

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS294/16
17 de mayo de 2006

(06-2395)

Original: inglés

ESTADOS UNIDOS - LEYES, REGLAMENTOS Y METODOLOGÍA PARA EL CÁLCULO DE LOS MÁRGENES DE DUMPING ("REDUCCIÓN A CERO")

Comunicación de los Estados Unidos

La siguiente comunicación, de fecha 9 de mayo de 2006, se distribuye a petición de la delegación de los Estados Unidos.

1. Los Estados Unidos aprovechan esta oportunidad para presentar a los Miembros algunas observaciones importantes sobre el informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping ("reducción a cero")*, WT/DS294/AB/R, distribuido el 18 de abril de 2006 (en adelante el "informe del Órgano de Apelación").¹ Hay dos aspectos fundamentales del informe del Órgano de Apelación que deberían preocupar a los Miembros. Se trata de los siguientes: 1) las constataciones del Órgano de Apelación sobre la utilización de la denominada "reducción a cero" "en su aplicación" en los procedimientos de liquidación; y 2) la constatación del Órgano de Apelación sobre la "metodología" de la "reducción a cero" "en sí misma" en las investigaciones antidumping.

La reducción a cero "en su aplicación"

2. Con respecto a las constataciones del Órgano de Apelación sobre las medidas "en su aplicación", el Órgano de Apelación revocó las constataciones del Grupo Especial y constató que la utilización de la "reducción a cero" en los procedimientos de liquidación es incompatible con el párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping y el párrafo 2 del artículo VI del GATT de 1994, considerando que la "reducción a cero" da lugar a una cuantía de los derechos antidumping que excede del margen de dumping. Según el Órgano de Apelación, el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping y los párrafos 1 y 2 del artículo VI, leídos conjuntamente, llevan a la conclusión de que la expresión "margen de dumping" siempre se refiere al margen de dumping correspondiente a los exportadores y productores "para el producto en su conjunto". Según el Órgano de Apelación, no se puede interpretar que la expresión "margen de dumping" se aplique sobre la base de transacciones o importadores específicos.²

3. Las consecuencias de las conclusiones del Órgano de Apelación, así como la vía analítica mediante la cual llegó a esas conclusiones, son muy preocupantes. Entre ellas figuran la de dejar sin efecto disposiciones importantes del Acuerdo Antidumping y la de modificar radicalmente la forma

¹ En adelante nos referimos a la diferencia en general como "*Estados Unidos - Reducción a cero (CE)*".

² Véase, por ejemplo, el informe del Órgano de Apelación, párrafo 126.

en que se calculan los márgenes de dumping, en esferas que no tienen nada que ver con la denominada "reducción a cero".³ Examinaremos en primer lugar algunas de las consecuencias.

Dumping selectivo

4. Una consecuencia del análisis del Órgano de Apelación afecta al párrafo 4.2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping y a la denominada disposición sobre el "dumping selectivo". El párrafo 4.2 del artículo 2 dispone lo siguiente:

A reserva de las disposiciones del párrafo 4 que rigen la comparación equitativa, la existencia de márgenes de dumping durante la etapa de investigación se establecerá normalmente sobre la base de una comparación entre un promedio ponderado del valor normal y un promedio ponderado de los precios de todas las transacciones de exportación comparables o mediante una comparación entre el valor normal y los precios de exportación transacción por transacción. Un valor normal establecido sobre la base del promedio ponderado podrá compararse con los precios de transacciones de exportación individuales si las autoridades constatan una pauta de precios de exportación significativamente diferentes según los distintos compradores, regiones o períodos, y si se presenta una explicación de por qué esas diferencias no pueden ser tomadas debidamente en cuenta mediante una comparación entre promedios ponderados o transacción por transacción.

5. En la primera frase del párrafo 4.2 del artículo 2 se exponen los métodos de comparación normales que deberán utilizar las autoridades durante la etapa de investigación de un procedimiento antidumping. Estos métodos se denominan habitualmente método de comparación entre promedios ponderados y método de comparación entre transacciones. No obstante, la segunda frase permite utilizar un método de comparación diferente "si las autoridades constatan una pauta de precios de exportación significativamente diferentes según los distintos compradores, regiones o períodos". En tales casos (que habitualmente se denominan de "dumping selectivo"), "[u]n valor normal establecido sobre la base del promedio ponderado podrá compararse con los precios de transacciones de exportación individuales" (es decir, el método de comparación entre promedios y transacciones). Algunos Miembros que consideran que el Acuerdo Antidumping prohíbe en general la reducción a cero, estiman sin embargo que el Acuerdo la permite cuando se invoca la disposición sobre el dumping selectivo del párrafo 4.2 del artículo 2.

