumping*. Adicionalmente, BERG indicó que es importante señalar que los precios de las

¹⁵³ Idem.

¹⁵⁴ Ibidem p.59.

licitaciones no tienen efectos en el resto del mercado, debido a que en ellas se tratan productos específicos.¹⁵⁵

BERG alegó, en conclusión, que el análisis realizado por la Autoridad Investigadora fue superficial y que careció de la minuciosidad debida. BERG afirmó que si los argumentos, la información, y las pruebas existentes en el expediente administrativo hubieran sido correctamente analizadas se hubiera concluido que las importaciones provenientes de los Estados Unidos de América no podrían haber dañado a la industria nacional.¹⁵⁶

Por su parte, la Autoridad Investigadora hizo notar que los argumentos de BERG primeramente habían sido hechos valer por GASODUCTO, contestados por el productor nacional y analizados por la Autoridad en su Resolución Preliminar¹⁵⁷ y en la Resolución Final. La Autoridad también afirmó que ni BERG ni GASODUCTO presentaron mayor información o argumentos en contra de la Resolución Preliminar¹⁵⁸ y que había confirmado los elementos importantes de la Resolución Preliminar en su Resolución Final en los puntos 184-195.

Asimismo, la Autoridad Investigadora enfatizó varios puntos resultado de su análisis, tales como¹⁵⁹:

- Durante el período de la investigación, TUBACERO tuvo suficiente capacidad técnica para elaborar la tubería con las especificaciones requeridas en la licitación indicada;

¹⁵⁵ Ibidem, p.60.

¹⁵⁶ Ibidem, p.61.

¹⁵⁷ Puntos 211, 212, 215-230, 231- 242 de la Resolución Preliminar.

¹⁵⁸ Punto 243 de la Resolución Preliminar.

¹⁵⁹ Op. Cit. Número 31, pp. 97-100.

- No hay evidencia objetiva para asumir que una compañía que no está verticalmente integrada no pueda producir las mercancías a tiempo y en los volúmenes requeridos;

- Durante los años 2001 y 2002 TUBACERO informó la disponibilidad de su equipo y los porcentajes de devolución de mercadería, los cuales oscilaban entre el 1 y 2 por ciento;

- El Informe de Auditoría aplicado a TUBACERO estableció que su sistema de calidad fue satisfactorio, después de acciones preventivas y correctivas;

- Según en Informe de Auditoría TUBACERO ha participado en varios proyectos abasteciendo el producto mencionado, utilizando un método para producir la tubería que ha sido aceptado completamente por los usuarios principales;

- Situaciones tales como el número de cruces de la frontera y el cambio de la producción de una empresa a otra no representan obstáculos para tener productos de baja calidad o demoras en su entrega.

- Pruebas existentes en el expediente administrativo demuestran que el productor nacional propuso empezar las entregas de tubería después de tres meses y una semana a partir de la fecha de premio¹⁶⁰, el cual no fue el período más largo considerado por GASODUCTO;

- SEMPRA no tomó la opción ofrecida por TUBACERO en el sentido de producir una “coyuntura doble” (producción de tubería de 80 pies al soldar dos coyunturas de 40 pies) fuera de su empresa. Máxime cuando SEMPRA no informó a TUBACERO que esta hubiere sido una razón para no calificar en la subasta y a pesar de que TUBACERO pudo ofrecer el proceso de “coyuntura doble” en su propia empresa, debido a la compañía tenía la maquinaria necesaria para ello;

160 Punto 236 de la Resolución Preliminar.

- Hay evidencia en el sentido de que TUBACERO tendría el capital necesario¹⁶¹ ya que el Banco Nacional de Comercio Exterior (en lo sucesivo, BANCOMEXT) manifestó su disponibilidad para financiar a TUBACERO:

- TUBACERO requirió un pago anticipado del 64 por ciento del valor total de la licitación dentro de los tres meses siguientes a la firma del contrato a efecto de mantener su posición competitiva en la subasta; pero que, sin embargo, en caso de resultar ganador hubiese procurado cumplir con las condiciones y términos de pago establecidos en el proceso;

- Existe evidencia para determinar que el proceso de subasta no ocurrió en un mercado de venta aislado en el cual no tenga influencia alguna sobre otros canales de distribución de producto similar¹⁶²;

- Las licitaciones en el mercado mexicano son el principal canal de la comercialización del producto investigado¹⁶³;

- La magnitud de la licitación representó cerca del 63 por ciento del consumo nacional¹⁶⁴, lo cual explicó el crecimiento del 903 por ciento en términos absolutos de las importaciones objeto de la investigación durante el 2001 con respecto al año 2000 y el aumento de 469 por ciento en el período de investigación con relación al año 1999¹⁶⁵. Esta subasta explica también que las referidas importaciones cambiaran de un 7 por ciento a un 67 por ciento del consumo nacional desde el año de 1999 hasta el año 2001¹⁶⁶;

- En general el proceso de licitación y específicamente la licitación del 2001 empuja a los participantes a ofrecer sus mejores opciones y los precios más bajos.

Afirmó que TUBACERO había señalado que fue forzado a cortar un 16.5 por ciento de

161 Puntos 289 y 290 de la Resolución Preliminar y 219 de la Resolución Final.

162 Puntos 157 y 165 de la Resolución Preliminar, y 219 de la Resolución Final.

163 Puntos 66-68, de la Resolución Final y 137-139 de la Resolución Preliminar y 117-120 de la Resolución Final.

164 Punto 191 de la Resolución Final.

165 Punto 136 de la Resolución Final.

166 Punto 142 de la Resolución Final.

sus precios debido a este proceso y que el precio final fue por debajo del precio de la tubería vendida en los Estados Unidos de América a través de licitaciones¹⁶⁷;

- Debido a que la Autoridad había tenido acceso al archivo electrónico de la licitación¹⁶⁸, pudo analizar las diferentes propuestas y explico que aunque las importaciones fueron el resultado del proceso de licitación, ello no significa que las mismas no entraran en el mercado mexicano sin márgenes de *dumping* o que el precio no fuera un elemento determinante para adquirir la mercancía¹⁶⁹;

- Encontró que las importaciones procedentes de los Estados Unidos de América se habían realizado con márgenes de *dumping* superiores al 25.43 por ciento y al 6.77 por ciento, dependiendo de la compañía de exportación y que la empresa ganadora de la licitación del 2001 tuvo un margen de *dumping* del 25.43 por ciento¹⁷⁰;

- Que para evaluar los argumentos de todos los participantes, tener más información acerca del mercado de exportación nacional y de los Estados Unidos de América, así como de las ventas por licitación y al por mayor, solicitó información adicional de los participantes. Sin embargo, aunque BERG cooperó OREGON no respondió, alegando que la información no era pertinente para calcular el margen de *dumping* y que toda la información necesaria ya había sido presentada¹⁷¹;

- Señaló las razones por las cuales comparó el precio verdadero de las importaciones con el precio de venta en el mercado nacional en términos equivalentes¹⁷²;

- Del análisis de la información mencionada concluyó que los precios de las importaciones objeto de *dumping* se encontraban por debajo de los precios nacionales en los márgenes entre el 1 y el 13 por ciento;

167 Punto 95 y 96 de la Resolución Final.

168 Punto 185 de la Resolución Preliminar.

169 Punto 184 de la Resolución Preliminar y puntos 158 y 179 de la Resolución Final.

170 Puntos 50 y 102 de la Resolución Final.

171 Puntos 164-165 de la Resolución Final.

172 Puntos 197-203 de la Resolución Preliminar y 173-179 de la Resolución Final.

- Que tuvo acceso al archivo electrónico de la licitación y al contrato que muestra los términos y las condiciones para adjudicar la misma a OREGON y que de ese análisis pudo determinar que el pago aceptado por OREGON fue 4 por ciento mas bajo que el precio que la misma ofreció al cierre de la licitación; y

- Que para determinar el daño a la producción nacional basó su análisis no sólo en los precios debajo del valor, sino también en la evaluación general de todos los elementos establecidos en los artículos 3.1, 3.2, 3.4 y 3.5 del *Acuerdo Antidumping*¹⁷³.

Atento a lo anterior, este Panel advierte que: la mayoría de la tubería de acero importada procedente de los Estados Unidos de América durante el periodo de investigación entró a los Estados Unidos Mexicanos para cumplir con el contrato de GASODUCTO; que dicho contrato había sido otorgado a los productores de Estados Unidos de América después de un extenso proceso competitivo que incluyó tanto a productores mexicanos como a norteamericanos; que el resultado en apariencia se basó en factores objetivos; que los licitadores habían sido auditados por la misma empresa¹⁷⁴. Asimismo, este Panel hace notar que BERG y GASODUCTO destacaron varias deficiencias en que a su juicio incurrieron los productores nacionales lo cual trajo como resultado la selección de un productor de los Estados Unidos de América.

Derivado de los planteamientos realizados por BERG respecto a este punto, los cuales deben ser analizados de manera ordenada por este Panel a efecto de estar en aptitud de determinar la legitimidad de las conclusiones a que llegó la Autoridad Investigadora, se advierten los siguientes cuestionamientos:

173 Puntos 121-242 de la Resolución Final.

174 Es importante mencionar que la mayor parte de los documentos indicados por BERG en respuesta a la Orden del Panel del 27 de abril del 2007 para demostrar que TUBACERO no calificó, también fueron identificados por la Autoridad y que la información relacionada con el Informe de Auditoría referido fue revisado por el Panel a efecto de confirmar la evidencia mencionada por los Participantes.

- ¿Tuvo la Autoridad Investigadora la facultad legal para investigar mas allá de la transacción derivada de la licitación con la finalidad de determinar el margen de *dumping*?

- ¿Cumplió la Autoridad Investigadora con las exigencias legales para analizar el proceso de licitación?

- ¿Tuvo la Autoridad Investigadora las evidencias suficientes para formular las conclusiones a que llegó?

- ¿Fue legalmente apropiado el análisis de causalidad realizado por la Autoridad Investigadora?

- ¿La adjudicación de la licitación y los embarques resultantes son independientes del mercado nacional y, por lo tanto, no se encuentran sujetos a las provisiones *antidumping* de la ley mexicana?

- ¿Si TUBACERO simplemente no calificó para obtener la adjudicación del contrato objeto de la licitación, pudieron las importaciones de Estados Unidos de América dañar la industria nacional?

