

**COMENTARIO SOBRE CHINA - MEDIDAS EN MATERIA DE DERECHOS
ANTIDUMPING Y COMPENSATORIOS SOBRE LOS PRODUCTOS DE
POLLO DE ENGORDE PROCEDENTES DE LOS ESTADOS UNIDOS,
INFORME DEL GRUPO ESPECIAL**

*Dr. José Manuel Vargas Menchaca**

Resumen: En este caso se analizan diversas violaciones procesales al Acuerdo Antidumping de la Organización Mundial del Comercio (OMC) tales como la falta de resúmenes no confidenciales adecuados y la oportunidad de que las contrapartes se reúnan en el curso de la investigación; así como cuestiones de fondo relativas a la determinación de la cuantía del margen de dumping y de la subvención. Los Estados Unidos de América (Estados Unidos) acudieron al mecanismo de solución de diferencias de la OMC para reclamar a China violaciones al Acuerdo Antidumping y al Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (ASMC) por la imposición de derechos antidumping y compensatorios sobre el pollo de engorde. El Grupo Especial que conoció del asunto, determinó que China incumplió con las obligaciones establecidas en una gran variedad de disposiciones: 11.3, 12.4.1, 12.7, 12.8, 15.1, 15.2, 15.5, 22.3 y 22.5 del ASMC; así como de los artículos 3.1, 3.2, 3.5, 6.5.1 6.8, párrafo 1 del Anexo II, 6.9, 12.2 y 12.2.2 del AAD. El presente trabajo resume, analiza y comenta los alcances y los méritos de las conclusiones y constataciones del Grupo Especial.

Palabras Claves: Dumping, Medidas antidumping, Subsidios, Violaciones a tratados comerciales, Derechos compensatorios

Abstract: This case analyzes several procedural violations to the World Trade Organization Antidumping Agreement, such as the lack of adequate non-confidential summaries and the opportunity of counterparties to meet during the course of the investigation, as well as more profound issues related to the process by which the margin of dumping and subsidy is determined. The United States filed a complaint in the WTO dispute settlement system against China. The former claimed that the latter was violating the Antidumping Agreement and the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures with its measures imposed on broiler chicken products. The Panel determined that China failed to comply with the obligations established in dispositions: 11.3, 12.4.1, 12.7, 12.8, 15.1, 15.2, 15.5, 22.3 and 22.5 of the SCM Agreement; as well as articles 3.1, 3.2, 3.5, 6.5.1 6.8, paragraph 1 of Annex II, 6.9, 12.2 and 12.2.2 of the Antidumping Agreement. In this work I summarize, examine and comment on the merits and the scope of the Panel's conclusions.

Keywords: Dumping, Antidumping measures, Countervailing measures, Subsidies, Violations to trade treaties, Countervailing measures

I. Introducción

El 20 de septiembre de 2011, los Estados Unidos solicitaron la celebración de consultas con la República Popular China (China) respecto de las medidas por las cuales se imponen

derechos antidumping y compensatorios sobre los productos de pollo de engorde procedentes de los Estados Unidos, tal como se establece en los Anuncios N° 8 (2010), N° 26 (2010), N° 51 (2010) y N° 52 (2010), emitidos por el Ministerio de Comercio de la República Popular China (MOFCOM), incluidos todos y cada uno de sus anexos.¹ Los Estados Unidos alegaron que las medidas parecen ser incompatibles con varias disposiciones del Acuerdo Antidumping² (AAD), *inter alia*, los artículos 1, 2.2, 3.1, 3.2, 3.4, 3.5, 4.1, 5.1, 6.2, 6.4, 6.5, 6.8, 6.9 y 12.2 del AAD relativas al procedimiento de la investigación antidumping y a la determinación por medio de la cual se impusieron los derechos antidumping en cuestión.³ Asimismo, violaciones relativas al procedimiento de la investigación sobre la existencia de subvenciones, así como a la determinación de los derechos compensatorios,⁴ con lo cual invocan violaciones a los artículos 10, 11.1, 12.3, 12.4, 12.7, 12.8, 15.1, 15.2, 15.4, 15.5, 16.1, 19.4, 22.3, 22.4 y 22.5 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias⁵ (ASMC). Como resultado de lo anterior (infracciones cometidas respecto del AAD y el ASMC), los Estados Unidos alegaron también incompatibilidad con el artículo VI del GATT de 1994.⁶

Las consultas se llevaron a cabo el 28 de octubre de 2011. Sin embargo las mismas no permitieron a las partes llegar a una solución mutuamente satisfactoria, con lo cual los Estados Unidos decidieron llevar el asunto al arbitraje previsto en el mecanismo de solución de diferencias de la OMC. Al respecto presentaron su solicitud de establecimiento de un Grupo Especial el 8 de diciembre de 2011.⁷ La primera ocasión en que el asunto fue sometido al Órgano de Solución de Diferencias (OSD) se celebró el 19 de diciembre de 2011, pero a solicitud de China y de conformidad con el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD) el OSD aplazó el establecimiento del Grupo Especial.

Posteriormente, en la reunión efectuada el 20 de enero de 2012, el OSD resolvió favorable el establecimiento de un Grupo Especial bajo el mandato estándar previsto en el artículo 6 del ESD. No obstante, toda vez que las partes en conflicto no se pusieron de acuerdo en la selección de los integrantes, recurrieron a la intervención del Director General de la OMC para tal efecto. De este modo, con fundamento en el artículo 8.7 del ESD, el 24 de mayo de 2012 el mencionado funcionario resolvió conformar el Grupo Especial con los señores Faizullah Khilji (Presidente), Serge Fréchette y Claudia Orozco.

¹ Solicitud de consultas enviada por los Estados Unidos al Órgano de Solución de Diferencias el 20 de septiembre de 2011 y comunicado a los miembros el 23 del mismo mes y año mediante el documento WT/DS427/1.

² El Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 forma parte del Anexo 1A del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. Diario Oficial de la Federación (DOF) del 30 de diciembre de 1994. Entró en vigor el 1° de enero de 1995.

³ Entre otros, la determinación inadecuada de la existencia de dumping y daño, la utilización indebida de los hechos de que se tenía conocimiento, el hecho de no dar acceso a la información pertinente, la explicación insuficiente de los fundamentos de la determinación, la falta de un análisis adecuado de los efectos de las importaciones objeto de investigación y la ausencia de una determinación objetiva de la relación de causalidad. Solicitud de consultas dirigida al OSD el 20 de septiembre de 2011, documento WT/DS427/1.

⁴ Verbigracia, la utilización indebida de los hechos de que se tenía conocimiento, la explicación insuficiente de los fundamentos de la determinación y la imposición de derechos compensatorios superiores a la cuantía de la subvención.

⁵ El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias forma parte del Anexo 1A del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. DOF del 30 de diciembre de 1994. Entró en vigor el 1° de enero de 1995.

⁶ El Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, publicado en el DOF del 30 de diciembre de 1994, resolvió incorporar el texto íntegro del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT por sus siglas en Inglés) de 1947 para denominarlo GATT de 1994.

⁷ La solicitud de establecimiento de un Grupo Especial fue circulada entre los miembros de la OMC el 9 de diciembre de 2011, mediante el documento con nomenclatura WT/DSU427/2.

En relación con el presente asunto, diversos países se reservaron el derecho de participar como terceros, entre ellos, Arabia Saudita, Chile, Japón, México, Noruega, Tailandia y la Unión Europea.

El procedimiento arbitral duró poco más de un año, a pesar de que el Presidente del Grupo Especial, en acuerdo con las partes, había previsto concluir su labor en junio de 2013. El Grupo Especial emitió su informe el 2 de agosto de 2013,⁸ mismo que fue distribuido entre los miembros de la OMC y sometido para su adopción en la reunión del OSD que se celebró el 25 de septiembre del mismo año.

El presente caso tiene similitud con otro procedimiento llevado en México, mediante el cual la autoridad mexicana como resultado de una investigación antidumping, determinó la imposición de derechos antidumping (cuotas compensatorias) a las importaciones de pollo estadounidense. El asunto fue impugnado por los exportadores estadounidenses en el marco del Capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Dicho asunto se encuentra en espera de la conformación del panel binacional, al amparo del artículo 1904 del TLCAN. Entre los aspectos que fueron sometidos a arbitraje, básicamente se refieren a la metodología usada por la autoridad investigadora mexicana al determinar el margen de dumping. Los exportadores discrepan en la metodología para determinar el costo, el cual puede ser por valor de pollo entero o por rendimiento de pieza por pieza. Esto marca un precedente en cuanto la determinación de la metodología, pues como lo indicó el Grupo Especial en este caso, ninguna de las opciones presentadas por las partes parece adecuada para determinar el valor real del pollo.