6. No obstante, si el Órgano de Apelación tiene razón en que el margen de dumping siempre debe calcularse para el producto en su conjunto, parece que la reducción a cero estaría prohibida en todas las circunstancias, con inclusión de las situaciones en que se utiliza el método de comparación entre promedios y transacciones para calcular los márgenes de dumping de conformidad con la disposición sobre el dumping selectivo del párrafo 4.2 del artículo 2. Y si es así, en caso de que se calculen los márgenes de dumping sin utilizar la reducción a cero, es un hecho matemático que el margen de dumping calculado utilizando el método de comparación entre promedios y transacciones será el mismo que el calculado utilizando el método de comparación entre promedios ponderados. Dicho de otra manera, si el razonamiento y la conclusión del Órgano de Apelación son correctos,

³ A este respecto, es importante reconocer que la justificación del Órgano de Apelación es mucho más general que la que figura en los informes sobre los asuntos *CE - Ropa de cama* y *Estados Unidos - Madera blanda*. En esas diferencias las constataciones del Órgano de Apelación contra la utilización de la reducción a cero tenían que ver con la utilización del método de comparación entre promedios en las investigaciones antidumping y se basaron en el texto del párrafo 4.2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping. El Departamento de Comercio de los Estados Unidos ya ha anunciado que no empleará la reducción a cero cuando utilice en las investigaciones el método de comparación entre promedios.

quedaría privado de todo efecto el método del dumping selectivo de la segunda frase del párrafo 4.2 del artículo 2.

7. Las partes litigantes que se han opuesto a la reducción a cero no han logrado encontrar una explicación convincente para el problema de la equivalencia matemática. Como señaló recientemente el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 que examinó el asunto *Estados Unidos - Madera blanda*:

En respuesta a un argumento muy sencillo de equivalencia matemática, el Canadá y algunos terceros han dado explicaciones complicadas de cómo se podría aplicar el método de comparación [entre promedios y transacciones], sin reducción a cero, para que arroje resultados que sean matemáticamente diferentes de los obtenidos en el método de comparación [entre promedios ponderados]. Sus argumentos se basan esencialmente en la idea de que el dumping selectivo permite a las autoridades investigadoras llegar a sus determinaciones sobre la base del comportamiento de los precios respecto de universos de transacciones más restringidos que el ámbito inicial de la investigación, y más restringidos que los analizados en el método de comparación [entre promedios ponderados]. Ese enfoque está en contradicción con el texto mismo de la segunda frase del párrafo 4.2 del artículo 2 y otras disposiciones del *Acuerdo Antidumping*. Dicho de otra manera, el Canadá y los terceros pertinentes no han explicado de qué modo se podría aplicar la segunda frase del párrafo 4.2 del artículo 2, sin reducción a cero, de una manera compatible con las normas de la OMC para obtener resultados matemáticamente distintos de los obtenidos con el método de comparación [entre promedios ponderados].⁴

8. Sin embargo, sería extraordinario que los Miembros hayan negociado el texto específico de la disposición sobre el dumping selectivo pretendiendo al mismo tiempo que no tenga sentido. Las partes examinaron en el procedimiento del Grupo Especial y en apelación el contexto que ofrece la disposición sobre el dumping selectivo y la forma en que debería informar la interpretación de las disposiciones pertinentes, así como el problema de hacer "inútil" la disposición sobre el dumping selectivo. Además, el Grupo Especial se basó en su informe en este texto como parte del fundamento de las constataciones y conclusiones jurídicas que revocó el Órgano de Apelación. Sin embargo, el Órgano de Apelación no examinó este contexto ni se refirió a esta consecuencia de su razonamiento. Por estos motivos, aquellos Miembros cuyas autoridades utilizan el método del dumping selectivo deberían estar especialmente preocupados por las consecuencias del informe del Órgano de Apelación. Además, también deberían estarlo todos los Miembros que consideran que debe darse efecto a las disposiciones del Acuerdo que negociaron tan esmeradamente. Resulta difícil conciliar el enfoque del Órgano de Apelación con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público.

⁴ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Determinación definitiva de la existencia de dumping respecto de la madera blanda procedente del Canadá - Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS264/RW, distribuido el 3 de abril de 2006, párrafo 5.52 (subrayado en el original) (en adelante "*Estados Unidos - Madera blanda*"). El Grupo Especial en *Estados Unidos - Madera blanda*, así como el Grupo Especial en la presente diferencia *-Estados Unidos - Reducción a cero (CE)-* se refirieron al problema de la equivalencia matemática como una razón de por qué no había una prohibición general de la reducción a cero en virtud de la expresión "márgenes de dumping".