1. *¿Tuvo la Autoridad Investigadora la facultad legal para investigar mas allá de la transacción derivada de la licitación con la finalidad de determinar el margen de dumping?*

Es importante señalar que el artículo 41 de la *LCE* asigna específicamente al Secretario de Economía la responsabilidad de determinar si la importación de las mercancías a los Estados Unidos Mexicanos causa daño a la industria nacional por competir con ella de manera desleal. De acuerdo con la *LCE*, la Autoridad Investigadora es delegada de tal responsabilidad y su labor consiste en realizar las

investigaciones necesarias y, en su caso, determinar la discriminación de precios y el daño correspondientes, teniendo en cuenta los factores siguientes:

- El volumen de importaciones, con la finalidad de determinar si ha existido un aumento considerable de las mismas en relación con la producción o el consumo interno del país;

- El efecto que sobre los precios de productos idénticos o similares en el mercado interno, causa o pueda causar la importación de mercancías en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional, para lo cual deberá considerarse si la mercancía importada se vende en el mercado interno a un precio considerablemente inferior al de los productos idénticos o similares, o bien si el efecto de tales importaciones es hacer bajar los precios anormalmente o impedir en la misma medida el alza razonable que en otro caso se hubiera producido,

- El efecto causado o que pueda causarse sobre los productores nacionales de mercancías idénticas o similares a las importadas, considerando todos los factores e índices económicos pertinentes que influyan en la condición del sector correspondiente, tales como la disminución apreciada y potencial en el volumen de producción, las ventas, la participación en el mercado, las utilidades, la productividad, el rendimiento de las inversiones o la utilización de la capacidad instalada; los factores que repercuten en los precios internos; y los efectos negativos apreciados y potenciales en el flujo de caja, las existencias, el empleo, los salarios, la capacidad de reunir capital, la inversión o el crecimiento de la producción, y

- Los demás elementos que considere conveniente la Secretaría.¹⁷⁵

Basado en esta previsión legal, la Autoridad Investigadora tiene no sólo la facultad para revisar el proceso de licitación¹⁷⁶ sino la responsabilidad legal de hacerlo.

¹⁷⁵ Artículo 41 de la LCE y 3.1 del ADA.

¹⁷⁶ Vea los volúmenes 1 y 2 del registro. Anexo 15 A, los Resultados de la Subasta electrónicamente.

Las obligaciones de la Autoridad Investigadora se extienden a determinar si el contrato permitió o no la discriminación de precios que causó daño a los productores nacionales.

2. ¿Cumplió la Autoridad Investigadora con las exigencias legales para analizar el proceso de licitación?

Este Panel advierte que los argumentos de BERG están basados en infracciones al artículo 41 de la *LCE*, por lo que entrando al análisis de dicho ordenamiento resulta evidente que la Autoridad Investigadora cumplió todos los requisitos legales necesarios para analizar la adjudicación de la licitación y que, además, fue acorde con los requisitos exigidos por el *Acuerdo Antidumping*, particularmente con su artículo 3, al reunir la evidencia y analizarla con considerable detalle.

3. ¿Tuvo la Autoridad Investigadora las evidencias suficientes para formular las conclusiones a que llegó?

Este Panel también advierte que la Autoridad Investigadora reunió información extensa acerca de la adjudicación de la licitación correspondiente, del proceso de la misma, de los volúmenes de las importaciones, de los precios, de las prácticas comerciales de la industria y que, además, analizó dicha información extensamente en su Resolución Preliminar y Final. Cabe señalar que los representantes de la Autoridad fueron interrogados por el Panel durante la Audiencia Pública y que la Autoridad contestó a los requerimientos realizados por el Panel mediante Orden de fecha 27 de abril de 2007 por escrito, describiendo en el mismos las evidencias que fueron base de su Resolución e identificando los documentos existentes en el expediente administrativo de la investigación que fueron solicitados¹⁷⁷. Este Panel no puede incluir nuevas

¹⁷⁷ En este sentido, los documentos existentes en el expediente administrativo señalados por la Autoridad Investigadora fueron revisados por este Panel.

pruebas a las ya existentes y sólo puede que determinar si las mismas fueron suficientes para sostener las conclusiones de la Autoridad. Una vez analizadas las pruebas presentadas por la Autoridad, este Panel concluye, sin duda alguna, que la Autoridad Investigadora tuvo suficientes pruebas las cuales sostienen sus conclusiones.

4. *¿Fue legalmente apropiado el análisis de causalidad realizado por la Autoridad Investigadora?*

Este Panel igualmente advierte que la Autoridad Investigadora se allegó de evidencias sólidas, mismas que fueron revisadas a detalle en los documentos que integran el expediente administrativo y en ambas resoluciones, la Preliminar y la Final, de conformidad con el artículo 41 de la *LCE* y las provisiones del *Acuerdo Antidumping*. Sin embargo, este Panel se hace los siguientes cuestionamientos: si las importaciones de Estados Unidos de América producto de la licitación debían ser incluidas en el análisis de daño y si a los productores nacionales no se les debió adjudicar la licitación. Cuestionamientos que serán evaluados con mayor detalle por este Panel, tal como se muestra a continuación.

5. *¿La adjudicación de la licitación y los embarques resultantes son independientes del mercado nacional y, por lo tanto, no se encuentran sujetos a las provisiones antidumping de la ley mexicana?*

BERG alega que como los productores mexicanos no pudieron calificar para que se les adjudicara el contrato derivado de la licitación del 2001, dicho proceso de licitación es independiente al mercado nacional. Este Panel considera que esta interpretación es a todas luces incorrecta. En efecto, en términos del *Acuerdo Antidumping* es claro que los productos que se comercian hacen referencia a mercados

nacionales no a mercados globales. A mayor abundamiento, la *LCE* hace clara referencia al funcionamiento del mercado doméstico. Por ello, suponiendo sin conceder que ningún productor nacional hubiera licitado en el 2001 para la adjudicación del contrato de referencia, las importaciones seguirían entrando al mercado nacional, cruzando las fronteras y vendiéndose a los importadores mexicanos. Por lo que excluir dichas ventas del mercado nacional sería un grave error legal y, lógicamente, sin sentido.

6. ¿Si TUBACERO simplemente no calificó para obtener la adjudicación del contrato objeto de la licitación, pudieron las importaciones de Estados Unidos de América dañar la industria nacional?

Como resultado de su investigación la Autoridad Investigadora concluyó que TUBACERO debió haber calificado para que se le adjudicara el contrato objeto de la licitación. Este Panel observa que existen pruebas, mismas que fueron analizadas por la Autoridad, consistentes en el reporte emitido por el auditor que evaluó a TUBACERO¹⁷⁸ y que fue tomado en cuenta por SEMPRA para decidir que TUBACERO, por razones técnicas, no calificaba para obtener el contrato derivado de la licitación. Asimismo, este Panel observa que también existen evidencias que señalan que el contrato se otorgó a la empresa que presentó el precio mas bajo, a pesar de las precisiones manifestadas y encontradas por el mismo auditor¹⁷⁹. Este Panel también advierte que una misma empresa auditó a TUBACERO y a los demás productores que compitieron en el proceso de licitación y que en el reporte hecho con motivo de la evaluación de TUBACERO es claro que la misma fue aprobada con algunas precisiones respecto a su desempeño y también que el otro participante fue aprobado, a pesar de

178 Documento 0400304, Enero 20, 2004, "otras respuestas" TUBACERO, Volumen 23 Expediente Confidencial Anexo I B

179 Idem.

contar con un sistema de calidad débil. Es importante mencionar, que la compañía de auditoria también verificó y aprobó a la compañía que TUBACERO propuso para hacer el recubrimiento, por lo que es claro que la decisión de compra en el proceso de licitación la tomó la empresa licitadora, la cual, si bien observó los resultados de la auditoria, estos no fueron obligatorios para su toma de decisiones.

A mayor abundamiento, el hecho de que a TUBACERO no se le hubiere adjudicado el contrato objeto de la licitación, no lo exime para que se le puedan causar daños por el precio y los volúmenes de las importaciones del producto investigado, mismos que entraron al mercado nacional. Cabe puntualizar, que la Autoridad Investigadora analizó el proceso de licitación y encontró que TUBACERO había reducido su precio debido a que el otro concursante, al final del proceso de puja, propuso un precio que fue 16.5 por ciento inferior al que la solicitante de la investigación *antidumping* había ofrecido en su primera postura¹⁸⁰. Desde ahora, este Panel señala que no le compete sustituir el juicio de la Autoridad Investigadora, especialmente cuando la misma se encuentra debidamente soportada en el expediente, la cual no muestra una decisión contraria a la emitida por la Autoridad Investigadora. En este caso, la evidencia existente en el expediente administrativo permite a la Autoridad Investigadora dar fundamento a sus conclusiones, a pesar del hecho de que la empresa licitadora SEMPRA no calificó a TUBACERO para adjudicarle el contrato. Ciertamente la evidencia fundamenta el fallo de la Autoridad Investigadora, por lo que este Panel no puede anular la Resolución Final, ante la ausencia de omisión o error legal, como es el caso que nos ocupa.

Por todas las razones descritas en esta sección, el Panel confirma la Resolución emitida por la Autoridad Investigadora, respecto a este punto.

180 Punto 148 de la Resolución Final.

B. Precios promedio de las importaciones procedentes de los Estados Unidos de América.

BERG argumentó que el precio promedio en los Estados Unidos de América en el año de 2001 no fue distorsionado por la discriminación de precios, aun mas esos precios se recuperaron a los niveles observados en el año de 1999 debido a las prácticas comerciales comunes en los mercados internacionales del acero y el hierro. Por lo tanto, los precios en el año de 2001 respecto del producto investigado no pudieron causar daño a la industria mexicana. El comportamiento de las importaciones de los Estados Unidos de América indicó una reorganización de los niveles de las mismas, por lo que no hubo un efecto negativo en la producción nacional a causa de la tubería importada. Adicionalmente, el total importado de tubería, independientemente de su origen, registró un nivel menor en el mercado nacional durante el periodo de investigación.

Por su parte, la Autoridad Investigadora argumentó que el comportamiento en el precio de las importaciones procedentes de los Estados Unidos de América no permite determinar si las importaciones del producto investigado fueron discriminadas o no. La Autoridad hizo un análisis completo, de conformidad con el *Acuerdo Antidumping*, resultando en importaciones provenientes de los Estados Unidos de América con márgenes de *dumping* de 6.77 y 25.43 por ciento.

Asimismo, BERG describió el comportamiento de los precios en las importaciones provenientes de los Estados Unidos de América, explicando porque durante los años de 1999 y 2001, la tubería importada incluyó accesorios y recubrimiento, resultando precios mayores¹⁸¹.

181 Resolución Final punto 168 de la Resolución Final.

La Autoridad Investigadora también indicó que las importaciones provenientes de los Estados Unidos de América no solamente registraron precios *dumping* por debajo del precio nacional del producto investigado, sino también por debajo del precio de productos de otros orígenes. De un análisis detallado de las importaciones, la Autoridad Investigadora concluyó que aquellas provenientes de los Estados Unidos de América registraron un aumento significativo en términos relativos y absolutos, y también en relación con el tamaño del mercado mexicano¹⁸². La Autoridad Investigadora también analizó los efectos de las importaciones objeto de *dumping* en los precios nacionales, considerando entre otros elementos, si los precios de estas importaciones se ubicaron por debajo de los precios nacionales y también en comparación con las de otros orígenes, o si el precio de estas importaciones había tenido el efecto de contener o hacer bajar los precios nacionales.