II. Argumentos de las partes

1. Las alegaciones de los Estados Unidos con respecto al modo (forma) en que el MOFCOM realizó sus investigaciones.⁹

A. Reunión de las contrapartes para la presentación de argumentos refutatorios.

Los Estados Unidos alegaron que el Ministerio de Comercio de China (MOFCOM) no dio a las partes interesadas en la investigación, que tenían intereses contrarios, la oportunidad de reunirse y exponer sus argumentos y contra argumentos, a pesar de la solicitud específica presentada por el Gobierno de los Estados Unidos. Sostuvieron que el MOFCOM denegó la solicitud de celebración de una audiencia decidiendo sin más indagación, que las cuestiones identificadas en la solicitud de la investigación no eran pertinentes para alguna de las otras partes interesadas en la investigación, y ofreció en su lugar un foro cerrado en el que el Gobierno de los Estados Unidos podía presentar sus opiniones únicamente al MOFCOM.

A juicio de los Estados Unidos, el artículo 6.2 del AAD requiere que las autoridades den a las partes interesadas la oportunidad de reunirse con las partes con intereses contrarios e intercambiar opiniones, y la reunión de presentación de opiniones organizada por el MOFCOM no satisface esas exigencias, es decir la presentación de argumentos y

⁸ Informe del Grupo Especial, *China - Medidas en materia de derechos antidumping y compensatorios sobre los productos de pollo de engorde procedentes de los Estados Unidos (China - Pollo de engorde Estados Unidos)*, WT/DS427/R, adoptado el 25 de septiembre de 2013.

⁹ Ídem, véanse párrafos 7.12 al 7.25.

contra argumentos. Asimismo, rechazan la afirmación del MOFCOM de que contactó por teléfono al solicitante de la investigación y a las partes interesadas con intereses contrarios e indicaron no tener interés de reunirse, y con ello el MOFCOM consideró que de esa manera cumplió con la obligación establecida en el artículo 6.2 del AAD.

Por último, los Estados Unidos alegaron no tener prueba alguna de que efectivamente se hizo dicho contacto con las partes interesadas y sostuvieron que el MOFCOM no identificó a dichas partes ni explicó en qué modo se contactó con ellas. Adujo que si bien el mencionado artículo 6.2 no obliga a las partes con intereses contrarios a asistir a la reunión, esa disposición no permite que una sola parte, como el solicitante de la investigación, decida si se hace o no.

Por el contrario China sostuvo que lo establecido en el artículo 6.2 no obliga a la autoridad investigadora a celebrar una audiencia pública en cualquier circunstancia. Aduce que la obligación de una autoridad en relación con este artículo no va más allá de la obligación de dar a las partes con intereses contrarios la oportunidad de celebrar una reunión. Por tanto, la autoridad investigadora simplemente tiene que crear las condiciones necesarias para facilitar tal reunión. A juicio de China el derecho de las partes interesadas a celebrar una reunión para exponer tesis opuestas está supeditado a que haya partes contrarias.

China afirmó haber dado cumplimiento a su obligación referida en el artículo 6.2 del AAD, toda vez que un día después de recibir la solicitud de celebración de una audiencia pública presentada por el gobierno de los Estados Unidos, el MOFCOM contactó por teléfono al solicitante de la investigación, así como a todas las demás partes interesadas, respecto de las cuales a su consideración tenían intereses contrarios a los del Gobierno estadounidense, para notificarles la solicitud y preguntar si asistirían a la audiencia. Dichas partes no indicaron tener interés en asistir a la audiencia, pues las cuestiones planteadas por los Estados Unidos en su solicitud ya se habían abordado minuciosamente a lo largo de la investigación y, en consecuencia, no eran pertinentes para ellas. En consecuencia, el MOFCOM rechazó la solicitud de los Estados Unidos de una audiencia pública y en su lugar ofreció la reunión en la cual el gobierno estadounidense hizo la presentación de sus opiniones con respecto a la investigación y su procedimiento.

El análisis del Grupo Especial partió de las interpretaciones del artículo 6.2 del AAD, que a la letra dice:

6. Pruebas

...

6.2 Durante toda la investigación antidumping, todas las partes interesadas tendrán plena oportunidad de defender sus intereses. A este fin, las autoridades darán a todas las partes interesadas, previa solicitud, la oportunidad de reunirse con aquellas partes que tengan intereses contrarios para que puedan exponer tesis opuestas y argumentos refutatorios. Al proporcionar esa oportunidad, se habrán de tener en cuenta la necesidad de salvaguardar el carácter confidencial de la información y la conveniencia de las partes. Ninguna parte estará obligada a asistir a una reunión, y su ausencia no irá en detrimento de su causa. Las partes interesadas tendrán también derecho, previa justificación, a presentar otras informaciones oralmente.

A juicio del Grupo Especial la segunda frase del citado artículo dispone que las autoridades están obligadas, previa solicitud, a dar a todas las partes interesadas oportunidades de reunirse con aquellas partes que tengan intereses contrarios, para que puedan exponerse tesis opuestas y argumentos refutatorios. A ese respecto, el Órgano de Apelación (Órgano de Apelación), en *Estados Unidos – Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos*, aclaró que el artículo 6.2 "establec[e] los derechos fundamentales de garantía procesal que corresponden a las partes interesadas en las investigaciones y exámenes en materia de medidas antidumping".¹⁰ No obstante, el mismo Órgano de Apelación opinó que el mencionado artículo no otorga derechos "indefinidos", e indicó que las "oportunidades" dadas conforme a esa disposición deben equilibrarse con otras consideraciones, como la capacidad de la autoridad investigadora para completar la investigación con prontitud.

La cuestión observada por el Grupo Especial es que China no hace referencia a alguna prueba integrada en el expediente que respalde su afirmación de haber contactado a las partes interesadas contrarias a los intereses del gobierno estadounidense. Es decir, no ofrece constancias de que algún funcionario chino haya realizado las llamadas telefónicas. La única prueba que figura en el expediente recibida por el Grupo Especial durante el arbitraje en el marco de la OMC, fue la carta del MOFCOM al Gobierno de los Estados Unidos con respecto a la posibilidad de realizar una reunión para que fuera escuchado, la cual no contiene indicación alguna de que el MOFCOM hubiera contactado con al solicitante de la investigación o a otras partes interesadas con intereses contrarios al Gobierno estadounidense. Por lo tanto, dadas las circunstancias y la inexistencia de pruebas que confirmen el actuar del MOFCOM, el Grupo Especial concluyó que el MOFCOM no satisfizo las prescripciones del artículo 6.2 del AAD, al no dar a las partes interesadas que tenían intereses contrarios, oportunidades para reunirse y presentar tesis opuestas y argumentos refutatorios, y al no haber adoptado medida alguna para organizar una reunión que permitiera la exposición de argumentos y contra argumentos.

B. Resúmenes no confidenciales (versión pública) de la información confidencial.

El siguiente punto de análisis del Grupo Especial fue el alegato de los Estados Unidos al acusar al MOFCOM de no exigir resúmenes no confidenciales de la información contenida en la solicitud de investigación en ambas investigaciones (antidumping y sobre subvenciones),¹¹ lo cual dificultó la capacidad de las partes interesadas estadounidenses para defender sus intereses. La no presentación de los resúmenes no confidenciales, en opinión de los Estados Unidos, derivó en el incumplimiento de los artículos 6.5.1 del ADD y 12.4.1 del ASMC.

Los Estados Unidos acusan al MOFCOM de no exigir al solicitante de la investigación resúmenes no confidenciales de la información que había presentado con carácter confidencial, a pesar de que el solicitante no alegó ante el MOFCOM circunstancias especiales, y mucho menos excepcionales, que justificaran la imposibilidad de resumir de manera no confidencial la información pertinente. La obligación de presentar resúmenes no

¹⁰ Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos – Exámenes por extinción de las medidas antidumping impuestas a los artículos tubulares para campos petrolíferos procedentes de la Argentina*, DS268, distribuido el 11 de mayo de 2007.

¹¹ Informe del Grupo Especial *China- Pollo de engorde Estados Unidos*, párrafos 7.26 al 7.65.

confidenciales (versión pública) de la información confidencial durante la investigación, deriva en otorgar a las partes interesadas la oportunidad de defenderse adecuadamente; sin embargo, el MOFCOM no cumplió con su obligación de exigirle al solicitante de la investigación dichos resúmenes (versión pública de la información confidencial), y en su lugar, el MOFCOM, en su calidad de autoridad investigadora, trató de subsanar dicha falta con la elaboración de sus propios resúmenes.

