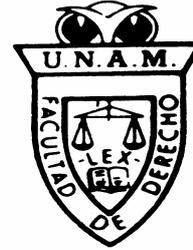


**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**



**LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS SOBRE
PRÁCTICAS DESLEALES EN EL COMERCIO
EXTERIOR DE MÉXICO**

**T E S I S
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO
P R E S E N T A**

CARLOS HUMBERTO REYES DÍAZ

**TUTOR DE TESIS:
DR. FERNANDO SERRANO MIGALLÓN**

México, D.F.

Noviembre de 2006



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

SÍNODO:

DR. FERNANDO SERRANO MIGALLÓN. PRESIDENTE

DR. LUIS MALPICA DE LAMADRID. PRIMER VOCAL

DRA. MARÍA ELENA MANSILLA Y MEJÍA. SEGUNDO VOCAL

DR. RUPERTO PATIÑO MANFFER. TERCER VOCAL

DR. SERGIO LÓPEZ AYLLÓN. SECRETARIO

DR. LORENZO CÓRDOVA VIANELLO

HUGO CARLOS CARRASCO SOULÉ LÓPEZ

*A la Facultad de Derecho de la
Universidad Nacional Autónoma de México*

AGRADECIMIENTOS

*A Cecilia, mi compañera ideal, mi complemento, porque cada segundo que dediqué a este trabajo fue un momento que no compartimos juntos.
Gracias por todas tus constantes demostraciones de amor*

*A Fernando Serrano, por ser el principal impulsor
y artífice de este logro profesional. Su amistad incondicional y apoyo*

INTRODUCCIÓN	9
1. EL LIBRE COMERCIO EN UN MUNDO GLOBALIZADO	13
1.1. El sistema multilateral frente al regionalismo	13
1.2. Las Prácticas desleales de comercio internacional	18
1.2.1. <i>Dumping</i>	25
1.2.2. Subvención	35
1.2.3. Daño importante	38
1.2.4. Amenaza de daño importante	41
1.2.5. Retraso importante	44
1.2.6. Relación causal	46
1.2.7. Cuotas antidumping y compensatorias	47
2. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	52
2.1. Solución de controversias por prácticas desleales en el derecho mexicano	52
2.1.1. Recurso de revocación	53
2.1.2. Juicio Contencioso Administrativo Federal	55
2.1.3. Juicio de amparo	55
2.2. Solución de Controversias por Prácticas Desleales en el TLCAN	58
2.2.1. Marco jurídico y funcionamiento de los paneles del Capítulo XIX del TLCAN	64
2.2.2. Naturaleza jurídica de los paneles del Capítulo XIX del TLCAN	68
2.2.3. Reglas de procedimiento del Artículo 1904 del TLCAN	72
2.2.4. Inicio de la controversia	75
2.2.5. Conformación del panel binacional	78
2.2.6. Revisión del caso por el panel	82
2.2.7. Decisión final	85
2.2.8. Facultades de revocación	87

2.2.9. Impugnación extraordinaria	90
2.2.10. Cumplimiento de la resolución	92
2.2.11. Crítica de su funcionamiento	94
2.3. Solución de controversias por prácticas desleales en la OMC	99
2.3.1. Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias	103
2.3.2. Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994	104
2.3.3. Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias	106
2.3.4. Procedimientos de Trabajo para el Examen en Apelación	109 111
2.3.5. Consultas	113
2.3.6. Establecimiento y composición del Grupo especial	116
2.3.7. Revisión del caso por el Grupo especial	118
2.3.8. Reporte del Grupo especial	
2.3.9. Conclusiones o recomendaciones y sugerencias de implementación	119 120
2.3.10. Apelación	123
2.3.11. Cumplimiento de la resolución	125
2.3.12. Precedentes de la OMC	127
2.3.13. Crítica del funcionamiento de los Grupos Especiales	140
3. ELECCIÓN Y CONCURRENCIA DE FOROS PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA	140
3.1. <i>Forum-Shopping</i> ¿Simultaneidad, concurrencia o foros paralelos?	147
3.2. Situación específica de Norteamérica	150

3.3.	Obligación de los foros de tomar en consideración al foro paralelo	153
3.4.	Diferencias entre ambos foros: Paneles del TLCAN y Grupos Especiales de la OMC	
3.4.1.	Circunstancias que propician la manipulación o el retraso del procedimiento por los gobiernos o las partes	158 159
3.4.2.	Diferencias respecto de la calidad de análisis y la toma de decisiones en ambos procedimientos	161
3.4.3.	Posibilidad de cumplimiento de las resoluciones en ambos foros	162
3.4.4.	Complicaciones para las partes de iniciar acciones en foros paralelos	167
4.	LA JURISDICCIÓN CONCURRENTENTE	167
4.1.	Problemas específicos	
4.1.1.	México vs. Estados Unidos. Importaciones de Cemento Pórtland Gris y <i>Clinker</i> proveniente de México	170 176
4.1.2.	Estados Unidos vs. México. Importaciones de jarabe de maíz de alta fructosa	179
4.1.3.	Canadá vs. Estados Unidos. Ciertos productos de madera suave procedente de Canadá	184
4.1.4.	Caso hipotético	191 192
4.2.	Posibles soluciones	193
4.2.1.	Propuestas respecto de la jurisdicción nacional	
4.2.2.	Propuestas respecto de los Paneles del TLCAN	203
4.2.3.	Propuestas respecto del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC	223
4.2.4.	Propuestas respecto de la concurrencia de foros	233 240