Este Panel, después de revisar los argumentos y evidencias mencionadas por la Autoridad Investigadora en su respuesta a la Orden del Panel emitida el día 27 de abril del año en curso, concluye que la Autoridad hizo un análisis integral de todos los elementos que influyeron en la industria nacional, no únicamente tomando en cuenta el argumento mencionado por BERG en relación a la reorganización de las importaciones de los Estados Unidos de América, resultando una determinación de daño a la industria nacional en términos de lo dispuesto por el artículo 3 del *Acuerdo Antidumping*, el artículo 41 de la *LCE* y el artículo 64 de su *Reglamento*, realizando un análisis detallado de las importaciones y concluyendo que las aquellas provenientes de los Estados Unidos de América registraron un aumento significativo en términos relativos y absolutos, en relación con el mercado mexicano.¹⁸³

182 Puntos 135-144 de la Resolución Final.

183 Ver volúmenes 1 y 2 del expediente administrativo. Anexos 4 y 7. Impacto de las importaciones *dumping* en el consumo nacional aparente y en otros indicadores.

En este sentido, es importante mencionar por este Panel que uno de los elementos que evidencian el daño a la industria nacional fue el cierre de uno de los productores mexicanos y otros elementos que también sustentan la decisión de daño son los descritos detalladamente por la Autoridad en sus resoluciones, Preliminar y Final. El Panel destaca que no puede sustituir con una interpretación diferente, el análisis hecho por la Autoridad, en base a la evidencia que se encuentra en el expediente, por lo que confirma la decisión de la Autoridad Investigadora, en cuanto a este punto.

C. Las importaciones de BERG no causaron daño a la industria nacional.

De conformidad con lo argumentado por BERG, la Autoridad Investigadora falló en hacer un análisis de causalidad con relación al volumen y al precio de las importaciones realizadas por la Reclamante. Berg afirma que sus exportaciones no causaron el daño alegado porque estas sólo representaron 0.8 por ciento del total de las importaciones provenientes de los Estados Unidos de América en el año de 2001, y el precio promedio de estas importaciones fue significativamente más alto que el precio de venta ofrecido por la industria nacional y alegó que esto no fue considerado por la Autoridad Investigadora en su análisis de daño.

Por su parte, la Autoridad Investigadora hizo un análisis de las importaciones provenientes de los Estados Unidos de América y sus posibles efectos en los precios nacionales y también sobre otros indicadores, sin separar las importaciones de BERG. La Autoridad argumentó que dicho análisis tomó en cuenta la totalidad de las importaciones, incluyendo las de BERG, por dos razones: 1) de conformidad con el artículo 3.1 del *Acuerdo Antidumping* el análisis deberá ser hecho considerando el total de las importaciones del producto investigado, y 2) la recaudación de las cuotas

antidumping debe ser hecha sin discriminación sobre las importaciones del producto objeto de investigación, cualquiera que sea su procedencia.¹⁸⁴

Sentado lo anterior, este Panel considera que la Autoridad Investigadora realizó un análisis de causalidad con base en las disposiciones legales que la rigen. No obstante el bajo volumen de las importaciones de BERG, la Autoridad Investigadora hubiera cometido un gran error legal al separar las mismas para darles un tratamiento especial. Aun más, este bajo volumen argumentado por BERG no implica que la Autoridad Investigadora no tenga que tomar en cuenta a dichas importaciones en su análisis integral. El criterio de *minimis*, de conformidad con el artículo 5.8 del *Acuerdo Antidumping*, se aplica a todas las importaciones *dumping* de un país, lo cual sucede en este caso; no para una empresa por separado¹⁸⁵. Por lo tanto, no hay elementos para que este Panel tome una acción diferente a la de confirmar la decisión de la Autoridad Investigadora, en este punto.

D. El análisis de la Autoridad Investigadora es erróneo porque el daño fue causado por la caída en exportaciones en el 2001.

BERG apuntó que las exportaciones totales de la industria nacional registraron una caída del 6 por ciento en el año 2000 en comparación con el año de 1999, y en un 37 por ciento durante el periodo de investigación, con relación al año 2000 y que los productores nacionales alegaron que esta caída en sus exportaciones era debido a la medida *antidumping* temporal decretada el 21 de febrero del 2001 aplicada por el Gobierno de los Estados Unidos de América contra las exportaciones mexicanas del producto investigado. BERG señaló como precedente el caso de la OMC número

184 Artículo 9.2 del Acuerdo Antidumping.

185 Artículo 5.8 "...Normalmente se considerara insignificante el volumen de las importaciones objeto de dumping cuando se establezca que las procedentes de un determinado país representan menos del 3 por ciento de las importaciones del producto similar en el miembro importador..."

WT/DS184/AB/R¹⁸⁶, el cual encontró que la Autoridad Investigadora debería asegurarse que el daño no atribuible a las importaciones discriminadas debe ser apropiadamente analizado como “*otros factores*” que causan el mismo, y que la Autoridad Investigadora, en el presente caso, no hizo tal distinción en su análisis, por lo que no tiene bases racionales para concluir que las condiciones de *dumping* son de hecho la causa del daño.

Contrario a lo argumentado por BERG, la Autoridad Investigadora hizo un análisis detallado del daño y su relación causal, incluyendo los elementos que deben ser considerados de conformidad con lo dispuesto por los artículos 39 y 41 de la *LCE*, los artículos 64 y 69 de su *Reglamento* y el artículo 3.5 del *Acuerdo Antidumping*. Asimismo, la Autoridad Investigadora analizó los argumentos presentados por GASODUCTO y TUBACERO referentes a las causas del comportamiento de las exportaciones de la producción nacional¹⁸⁷. También, la Autoridad encontró que la reducción en las exportaciones de la producción nacional fue explicada por la medida *antidumping* provisional aplicada por el gobierno de los Estados Unidos de América¹⁸⁸. Igualmente, la Autoridad Investigadora determinó que la reducción de las exportaciones mexicanas, adicionada con la pérdida de mercado sufrida por la producción nacional a causa de las importaciones objeto de *dumping* del producto investigado procedentes de los Estados Unidos de América, aumentaron la vulnerabilidad de la producción nacional a las prácticas desleales de comercio internacional¹⁸⁹.

La Autoridad Investigadora determinó que otros elementos que pudieron haber afectado a la industria nacional, tales como la contracción del mercado nacional (el cual está ligado a la baja demanda generada por PEMEX), debió haber afectado al producto

186 Op. Cit. Número 27, p.73.

187 Puntos 189, 192 y 193 de la Resolución Final.

188 Puntos 299, de la Resolución Preliminar y 189 de la Resolución final.

189 Puntos 204-208 de la Resolución Final.

investigado procedente de los Estados Unidos de América, situación que no sucedió debido al aumento en el volumen importado del producto investigado procedente de este país, y su creciente participación en el mercado nacional¹⁹⁰. Asimismo, la Autoridad Investigadora señaló que no tuvo conocimiento de otros elementos tales como tecnología, competitividad y productividad, que pudieron haber explicado el adverso comportamiento de indicadores relevantes de la producción nacional.

Sentado lo anterior, este Panel observa que la Autoridad Investigadora realizó un análisis detallado del daño y de su causalidad, con base en las disposiciones aplicables de la *Ley de Comercio Exterior* y su *Reglamento*. Asimismo, advierte que la Autoridad Investigadora revisó cuidadosamente otros elementos, excepto aquellos que no fueron prueba relevante en el expediente administrativo. Aún cuando el Panel no estuviere de acuerdo con la decisión de la Autoridad, situación que no acontece en este caso, no tiene bases legales para devolver la Resolución a la instancia anterior, ya que la Autoridad Investigadora no cometió ningún error legal ni ignoró las pruebas existentes en el expediente administrativo. Es evidente que cuando la decisión de la Autoridad está soportada y fundamentada por evidencia en el expediente –como el Panel pudo confirmar con las aseveraciones mencionadas en la respuesta de la Autoridad a la Orden del Panel de fecha 27 de abril del 2007¹⁹¹- y de la lectura de su decisión, se desprende que su análisis la llevó razonablemente a la conclusión que alcanzó, por lo que el Panel no debe interferir substituyendo su juicio por el de la Autoridad. En consecuencia, la determinación de la Autoridad Investigadora, en este punto, es confirmada por este Panel.

190 Puntos 224-232, Resolución Final.

191 Con relación a las exportaciones de TUBACERO, BERG en su respuesta a la Orden del Panel, solamente señaló que las evidencias en apoyo a sus argumentos fueron presentadas en su Memorial de Reclamación de fecha 25 de julio del 2005. La caída en las exportaciones de TUBACERO es un argumento presentado por GASODUCTO, compañía que no participó en esta revisión ante Panel Binacional. Este punto solamente se menciona con relación a la importancia de las exportaciones pero sin ninguna relación o vinculación con el daño (Volumen 22 del expediente administrativo. Respuesta de GASODUCTO a requerimiento de la Autoridad).

E. Impacto en indicadores como ventas, producción y capacidad instalada.

Como BERG alegó en su Memorial de Reclamación, los artículos 3.4 del *Acuerdo Antidumping* y el artículo 41 de la *LCE* ordenan a la Autoridad Investigadora considerar todos los factores e índices económicos que tienen influencia en la condición de la industria nacional, ya que, de conformidad con estos ordenamientos legales, las ventas internas, la capacidad instalada y la producción nacional tienen injerencia en el comportamiento de la misma. En efecto, la Resolución Final determinó lo siguiente:

- La producción nacional cayó 40 por ciento en el año 2000 en relación con el año de 1999 y tuvo un incremento del 37 por ciento en el año de 2001.

- Las ventas internas aumentaron 73 por ciento en el año 2000 en comparación con el año anterior y registraron una caída del 1 por ciento en el 2001.

- La capacidad instalada tuvo un decremento del orden del 11 por ciento en el año 2000 con relación al año de 1999 y un aumento en el 2001.

BERG indicó que analizando estos hechos, se puede concluir que las importaciones de tubería de acero originarias de los Estados Unidos de América no causaron daño a la producción nacional. Estos elementos muestran que mientras la producción nacional y la capacidad instalada aumentaron considerablemente, las ventas internas cayeron 1 por ciento, lo cual no puede ser considerado daño de conformidad con el marco legal. Sin embargo, la Reclamante sostuvo que la Autoridad Investigadora concluyó en su Resolución Final que el comportamiento de estas variables económicas es un indicador del daño causado a la industria nacional. BERG manifestó además que no está de acuerdo con el análisis de la Autoridad “*punta a punta*”, porque dicho análisis tiene que ser complementado con un análisis que incluya años intermedios. BERG argumentó igualmente que la variación en la producción nacional, ventas internas y capacidad instalada durante el periodo de investigación, corresponde a un

decremento en las exportaciones de la producción nacional durante el periodo de investigación y que no puede ser interpretado como un indicador de daño a la industria nacional.