Asimismo, los Estados Unidos consideraron que de aceptarse el argumento de China sobre la existencia de dichos resúmenes, éstos son insuficientes, pues la información presentada no estaba debidamente identificada ni rotulada como “resúmenes no confidenciales” y al no haber explicación de qué información en particular serviría como resumen, a juicio de los Estados Unidos, el MOFCOM actuó de manera incompatible con los artículos 6.5.1 del AAD y 12.4.1 del ASMC. Los Estados Unidos señalaron, que si bien dichos artículos no obligan expresamente a rotular los resúmenes, sí debe darse al lector una indicación de cuál es la información que ayudará a entender el contenido sustancial de los datos confidenciales omitidos en las versiones públicas.

Por su parte, China sostuvo que el solicitante de la investigación presentó resúmenes no confidenciales adecuados, pues los artículos 6.5.1 del AAD y 12.4.1 del ASMC no especifican que éstos deban tener una forma particular o estén rotulados de cierta manera, siempre y cuando se respeten las debidas garantías procesales. Como referencia, China citó el informe del Grupo Especial sobre el asunto *China – GOES*,¹² en el cual se observó la necesidad de basarse en distintas indicaciones dispersas a lo largo del cuerpo de la solicitud de investigación para llegar a una comprensión razonable del contenido sustancial de la información suprimida (información confidencial), y no necesariamente una indicación escrita. Sin embargo, China discrepa de la opinión del Grupo Especial en el mismo asunto, de que los resúmenes complementarios facilitados por una autoridad investigadora no pueden satisfacer las prescripciones de los artículos 6.5.1 AAD y 12.4.1 del ASMC, toda vez que es parte de su argumento en la controversia que nos ocupa.¹³

En su análisis el Grupo Especial consideró dos aspectos iniciales antes de entrar a detalle en la lectura de cada resumen. El primero, es que no hay desacuerdo entre las partes en cuanto a que el solicitante de la investigación no invocó "circunstancias excepcionales" que hicieran imposible resumir la información. El segundo, es que varios grupos especiales¹⁴ han constatado que los artículos 6.4.1 y el 12.4.1 antes mencionados, requieren que los resúmenes no confidenciales (versión pública) sean suministrados por "las partes interesadas que faciliten información confidencial", y no por la autoridad investigadora. Por lo tanto, el Grupo Especial convino en no considerar en su análisis las faltas o deficiencias cubiertas por el MOFCOM en los resúmenes del solicitante de la investigación.

¹² Informe del Grupo Especial *China — Acero magnético de grano orientado*, WT/DS414, adoptado el 16 de noviembre de 2012.

¹³ China dijo que los resúmenes no confidenciales suministrados en la petición se completaron posteriormente con análisis no confidenciales suministrados por el MOFCOM en sus determinaciones preliminar y definitiva, y con esto sería suficiente para entender adecuadamente el contenido confidencial. Adujo que la referencia del peticionario a la información presentada con carácter confidencial figura exactamente en la ubicación en que esa información se suprimió u omitió, ya sea en el texto o integrada en los gráficos y cuadros incluidos en el documento.

¹⁴ Informes de los Grupos Especiales, *China - GOES*, párrafos 7.189 y 7.190; y *UE - Calzado (China)*, párrafo 7.708. En el asunto *China - GOES*, el Grupo Especial vinculó esta cuestión con las debidas garantías procesales que constituyen el objetivo subyacente en el artículo 6.5.1 y el 12.4.1.

El Grupo Especial retomó el criterio del Órgano de Apelación en *CE - Elementos de fijación (China)*,¹⁵ para determinar si un resumen no confidencial (versión pública) satisface lo dispuesto en los artículos 6.5.1 del AAD y 12.4.1 del ASMC. El Órgano de Apelación afirmó que para ser suficiente un resumen (versión pública) éste dependerá de la información confidencial de que se trate; sin embargo, debe permitir una comprensión razonable del contenido sustancial de la información denegada o confidencial, y dar a las demás partes en la investigación una oportunidad significativa de responder y defender sus intereses.

El Grupo Especial revisó toda la información confidencial y no confidencial (versión pública) para determinar si los resúmenes presentados permitían una comprensión razonable de la información omitida (confidencial) o no. El Grupo Especial determinó que la versión no confidencial (versión pública) de la solicitud de investigación no permite una comprensión razonable del contenido sustancial de la información confidencial suprimida y, por tanto, no constituye un resumen no confidencial (versión pública) de esa información. Por consiguiente, el Grupo Especial concluyó que el MOFCOM no cumplió la obligación de exigir al solicitante de la investigación que suministrara resúmenes no confidenciales de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 6.5.1 del AAD y 12.4.1 del ASMC.

C. Hechos esenciales.¹⁶

Los Estados Unidos alegaron que China incumplió con la obligación establecida en el artículo 6.9 del AAD, de informar a las partes interesadas de los hechos esenciales en los que basó su determinación final para aplicar derechos antidumping, al no dar a conocer los datos y cálculos utilizados para determinar la existencia y margen de dumping incluido el cálculo del valor normal y el precio de exportación de los declarantes.

El artículo 6.9 del AAD a la letra dice:

Artículo 6 Pruebas

...

6.9 Antes de formular una determinación definitiva, las autoridades informarán a todas las partes interesadas de los hechos esenciales considerados que sirvan de base para la decisión de aplicar o no medidas definitivas. Esa información deberá facilitarse a las partes con tiempo suficiente para que puedan defender sus intereses.

El MOFCOM entregó a cada declarante una comunicación escrita explicando la manera en que determinó el valor normal, el precio de exportación y determinados ajustes del valor normal y del precio de exportación. El documento se hizo acompañar de un cuadro con cifras correspondientes a empresas específicas sobre volúmenes de exportación, precios de exportación y valores normales de diversas categorías de productos de la mercancía considerada, y un margen de dumping total para la mercancía considerada en su conjunto. Asimismo, en dicha comunicación se muestra el cálculo del promedio ponderado del

¹⁵ *Comunidades Europeas — Medidas antidumping definitivas sobre determinados elementos de fijación de hierro o acero procedentes de China*, WT/DS397, adoptado el 28 de julio de 2011.

¹⁶ Informe del Grupo Especial *China- Pollo de engorde Estados Unidos*, párrafos 7.66 al 7.107.

margen de dumping en su etapa final, es decir, una vez que se comparó el promedio ponderado de los precios de exportación y el de los valores normales.

Sobre dicha comunicación, los Estados Unidos admitieron la información proporcionada; sin embargo, mantuvieron que el MOFCOM no divulgó la forma en que esas cifras resumidas se obtuvieron, y que los escuetos resúmenes no fundamentados de los métodos, ajustes y cálculos del MOFCOM, los cuales figuraban en su determinación antidumping preliminar y en sus comunicaciones definitivas de la existencia de dumping son insuficientes para satisfacer la obligación del artículo 6.9 del AAD e impiden a las partes interesadas defender adecuadamente sus intereses. Los Estados Unidos insistieron que la esencia del artículo 6.9 del AAD radica en la protección de las debidas garantías procesales, por lo cual, deben divulgarse los hechos indispensables y necesarios para determinar el actuar de la autoridad investigadora y de este modo, en su caso, hacer observaciones al respecto y solicitar a dicha autoridad modificaciones.

En particular, los Estados Unidos dijeron que para cumplir con la obligación establecida en artículo 6.9 del AAD, los cálculos y la información conexas que el MOFCOM debería haber dado a conocer incluyen, aunque no exclusivamente: i) todos los cálculos realizados por lo que respecta a la obtención del valor normal; ii) todos los cálculos efectuados para determinar el precio de exportación; y iii) todos los cálculos realizados para establecer los costos de producción.

Enfatizaron la obligación del MOFCOM de haber facilitado los archivos y hojas de cálculo reales creados con cualquier programa informático que hubiera utilizado, junto con las fórmulas utilizadas para calcular el valor normal y el precio de exportación y sus ajustes. Sostuvieron que los cálculos son igualmente pertinentes y no deben omitirse, pues de acuerdo con la definición de “hecho” sentada en el diccionario, se trata de cifras reales que existen y sobre las cuales se decidieron acciones que afectan los intereses de los declarantes. Los Estados Unidos agregaron que sin tener acceso a los cálculos y datos reales utilizados no podían, por ejemplo, comprobar si hubo errores en el método o los cálculos del MOFCOM, y esto iría en detrimento de sus intereses.