Sistemas basados en el valor normal prospectivo

9. Una segunda consecuencia de las conclusiones del Órgano de Apelación afecta a los sistemas de liquidación de derechos basados en el valor normal prospectivo. Los sistemas basados en el valor normal prospectivo están contemplados expresamente en el párrafo 4 ii) del artículo 9 del Acuerdo Antidumping, que dispone lo siguiente en la parte pertinente:

Cuando las autoridades hayan limitado su examen de conformidad con la segunda frase del párrafo 10 del artículo 6, los derechos que se apliquen a las importaciones procedentes de exportadores o productores no abarcados por el examen no serán superiores:

...

- ii) cuando las cantidades que deban satisfacerse en concepto de derechos antidumping se calculen sobre la base del valor normal prospectivo, a la diferencia entre el promedio ponderado del valor normal correspondiente a los exportadores o productores seleccionados y los precios de exportación de los exportadores o productores que no hayan sido examinados individualmente

10. Según lo entienden los Estados Unidos, en un sistema basado en el valor normal prospectivo las autoridades liquidan los derechos antidumping sobre la base de transacciones específicas a medida que se producen las importaciones utilizando una comparación entre el precio de exportación y el valor normal prospectivo. Si el precio de exportación es inferior al valor normal prospectivo -es decir, si la transacción se realiza a precio de dumping- las autoridades liquidan derechos. Si el precio de exportación es igual o superior al valor normal prospectivo -es decir, si la transacción no se realiza a precio de dumping- las autoridades no liquidan derechos. Por consiguiente, en los sistemas basados en el valor normal prospectivo se calcula la cuantía de los derechos antidumping debidos de una manera que arrojará resultados similares, y en algunos casos idénticos, que en el enfoque adoptado por las autoridades estadounidenses en los exámenes de liquidación. Las autoridades no compensan los márgenes de dumping calculados con respecto a las transacciones objeto de dumping para tener en cuenta los márgenes negativos de dumping calculados con respecto a las transacciones que no son objeto de dumping. En realidad, como señaló el Canadá -Miembro que utiliza un sistema basado en el valor normal prospectivo- "en un sistema basado en el valor normal prospectivo no se utiliza la práctica de la reducción a cero. ... La autoridad investigadora establece derechos antidumping cuando el precio de exportación es inferior al promedio ponderado del valor normal pero no aplica derechos antidumping a las transacciones no objeto de dumping cuando ocurre lo contrario".⁵

11. No obstante, si como afirma el Órgano de Apelación, los márgenes de dumping han de calcularse para "el producto en su conjunto", parece imposible que una autoridad liquide legítimamente derechos antidumping sobre la base de transacciones específicas utilizando un valor normal prospectivo. Como señaló el Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Madera blanda*:

Si la interpretación del Órgano de Apelación de la expresión "márgenes de dumping" fuera aplicable en todo el *Acuerdo Antidumping* en el sentido que aduce el Canadá, esta disposición, que se aplica expresamente con respecto a los sistemas prospectivos de fijación de derechos, significaría que la devolución es exigible si se paga un derecho antidumping en exceso del margen de dumping único correspondiente al

⁵ *Estados Unidos - Madera blanda*, párrafo 5.55.

producto en su conjunto, que se calcula agregando los resultados de todas las comparaciones intermedias, sin reducción a cero. Una vez más, esto no tiene sentido en el contexto de un sistema de fijación de derechos basado en el valor normal prospectivo porque (como reconoce incluso el Canadá), el "margen de dumping" en cuestión es una diferencia de precio referida a transacciones específicas calculada para una transacción de importación determinada. Además, si por alguna razón fueran pertinentes otras comparaciones con respecto al producto en su conjunto, habría que prever compensaciones para las transacciones no objeto de dumping y el resultado sería que un importador podría solicitar una devolución sobre la base de un margen de dumping calculado mediante referencia a transacciones no objeto de dumping realizadas por otros importadores.⁶

12. Resulta dudoso que cuando negociaron el Acuerdo Antidumping los Miembros que utilizan sistemas basados en el valor normal prospectivo previeran los resultados que se derivarán de la interpretación del Órgano de Apelación.

Párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping

13. Por último, señalaremos las consecuencias de las conclusiones del Órgano de Apelación para el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping, que también contiene la expresión "margen de dumping". Entre otras cosas, el párrafo 2 del artículo 2 precisa cuándo utilizarán las autoridades un valor normal reconstruido como base para calcular los márgenes de dumping y dispone lo siguiente:

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 exportador, 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. (no se reproduce la nota de pie de página)

Los Estados Unidos entienden que la mayoría de las autoridades aplican el párrafo 2 del artículo 2 sobre la base de subgrupos o modelos para reducir al mínimo el recurso a valores normales reconstruidos, que en general se considera que son una medida menos precisa del dumping que los valores normales basados en los precios internos.

14. No obstante, si como afirma el Órgano de Apelación, la expresión "margen de dumping" siempre significa un margen de dumping para "el producto en su conjunto", las autoridades tienen que aplicar el párrafo 2 del artículo 2 con respecto al "producto en su conjunto" y no sobre la base de subgrupos o modelos. El resultado de ese enfoque diferente sería que "este valor [el valor normal reconstruido] se utilizaría necesariamente en todos los aspectos de la determinación del margen de

⁶ *Estados Unidos - Madera blanda*, párrafo 5.57. Como con el problema de la equivalencia matemática, el Grupo Especial encargado de este asunto citó los problemas que se planteaban para los sistemas basados en el valor normal prospectivo como una razón de por qué no hay una prohibición general de la reducción a cero en virtud de la expresión "márgenes de dumping". Al igual que el problema de la equivalencia matemática, al Órgano de Apelación también se le planteó el problema de los sistemas basados en el valor normal prospectivo, pero no lo abordó ni dio ninguna explicación al respecto.

dumping para el producto en su conjunto".⁷ Como explicó el Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Madera blanda*:

A nuestro juicio, la sugerencia del Canadá de que el párrafo 2 del artículo 2 se puede aplicar sobre la base de modelos para aumentar la precisión del método de cálculo no es compatible con su opinión de que las autoridades investigadoras deben calcular un solo margen de dumping para el producto en su conjunto. Por ejemplo, si hubiera 10 modelos del producto similar y las condiciones de activación del párrafo 2 del artículo 2 se aplicaran solamente con respecto a un modelo, el Canadá afirma que la autoridad investigadora puede utilizar un valor normal reconstruido únicamente para ese modelo (efectuando un "cálculo relativo al subgrupo"). Sin embargo, el párrafo 2 del artículo 2 establece que se determinará el "margen de dumping" utilizando un valor normal reconstruido siempre que se cumplan las condiciones de activación. Si la expresión "margen de dumping" en el párrafo 2 del artículo 2 significa un solo margen de dumping para el producto en su conjunto (y no para un modelo específico), esto debe significar que el margen de dumping *para el producto en su conjunto* deberá calcularse utilizando un valor normal reconstruido para todos los modelos, aunque las condiciones de activación sólo sean aplicables con respecto a un modelo. En otras palabras, nunca habría un "cálculo relativo al subgrupo" del tipo previsto por el Canadá. No vemos nada en el texto del párrafo 2 del artículo 2 que exija este resultado y, como indica el Canadá, las autoridades investigadoras tampoco lo entienden así. De hecho, la utilización de métodos diferentes para establecer el valor normal correspondiente a distintos modelos o subgrupos del producto es una parte fundamental del cálculo de promedios por modelos, que en sí mismo está permitido en virtud del párrafo 4.2 del artículo 2 del *Acuerdo Antidumping*. Además, esa utilización obligatoria del valor normal reconstruido con respecto a todos los modelos sería contraria al principio de que el valor normal reconstruido es una alternativa que sólo debe utilizarse en las circunstancias limitadas previstas en el párrafo 2 del artículo 2. También aumentaría la carga para los declarantes, que tendrían que presentar datos sobre costos de todos los modelos, y no sólo de uno o algunos para los que se necesite el valor normal reconstruido.⁸

15. Estas son las anomalías que se derivan del razonamiento del Órgano de Apelación sobre el "producto en su conjunto" que expertos neutrales e imparciales han identificado hasta ahora y que deben ser un motivo de preocupación para los Miembros. Es posible que haya otras.

La falta de análisis

16. No obstante, igualmente inquietante es el hecho de que, como se ha señalado anteriormente, estas anomalías se sometieron al Órgano de Apelación pero éste no las analizó en su informe. El Órgano de Apelación no se enfrentó en absoluto a las consecuencias de su razonamiento para la disposición sobre el dumping selectivo y el párrafo 2 del artículo 2. En cuanto a las consecuencias para los sistemas basados en el valor normal prospectivo, el análisis del Órgano de Apelación está constituido por una sola frase en una nota de pie de página en la que simplemente afirma -sin dar

⁷ *Estados Unidos - Madera blanda*, párrafo 5.61.