Por su parte, la Autoridad Investigadora analizó el comportamiento de los indicadores de la producción nacional durante todos los años del periodo de investigación. Asimismo, la Autoridad analizó el daño en el contexto de la industria y el mercado de manera integral¹⁹². Además, la Autoridad Investigadora evaluó las importaciones objeto de *dumping* por lo menos de tres años para poder apreciar de manera más clara las tendencias durante el periodo de investigación¹⁹³. Adicionalmente, la Autoridad Investigadora argumentó que la determinación de daño no puede ser basada únicamente en el comportamiento de los tres indicadores mencionados por BERG, ya que la Autoridad Investigadora, conforme al marco legal, debe considerar otros elementos en su análisis.

Sentado lo anterior, este Panel advierte que el artículo 41, fracción III, de la *LCE* establece las bases legales en virtud de las cuales la Autoridad Investigadora debe determinar el impacto sufrido por la industria nacional a causa de las importaciones objeto de *dumping*.

Los elementos mencionados por BERG están razonablemente relacionados con el análisis de daño, no son por sí solos determinantes ya que, de conformidad con el artículo en comento, la Autoridad tiene que analizar el peso de todos los factores existentes para determinar el daño a la industria. Los elementos o factores que deben ser considerados, de conformidad con el ordenamiento legal señalado, incluyen los efectos del volumen, efectos sobre los precios, el impacto a los importadores de mercancías idénticas o similares y otros factores relevantes.

192 Puntos 121-242 Resolución Final.

193 Artículo 65 del Reglamento y punto 246 de la Resolución Final.

Después de analizar el expediente administrativo, este Panel advierte que la Autoridad Investigadora se allegó de una evidencia extensa respecto de todos los elementos que pueden ayudarla a determinar el impacto a la industria.¹⁹⁴ Asimismo, la Autoridad valoró las pruebas y elaboró un análisis claro en su Resolución Final. Por ello, este Panel no vislumbra razón alguna para solicitar modificaciones al análisis de daño y devolver la decisión a la instancia anterior, la cual tiene la experiencia legal y económica para realizar tales determinaciones. Por lo tanto, este Panel confirma la Resolución Final emitida por la Autoridad Investigadora, en relación a este punto.

F. La Autoridad Investigadora falló al incluir las importaciones sujetas a la licitación del 2001 en su análisis de daño.

La Reclamante afirmó que cuando se negocian importaciones independientes del canal de mayoreo en el mercado nacional, las importaciones sujetas a la licitación por ley debieron haber sido excluidas de la estimación de daño. Asimismo, BERG argumentó que los productos objeto de la licitación 2001, a que se ha referido, son dirigidos a un mercado completamente diferente al del comercio normal, ya que únicamente aquellos productores que cumplen con ciertos requerimientos pueden participar en las licitaciones; por lo que la competencia que resulta de este canal es independiente de la competencia resultante del comercio normal. Por lo tanto, las transacciones que toman lugar dentro de un canal temporal y esporádico, como lo es el de las licitaciones, solamente afectan a aquellas compañías que participaron en la licitación y no a las que no participaron en ella, aun cuando formen parte de la industria nacional y de los productos investigados. BERG continuó afirmando que a pesar de que

¹⁹⁴ Evidencia señalada por la Autoridad Investigadora en su respuesta a la Orden del Panel. Volúmenes 1 y 2 del expediente administrativo

la Autoridad Investigadora hubiera incluido legalmente dichas importaciones sujetas a la licitación del 2001 en su análisis de daño, considera que las mismas no justifican el daño alegado, por las siguientes razones:

- TUBACERO participó en la licitación del 2001.
- TUBACERO no cumplió con los requerimientos técnicos, legales, logísticos y financieros solicitados en la licitación.
- Las ofertas aceptadas en la licitación del 2001, contenían precios mayores a los ofrecidos por TUBACERO.
- El precio no fue el factor determinante para la adjudicación de contrato objeto de la licitación realizada por GASODUCTO y que resulta evidente que las importaciones realizadas a los Estados Unidos Mexicanos durante el periodo de investigación no pudieron haber causado el daño alegado porque el precio al cual fueron importadas no tuvo efectos adversos identificables en los indicadores económicos, tales como: producción, ventas, precios, inventarios, etc., como tampoco lo tuvieron en los indicadores financieros de la industria nacional.

Sentado lo anterior, este Panel advierte que los argumentos hechos valer por BERG en este apartado ya han quedado analizados con anterioridad y que, al respecto, el Panel consideró que la Autoridad Investigadora había efectuado un análisis apropiado de la evidencia, en tanto que no había encontrado argumentos presentados por BERG encaminados a fundamentar y explicar claramente las razones por las cuales era necesario excluir del análisis de daño a las importaciones objeto de la licitación de referencia, situación que también fue claramente observada durante el desarrollo de la Audiencia Pública. Por ello, atento a la conclusión a que arribó en la sección relativa a la licitación del 2001, este Panel confirma la decisión de la Autoridad Investigadora, en lo que respecta a este punto.

XII. DETERMINACIÓN.

Por todos los razonamientos vertidos con anterioridad, este Panel estima infundadas las presuntas violaciones hechas valer por BERG en el presente Mecanismo de Revisión y Solución de Controversias en Materia de Cuotas *Antidumping* y Compensatorias previsto por el Artículo 1904 del Capítulo XIX del TLCAN.

Se confirma en consecuencia la Resolución Final emitida con fecha 17 de mayo de 2005 y publicada en el *Diario Oficial* del 27 de mayo de 2005, relativa a la *Investigación Antidumping sobre las Importaciones de Tubería de Acero al Carbono con Costura Longitudinal Recta, Mercancía Actualmente Clasificada en las Fracciones Arancelarias 7305.11.01 y 7305.12.01 de la tarifa de la Ley de los Impuestos Generales de Importación y de Exportación, Originarias de los Estados Unidos de América, independientemente del País de Procedencia.*

Firmada en el original por:

Fecha de emisión: 14 de marzo de 2008.

James Holbein.

3 de marzo de 2008.

James Holbein.

Héctor Cuadra y Moreno.

4 de marzo de 2008.

Héctor Cuadra y Moreno.

Oscar Cruz Barney.

3 de marzo de 2008.

Oscar Cruz Barney.

Francisco José Contreras Vaca.

2 de marzo de 2008.

Francisco José Contreras Vaca.

VOTO PARTICULAR

Aún y cuando no estoy en desacuerdo con la opinión afirmativa de la mayoría de este Panel con respecto a los temas I, III, IV, V y VI, contenidos respectivamente en las secciones VI, VIII, IX, X y XI de la opinión de la mayoría, debo respetuosamente disentir de su conclusión respecto al tema II. Lo hago porque me es imposible conciliar la opinión de la mayoría con lo que considero que es nuestra obligación de acuerdo al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). El que la mayoría no se haya conducido en el proceso de revisión, estrictamente de acuerdo al Capítulo 19 del TLCAN, ha arrojado como resultado el que se haya hecho una revisión arbitral de la investigación antidumping en cuestión, en lugar de una revisión ante un Panel Binacional. Además, no puedo coincidir con el tratamiento que la mayoría da al tema II, ya que esto nos llevaría a confirmar una ilegalidad, al no apreciar la relevancia de los compromisos internacionales de México en acuerdo a su derecho nacional.

En mi voto particular, tengo en cuenta el papel de este Panel Binacional, así como del derecho aplicable. El entender el papel de este Panel Binacional, requiere de una apreciación de sus orígenes, así como de una comprensión funcional de los criterios de revisión aplicables. De manera similar, el entender el derecho aplicable requiere de una familiaridad con el marco jurídico correspondiente, así como de una comprensión funcional de su interacción.

Los Paneles Binacionales y los Criterios de Revisión

El papel de los Paneles Binacionales se entiende mejor a la luz de sus alcances y de los criterios de revisión aplicables. Su naturaleza jurídica no se entiende con base en simples comparaciones con cortes jurisdiccionales o tribunales arbitrales. La mera imposición de etiquetas conceptuales a este mecanismo, no va a arrojar mucha luz al entendimiento de sus propósitos.

El Capítulo 19 no tuvo una existencia previa al Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos.¹ Este mecanismo alternativo de resolución de controversias surgió de la necesidad de las Partes de superar un impasse en la armonización de sus leyes domésticas de comercio exterior. Inicialmente, tuvo como propósito el actuar como un mecanismo temporal e imparcial de revisión judicial en casos de prácticas desleales de comercio internacional. Como las Partes actuales no pudieron armonizar subsecuentemente sus leyes, o crear un derecho distinto, el Capítulo 19 se hizo permanente en el TLCAN.

El Capítulo 19 del TLCAN establece un procedimiento de revisión y de solución de controversias en casos de prácticas desleales de comercio internacional. En él se dispone que cada Parte reemplazará la revisión judicial de las resoluciones definitivas de cuotas antidumping y compensatorias con la revisión ante un Panel Binacional.² Mientras que se hace mención de los órganos judiciales nacionales existentes, no se hace referencia alguna a órganos arbitrales.³ El Capítulo 19 no denomina este mecanismo como una corte o un tribunal arbitral.

¹ Canada-US FTA

² TLCAN, Capítulo 19, Artículo 1904 (1).

³ Las versiones en inglés y en español se refieren a “Binational Panels” y “Paneles Binacionales” respectivamente; la versión en francés del TLCAN hace referencia a la revisión ante un “groupe spécial”; mientras que en solo una fracción de la versión en español se hace referencia a “limitaciones a la revisión

El TLCAN señala las responsabilidades del Panel, sus obligaciones y restricciones:

- Capítulo I

Artículo 102 (2) Las Partes interpretarán y aplicarán las disposiciones de este Tratado a la luz de los objetivos establecidos en el párrafo 1 y de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional.

Artículo 103 (1) Las Partes confirman los derechos y obligaciones existentes entre ellas conforme al *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio* y otros acuerdos de los que sean parte.

Artículo 1902: Vigencia de las disposiciones jurídicas internas en materia de cuotas antidumping y compensatorias

1. Cada una de las Partes se reserva el derecho de aplicar sus disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias a los bienes que se importen de territorio de cualquiera de las otras Partes. Se consideran disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias, según corresponda en cada Parte, las leyes pertinentes, los antecedentes legislativos, los reglamentos, la práctica administrativa y los precedentes judiciales.

2. Cada una de las Partes se reserva el derecho de cambiar o reformar sus disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias, siempre que, de aprobarse una reforma a la ley antidumping o de cuotas compensatorias de una Parte:

(d) dicha reforma, en lo aplicable a otra de las Partes, no sea incompatible con:

(i) el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), el Acuerdo sobre la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (el Código Antidumping), o el Acuerdo para la Interpretación y Aplicación de los Artículos VI, XVI y XXIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (el Código de Subsidios), o sus acuerdos sucesores de los cuales los signatarios originales de este Tratado sean parte,

Artículo 1904

14. Para poner en práctica este artículo, las Partes adoptarán reglas de procedimiento a más tardar el 1o. de enero de 1994. Dichas reglas se basarán, cuando corresponda, en reglas procesales en grado de apelación judicial e incluirán reglas relativas al contenido y trámite de las solicitudes para integrar los paneles; la obligación de la autoridad investigadora competente para remitir al panel el expediente administrativo del procedimiento ...