Por su parte, a juicio de China el artículo 6.9 del AAD no requiere del tipo de divulgación extensiva que solicitan los Estados Unidos y, al parecer, obligaría a divulgar cada uno de los detalles que formarían parte del examen de la cuestión realizado por la autoridad, ya se trate de datos de transacciones individuales, del método de cálculo básico o del programa de cálculo en sí mismo. Igualmente, señaló que no todos los hechos son *hechos esenciales*. Aduce que éstos son los que constituyeron el fundamento de la decisión de las autoridades de aplicar o no medidas definitivas; por tanto, el artículo 6.9 no implica una obligación de divulgar todos y cada uno de los aspectos del cálculo del margen de dumping realizado por una autoridad.

Para China, la obligación establecida en el artículo 6.9 se limita a considerar al hecho de la existencia de los márgenes de dumping y a los demás hechos fundamentales que permiten comprender como se llegó a la determinación. Aseguró igualmente, que el MOFCOM dio a conocer todos los hechos necesarios para que las partes interesadas

pudieran defender sus intereses, pues en los documentos entregados a los declarantes se encuentran referencias específicas que cada declarante pudo haber comparado con sus comunicaciones entregadas al MOFCOM durante la investigación y de esta forma defender razonablemente sus intereses.

China adujo que la información facilitada a cada uno de los declarantes estadounidenses fue más allá de su obligación requerida en el artículo 6.9 del AAD, pues se facilitaron resúmenes de los cálculos hechos por el MOFCOM revelando sus principales referencias como el valor normal, precio CIF y precio de exportación neto, cada uno necesario para que el declarante pudiera ver qué productos generaban qué márgenes de dumping y de esta forma cada quien pudiera contrastar los cálculos del MOFCOM con los proporcionados por cada declarante.

Por su parte el Grupo Especial retomó y convino con el análisis que realizaron los Grupo Especial's en los asuntos *China – GOES*¹⁷ y *México – Aceite de oliva* en que, para aplicar medidas definitivas al concluir las investigaciones antidumping y en materia de derechos compensatorios respectivamente, las autoridades investigadoras tienen que constatar la existencia de tres elementos clave: i) dumping o subvención, ii) daño, y iii) una relación causal. Por tanto, los hechos esenciales subyacentes en las constataciones y conclusiones relacionadas con esos elementos constituyen el fundamento de la decisión de aplicar medidas definitivas y tienen que ser divulgados.

Asimismo, de acuerdo con el Órgano de Apelación en su decisión *China – GOES*, la expresión "hechos esenciales":

Se refiere a aquellos hechos que sean significativos en el proceso de llegar a una decisión sobre si aplicar o no medidas definitivas. Esos hechos son los destacados para la decisión de aplicar medidas definitivas y los destacados para un resultado contrario. Una autoridad debe divulgar esos hechos, de forma coherente, a fin de permitir a una parte interesada comprender la base de la decisión de aplicar o no medidas definitivas. A nuestro juicio, informar de los hechos esenciales considerados de conformidad con el párrafo 9 del artículo 6 y el párrafo 8 del artículo 12 es primordial para asegurar que las partes tengan la capacidad de defender sus intereses.¹⁸

El Grupo Especial determinó que si bien el artículo 6.9 del AAD no requiere divulgar todos los hechos y tampoco divulgar los razonamientos; a su juicio, la divulgación de los hechos esenciales no consiste simplemente en revelar que se ha hecho una determinación, se requiere dar a conocer los datos que constituyen el fundamento de esa determinación. Así pues, una declaración del promedio ponderado del margen de dumping correspondiente a un modelo en particular no fue suficiente. La divulgación de las fórmulas aplicadas es necesaria para que el declarante pueda hacer observaciones sobre la integridad y exactitud de las conclusiones a las que la autoridad investigadora llegó basándose en los hechos considerados, presentar información adicional o corregir errores, y hacer observaciones o presentar argumentos sobre la adecuada interpretación de esos hechos.

¹⁷ Informe del Grupo Especial, *China - GOES*, párrafo 7.652 (donde se cita el informe del Grupo Especial, *México - Aceite de oliva*, párrafo 7.110).

¹⁸ Citado en el Informe del Grupo Especial *China- Pollo de engorde Estados Unidos (WT/DS427)*. Adoptado en la reunión del OSD del 25 de septiembre de 2013, citando el Informe del ÓA, *China - GOES*, párrafo 240.

Finalmente, el Grupo Especial determinó que la autoridad investigadora deberá divulgar qué datos se utilizaron en: i) la determinación del valor normal (incluido el valor normal reconstruido); ii) la determinación del precio de exportación; iii) las ventas que se utilizaron en las comparaciones entre el valor normal y el precio de exportación; iv) cualesquiera ajustes por diferencias que afectaran la comparabilidad de los precios; y v) las fórmulas que se aplicaron a los datos.

El siguiente punto a determinar por el Grupo Especial era si los documentos de divulgación detallados para cada declarante entregados por el MOFCOM, contenían los hechos esenciales suficientes para la justa y oportuna defensa de los declarantes en este caso. Para el caso de Pilgrim's Pride, Tyson y Keystone, el Grupo Especial determinó que al omitir el valor sobre qué precios de venta se estaban utilizando para calcular el valor normal, no podrían haber determinado la exactitud de los cálculos del MOFCOM, y en consecuencia defender sus intereses. De esta manera, el Grupo Especial constató que China actuó de manera incompatible con el artículo 6.9 del AAD, porque el MOFCOM no informó a las tres partes interesadas pertinentes, Pilgrim's Pride, Tyson y Keystone, de todos los hechos esenciales, en particular los concernientes a su determinación de la existencia y los márgenes de dumping.

2. Las alegaciones de los Estados Unidos con respecto al cálculo de los derechos antidumping y compensatorios.¹⁹

Los Estados Unidos declararon que China actuó de manera incompatible con el artículo 2.2.1.1 del AAD porque el MOFCOM no utilizó los libros y registros ordinarios de los exportadores estadounidenses (declarantes), las imputaciones de los costos al reconstruir el valor normal y, en su lugar, impuso su propio método para determinarlos inadecuadamente sin justificar por qué no usó los libros de los exportadores estadounidenses. Además, para un declarante, Tyson, el MOFCOM incluyó en su método de imputación de costos, productos que no eran objeto de la investigación, lo cual reafirma el actuar incompatible de la autoridad investigadora china.

Por su parte China argumentó que los libros y registros ordinarios de los exportadores consultados no reflejaban razonablemente los costos asociados a la producción y venta del producto considerado y, en consecuencia, era perfectamente adecuado que el MOFCOM no usara dichos libros. Defendió su método diciendo que éste satisfacía lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1 y en ningún momento imputó costos a productos que no eran objeto de la investigación como lo declaró Tyson. El método del MOFCOM para la determinación preliminar de la investigación antidumping se basó en el peso de los diversos productos de pollo para determinar el valor una vez separadas las partes del pollo.

En el caso de Pilgrim's Pride, otro exportador estadounidense, el MOFCOM afirmó que había encontrado grandes discrepancias en el volumen de producción total de todos los tipos de mercancías consideradas, y esta empresa no había dado una explicación razonable de dichas diferencias. Además, China sostuvo que en el cuestionario no se proporcionaban

¹⁹ Informe del Grupo Especial *China- Pollo de engorde Estados Unidos*, párrafos 7.108 al 7.198.

costos de producción anuales definitivos y gastos a imputar como gastos generales, de venta y administrativos; y si bien Pilgrim's Pride había proporcionado una explicación posterior referente a estas discrepancias, lo había hecho fuera de tiempo, por lo cual, al ser extemporáneas no fueron consideradas por el MOFCOM.

El MOFCOM observó que ni Tyson ni Keystone (otro exportador) habían justificado que sus costos fueran razonables. Empero, El MOFCOM sí aceptó el argumento de éstos, en el sentido de que la base para distinguir los distintos productos de pollo de engorde es el corte físico del producto. Sin embargo, el MOFCOM concluyó seguidamente que "la autoridad investigadora no cree que el método refleje con exactitud las diferencias de costos de la mercancía considerada".²⁰

El artículo 2.2.1.1 del AAD es su parte pertinente establece:

Artículo 2 Determinación de la existencia de dumping

...

2.2.1.1 A los efectos del párrafo 2, los costos se calcularán **normalmente** sobre la base de los registros que lleve el exportador o productor objeto de investigación, siempre que tales registros estén en conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados del país exportador y reflejen razonablemente los costos asociados a la producción y venta del producto considerado. ... [Énfasis añadido]

En su análisis el Grupo Especial determinó que el uso del término "normalmente" significa que la autoridad investigadora está obligada a explicar por qué se apartó de la norma y se abstuvo de utilizar los libros y registros proporcionados por los declarantes. En este sentido retomaron el caso de *Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor*, en donde el Órgano de Apelación analizó el término "*normally*" (normalmente) que significa "*under normal or ordinary conditions; as a rule*" (en condiciones normales o habituales; por lo general). Según el Órgano de Apelación "el hecho de que una obligación esté matizada por el adverbio 'normalmente' no modifica necesariamente la caracterización de esa obligación como una regla ... por el contrario, ... la utilización del término 'normalmente' ... indica que la regla ... admite excepciones en determinadas circunstancias".²¹ El Grupo Especial concluyó entonces que utilizar los libros es la regla y el no usarlos es una excepción, por tanto recae en la autoridad investigadora, el justificar la no aplicación de la regla, ya sea en la determinación o en el expediente.