⁸ *Estados Unidos - Madera blanda*, párrafo 5.62. Como ocurrió cuando examinó la equivalencia matemática y los sistemas basados en el valor normal prospectivo, el Grupo Especial estaba analizando las consecuencias para el párrafo 2 del artículo 2 con el fin de explicar por qué no podía ser correcta la interpretación de la expresión "margen de dumping" como referida al "producto en su conjunto".

ninguna explicación- que el concepto del "producto en su conjunto" no impide liquidaciones basadas en valores normales prospectivos.⁹

17. Los Estados Unidos están de acuerdo con la tesis de que los grupos especiales y el Órgano de Apelación no están obligados a responder a todos los argumentos esgrimidos por una parte. Sin embargo, cualquier análisis válido obliga a que se ocupen de los argumentos importantes planteados por las partes. Las consecuencias del razonamiento relativo al "producto en su conjunto" descritas anteriormente constituyen precisamente la clase de argumentos importantes que debería haber analizado el Órgano de Apelación. El hecho de que el Órgano de Apelación no lo haya hecho debilita la credibilidad de su análisis. Parafraseando al propio Órgano de Apelación, "[a] nuestro juicio, la brevedad del análisis efectuado por el [Órgano de Apelación] de esta cuestión es difícil de conciliar con la obligación que tiene de realizar un análisis crítico y penetrante".¹⁰ Es especialmente lamentable que el Órgano de Apelación estuviera examinando el informe de un grupo especial que, sobre la cuestión de la reducción a cero en etapas posteriores a la investigación, había realizado un análisis riguroso citando múltiples razones para la conclusión. El Órgano de Apelación parece haber ignorado ese análisis riguroso y haber decidido que no necesita exponer un análisis riguroso propio al revocar el razonamiento y las conclusiones jurídicas del grupo especial.

18. También resulta preocupante el hecho de que las conclusiones jurídicas del Órgano de Apelación se basan en disposiciones que no cambiaron como consecuencia de la Ronda Uruguay. Los párrafos 1 y 2 del artículo VI del GATT de 1994 se tomaron sin ningún cambio de las disposiciones correspondientes del GATT de 1947 y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping se tomó sin modificar del párrafo 1 del artículo 2 del Código Antidumping de la Ronda de Tokio. El Órgano de Apelación llega incluso a afirmar que estas disposiciones apoyan "claramente" que el dumping se define en relación con "un producto en su conjunto".¹¹

19. Con independencia de lo que se opine sobre la conveniencia de la reducción a cero, sencillamente no es verosímil afirmar que el artículo VI y el párrafo 1 del artículo 2 indican "claramente" que el dumping se define en relación con el producto en su conjunto. De hecho, con respecto al artículo VI, en 1960 un Grupo de expertos llegó a la conclusión de que el "procedimiento ideal" para establecer derechos antidumping consistía "en determinar para cada importación del producto interesado si existe dumping".¹² Si un Grupo de expertos que estaba familiarizado con las cuestiones antidumping llegó a la conclusión de que un enfoque referido a transacciones específicas es el "procedimiento ideal" en virtud del artículo VI, resulta difícil entender cómo más de 40 años después ha podido el Órgano de Apelación llegar a la conclusión de que el artículo VI exige "claramente" un enfoque referido al "producto en su conjunto".

20. Además, si está tan claro que estas disposiciones prohíben la reducción a cero, resulta difícil comprender por qué tantas Partes Contratantes del GATT de 1947 y signatarias del Código Antidumping de la Ronda de Tokio utilizaron la reducción a cero. También resulta difícil entender cómo el Grupo Especial que examinó el asunto *CE - Casetes de audio* pudo defender la utilización de la reducción a cero si estaba tan claramente prohibida por el artículo VI y el párrafo 1 del artículo 2.

⁹ Informe del Órgano de Apelación, nota 234.

¹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Investigación de la Comisión de Comercio Internacional respecto de la madera blanda procedente del Canadá - Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, WT/DS277/AB/RW, distribuido el 13 de abril de 2006, párrafo 124.

¹¹ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 126.

¹² IBDD S9/208, párrafo 8.