Reglas de Procedimiento

EXPOSICION DE MOTIVOS

2. El objetivo de estas Reglas es permitir la aplicación del procedimiento de revisión ante paneles previsto por el artículo 1904 del Capítulo XIX del Tratado. Las Reglas fueron concebidas para permitir que los paneles rindan una decisión dentro de los 315 días siguientes al inicio del procedimiento. De conformidad con el Artículo 1904, la finalidad de estas Reglas es asegurar la revisión justa, expedita y económica de resoluciones definitivas. En lo no previsto por estas Reglas el panel, por analogía a éstas o refiriéndose a las que hubiera aplicado el tribunal competente del país importador, podrá aplicar las reglas procesales que estime apropiadas para el caso particular. En caso de incompatibilidad entre estas Reglas y el Tratado, prevalecerá éste sobre aquéllas.

Anexo 1901.2 Integración de Paneles Binacionales

1. A la fecha de entrada en vigor de este Tratado, las Partes elaborarán y en lo subsecuente conservarán una lista de individuos que actúen como panelistas en las controversias que surjan en el ámbito de este capítulo. La lista incluirá, en lo posible, individuos que sean jueces o lo hayan sido.

Para llevar a cabo las investigaciones en materia de prácticas desleales de comercio internacional, la autoridad investigadora (AI) de la parte importadora debe atender a las atribuciones y limitaciones otorgadas en el marco de la OMC y el TLCAN. Por lo tanto, las autoridades que conducen una investigación en materia de dumping y los tribunales de apelación de la parte importadora, deben armonizar sus procedimientos con respecto a los compromisos internacionales asumidos por el país.

La mayoría en este Panel, en su discusión respecto a los criterios de revisión, establece que el TLCAN creó un tribunal arbitral para revisar las resoluciones relevantes emitidas por las autoridades nacionales. Como fundamento, cita los Artículos 1902.2, 1903 y 1904. En ninguna parte, en las distintas secciones de estos artículos, ni en el Artículo 1904 del Capítulo 19 - Revisión de resoluciones definitivas sobre cuotas antidumping y compensatorias – se encuentra un fundamento que otorgue a un “tribunal arbitral” la capacidad de revisar una resolución definitiva de una AI.

Aún y cuando la opinión de la mayoría se refiere a una revisión ante un Panel Binacional, la decisión no es consistente con las obligaciones emanadas del TLCAN de revisar el expediente administrativo como lo haría un Panel Binacional. Al contrario, ha analizado la cuestión jurídica como lo haría un tribunal arbitral, dando peso y credibilidad a ciertos puntos controvertidos fuera del expediente administrativo.

La distinción entre Paneles Binacionales y cuerpos arbitrales es crucial para una revisión apropiada. Es importante resaltar que los Paneles Binacionales tienen facultades y limitaciones establecidas por el TLCAN. Hay diferencias sustanciales en los poderes, obligaciones y procedimientos que tiene un Panel Binacional con respecto a un cuerpo arbitral. México reconoció esta diferencia cuando enmendó el Artículo 238 del CFF para específicamente distinguir entre cuerpos arbitrales y Paneles Binacionales.⁴

⁴ El Artículo 238 del CFF fue reformado mediante la inserción de un párrafo final el cual dice, en su parte relevante: “ Los órganos arbitrales o Paneles binacionales...”. Publicado en el Diario Oficial de la Federación. Diciembre 30, 1996.

Estas diferencias son críticas para comprender la naturaleza y las funciones de los Paneles Binacionales. Mientras que los cuerpos arbitrales se guían por reglas creadas por las partes, los Paneles Binacionales están sujetos a las reglas establecidas con anterioridad por las Partes. Estas reglas tienen por lo menos dos esquemas regulatorios diferentes. El esquema internacional se compone de las disposiciones contenidas en el TLCAN y está relacionado con las reglas multilaterales, como las contenidas en el GATT. El esquema doméstico refleja las disposiciones legales relativas a prácticas desleales de comercio internacional.⁵

En este entorno, las funciones de los Paneles Binacionales son más parecidas a una revisión en el plano doméstico, más que a un arbitraje. Como tales, los Paneles Binacionales deben armonizar sus facultades con los procedimientos de apelación de las Partes importadoras y resistir la tentación de usurpar las facultades de hacer conclusiones de hecho normalmente asociadas a los órganos arbitrales.

Los Paneles Binacionales no son tribunales domésticos. Los Paneles Binacionales no tienen todas las características, atribuciones, competencia y facultades del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Más bien están regulados por el TLCAN y los criterios de revisión ahí contenidos.⁶ También están regulados por el derecho mexicano, en tanto éste sea consistente con el propio TLCAN. En tal virtud, una revisión ante un Panel Binacional es distinta a aquélla conducida por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Hay un criterio de revisión de dos partes aplicado al presente caso. El Panel deberá aplicar el criterio de revisión establecido por el Anexo 1911 y los principios generales de derecho que un tribunal de la Parte importadora aplicaría.⁷ El Anexo 1911 establece que en el caso de México, los criterios de revisión son las causales enumeradas en el Artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, o la ley que lo sustituya, basado solamente en el expediente administrativo.⁸

El Artículo 238 establece:

Se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales:

I. Incompetencia del funcionario que la haya dictado u ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva dicha resolución.

II. Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso.

III. Vicios del procedimiento que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada.

IV. Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien si se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas.

V. Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades.

El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa podrá hacer valer de oficio, por

⁵ Ver, MEX-96-1904-02.

⁶ TLCAN, Capítulo 19, Artículo 1904(3) y Anexo 1911.

⁷ TLCAN, Capítulo 19, Artículo 1904(3).

⁸ TLCAN, Capítulo 19, Anexo 1911.

ser de orden público, la incompetencia de la autoridad para dictar la resolución impugnada y la ausencia total de fundamentación o motivación en dicha resolución.

Los órganos arbitrales o paneles binacionales, derivados de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de prácticas desleales, contenidos en tratados y convenios internacionales de los que México sea parte, no podrán revisar de oficio las causales a que se refiere este artículo.”

Por lo tanto, debo respetuosamente disentir de la opinión de la mayoría, que confirma la resolución de la AI en violación al límite de tiempo establecido por la AAD. La confirmación de la determinación de la AI en este tema, hace notar que el Panel no tiene facultades para emitir opiniones de carácter constitucional y, en ese contexto, resuelve que no decidirá sobre los fundamentos constitucionales de la investigación antidumping. Pero de acuerdo a la Constitución y a las disposiciones del TLCAN, afirma que el Panel no está facultado para revertir las determinaciones de la AI, o para declarar la nulidad de las mismas. La mayoría en efecto reconoce que la AI no emitió su resolución definitiva dentro de los plazos establecidos en el AAD y la LCE. Sin embargo, concluye que los retrasos fueron debidos en su mayoría a las complejidades de la investigación y a la incapacidad del reclamante en esta revisión de probar que fue económica o legalmente perjudicado. Esto último no era un punto controvertido dentro del expediente administrativo de la AI. No he encontrado un fundamento, en casos que no involucran la constitucionalidad de una legislación, de por qué una guía de carácter constitucional no pueda tomarse en consideración.

ANALISIS

El reclamante argumentó que la AI violó lo dispuesto por el Artículo 59 de la LCE, así como el Artículo 5.10 del AAD. El Artículo 59 de la LCE establece:

“Dentro de un plazo de 210 días, contados a partir del día siguiente de la publicación en el Diario Oficial de la Federación de la resolución de inicio de la investigación, la Secretaría dictará la resolución final.”

El Artículo 5.10 del AAD establece:

“Salvo en circunstancias excepcionales, las investigaciones deberán haber concluido dentro de un año, u en todo caso en un plazo de 18 meses, contados a partir de su iniciación.”

“Except for exceptional circumstances, the investigations shall be concluded within one year, and in every case in a period of 18 months, counted from its initiation.”

La razón por la que considero que la versión en español debe ser tomada en cuenta en este caso, se fundamenta en que los memoriales de Berg y de la AI fueron presentados en español y argumentados oralmente en esa lengua. Ni Berg ni la AI sugirieron que el verbo “deberán”, en tiempo futuro – indicativo, debe ser interpretado como “deberían”, el potencial simple condicional. La especulación de la mayoría del Panel en este asunto es irrelevante y carece de fundamentos. No hay autoridad alguna en gramática española que sostenga que “deberán” y “deberían” son intercambiables. Además, no hay un fundamento gramatical que permita a la AI el borrar mentalmente la frase “en un año”, y aplicar entonces las circunstancias excepcionales a los 18 meses. A mayor abundamiento, en ninguna parte del derecho internacional de los tratados hay justificaciones para hacer traducciones domésticas de idiomas de una manera que no sea armónica.

Es importante establecer que los países del TLCAN han hecho el compromiso de sujetarse a las disposiciones en materia de cuotas antidumping y compensatorias del GATT, incluyendo los acuerdos de la Ronda Uruguay, los cuales fueron incorporados a la OMC. Antes del año 1995, el límite de tiempo aplicable entre el inicio de la investigación y la resolución final se encontraba en el Artículo 5.5 del AAD, el cual establecía sin ninguna reserva:

“Las investigaciones deberán, excepto en circunstancias especiales, concluirse dentro de un año”

Durante la Ronda Uruguay, los países miembros de la OMC, incluyendo las Partes del TLCAN, determinaron que un periodo abierto para emitir una resolución en una investigación en materia de dumping y cuotas compensatorias, era injusto y perjudicial, aun en circunstancias excepcionales. En tal virtud, el Artículo 5.5 fue eliminado y el Artículo 5.10 fue añadido al AAD para indicar que, si hay circunstancias excepcionales presentes, el periodo de un año inicial para la investigación puede ser extendido hasta por seis meses adicionales, resultando en un periodo máximo de 18 meses.

Aunque la AI, en sus memoriales argumenta que muchas situaciones pueden ser consideradas como circunstancias excepcionales, su resolución definitiva no demuestra matemáticamente cómo tales circunstancias produjeron el retraso ocurrido. La mayoría en este Panel está de acuerdo en que la AI no emitió la resolución definitiva de acuerdo a lo establecido por el Artículo 5.10 del AAD. Sin embargo, no menciona en dónde, en el TLCAN o en sus Reglas de Procedimiento, puede hacer una conclusión de hecho de tipo arbitral, fuera del expediente administrativo, mediante la cual la ilegalidad sea confirmada porque el reclamante no ha demostrado perjuicios en cuanto a tiempo y dinero.