Por consiguiente, el Grupo Especial determinó que el MOFCOM estaba obligado a explicar cualquier decisión que adoptara en el sentido de apartarse de la norma, es decir, de utilizar los libros y registros del exportador si no los consideraba compatibles con los principios generales de contabilidad o no reflejaban razonablemente los costos asociados a la producción y venta del producto. De este modo, el Grupo Especial constató que el método de imputación que adoptó el MOFCOM era incompatible con el artículo 2.2.1.1 del

²⁰ Citado en el Informe del Grupo Especial *China- productos de pollo de engorde Estados Unidos*, párrafo 7.124 como "Respuesta a las observaciones del Gobierno de los Estados Unidos acerca de la comunicación definitiva sobre la existencia de dumping, Prueba documental USA-37".

²¹ Estados Unidos — Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor. (*Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor Indonesia*) (WT/DS406). El 24 de abril del 2012 el OSD adoptó los informes del Órgano de Apelación y del Grupo Especial modificado por el Órgano de Apelación. Cita del Informe del Órgano de Apelación, párrafo 273.

AAD, pues imputó a los productos costos de transformación que en realidad no estaban asociados a su producción y venta.

Para apoyar lo anterior, el Grupo Especial retomó los casos en donde precisamente la autoridad investigadora está obligada a abordar la cuestión sobre la imputación de los costos para el exportador. Así abordó las determinaciones del Órgano de Apelación en *Estados Unidos- Madera Blanda V*, en donde el Órgano de Apelación determina que la autoridad investigadora también está obligada a "reflexionar sobre" y "sopesar el fundamento" de "todas las pruebas disponibles de que la imputación de los costos ha sido la adecuada".²² En el asunto *CE – Salmón (Noruega)*, el Grupo Especial concluyó que "correspondía a la autoridad investigadora, como mínimo, explicar por qué era adecuado imputar los [costos] pertinentes" en la forma en que la autoridad investigadora lo hizo, y que, "en ausencia de dicha explicación, el enfoque aplicado por la autoridad investigadora no cumplía con el criterio establecido en el artículo 2.2.1.1".²³

Finalmente, en el reciente informe sobre *China – GOES*, el Órgano de Apelación afirmó –si bien con respecto a otra disposición del Acuerdo Antidumping– que "lo que una autoridad investigadora *ha tenido en cuenta* ... debe reflejarse en la documentación pertinente, por ejemplo una determinación definitiva de la autoridad, para que las partes interesadas puedan verificar si ésta efectivamente *ha tenido en cuenta* esos factores".²⁴

Así pues, con lo antecedentes referidos, el Grupo Especial al no encontrar en el expediente ninguna explicación de los motivos que llevaron al MOFCOM a rechazar las imputaciones de costos que figuraban en los libros y registros ordinarios de Tyson y Keystone consideró que el MOFCOM infringió lo establecido en el artículo 2.2.1.1 del AAD. En cambio en el caso de Pilgrim's Pride, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que el MOFCOM había explicado suficientemente las razones por las cuales rechazó las imputaciones de costos que figuraban en sus libros y registros ordinarios.

3. Determinación de derechos antidumping para todos los demás exportadores.²⁵

Los Estados Unidos alegaron que China actuó de manera incompatible con el artículo 6.8 y Anexo II párrafo 1 del AAD, al imponer una tasa "para todos los demás" basada en los hechos desfavorables de que tuvo conocimiento de los productores/exportadores. Asimismo, los Estados Unidos aseguraron que el MOFCOM no notificó a los demás exportadores y productores lo siguiente: i) la iniciación de la investigación; ii) la información requerida; ni iii) el hecho de que la no participación y la no presentación de

²² Estados Unidos — Determinación definitiva de la existencia de dumping respecto de la madera blanda procedente del Canadá. (*Estados Unidos - Madera blanda V Canadá*) (WT/DS264). El 1º de septiembre de 2006, el OSD adoptó el informe del Órgano de Apelación y el informe del Grupo Especial sobre el cumplimiento, revocado por el informe del Órgano de Apelación. Cita del Informe del Órgano de Apelación, párrafo 133.

²³ Comunidades Europeas — Medida antidumping sobre el salmón de piscifactoría procedente de Noruega. (*CE - Salmón (Noruega)*). (WT/DS337). El 15 de enero de 2008 el OSD adoptó el informe del Grupo Especial. Cita del Informe del Grupo Especial, párrafo 7.509.

²⁴ *China — Acero magnético de grano orientado. (China - GOES Estados Unidos)*. (WT/DS414). Los informes del Órgano de Apelación y el Grupo Especial se adoptaron por el OSD el 16 de noviembre de 2012. Cita del Informe del Órgano de Apelación, párrafo 131 (donde se citan, por ejemplo, los informes de los Grupos Especiales, *Tailandia - Vigas doble T*, párrafo 7.161; y *Corea - Determinado papel*, párrafo 7.253). (las cursivas están en el original)

²⁵ Informe del Grupo Especial *China- Pollo de engorde Estados Unidos* (WT/DS427). Adoptado en la reunión del OSD del 25 de septiembre de 2013, párrafos del 7.267 al 7.281 y del 7.284 al 7.313.

cierta información, tendría como resultado una determinación basada en los hechos de que tuviera conocimiento. Dijeron que por parte de los exportadores estadounidenses no hubo negativa de facilitar la información necesaria ni entorpecieron de otro modo la investigación antidumping.

La disposición pertinente establece:
Artículo 6 *Pruebas*

...
6.8 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 determinaciones preliminares o 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.

Los párrafos 1 y 7 del Anexo II del AAD disponen lo siguiente:

Anexo II Mejor información disponible en el sentido del párrafo 8 del artículo 6

1. Lo antes posible después de haber iniciado la investigación, la autoridad investigadora deberá especificar en detalle la información requerida de cualquier parte directamente interesada y la manera en que ésta deba estructurarla en su respuesta. Deberá además asegurarse de que la parte sabe que, si no facilita esa información en un plazo prudencial, la autoridad investigadora quedará en libertad para basar sus decisiones en los hechos de que tenga conocimiento, incluidos los que figuren en la solicitud de iniciación de una investigación presentada por la rama de producción nacional.

...
7. Si las autoridades tienen que basar sus conclusiones, entre ellas las relativas al valor normal, en información procedente de una fuente secundaria, incluida la información que figure en la solicitud de iniciación de la investigación, deberán actuar con especial prudencia. En tales casos, y siempre que sea posible, deberán comprobar la información a la vista de la información de otras fuentes independientes de que dispongan -tales como listas de precios publicadas, estadísticas oficiales de importación y estadísticas de aduanas- y de la información obtenida de otras partes interesadas durante la investigación. Como quiera que sea, es evidente que si una parte interesada no coopera, y en consecuencia dejan de comunicarse a las autoridades informaciones pertinentes, ello podría conducir a un resultado menos favorable para esa parte que si hubiera cooperado.

Al dar inicio a la investigación, el MOFCOM emitió aviso para que las partes interesadas defendieran lo que a su derecho correspondía, aclarando que de no comparecer, se les aplicaría una tasa basada en los hechos de que tuviera conocimiento. En su determinación preliminar, el MOFCOM aplicó una tasa de 105.4% a todos los demás exportadores de los que no tuvo información, al no haberse registrado durante el plazo prudencial propuesto por el MOFCOM.

Los Estados Unidos sostuvieron que cuando la autoridad investigadora no tiene conocimiento de un exportador, a éste no se le notifica la información que se le solicita y, por tanto, se le niega la oportunidad de facilitarla; los Estados Unidos agregaron que el MOFCOM no envió en ningún momento ejemplares de los cuestionarios a los productores/exportadores desconocidos. Según los Estados Unidos el incentivo de imponer una tasa basada en los hechos de que se tenga conocimiento sirve para estimular la cooperación; sin embargo, éste solo funciona si las empresas saben de la existencia de la

investigación y aun así, se abstienen de participar, y este no es el caso según los Estados Unidos. Al respecto, los Estados Unidos adujeron que los productores/exportadores desconocidos en momento alguno: i) negaron el acceso a la información necesaria; ii) no la facilitaron; o iii) entorpecieron la investigación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.8 del AAD, por lo que China incumplió con sus obligaciones.