De hecho, el Grupo Especial rechazó una alegación de que la reducción a cero era incompatible con el párrafo 1 del artículo 2 del Código Antidumping de la Ronda de Tokio.¹³

La reducción a cero "en sí misma"

21. En cuanto a la constatación del Órgano de Apelación sobre la reducción a cero "en sí misma", es importante entender en primer lugar contra qué apelaron los Estados Unidos. El Grupo Especial constató que el Departamento de Comercio de los Estados Unidos (el "USDOC") aplicaba una "norma" no escrita de reducción a cero que supuestamente era "la raíz del comportamiento incompatible con las normas de la OMC". A juicio de los Estados Unidos, esa constatación del Grupo Especial fue un error porque, entre otras cosas, la constatación del Grupo Especial de la existencia de una "norma" no se basó más que en una descripción de lo que el USDOC había hecho en el pasado.

22. Al examinar la constatación del Grupo Especial sobre la medida "en sí misma", el Órgano de Apelación comenzó su análisis con la siguiente declaración:

Convenimos con los Estados Unidos en que un grupo especial no debe presuponer con ligereza la existencia de una "regla o norma" que constituye una medida de aplicación general y prospectiva, especialmente cuando no se expresa en forma de documento escrito. Si un grupo especial obrara así, actuaría de manera incompatible con su obligación, en virtud del artículo 11 del ESD, de "hacer una evaluación objetiva del asunto" que se le ha sometido.

Cuando se formula una impugnación "en sí misma" contra una "regla o norma" que se expresa en forma de documento escrito -como una ley o un reglamento- no habrá, en la mayoría de los casos, incertidumbre sobre la existencia o el contenido de la medida impugnada. Sin embargo, la situación es distinta cuando se formula una impugnación contra una "regla o norma" que *no* se expresa en forma de documento escrito. En esos casos, la existencia misma de la "regla o norma" impugnada puede ser incierta.

A nuestro juicio, al impugnar una "regla o norma" de esa naturaleza que constituya una medida de aplicación general y prospectiva, una parte reclamante deberá establecer con claridad, mediante argumentos y aportando pruebas justificativas, al menos que la "regla o norma" alegada es atribuible al Miembro demandado; su contenido exacto; y, desde luego, que es de aplicación general y prospectiva. Sólo si la parte reclamante satisface este riguroso criterio y presenta pruebas suficientes por lo que respecta a cada uno de esos elementos estaría un grupo especial en condiciones de constatar que la "regla o norma" puede ser impugnada, en sí misma. Esas pruebas pueden incluir pruebas de la aplicación sistemática de la "regla o norma" impugnada. Un grupo especial debe proceder con especial rigor para sustentar una conclusión sobre la existencia de una "regla o norma" que *no* se expresa en forma de documento escrito. Para concluir que esa "regla o norma" puede impugnarse, en sí misma, deberá examinar con el mayor cuidado las circunstancias concretas que demuestren su existencia.¹⁴

¹³ Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas - Imposición de derechos antidumping a las casetes de audio procedentes del Japón*, ADP/136, distribuido el 28 de abril de 1995 (Grupo Especial establecido de conformidad con el *Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio* de 1979) (no adoptado).

¹⁴ Informe del Órgano de Apelación, párrafos 196-198. (no se reproduce la nota de pie de página; las cursivas figuran en el original)

23. En la medida en que se interprete que el marco analítico expuesto por el Órgano de Apelación exige que la regla o norma en cuestión forme parte de un acto o instrumento del Miembro demandado¹⁵, ya sea escrito o no, los Estados Unidos están de acuerdo. Por consiguiente, la cuestión sometida al Órgano de Apelación -como él mismo explicó- era si el Grupo Especial había aplicado correctamente este marco analítico. Lamentablemente el Órgano de Apelación hizo caso omiso de esta cuestión y en lugar de ello realizó su propio análisis *de novo* sobre la "norma" de la reducción a cero.

24. Recordemos una vez más que la alegación de error de los Estados Unidos consistía esencialmente en que la constatación del Grupo Especial de la existencia de una norma de aplicación general y prospectiva no se basó más que en pruebas de lo que el USDOC había hecho en el pasado. Sin embargo, al rechazar la alegación de los Estados Unidos, el Órgano de Apelación no se limitó a hechos que eran incontrovertidos o que habían sido constatados por el Grupo Especial sino que se basó en pruebas que -según el Órgano de Apelación- el Grupo Especial simplemente "tuvo ante sí".¹⁶ En particular, el Órgano de Apelación citó las pruebas siguientes¹⁷:

- a) "programas normalizados utilizados por el USDOC para calcular los márgenes de dumping"

El Grupo Especial no se basó en este hecho y el Órgano de Apelación no explicó su pertinencia para la cuestión que se le había sometido.