La mayoría basa su opinión en su propia interpretación del Artículo 238 del *Código Fiscal de la Federación*, el cual establece como el criterio de revisión apropiado para México, el que se determina en el Anexo 1911. La mayoría en este Panel considera que, para que exista

una violación de los párrafos II y III del Artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, el reclamante debe probar el daño causado por la ilegalidad reclamada. En este contexto, el reclamante tiene que demostrar: a) la existencia del vicio en el procedimiento alegado; b) que este vicio ha afectado negativamente sus defensas; y c) que tal afectación ha trascendido el sentido de la resolución. Se cita el caso MEX-96-1904-02, *Importaciones de Placa en Rollo*.

Sin embargo, en el caso de una violación a lo dispuesto por la fracción IV del mismo Artículo, la ley no requiere que el reclamante pruebe daño alguno. En este caso, se trata de la emisión de una determinación fuera del periodo de tiempo establecido por la ley. Esta violación es, por sí misma, una prueba suficiente de ilegalidad. Lo anterior fue apoyado por la tesis de jurisprudencia presentada por Berg. La limitación de tiempo en el caso de Placa de Rollo, citado por la AI y la mayoría en este Panel, concernía al periodo sin tiempo específico del entonces Artículo 5.5, con las circunstancias excepcionales antes de la implementación del artículo 5.10. Posteriormente, la mayoría decide ignorar la siguiente declaración dentro de la decisión de aquel Panel, la cual va a encaminada hacia el TLCAN, GATT/OMC y el actual Artículo 5.10:

“Este Panel sostiene que de no existir límites legales de tiempo que se consideran obligatorios para los procesos de investigación sobre cuotas antidumping y compensatorias, se generaría inseguridad jurídica, riesgos, costos excesivos y pérdida de negocios que afectarían a las partes involucradas en una investigación en particular. Tanto los productores nacionales como los importadores y exportadores, aún cuando puedan tener intereses contrarios, es claro que también tienen un interés común que consiste en que se resuelva la investigación de manera expedita. Para las partes involucradas en un proceso de investigación, es de sumo interés que la resolución sea pronta, y así poder adquirir nuevos compromisos al comerciar con sus bienes, teniendo la certeza de que sus productos no queden sujetos a posibles cuotas compensatorias. Los países signatarios del TLCAN, también tienen un interés primordial en que las decisiones sean expeditas, para poder eliminar la inseguridad jurídica y minimizar los altos costos que en la actualidad se encuentran asociados a las sustanciación de los procedimientos sobre cuotas antidumping y compensatorias.”⁹

Los conceptos anteriores no parecen ser ejemplos de errores inocuos o ilegalidades no -invalidantes

Los reclamantes argumentan que el lenguaje de las normas jurídicas aplicables es estricto y claro, y que no admite ninguna otra interpretación. La mayoría en este Panel en efecto reconoce la emisión de la resolución definitiva fuera del plazo legal y sugiere que la AI incurrió en un vicio procesal. En este contexto, tal y como lo ha establecido un Tribunal Colegiado a través de un criterio jurisprudencial, una resolución administrativa es ilegal cuando los vicios o errores procesales afectan las defensas del individuo y trascienden el sentido de la resolución impugnada, provocando en este contexto un daño importante.¹⁰

⁹ N. del T. La presente cita se toma de la versión oficial en español de la resolución del panel *Placa en Rollo*, pp. 71 y 72. Sin embargo, es necesario hacer notar que en la versión oficial en inglés de esta misma decisión, el lenguaje de este párrafo es distinto. Si bien el sentido de las aseveraciones es parecido, las frases son diferentes. Para todos los efectos, la versión en español de este voto particular utiliza el lenguaje de la versión en español de la decisión de aquel panel, y la versión en inglés, por su parte, utiliza la versión oficial en aquel idioma.

¹⁰ **ACTO ADMINISTRATIVO. SU VALIDEZ Y EFICACIA NO SE AFECTAN CON MOTIVO DE "ILEGALIDADES NO INVALIDANTES" QUE NO TRASCIENDEN NI CAUSAN INDEFENSIÓN O AGRAVIO.**

La mayoría en este Panel señala que la Suprema Corte de Justicia de México ha establecido que, a diferencia de lo que ocurre respecto a la fracción III, la fracción IV del Artículo 238 del Código Fiscal de la Federación se refiere a errores *in judicando*. En este contexto, un alegato basado en la fracción IV aplica a aquellos casos en los cuales la autoridad administrativa emite una resolución basada en fundamentos legales de carácter sustantivo. Este es el caso aquí. La mayoría en este Panel comete un error porque no reconoce la fracción IV como legislación sustantiva relevante. En contraste, un alegato basado en la fracción III puede hacerse en los casos en que la autoridad ha errado en la aplicación de las normas procesales y no las sustantivas.¹¹ Al aplicar esta distinción, la mayoría insiste en

Si la ilegalidad del acto de autoridad no se traduce en un perjuicio que afecte al particular, resulta irrelevante tal vicio, en tanto que se obtuvo el fin deseado, es decir, otorgar la oportunidad al gobernado para que ofreciera pruebas y alegara lo que a su derecho conviniera. En consecuencia, es evidente que no se dan los supuestos de ilegalidad a que se refiere el artículo 238, fracción III, del Código Fiscal de la Federación, ya que no se afectaron las defensas del particular, por lo que al no satisfacerse las condiciones legales para la eficacia de la ilegalidad en comento, resulta indebido, en el caso, declarar una nulidad cuando la ratio legis es muy clara, en el sentido de preservar y conservar actuaciones de la autoridad administrativa que, aunque ilegales, no generan afectación al particular, pues también debe atenderse y perseguir el beneficio de intereses colectivos, conducentes a asegurar efectos tales como una adecuada y eficiente recaudación fiscal, lo que justifica la prevención, clara e incondicional del legislador, en el sentido de salvaguardar la validez y eficacia de ciertas actuaciones. Y es así, que el artículo 237 del Código Fiscal de la Federación desarrolla el principio de presunción de legitimidad y conservación de los actos administrativos, que incluye lo que en la teoría del derecho administrativo se conoce como "ilegalidades no invalidantes", respecto de las cuales, por supuesto, no procede declarar su nulidad, sino confirmar la validez del acto administrativo. Luego entonces, **es necesario que tales omisiones o vicios afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada y que ocasionen un perjuicio efectivo**, porque de lo contrario el concepto de anulación esgrimido sería insuficiente y ocioso para declarar la nulidad de la resolución administrativa impugnada.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 44/2004. Mauricio Chavero Blázquez y otros. 28 de abril de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Claudia Patricia Peraza Espinoza.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo VII, marzo de 1991, página 106, tesis I.2o.A.268 A, de rubro: "ACTOS ADMINISTRATIVOS, VICIOS LEVES DE LOS."

¹¹ VIOLACIONES PROCESALES Y SUSTANTIVAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 238, FRACCIONES III Y IV, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN. DIFERENCIACIÓN ESPECÍFICA.

Cuando en un procedimiento administrativo se aplica como ordenamiento adjetivo supletorio uno diverso a aquel que conforme a las disposiciones correspondientes resulta aplicable, debe estimarse que se configura la causa de nulidad prevista en la fracción III y no la diversa prevista en la fracción IV, ambas del **artículo 238 del Código Fiscal** de la Federación. Lo anterior es así, en tanto que la fracción III referida ubica de manera expresa, específica y clara, la hipótesis de que trata, como vicios del procedimiento que afecten las defensas del particular y trasciendan al resultado del fallo, mientras que la fracción IV refiere el supuesto de que se hayan dejado de aplicar las disposiciones debidas, y a pesar de la aparente concurrencia entre las hipótesis que se prevén en dichas fracciones, la diferencia específica estriba en que la primera de ellas se configurará como violación de procedimiento derivada de la indebida aplicación de una norma adjetiva, mientras que la segunda se origina en la indebida aplicación de una norma sustantiva, lo cual implica que en el caso de la

que la violación alegada es, de hecho, un error de procedimiento y no una violación a una norma sustantiva.

Lo anterior es correcto en relación a la fracción III. Pero la aplicación de la norma sustantiva admitida contenida en la fracción IV no puede ser ignorada.

La conclusión de la mayoría no es aceptable en virtud de que el Artículo 5.10 no prevé un simple error de procedimiento. Se trata de una violación a una norma sustantiva y, por lo tanto, una ilegalidad que no puede ser confirmada por este Panel Binacional del TLCAN. Si bien el Artículo 59 es parte del Título en que la LCE se refiere a los procedimientos, el Artículo 5.10 del AAD no hace ninguna distinción entre normas procesales y sustantivas. En efecto, el Artículo I del AAD establece que “ Las siguientes disposiciones regirán la aplicación del artículo VI del GATT de 1994 siempre que se tomen medidas de conformidad

hipótesis prevista en la fracción IV, para dictar la resolución en el juicio de nulidad ante ella planteado, la Sala **Fiscal** habrá analizado el fondo del asunto para arribar a la determinación de que la resolución combatida fue dictada con fundamento en una norma sustantiva diversa a la que debió haberse aplicado, mientras que en el supuesto que contempla la fracción III, se habrá visto impedida de estudiar el fondo del asunto porque existe un vicio de procedimiento que se lo impide, lo que sucede, por ejemplo, en el caso en que siendo regulable el procedimiento administrativo instaurado en contra de servidores públicos, de manera supletoria, por las disposiciones del **Código** Federal de Procedimientos Penales, la autoridad demandada lo haya desarrollado aplicando el **Código** Federal de Procedimientos Civiles. La diversidad entre ambas hipótesis tiene relación directa con la clasificación que doctrinalmente se ha definido como errores in iudicando, que serían los correspondientes al supuesto previsto en la fracción IV, y los errores in procedendo, dentro de los que caben los señalados en la fracción III. Los errores o vicios del primer tipo se configuran cuando la autoridad aplica al caso una norma sustantiva que no contempla la hipótesis del caso a resolver, mientras que los del segundo tipo se actualizan cuando la autoridad equivoca la norma aplicable para regular el procedimiento instaurado. Si se incurre en una violación derivada de un error o vicio de este segundo tipo, es decir, in procedendo, en tanto que afecta directamente al procedimiento seguido para resolver el asunto planteado, se actualiza la hipótesis de la fracción III y no la de la fracción IV del **artículo 238** antes citado, porque el vicio procedimental cometido ha dejado sin defensa al quejoso, en tanto que le ha impedido que su defensa sea implementada mediante la oportunidad, temporalidad y valoración probatoria procedentes según el ordenamiento legal aplicable, lo que provoca que la resolución emitida no contenga, en sentido estricto, la verdad legal del caso planteado y, por tanto, impide que la Sala **Fiscal** realice el estudio de fondo del asunto. Por el contrario, si el vicio que en el caso se concrete se hubiera actualizado en la resolución misma al aplicar la norma sustantiva equivocada y no en el procedimiento que le dio origen, la Sala responsable hubiese podido, en estricto derecho, analizar el fondo del asunto planteado para determinar si conforme a la valoración de las probanzas efectuada por la mencionada responsable, la resolución de mérito era legal o procedía su anulación, porque su objeto de análisis sí habría sido la verdad legal a la que hubiese arribado la autoridad demandada y con base en ella podría haber determinado la legalidad o ilegalidad de la resolución.