Los Estados Unidos basaron este argumento, en el hecho de que la tasa "para todos los demás" fue de más del doble de cualquiera de los derechos antidumping aplicados a las empresas que se registraron pero no fueron investigadas y también que el MOFCOM no explicó cómo había llegado a esa tasa. Asimismo, los Estados Unidos rechazan los argumentos de China sobre los intentos de notificar la existencia de la investigación a todos los productores/exportadores, diciendo que al colocar un aviso público en el sitio *web* del MOFCOM, poner un aviso en una sala de lectura del MOFCOM o contactar a la Embajada de los Estados Unidos en China, no eran suficientes para dar a conocer la investigación, pues la probabilidad de que se enteraran por estas vías era realmente pequeña.

Por su parte, China afirmó que dado el amplio aviso de iniciación de la investigación que proporcionó el MOFCOM y en razón de la falta de cooperación de los exportadores "desconocidos", era apropiado que el MOFCOM recurriera a los hechos de que tuvo conocimiento para determinar el derecho antidumping aplicable a esos exportadores. China rechazó el argumento de los Estados Unidos, de que no había explicado las consecuencias de no registrarse como parte interesada; además China alegó que se especificaba una fecha límite para inscribirse y se precisaba cuál era la información solicitada.

China no está de acuerdo con la declaración del Grupo Especial en el asunto *China – GOES*,²⁶ de que la distribución por *Internet* no proporciona un aviso suficiente y sostuvo que esta cuestión merece que la examine de nuevo el presente Grupo Especial. China aclaró que el párrafo 7 del Anexo II establece "si una parte interesada no coopera y, en consecuencia, dejan de comunicarse a las autoridades informaciones pertinentes, ello podría conducir a un resultado menos favorable para esa parte que si hubiera cooperado". Por lo anterior, el derecho antidumping se basó en la mejor información disponible, obtenida de fuentes confidenciales compuesta por el valor normal calculado más alto y el precio de exportación registrado más bajo. China añadió que si el MOFCOM aplicara una tasa basada en una ya aplicada a uno de los declarantes que cooperaron, no habría incentivo para que las empresas desconocidas se dieran a conocer, pues el derecho antidumping les podría resultar favorable.

En el análisis del Grupo Especial se consideraron dos argumentos esenciales, el primero, si las medidas adoptadas por el MOFCOM para informar a las partes interesadas, no proporcionaron a "todos los demás" productores/exportadores desconocidos un aviso suficiente de la iniciación de la investigación y la información requerida a esas partes; y el segundo, si los hechos de que tuvo conocimiento el MOFCOM sustentan adecuadamente el cálculo del derecho antidumping para todos los demás exportadores.

²⁶ *China — Acero magnético de grano orientado. (China - GOES Estados Unidos)*, WT/DS414, liberado el 16 de noviembre de 2012.

En el primer elemento, el Grupo Especial revisó el contenido de los avisos publicados en la página *web* del MOFCOM, en la sala de lectura del MOFCOM y la comunicación enviada a la Embajada norteamericana en China. Los tres documentos contenían información sobre la investigación, el plazo para registrarse y enviar la información requerida, así como la aplicación de un derecho antidumping basado en los hechos de que se tuviera conocimiento para los que no cooperaran. El Grupo Especial recordó que de acuerdo con el texto del artículo 6.8 del AAD, permite a la autoridad investigadora acceder a la mejor información disponible para determinar una tasa de dumping, y de conformidad con el párrafo 1 del Anexo II, esa posibilidad depende, si la autoridad especificó con claridad la información requerida. El Grupo Especial resaltó que no hay mención sobre la forma que deba tener la solicitud de información ni el cómo comunicar dicha solicitud.

En tal virtud, se reconoce y acepta generalmente que la manera de informar a las partes interesadas desconocidas en un procedimiento administrativo o judicial, consiste en difundir avisos públicos, incluidos avisos publicados en un boletín oficial o en *Internet*. En el caso de una autoridad investigadora que no dispone de un medio más directo de llegar a determinados productores/exportadores, la única opción puede ser emitir comunicaciones dirigidas al público en general para solicitar información de las partes que no puede identificar.

El Grupo Especial determinó que el argumento de los Estados Unidos haría difícil, si no imposible, que un Miembro determine un derecho antidumping apropiado para ciertos productores/exportadores desconocidos y, por consiguiente, aplique medidas antidumping a las importaciones de éstos. Además, podría crear un incentivo para que un exportador/productor no coopere con la investigación, ya que se beneficiaría de las consecuencias de su falta de cooperación, es decir, que no se imponga una medida antidumping. Ese resultado no reflejaría una interpretación apropiada del artículo 6.8 del AAD.

El hecho de que determinados productores/exportadores no se registraran ni facilitaran la información requerida, significó que el MOFCOM carecía de base para determinar su margen de dumping. En estas circunstancias, la autoridad china consideró razonable el hecho de que al no registrarse, no estaban facilitando la información necesaria según lo establece el artículo 6.8 del AAD.

Según el Grupo Especial y dada la información que se proporcionó al panel, no tuvieron razón alguna para creer que el MOFCOM conocía a productores/exportadores distintos de los registrados y, por consiguiente, asignó un derecho antidumping basado en los hechos de que tuvo conocimiento a cualquier productor/exportador desconocido no compareciente en la investigación. Por lo anterior, el Grupo Especial constató que China cumplió las condiciones establecidas en el artículo 6.8 del AAD, para utilizar los hechos de que tuviera conocimiento en el cálculo del derecho antidumping para todos los demás.

El segundo aspecto de la alegación de los Estados Unidos se refiere a la manera en que el MOFCOM determinó el derecho antidumping "para todos los demás", utilizando hechos aparentemente desfavorables para los intereses de los productores/exportadores

desconocidos. El Grupo Especial analizó un argumento similar presentado en el caso *China – GOES*:

A nuestro juicio, hay que diferenciar la utilización de los hechos de que se tenga conocimiento de la aplicación de conclusiones desfavorables. Si bien el párrafo 7 del Anexo II del Acuerdo Antidumping establece que la falta de cooperación de una parte interesada "podría conducir a un resultado menos favorable para esa parte que si hubiera cooperado", no encontramos en el Anexo II base para inferir conclusiones desfavorables. En nuestra opinión, la finalidad del mecanismo de los hechos de que se tenga conocimiento no es sancionar la falta de cooperación de las partes interesadas. Como ha explicado el Órgano de Apelación, la finalidad del párrafo 7 del artículo 12 del Acuerdo SMC es más bien "garantizar que el hecho de que una parte interesada no facilite la información necesaria no obstaculice la investigación del organismo", en el sentido de que "la disposición permite que se utilicen los hechos que constan en el expediente únicamente para sustituir la información que pueda faltar". Aunque la falta de cooperación da lugar a la utilización de los hechos de que se tenga conocimiento, no justifica la inferencia de conclusiones desfavorables, ni las determinaciones que carecen de todo fundamento fáctico.²⁷

En conclusión, el Grupo Especial determinó que la explicación proporcionada por el MOFCOM sobre la tasa del derecho antidumping aplicable a todos los demás, exportadores desconocidos y comparecientes en la investigación, no se encontraba sustentada en hechos documentados en el expediente, asimismo, no se pudo determinar de dónde obtuvo los datos para calcular la tasa "para todos los demás", en consecuencia, el Grupo Especial resolvió que es imposible determinar si actuó en forma compatible con los principios antes indicados. Sin embargo, China no refutó dicha alegación en su contra, en consecuencia, el Grupo Especial constató que China actuó de manera incompatible con el artículo 6.8 del AAD.

4. Las alegaciones de los Estados Unidos con respecto a la definición de rama de producción nacional.²⁸

Los Estados Unidos adujeron que China actuó en forma incompatible con los artículos 3.1 y 4.1 del AAD, 15.1 y 16.1 del ASMC, por la manera en que definió la rama de producción nacional en las investigaciones. Esto se debió a que el MOFCOM, al realizar sus investigaciones, no intentó definir la rama de producción nacional como el "conjunto de los productores nacionales" antes de pasar a definirla como aquellos productores que representan una "proporción importante" de la producción nacional total. Los Estados Unidos alegaron también, que al llevarse a cabo un proceso de autoselección de los productores, se trajo un riesgo importante de distorsión al analizar el daño, lo cual a su vez resulta incompatible con las obligaciones que se establecen en los artículos 3.1 del AAD y 15.1 del ASMC; los cuales establecen, entre otros aspectos, la obligación de realizar un examen objetivo del daño importante a la rama de producción nacional sobre la base de pruebas positivas.