- b) "el Manual Antidumping del USDOC"

Si bien el Grupo Especial indicó que las CE se habían basado en el Manual Antidumping como prueba¹⁸, el propio Grupo Especial no lo citó en sus constataciones. Además, los Estados Unidos impugnaron la importancia del Manual Antidumping explicando, con pruebas, que no tiene valor prescriptivo y que, de hecho, se remite a métodos que el USDOC ya no utiliza.¹⁹

¹⁵ El Órgano de Apelación reconoció que todo acto u omisión atribuible a un Miembro de la OMC puede ser una medida de ese Miembro a efectos del procedimiento de solución de diferencias de la OMC y que las medidas que pueden ser objeto de solución de diferencias en la OMC pueden incluir los "actos que establecen reglas o normas destinadas a ser aplicadas de manera general y prospectiva" y "los instrumentos de un Miembro que contengan reglas o normas". Informe del Órgano de Apelación, párrafo 188. En la medida en que con esto se pretenda reflejar que la medida debe ser atribuible a un Miembro, es incompatible con el párrafo 3 del artículo 3 y el párrafo 2 del artículo 4 del ESD, que se refieren a las medidas "adoptadas" por un Miembro. Al mismo tiempo, el análisis del Órgano de Apelación parece difuminar el concepto de una "medida" de aplicación general y prospectiva y de una "regla o norma" de aplicación general y prospectiva. Es posible que parte del problema sea que el análisis del Órgano de Apelación se basa en una construcción suya: ninguna parte de ese análisis se basa en el texto de los Acuerdos de la OMC. Los Acuerdos de la OMC no pretenden definir la palabra "medida" (ni contienen la expresión "regla o norma" que el propio Órgano de Apelación pone entre comillas).

¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 213.

¹⁷ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 201.

¹⁸ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.107.

¹⁹ Véase la comunicación de apelado presentada por los Estados Unidos de América, 13 de febrero de 2006, párrafos 203 y 207. Véase asimismo CE - Prueba documental 36.8, página 95 (una referencia del Manual Antidumping a la prueba del 99,5 por ciento que no se utiliza).

c) "opiniones de expertos"

Las denominadas "opiniones de expertos" consistían nada más que en declaraciones sobre lo que el USDOC había hecho en el pasado.²⁰ Además, el "experto" no era más que un empleado a sueldo de una empresa de consultoría contratada por el abogado de uno de los terceros.

d) "el procedimiento normalizado de reducción a cero (líneas de código informático)"

El Grupo Especial reconoció que las líneas de código informático "no crea[n] por sí mism[as] nada" y en cambio "[son] un simple reflejo de otra cosa".²¹ Dicho de otra manera, el hecho de que el USDOC hubiera utilizado cierto código informático para aplicar la reducción a cero no tenía ningún valor explicativo respecto de la medida que hacía que el USDOC utilizara la reducción a cero.

e) "el hecho de que los Estados Unidos no habían discutido que la metodología de reducción a cero del USDOC es reflejo de una política deliberada"

Sin embargo, los Estados Unidos explicaron al Órgano de Apelación que la cuestión de si la utilización de la reducción a cero por el USDOC en el pasado reflejaba una "política deliberada" nunca se planteó durante las actuaciones del Grupo Especial y éste ni siquiera precisó qué es lo que había en el expediente que los Estados Unidos supuestamente tenían que discutir.²² El Órgano de Apelación ni siquiera se molestó en analizar esta discrepancia en el razonamiento del Grupo Especial.

25. En síntesis, en lugar de examinar si el análisis realizado por el Grupo Especial de la alegación "en sí misma" de las CE era erróneo, el Órgano de Apelación formuló sus propias constataciones basándose en su propio análisis de pruebas que, o bien no fueron utilizadas como base por el Grupo Especial, o no fueron discutidas por las partes. Al hacerlo, el Órgano de Apelación se apartó de la función que le asigna el ESD. Por consiguiente, el criterio "riguroso" en el caso de una alegación "en sí misma" que el Órgano de Apelación proclamó en el párrafo 198 del informe después de todo no resultó ser tan riguroso. En última instancia, la identidad de la medida de aplicación general y prospectiva que supuestamente hace que el USDOC utilice la reducción a cero sigue siendo desconocida.