DÉCIMO SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Revisión fiscal 4292/2001. Titular del Área de Responsabilidades del Órgano Interno de Control en el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. 13 de septiembre de 2001. Mayoría de votos. Disidente: Hilario Bárcenas Chávez. Ponente: Jorge Arturo Camero Ocampo. Secretario: Alfredo Cid García.

Amparo directo 7072/2001. Roberto Damián Ríos. 13 de septiembre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Roberto Avendaño. Secretaria: Minerva H. Mendoza Cruz.

con las leyes o reglamentos antidumping.” En este contexto, el AAD es el instrumento que regula el Artículo VI del GATT. Es entonces una norma sustantiva y, más aún, un compromiso internacional suscrito por México. En tal virtud, es un argumento suficientemente sólido el concluir que el AAD como un todo es de carácter sustantivo y aplica, en este caso, como derecho mexicano.

Es importante destacar el por qué el AAD aplica como derecho mexicano en un caso del Capítulo 19 del TLCAN. Este ha sido un punto controvertido en varios procedimientos ante Paneles Binacionales que revisan resoluciones mexicanas. La cuestión es si el AAD es parte del derecho mexicano en materia de prácticas desleales de comercio internacional para los propósitos del Capítulo 19 del TLCAN. En el Capítulo XIX, el Artículo 1902 (1) señala que el derecho en materia de cuotas antidumping y compensatorias incluye las leyes relevantes, los reglamentos, la práctica administrativa y los precedentes judiciales. De acuerdo al Artículo 1904(2) del TLCAN, un panel binacional debe basarse y fundamentar su resolución de acuerdo al derecho nacional. En este sentido, un panel no aplica un cuerpo *ad hoc* de reglas internacionales, sino el derecho sobre prácticas desleales de comercio internacional de la Parte importadora, lo cual incluye la legislación de la materia, la historia legislativa, los reglamentos, la práctica administrativa y los precedentes judiciales. Cuando un Panel revisa una determinación mexicana en materia de antidumping y cuotas compensatorias, reemplaza al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, con algunos límites a su competencia establecidos en el propio Capítulo 19 del TLCAN.

La AI se apoya en la Ley de Comercio Exterior¹² mexicana y su Reglamento como base para sus determinaciones. Otras fuentes de derecho en materia de antidumping y cuotas compensatorias mencionadas en el Artículo 1904(2) del TLCAN, tales como historia legislativa, son completamente ajenas a la práctica mexicana. No obstante, conceptos tales como el de precedentes judiciales son plenamente aplicables en México ya que son de algún modo similares a las tesis jurisprudenciales. Además de la Ley de Comercio Exterior, existen otras leyes relevantes que forman parte del derecho mexicano en materia de prácticas desleales de comercio internacional. De manera notable, el Artículo 1904 (3) y el Anexo 1911 del TLCAN, limitan la aplicación del Código Fiscal de la Federación a los criterios de revisión.

Debemos también considerar los acuerdos internacionales celebrados por el Ejecutivo Mexicano. Los tratados internacionales son derecho mexicano con base en lo dispuesto por el Artículo 133 de la Constitución Mexicana, el cual establece: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.” La interpretación de esta disposición constitucional nos lleva a concluir que no sólo la Ley de Comercio Exterior, pero también todos aquellos tratados internacionales que versen sobre antidumping y cuotas compensatorias, son ordenamientos relevantes ya que todos forman parte de la Ley Suprema de la Unión según el lenguaje de la propia Constitución. En este contexto, el AAD es considerado como un ordenamiento relevante.

Ya que el AAD es parte del derecho mexicano, ahora debemos considerar la competencia para emitir una decisión con base en este Acuerdo. Mediante diferentes opiniones, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la única verdadera “Ley

¹² Título VII de la Ley de Comercio Exterior.

Suprema” es la Constitución, ya que todas las leyes federales deben emanar de ella y todos los tratados internacionales deben celebrarse de conformidad con el texto constitucional. En cuanto a la jerarquía de los tratados internacionales con respecto a las leyes federales, la Suprema Corte había establecido que ambos tenían el mismo nivel jerárquico.¹³ Sin embargo, en tesis más recientes, la Corte modificó el anterior criterio al concluir (interpretando el Artículo 133 de la Constitución) que los tratados internacionales tienen una jerarquía normativa superior a la de las leyes federales.¹⁴

Una aplicación *prima facie* de la interpretación que la Corte hace del Artículo 133 de la Constitución podría llevarnos a concluir que, en caso de conflicto, el AAD es un ordenamiento que prevalece sobre la LCE. Los términos del Capítulo 19 permiten que un Panel Binacional considere y se base en el AAD para la revisión de una resolución definitiva hecha por la AI mexicana

El Panel de *Fructosa*¹⁵ aplicó e interpretó el AAD como un elemento de derecho mexicano. Basó su decisión tanto en el AAD como en la LCE. Más aún, el Panel de *Fructosa*, por razones de cortesía internacional, adoptó las conclusiones del grupo especial del órgano de solución de controversias de la OMC, en lugar de hacer una decisión independiente basada en la revisión del expediente administrativo de acuerdo a las normas de derecho mexicano. La resolución en *Urea*, es igualmente ilustrativa. En aquella revisión, aunque la violación al Artículo 59 no fue negada, la AI argumentó que el tiempo adicional permitido por el Artículo 5.10 del AAD controlaba los plazos y el Panel aceptó esta postura.¹⁶ Se debe ver también en este aspecto la discusión de este Panel sobre la jerarquía de las normas en el Punto VIII.

Otra cuestión relevante es si la autoridad puede basar una resolución final en las disposiciones del AAD. El Tribunal Fiscal de la Federación ha establecido que esto no es posible.¹⁷ De acuerdo al Tribunal, ya que los acuerdos de la OMC no son de aplicación

¹³ “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES, TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA” Tesis P.C/92, Semanario Judicial de la Federación No. 60, Octava Época, diciembre de 1992, p.27.

¹⁴ “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.” Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación Tomo X, Noviembre de 1999. Tesis P. LXXVII/99, p. 46

¹⁵ MEX-USA-98-1904-01. Ver el Resumen Ejecutivo, pp. 6 y 7 de la versión en español en : <http://www.nafta-sec-alena.org>.

¹⁶ MEX-USA-00-1904-01.

¹⁷ Tesis: IV-TA-2aS-82

R.T.F.F. Año II. No. 20. Marzo 2000. Pág: 284

Aislada Cuarta Época.

Segunda Sección

Materia: COMERCIO EXTERIOR

TRATADOS HETEROAPLICATIVOS.- EL JUEZ ESTÁ OBLIGADO A INTERPRETAR LAS LEYES Y REGLAMENTOS EN FORMA ARMÓNICA CON LOS MISMOS.-

Los Códigos Antidumping, aprobados en el seno del GATT o de la OMC, son tratados heteroaplicativos y no pueden servir para fundar una resolución de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial. En ellos, los Estados Unidos Mexicanos se obligan a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento,

directa (es decir, son *heteroaplicativos*), no pueden ser el fundamento legal para que la autoridad mexicana emita una resolución. Conforme a esta tesis, estos acuerdos generan una obligación para los Estados Unidos Mexicanos, como miembro de la comunidad internacional, para que adopte aquellas medidas necesarias para cumplir con estos tratados a nivel nacional. Estas medidas incluyen leyes y reglamentos que establecen derechos y obligaciones para los individuos, así como facultades y obligaciones para las autoridades. Sin embargo, el Tribunal concluye en esta tesis que estos acuerdos son una fuente privilegiada para interpretar aquellas leyes y reglamentos emitidos como consecuencia de las obligaciones internacionales adquiridas por México. Resulta claro para el Tribunal que ni el Poder Legislativo ni el Ejecutivo mexicanos tienen la intención de violar estos acuerdos internacionales por la emisión de leyes nacionales. El Tribunal concluye que, en este contexto, corresponde a los jueces interpretar las citadas leyes y reglamentos en forma armónica con los tratados heteroaplicativos.

Esta tesis ha sido respaldada a través de otras opiniones del propio Tribunal Fiscal de la Federación, en las que se han hecho interpretaciones armónicas de algunas disposiciones de la Ley de Comercio Exterior y los Acuerdos de la OMC.¹⁸ De la lectura de estas tesis,

por lo que son las leyes y reglamentos, que en su caso se expidan, los que directamente establecen derechos y obligaciones a los particulares y otorgan facultades e imponen deberes a las autoridades; sin embargo, los tratados heteroaplicativos son una fuente privilegiada para interpretar las leyes y reglamentos que como consecuencia de las obligaciones internacionales adquiridas por México, son promulgados, pues como es evidente ni el legislador mexicano ni el Presidente de la República pretenden, en una ley o reglamento, violar los compromisos internacionales que el país ha contraído, por lo que corresponde a los jueces interpretar las citadas leyes y reglamentos en forma armónica con los tratados heteroaplicativos. (6)

Juicio No. 100(20)-71/98/1883/96.- Resuelto por la Segunda Sección de la Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación, en sesión de 12 de octubre de 1999, por mayoría de 3 votos a favor y 1 en contra.- Magistrado Ponente: Rubén Aguirre Pangburn.- Secretario: Lic. José Antonio Rodríguez Martínez. (Tesis aprobada en sesión privada de 12 de octubre de 1999)

PRECEDENTE:

IV-P-2aS-42

Juicio No. 100(20)4/96/17856/95.- Resuelto por la Segunda Sección de la Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación, en sesión de 25 de agosto de 1998, por mayoría de 3 votos a favor, 1 con los puntos resolutivos.- Magistrado Ponente: Rubén Aguirre Pangburn. Secretaria: Lic. Isabel Urrutia Cárdenas.

¹⁸ CUOTAS COMPENSATORIAS PROVISIONALES DICTADAS CONFORME A LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 131 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS EN MATERIA DE COMERCIO EXTERIOR, TIENEN UNA VIGENCIA DE SEIS MESES.-

IV-TA-2aS-81

Cuarta Época., R.T.F.F. Año II. No. 20. Marzo 2000., Pág. 283
Aislada, Segunda Sección

CUOTA COMPENSATORIA. LA REVISIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE LA ESTABLEZCA NO PUEDE CONFIRMARSE EN AUSENCIA DE EXPORTACIONES DEL PRODUCTO.-

IV-P-2aS-40

Cuarta Época., R.T.F.F. Año I. No. 5. Diciembre 1998., Pág. 191

podemos concluir que una interpretación armónica significa que el Tribunal aplica la ley mexicana, asegurándose de que no contradice el acuerdo internacional correspondiente.