China señaló que cuando emitió el aviso sobre el inicio de la investigación, publicó la página de internet en donde las partes interesadas podrían responder los cuestionarios en línea. De los productores (exportadores) de pollo de engorde en los Estados Unidos

²⁷ Informe del Grupo Especial, *China - GOES*, párrafo 7.302 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, *México - Medidas antidumping sobre el arroz*, párrafo 293). (no se reproduce la nota de pie de página).

²⁸ Informe del Grupo Especial, *China - Pollo de engorde Estados Unidos*, párrafos 7.368 al 7.438.

identificados por el solicitante, solo 17 respondieron a los cuestionarios del MOFCOM. A partir de lo cual utilizó esa información, como una proporción significativa (la cual representaba más de la mitad de la producción nacional total) para analizar el daño importante a la rama de producción nacional. China también afirmó que el MOFCOM calculó la participación en el mercado y el consumo interno aparente total sobre la base de la información disponible acerca de la producción nacional total estimada y no del conjunto más reducido de los productores nacionales que respondieron. Al respecto, China señaló que los Estados Unidos no tienen prueba alguna para respaldar el argumento que formulan de que el MOFCOM estaba en condiciones de reunir información procedente de todos los productores nacionales y tomar entonces una muestra representativa de la rama de producción nacional.

China consideró que la interpretación de los Estados Unidos de que el MOFCOM debió hacer todo esfuerzo posible para incluir a todos los productores nacionales no tiene en cuenta el texto de los artículos 4.1 del AAD y 16.1 del ASMC. En dichos artículos, según China, no se menciona que las autoridades deban comenzar por el conjunto de productores nacionales y recurrir a una alternativa únicamente cuando se han agotado todas las opciones por obtener datos de todos los involucrados y posiblemente interesados en participar en la investigación. En lugar de ello, en el texto se reconoce que, en muchos casos la inclusión de todos los productores nacionales será imposible.

Finalmente, China no niega que una autoridad investigadora debe hacer algunos esfuerzos para asegurarse de que define debidamente a la rama de producción nacional, pero, una vez establecido que los productores que responden representan, por sí mismos, una proporción importante de la totalidad de la rama de producción nacional, la obligación de la autoridad de obtener respuestas adicionales es limitada.

El Grupo Especial analizó las disposiciones pertinentes relativas a lo que sería un "examen objetivo", el cual requiere que la rama de producción nacional y los efectos de las importaciones objeto de dumping se investiguen en forma imparcial, sin favorecer los intereses de cualquier parte interesada o grupo de partes interesadas en la investigación. En el presente caso, el MOFCOM no podría haber actuado más allá de sus atribuciones de autoridad investigadora, a fin de obtener información del resto de los productores que no presentaron interés en la investigación, toda vez que no respondieron los cuestionarios, de manera que resultara más probable que, como consecuencia del proceso de determinación de los hechos o de evaluación, se llegara a una cierta determinación más favorable para los Estados Unidos de haberse contactado a los productores faltantes. El Grupo Especial rescató el caso *CE - Elementos de fijación (China)*, en donde el Órgano de Apelación no declaró expresamente que una definición inadecuada de la rama de producción nacional pudiera dar lugar a una infracción de los artículos 3.1 del AAD y 15.1 del ASMC.²⁹

El Grupo Especial además aclaró que el proceso de definición de la rama de producción nacional seguido por el MOFCOM no implicaba una selección de empresas mediante muestreo. Aunque el MOFCOM exigió a los productores que registraran y presentaran información dentro de plazos específicos, no excluyó ninguna de las informaciones

²⁹ *CE - Elementos de fijación China*.

recibidas, incluso aunque procedieran de empresas que no se habían registrado. Ese modo de proceder es distinto a recibir información de una empresa y después abstenerse de utilizarla porque la empresa no se ha mostrado dispuesta a ser parte de un proceso de muestreo. Además, el MOFCOM no rechazó las respuestas que no apoyaban la solicitud de investigación, ya que de hecho todas las respuestas recibidas la apoyaron.

Finalmente, el Grupo Especial determinó que si bien las autoridades investigadoras están obligadas a tratar de hallar la información pertinente con respecto a la producción nacional total al definir la rama de producción nacional, China no estaba obligada, en virtud de los artículos 4.1 del AAD y 16.1 del ASMC, a tratar de identificar a todos los productores nacionales. El Grupo Especial también llegó a la conclusión de que los Estados Unidos no habían presentado pruebas de que el proceso seguido por el MOFCOM para definir la rama de producción nacional implicó un proceso de autoselección que introdujo un riesgo importante de distorsión en el análisis del daño, en consecuencia, el Grupo Especial determinó que tampoco infringió los artículos 3.1 del AAD y 15.1 del ASMC.

5. Las alegaciones de los Estados Unidos con respecto a la suficiencia de los avisos públicos.³⁰

Los Estados Unidos alegaron que los avisos públicos de las determinaciones antidumping y de la imposición de derechos compensatorios, preliminares y definitivas, eran incompatibles con la prescripción establecida en los artículos 12.2 del AAD y 22.3 del ASMC, en el sentido de dar a conocer “las constataciones y conclusiones a que se haya llegado sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho que la autoridad investigadora considere pertinentes”.

Los Estados Unidos declararon que el MOFCOM no abordó en sus determinaciones definitivas dos argumentos expuestos por el Consejo de Exportadores de Carne y Huevo de los Estados Unidos de América (USAPEEC) con respecto a la determinación sobre la relación causal entre el dumping y el daño a la rama de producción nacional y, la subvención y el daño a la industria nacional, en concreto: i) que no podía haber una relación causal entre las importaciones objeto de investigación y el daño importante a la industria, porque el aumento del volumen de las importaciones objeto de investigación se produjo enteramente a costa de las importaciones no investigadas y no restó cuota de mercado a la rama de producción nacional; y ii) que las importaciones objeto de investigación no pudieron haber tenido una repercusión desfavorable sobre la rama de producción nacional, porque más del 40% de ellas consistieron en patas de pollo, un tipo de mercancía que los productores chinos no podían suministrar al mercado nacional en cantidades suficientes.³¹

Los Estados Unidos aseguraron que los artículos 12.2 del AAD y 22.3 del ASMC obligan a las autoridades investigadoras a dar avisos públicos de sus determinaciones definitivas en los que aparezcan los motivos del rechazo por la autoridad investigadora de argumentos pertinentes de las partes interesadas. En este caso, el MOFCOM rechazó los argumentos sin explicación detallada y suficiente sobre su razonamiento. Según los Estados

³⁰ Informe del Grupo Especial, *China- Pollo de engorde Estados Unidos*, párrafos 7.586 al 7.607.

³¹ *Ibidem.*, párrafo 7.586 referente a la Primera comunicación escrita de los Estados Unidos, párrafos 5 y 339-343.

Unidos no basta con rechazar el argumento lisa y llanamente debido a que éstos si eran pertinentes para la investigación. En lo concerniente a las patas de pollo, los Estados Unidos señalaron que el MOFCOM reconoció no haber abordado expresamente esa cuestión en las determinaciones definitivas. Asimismo, los Estados Unidos rechazaron la sugerencia de China de que la cuestión había sido tratada con suficiencia en las determinaciones preliminares, bajo el argumento principal de que las patas de pollo no podían causar daño a la rama de producción nacional, cuando ésta no podía abastecer al mercado nacional.

Por su parte, China se defendió diciendo que el MOFCOM facilitó una explicación suficientemente detallada en respuesta a los argumentos de los declarantes estadounidenses con respecto a las cuestiones de las participaciones en el mercado y en particular de las patas de pollo. Explicó al Grupo Especial, que el hecho de que los Estados Unidos no estén conformes con los motivos del MOFCOM para rechazar los argumentos no es pertinente y no demuestra que las determinaciones definitivas del MOFCOM no hayan expuesto los motivos del rechazo. Asimismo, añadió que solo hay obligación de ocuparse de los argumentos y no necesariamente de expresar los mismos a satisfacción de la parte que los expone, también China reafirmó su argumento sobre el tratamiento suficiente durante las determinaciones preliminares, por lo cual resultaba innecesario volver a abordar dichos argumentos en las determinaciones definitivas.

A juicio del Grupo Especial, el MOFCOM explicó en sus determinaciones definitivas los motivos por los cuales rechazó los argumentos expuestos por el USAPEEC de una forma suficiente para que éste pudiera evaluar la compatibilidad del trato dado por el MOFCOM a sus argumentos en comparación con el ordenamiento jurídico interno y con las normas de la OMC. Respecto al primer argumento rechazado referente al daño y la relación causal, el USAPEEC insistía en que el producto investigado tuvo importaciones por un nivel muy por debajo de lo que pudiera considerarse dañino para la rama de la producción nacional. El MOFCOM, sin embargo, rechazó que el hecho de que las importaciones de patas de pollo fueran significativamente mayores que el producto investigado, no excluía *per se* a omitir dichas importaciones del análisis de daño y causalidad realizado por el MOFCOM.