26. Otro elemento de la apelación de los Estados Unidos era que el Grupo Especial indebidamente no aplicó la distinción entre imperativo y discrecional. Se trataba de una alegación de error *jurídico* ya que la distinción entre imperativo y discrecional es un medio para analizar si una medida, en sí misma, incumple una obligación específica. Si una medida, en sí misma, no obliga a incumplir una obligación determinada, en ese caso no incumple en sí misma esa obligación. En realidad, es el hecho mismo de que una medida, en su aplicación, exija a un Miembro que incumpla sus obligaciones lo que sirve de base a la finalidad y el valor de una constatación sobre la medida "en sí misma". Como señaló correctamente el Órgano de Apelación en el párrafo 189 del informe, "las partes reclamantes que formulan impugnaciones de medidas 'en sí mismas' procuran impedir *ex ante* que los Miembros realicen ciertos actos". No obstante, en impugnaciones de medidas "en sí mismas" que han tenido éxito hasta la fecha el medio mediante el cual se ha logrado este objetivo ha

²⁰ Comunicación de otro apelante presentada por los Estados Unidos de América, 1º de febrero de 2006, párrafo 36 y nota 34 (en adelante "Comunicación de otro apelante presentada por los Estados Unidos").

²¹ Informe del Grupo Especial, párrafo 7.97; véase asimismo la Comunicación de otro apelante presentada por los Estados Unidos, párrafo 37.

²² Comunicación de otro apelante presentada por los Estados Unidos, nota 38.

sido una constatación de que una medida en sí misma impone *ex ante* una conducta incompatible. Dicho con otras palabras, no se consideraba que una medida era "la raíz del problema" simplemente porque un Miembro había utilizado discrecionalmente la medida en el pasado de una manera incompatible con las normas de la OMC. Antes bien, la medida obligaba al Miembro a actuar de manera incompatible con las normas de la OMC (ahora y en el futuro).

27. A pesar de este elemento fundamental del argumento *jurídico* de los Estados Unidos y del análisis *jurídico* sobre una alegación referente a una medida "en sí misma", el Órgano de Apelación nunca lo examinó, salvo para señalar que todavía no se había pronunciado en términos generales sobre la distinción entre imperativo y discrecional.²³ Además, el Órgano de Apelación al parecer caracterizó el argumento de los Estados Unidos como relacionado con la forma en que el Grupo Especial se ocupó de los *hechos* en virtud del artículo 11 del ESD²⁴, a pesar de la función *jurídica* fundamental que desempeña la distinción.

28. Al no aplicar la distinción entre imperativo y discrecional, el Órgano de Apelación constató una infracción en sí misma sin constatar que la denominada "medida" efectivamente *hacía* que el Miembro incumpliera sus obligaciones. Resulta sumamente problemático cómo debe responder un Miembro a tal constatación. Si la medida no hace que un Miembro incumpla sus obligaciones su eliminación no tendrá repercusión alguna. Y si no hay ninguna medida, ¿cómo debe el Miembro eliminarla o modificarla?

Conclusión

29. En conclusión, destacaríamos la observación que ha hecho sobre el informe del Órgano de Apelación un partidario del resultado de esta diferencia: "Esta resolución es un avance importante en la jurisprudencia de la OMC. En cierto sentido, el Órgano de Apelación ha hecho una contribución enorme al libre comercio, *que no habría sido posible sólo con la negociación.*" (sin cursivas en el original)²⁵ Resulta inquietante que incluso partidarios del resultado de esta diferencia perciban que no fue consecuencia del texto negociado del Acuerdo ni cabía esperar que lo fuera de una negociación posterior entre los Miembros. La percepción de que el sistema de solución de diferencias actúa para aumentar o disminuir los derechos y obligaciones realmente convenidos por los Miembros, a pesar de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3 y el párrafo 2 del artículo 19 del ESD, es sumamente corrosiva para la credibilidad que ese sistema ha acumulado a lo largo de los últimos 11 años.

30. Una vez más, los Estados Unidos consideran que las cuestiones que se presentan en este informe son importantes no simplemente para el resultado sustantivo de la diferencia, sino también para la forma en que el sistema de solución de diferencias de la OMC debe realizar sus funciones y para que ese sistema siga siendo eficaz y digno de crédito. Acogeremos con agrado el debate de estas cuestiones con los Miembros.

²³ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 211.

²⁴ Informe del Órgano de Apelación, párrafos 207 y 212.

²⁵ International Economic Law & Policy Blog, Worldtradelaw.Net (consultada el 4 de mayo de 2006) <http://worldtradelaw.net.typepad.com/ielpblog/2006/04/a_farewell_to_z.html>.