En conclusión, independientemente de la distinción entre tratados y normas auto-aplicativas y heteroaplicativas, esta tesis debe seguirse para concluir que el AAD es una fuente de derecho mexicano para los propósitos del Capítulo 19 del TLCAN y, por lo tanto, la LCE debe interpretarse de manera armónica con respecto a este acuerdo internacional

En este contexto, el Panel en *Productos Planos de Acero Revestido*, citado por la mayoría en este Panel, concluyó que:

“...los convenios y tratados internacionales se consideran derecho interno conforme a la Constitución Mexicana (Artículo 133). La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido que los convenios y tratados son auto-aplicativos por lo que las autoridades públicas están sujetas a ellos sin necesidad de expedir legislación para su aplicación. Así, para los efectos de su aplicación en México, el TLCAN debe interpretarse directamente de acuerdo con las reglas señaladas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificada por México y que, por tanto, forma parte del derecho interno mexicano.”¹⁹

Como el TLCAN, el AAD tiene que ser interpretado de acuerdo a las reglas establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificada por México y que, por tanto, forma parte del derecho interno mexicano. La Suprema Corte de Justicia de México ha establecido que los tratados internacionales se interpretan conforme a los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena. Esto significa que se interpretan tomando en cuenta no

¹⁹ MEX-94-1904-01, Resolución del 27 de Septiembre de 1996, párrafo 28.

solamente el sentido literal de la disposición del tratado, sino también los objetivos y propósitos establecidos por el tratado como un todo.²⁰

En este contexto, es imposible concluir que los objetivos del AAD son simplemente el establecimiento de plazos en un procedimiento. El procedimiento está diseñado para dar certidumbre jurídica a los participantes en una investigación antidumping y no distingue entre normas sustantivas y procesales. El Artículo VI del GATT es un cuerpo normativo de carácter sustantivo y un compromiso internacional suscrito por México. El AAD obliga a

20

Registro No. 185294

Localización:

Novena Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XVI, Diciembre de 2002

Página: 292

Tesis: 2a. CLXXI/2002

Tesis Aislada

Materia(s): Constitucional, Común

TRATADOS INTERNACIONALES. SU INTERPRETACIÓN POR ESTA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AL TENOR DE LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 31 Y 32 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DEL 14 DE FEBRERO DE 1975).

Conforme a lo dispuesto en los citados preceptos para desentrañar el alcance de lo establecido en un instrumento internacional debe acudir a reglas precisas que en tanto no se apartan de lo dispuesto en el artículo 14, párrafo cuarto, de la Constitución General de la República vinculan a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En efecto, al tenor de lo previsto en el artículo 31 de la mencionada Convención, para interpretar los actos jurídicos de la referida naturaleza como regla general debe, en principio, acudir al sentido literal de las palabras utilizadas por las partes contratantes al redactar el respectivo documento final debiendo, en todo caso, adoptar la conclusión que sea lógica con el contexto propio del tratado y acorde con el objeto o fin que se tuvo con su celebración; es decir, debe acudir a los métodos de interpretación literal, sistemática y teleológica. A su vez, en cuanto al contexto que debe tomarse en cuenta para realizar la interpretación sistemática, la Convención señala que aquél se integra por: a) el texto del instrumento respectivo, así como su preámbulo y anexos; y, b) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre las partes con motivo de su celebración o todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; y, como otros elementos hermenéuticos que deben considerarse al aplicar los referidos métodos destaca: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica posteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de su interpretación; y, c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes; siendo conveniente precisar que en términos de lo dispuesto en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para realizar la interpretación teleológica y conocer los fines que se tuvieron con la celebración de un instrumento internacional no debe acudir, en principio, a los trabajos preparatorios de éste ni a las circunstancias que rodearon su celebración, pues de éstos el intérprete únicamente puede valerse para confirmar el resultado al que se haya arribado con base en los elementos antes narrados o bien cuando la conclusión derivada de la aplicación de éstos sea ambigua, oscura o manifiestamente absurda.

Amparo en revisión 402/2001. Imcosa, S.A. de C.V. 16 de agosto de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia; en su ausencia hizo suyo el asunto Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Rafael Coello Cetina.

los estados miembros a sujetarse a plazos definidos y la continua violación de éstos por la AI no puede ser pasada por alto por los Paneles Binacionales. Está claro que los objetivos del GATT y del AAD nos son puramente procesales.

En esta revisión, la AI sobrepasó los dos plazos aplicables, tanto el establecido por el AAD como el que prevé la LCE, sin ninguna justificación. Al excederse en estos periodos, la AI ha actuado de manera ilegal en violación a lo dispuesto por el Artículo 238, fracción IV, del Código Fiscal de la Federación. El derecho aplicable no soporta el argumento de que esta ilegalidad es puramente procesal y por lo tanto no afecta negativamente al reclamante. El Artículo 5.10 del AAD aplica como ley mexicana en este contexto y tiene que ser interpretado como lo indica la Suprema Corte de Justicia de México. Esto es, a la luz de los principios establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, tomando en cuenta no solo el sentido literal del tratado, pero también sus objetivos y propósitos.

Esta perspectiva se ve robustecida en virtud del compromiso de México de establecer plazos para una oportuna y adecuada administración de las investigaciones en materia de comercio exterior. México se compromete a:

Modificar “ sus leyes y reglamentos en materia de cuotas antidumping y compensatorias, y otras leyes y reglamentos en la medida en que sean aplicables a la operación de las disposiciones jurídicas sobre cuotas antidumping y compensatorias. Estas modificaciones dispondrán lo siguiente:

(f) plazos explícitos y adecuados para que las autoridades investigadoras competentes expidan sus resoluciones, y para la presentación de cuestionarios, pruebas y observaciones por las partes interesadas, al igual que la oportunidad para que éstas presenten hechos y argumentos en apoyo de sus posiciones antes de cualquier resolución definitiva, en la medida en que el tiempo lo permita, incluso la oportunidad de ser informadas adecuada y oportunamente y de formular observaciones sobre todos los aspectos de las resoluciones provisionales sobre dumping u otorgamiento de subsidios”²¹

Las acciones de la AI no se adhieren a los compromisos de México. La AI reconoce que la LCE no establece plazos adecuados de acuerdo a lo dispuesto en el Anexo 1904.15. Inclusive, si bien el AAD puede permitir la extensión de plazos, bajo circunstancias especiales, la AI no solo no ha justificado tal extensión, sino que tampoco ha explicado los fundamentos jurídicos para excederse del plazo.

CONCLUSION

No estoy en desacuerdo con el apoyo que la mayoría en este Panel da al argumento de la AI de que Berg no cumple con los requisitos establecidos en las fracciones II y III del Artículo 238 del Código Fiscal de la Federación. Sin embargo, el argumento de Berg respecto a la fracción IV del Artículo 238 es correcto. La fracción IV establece que una decisión administrativa será ilegal si es dictada en contravención a las leyes aplicables, tales como el

²¹ TLCAN Anexo 1904.15, Lista de México, inciso (f).

Artículo 5.10 del AAD y el Artículo 59 de la LCE. Esto sucedió en el presente caso. La violación a la fracción IV no enfrenta los problemas que se presentan para las fracciones II y III.²²

Estoy de acuerdo en que los Paneles no deben emitir decisiones sobre la constitucionalidad de las resoluciones administrativas. Sin embargo, la jurisprudencia en materia constitucional debe ser considerada por el Panel como un factor relevante en la revisión. Es importante enfatizar que el propósito del TLCAN fue el establecimiento de una zona de libre comercio entre sus miembros, de manera consistente con el GATT / OMC, reafirmando las obligaciones emanadas del GATT. El Artículo 1904 fue diseñado para revisar y solucionar controversias en materia de cuotas antidumping y compensatorias. Así, estableció Paneles Binacionales, y no paneles arbitrales, para revisar las conclusiones en el expediente administrativo en materia de cuotas antidumping y compensatorias, de manera general, tal y como lo haría un tribunal de apelaciones de la Parte importadora que revisa la determinación de una instancia inferior.²³

Al igual que lo haría un tribunal de apelación en una revisión, los Paneles Binacionales deben ceñirse a la importancia de las obligaciones contenidas en tratados internacionales, al peso de la jurisprudencia, así como a los principios generales de derecho que deban ser aplicados.²⁴

También es importante enfatizar que de acuerdo al Artículo 1904 (8) del TLCAN, un Panel puede confirmar o devolver la resolución final en materia de cuotas antidumping o compensatorias. Si el asunto es devuelto a la AI que lo emitió, ésta debe remitir una resolución definitiva que no sea incompatible con la decisión del Panel. Si la determinación continúa siendo incompatible, el Panel Binacional puede continuar devolviendo. En el caso del *Jarabe de Maíz de Alta Fructosa*, el Panel sostuvo:

“¿Podría en alguna circunstancia resultar de la resolución de un panel binacional la ineficacia de una investigación antidumping? En opinión de este Panel la respuesta a esta pregunta es afirmativa, pero no por las razones alegadas por las Reclamantes (en el sentido de que puede este Panel anular el acto de la AI u ordenarle a ésta que lo anule) ni de manera inmediata, sino en los casos en que la solicitud de investigación haya sido presentada por una persona sin suficiente legitimación para ello, o si la determinación de daño o amenaza de daño realizada por la AI no se sostuviese, casos en los que la AI, tras la devolución dictada por el panel binacional, tendría que hacer compatible su resolución con la decisión del panel o, si ello no fuere posible, dar por terminada la investigación y devolver las cuotas compensatorias recolectadas. En cualquier otro caso, la devolución ordenada por un panel binacional deberá tener el resultado de un nuevo acto de la AI, compatible con la resolución del panel binacional.”²⁵

Sugiero que la mayoría considere la opinión anterior en lugar de subestimar la habilidad de un Panel Binacional de afrontar una determinación ilegal sin la necesidad de reclamar una

²² See, thesis registered as 185,344.

²³ See, Fructose, *supra* note 14.

²⁴ See, Article 1904 (3) of the NAFTA.

²⁵ MEX-USA-98-1904-01. Párrafo 267.

nulidad. No encuentro nada en la admisión que hace la mayoría en este Panel a fundamentos de hecho argumentados por Berg, que pueda explicar o justificar una confirmación de la determinación de la AI

Una devolución a la AI se hace necesaria para demostrar dónde, en el expediente administrativo, se encuentran las circunstancias excepcionales que requirieron el plazo de 18 meses y qué extensiones en el expediente autorizarían una prolongación del plazo aún mayor. En tanto la AI admita que sobrepasó el plazo de 18 meses, la devolución requeriría entonces que se demuestre el fundamento legal sobre el cual le fue permitido continuar la investigación más allá del plazo de 18 meses establecido. La devolución a la AI se hará por un periodo de 30 días.

Respetuosamente,

Dale Tursi
Dale Tursi

14 de marzo de 2008.