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Desde el momento en que México suscribió el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, con Estados Unidos y Canadá, se presentó una situación no experimentada con anterioridad en el área de solución de controversias. En un período relativamente corto México había dado un salto a la modernidad y de varios plumazos suscribió el Tratado de Montevideo constitutivo de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), en 1980¹; el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés), en 1986; y en 1992 el Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Como consecuencia de su membresía a ALADI, México suscribió diversos acuerdos de cooperación con algunos países latinoamericanos, que se caracterizaban por el otorgamiento recíproco de preferencias arancelarias a ciertos productos de los que cada país era productor, dentro de sus ventajas comparativas. Estos acuerdos fueron abriendo la brecha a una dinámica más acelerada de intercambio comercial, que llevó a México a celebrar los acuerdos antes mencionados, además de impulsarlo a la celebración de tratados de libre comercio con muchos países en la actualidad, además de su membresía al club de comercio preferencial regulado por el GATT.

Cada acuerdo internacional comercial contiene disposiciones relativas a la solución de controversias, y esta circunstancia no ha sido un obstáculo para que las partes en la disputa elijan el foro para dirimirla, pues aún cuando haya más de un foro disponible se sobreentiende la exclusión de uno sobre otro en razón de la preeminencia y de la buena fe de los contendientes.

El GATT contenía ya desde 1947 dos capítulos específicos de solución de controversias (XXII sobre Consultas y XXIII sobre Anulación o Menoscabo), mismos que se fortalecieron con la creación de la Organización Mundial del

¹ Este organismo fue sucesor de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, constituida por el Tratado de Montevideo de 1960, fracturado por la inestabilidad económica, política y social de América Latina durante las décadas de los sesenta y setenta.

Comercio y la suscripción de los acuerdos multilaterales derivados de la Ronda Uruguay del GATT.

En materia de prácticas desleales de comercio internacional, el GATT regulaba y controlaba las prácticas de *dumping* y subvenciones desde la Ronda Tokio (1973-1979), a través de los Códigos de Conducta sobre ambas materias aprobados en dicha Ronda. Como resultado de la Ronda Uruguay, estos Códigos de Conducta se transformaron en Acuerdos Multilaterales, y por consecuencia, en instrumentos obligatorios para la totalidad de los países miembros.

Con la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, por su parte, se estableció por primera ocasión – y por única en acuerdos de esta naturaleza celebrados por México – un capítulo sobre solución de controversias en materia de prácticas desleales de comercio internacional, en el Capítulo XIX, para la región constituida exclusivamente por Canadá, Estados Unidos de América y México². Con este capítulo, se presentó por primera ocasión la posibilidad de que, por un lado en el ámbito multilateral, y por el otro en el ámbito regional, los particulares representantes de dos países en controversia pudieran acudir a dos foros distintos a plantear un litigio por prácticas desleales derivado de la decisión administrativa de una autoridad nacional.

En la práctica, sin embargo, la materia de litis en ambos procedimientos es distinta, ya que en la OMC, lo que busca el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) es el apego de los gobiernos a los llamados “Acuerdos Abarcados”, que pueden ser acuerdos multilaterales o acuerdos plurilaterales, mientras que el panel del TLCAN lo que busca es el apego de la autoridad investigadora a su propia normatividad nacional.

A la práctica de selección de foros se le conoce como *forum shopping*, pues la parte presuntamente agraviada por una resolución nacional en materia de

² Aunque debe recordarse que el Acuerdo de Libre Comercio celebrado por Estados Unidos y Canadá, en 1988 ya lo establecía así y sólo fue adaptado para la relación trilateral con México.

dumping, subvenciones o aplicación de cuotas compensatorias, tiene la opción de acudir (en representación de empresas privadas o de su gobierno), de manera indistinta a uno u otro foro a argumentar su inconformidad respecto de un caso específico.

En un principio, esta aparente duplicidad de acciones en diversos foros presentaba un escenario de posible litispendencia o de conexidad de la causa, que llegó a confundir a los panelistas del Capítulo XIX del TLCAN en el caso de Jarabe de Maíz de Alta Fructosa, al grado de que, para resolver el caso esperaron que el grupo especial de la OMC resolviera primero para que los panelistas del TLCAN, basándose en dicha resolución, resolvieran en un sentido similar, aplicando el principio de “cortesía”, un principio relacionado con la cooperación internacional que nada tenía que ver con la controversia planteada.