Concluyeron que el argumento referente a las patas de pollo, en el sentido de que éstas no pudieron causar daño a la rama de producción nacional china dado que ésta no podía suministrar más patas, es un argumento referente a cuestiones pertinentes, el cual no fue suficientemente abordado en los avisos públicos.

Por los motivos antes expuestos, el Grupo Especial constató que China no actuó de manera incompatible con los artículos 12.2 y 12.2.2 del AAD y tampoco con los artículos 22.3 y 22.5 del ASMC con respecto a las explicaciones dadas por el MOFCOM en los avisos públicos de sus determinaciones definitivas en materia antidumping y de derechos compensatorios en relación con su rechazo del argumento del USAPEEC, según el cual las cuotas de mercado ganadas por las importaciones objeto de investigación no lo fueron en detrimento de la rama de producción nacional. Sin embargo, sí infringió los mencionados artículos al no explicar los motivos de su rechazo al argumento del USAPEEC relativo a la

incapacidad de los productores nacionales chinos para suministrar patas de pollo en cantidades suficientes.

III. Conclusiones

El presente caso abordó cuestiones tanto de forma o procedimiento cuanto de fondo; algunos de los aspectos relevantes de fondo se relacionan con la definición de la rama de producción nacional, dar a conocer hechos esenciales, aplicar los hechos de que se tiene conocimiento para calcular una tasa para “todos los demás”, la distribución de los cuestionarios y la recepción de información y pruebas por parte de la autoridad investigadora, donde como en el presente caso se discute el ámbito de responsabilidades de la autoridad para definir adecuadamente la rama de producción nacional, lo cual resulta relevante para la determinación de daño importante a la industria nacional, ya sea en las investigaciones antidumping y sobre subvenciones.

Una segunda cuestión de fondo en la diferencia analizada, se refiere a la metodología utilizada por el MOFCOM para determinar el valor de la mercancía investigada, aspecto que también generó controversia en la investigación realizada por las autoridades mexicanas sobre el mismo producto en contra de los Estados Unidos. En la controversia analizada, el argumento más fuerte se basó en la metodología utilizada por la autoridad para determinar los costos. Como sabemos, el pollo de engorde se puede vender entero o por piezas, y esta última modalidad es la que trae problemas al calcular su valor y el costo de producción. Como bien argumentaron los productores estadounidenses en ambos casos, el valor comercial de la pechuga no es el mismo que el de las piernas y muslos o despojos como mollejas, tripas o patas. Así pues, la autoridad investigadora enfrentó un serio problema al determinar qué metodología sería la ideal para acercarse lo más posible al costo y valor real de la mercancía objeto de la investigación. En el caso mexicano, al que hicimos alusión en la introducción de este trabajo, la investigación se realizó sobre la pierna y muslo de pollo y en el caso de China se hizo con el pollo entero, lo cual nos dice que investigar el pollo por piezas o entero genera el mismo problema a la hora de cuantificar su valor y el costo de producir cada pieza.

Entre las cuestiones de procedimiento es relevante comentar que la celebración de una audiencia pública durante las investigaciones antidumping y sobre subvenciones, no es una cuestión obligatoria y establecida en los Acuerdos de la OMC correspondientes, pero atendiendo a principios de transparencia y debida oportunidad de defensa, los países de TLCAN y algunos otros como Colombia realizan audiencias públicas antes de llegar a una determinación definitiva. Lo anterior favorece la imparcialidad y objetividad con la cual deben conducirse las autoridades investigadoras; en este sentido es deseable que como resultado de las negociaciones de la Ronda Doha se establezca como obligatoria la celebración de al menos una audiencia pública durante el procedimiento de investigación.

Un aspecto subsidiario y controvertido durante la diferencia analizada, deriva de documentar todas las actuaciones de la autoridad investigadora y que dichas constancias se integren al expediente de la investigación. Lo anterior toma relevancia cuando China afirma que realizó diversas llamadas telefónicas a algunas de las partes interesadas, pero no cuenta con documentos integrados al expediente que acrediten su dicho, motivo por el cual,

aunque sea verdad la realización de las mencionadas, lo anterior no es suficiente para que un Grupo Especial falle en su favor, si el expediente de la investigación no contiene las constancias que lo evidencien.

Siguiendo con lo anterior, el Grupo Especial determinó que al no poseer información obrante en el expediente para determinar si el MOFCOM había calculado adecuadamente la tasa para todos los demás, China había actuado de manera incompatible con el artículo 6.8. De esta manera, el expediente administrativo cobra relevancia al momento de defender un acto aparentemente sin fundamentos.

Un aspecto concomitante ante esta situación, es el acceso al mencionado expediente por parte de todas las partes interesadas en la investigación, para lo cual resulta igualmente importante la clasificación de la información, en confidencial y pública (no confidencial). Para lograr lo anterior, previa indicación de la autoridad en los cuestionarios respectivos, las partes interesadas deben proporcionar debidamente clasificada su información y proporcionar a su vez resúmenes públicos de la información confidencial que entregan a la autoridad investigadora, a fin de que las partes puedan acceder a los mismos y comprender de que trata la información, para en última instancia formular contra argumentos en defensa de sus intereses.

Aunado con lo anterior, resulta importante la obligación de la autoridad investigadora de exigir a las partes interesadas que presenten sus resúmenes no confidenciales, observar que éstos sean comprensibles y suficientes, ya que en caso contrario, evaluar sobre la pertinencia de su admisión, al extremo de que si no son debidamente entregados correspondería a la autoridad rechazar la información confidencial presentada. Todo esto garantizará, por un lado, la imparcialidad de la autoridad investigadora y, por otro, garantiza la debida oportunidad de defensa con la que deben contar todas las partes interesadas en la investigación.

Otro aspecto importante derivó del contenido de los avisos públicos (o informe por separado) que deben emitirse con motivo de las determinaciones preliminares y finales, cuando éstas deben comprender todas las cuestiones de hecho y de derecho derivadas de la investigación en sus respectivas etapas. Particularmente importante resulta el hecho de evaluar si las determinaciones finales deben o no comprender todos los argumentos y determinaciones de la autoridad que fueron parte de la investigación y se resolvieron en la determinación preliminar o en la etapa inicial de la investigación, donde los artículos de los Acuerdos Antidumping y sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias no establecen una obligación al respecto.

Así es claro que los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación ilustran y enriquecen la forma y términos en los cuales debe proceder una autoridad investigadora al realizar sus investigaciones en materia antidumping y sobre subvenciones. Asimismo, aclaran las obligaciones que corresponden a éstas en términos de lo establecido en el Acuerdo Antidumping, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y el artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. Al respecto, durante su informe, el Grupo Especial en el presente caso analiza la atribución otorgada a la autoridad investigadora en términos del artículo 6.8 del AAD, en donde puede calcular una

China- Productos de pollo de engorde (Grupo Especial)

tasa para todos los demás basándose en la mejor información disponible. En este sentido, al no haber cooperación por parte de los exportadores/productores desconocidos, se impone una tasa calculada con base en la información que pueda obtener de fuentes confiables. Este es un tema que genera debate, al no establecerse claramente cuál debe ser la tasa elegida, la menor de entre los datos recabados, o la mayor, o bien una tasa promedio. En México, por ejemplo, se impone la más alta, y en el presente caso también se eligieron los valores para el precio de exportación, el menor, y para el valor normal, el mayor, con lo cual resultó una tasa de 105.4%.

Finalmente cabe comentar que en la reunión del OSD celebrada el 22 de octubre de 2013, China anunció su intención de aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD y señaló que necesitaría de un plazo prudencial para hacerlo. Posteriormente, el 20 de noviembre de 2013, China y los Estados Unidos circularon una comunicación sobre los términos y condiciones a los que se sujetarían de llegar a un arbitraje para establecer dicho plazo conforme al artículo 21.3.c del ESD. Más adelante, el 6 de enero de 2014, se dio a conocer una comunicación sobre el plazo prudencial acordado entre China y los Estados Unidos, en el cual convinieron 9 meses y 14 días contados a partir del 13 de septiembre de 2013, fecha de adopción de las recomendaciones del OSD, tiempo más que suficiente para que China ponga sus medidas incompatibles de conformidad con los Acuerdos de la OMC. Así las cosas, el plazo vence el próximo 9 de julio de 2014.