El presente trabajo analiza esta aparente vinculación de foros sobre una misma causa, a través del estudio de algunos casos que se han planteado de manera simultánea ante paneles del Capítulo XIX del TLCAN y ante grupos especiales de la OMC, como son: Jarabe de Maíz de Alta Fructosa proveniente de los Estados Unidos, Madera Blanda proveniente de los Estados Unidos, y Cemento, proveniente de México.

Del análisis de estos casos, además del planteamiento hipotético de un caso práctico, se busca demostrar si existe la posibilidad de que en ambos foros (OMC-TLCAN) se dupliquen o no las revisiones de una misma causa, o si por el contrario, cada uno resuelve situaciones de Derecho distintas, y que ambos procedimientos pueden desarrollarse plenamente, sin cruzarse entre ellos en ningún momento, ni entorpecer por lo mismo el trabajo desarrollado en el foro concurrente.

A la fecha, no existe ningún caso que haya sido resuelto en ambos foros en aparente contradicción, es decir, que las resoluciones de un panel y las de un grupo especial afecten a una parte de un país (panel), mientras que el otro (grupo especial) condene al otro país. Es por ello que en el presente trabajo se

plantea un caso hipotético, con la finalidad de analizar las posibles alternativas de solución contradictoria por ambos foros, a manera de demostrar la existencia o no de un posible choque de jurisdicciones y/o de decisiones encontradas.

Para comprobar o no la hipótesis anteriormente planteada, este trabajo explica las figuras centrales de la controversia, es decir, conceptos básicos como el de prácticas desleales, mismo que se pone sobre la mesa de discusión y se elabora una crítica del mismo; se desarrolla el procedimiento de los paneles del Capítulo XIX del TLCAN y el de los grupos especiales de la OMC, al mismo tiempo que se presenta un análisis sobre su naturaleza jurídica.

El estudio incluye, además, una crítica del funcionamiento de los paneles y de los grupos especiales, de acuerdo con su experiencia a más de una década de su funcionamiento, donde se analizan sus fortalezas y debilidades, al mismo tiempo que se presentan alternativas para mejorar sus procedimientos.

Los casos concretos que se estudian en el capítulo Cuarto presentan una prueba fehaciente de la práctica de procedimientos concurrentes en dos foros distintos, en los que, además, se analizan los argumentos esgrimidos por las partes y los razonamientos empleados por el órgano encargado de solucionar la controversia, a la luz de los ordenamientos nacionales e internacionales que regulan las diferencias en el comercio internacional.

RESUMEN

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte estableció por primera ocasión – y por única en acuerdos de esta naturaleza celebrados por México – un capítulo sobre solución de controversias en materia de prácticas desleales de comercio internacional, en el Capítulo XIX, para la región constituida exclusivamente por Canadá, Estados Unidos de América y México. Con este capítulo, se presentó por primera ocasión la posibilidad de que, por un lado en el ámbito multilateral, y por el otro en el ámbito regional, los particulares representantes de dos países en controversia pudieran acudir a dos foros distintos a plantear un litigio por prácticas desleales derivado de la decisión administrativa de una autoridad nacional.

A la práctica de selección de foros se le conoce como *forum shopping*, pues la parte presuntamente agraviada por una resolución nacional en materia de *dumping*, subvenciones o aplicación de cuotas compensatorias, tiene la opción de acudir (en representación de empresas privadas o de su gobierno), de manera indistinta a uno u otro foro a argumentar su inconformidad respecto de un caso específico.

El presente trabajo analiza esta aparente vinculación de foros sobre una misma causa, a través del estudio de algunos casos que se han planteado de manera simultánea ante paneles del Capítulo XIX del TLCAN y ante grupos especiales de la OMC.

Del análisis de estos casos, además del planteamiento hipotético de un caso práctico, se busca demostrar si existe la posibilidad de que en ambos foros (OMC-TLCAN) se dupliquen o no las revisiones de una misma causa, o si por el contrario, cada uno resuelve situaciones de Derecho distintas, y que ambos procedimientos pueden desarrollarse plenamente, sin cruzarse entre ellos en ningún momento, ni entorpecer por lo mismo el trabajo desarrollado en el foro concurrente.

El estudio incluye, además, una crítica del funcionamiento de los paneles y de los grupos especiales, de acuerdo con su experiencia a más de una década de su funcionamiento, donde se analizan sus fortalezas y debilidades, al mismo tiempo que se presentan alternativas para mejorar sus procedimientos.

ABSTRACT

The North American Free Trade Agreement instituted, for the first time in this kind of agreements subscribed by Mexico, a dispute resolution system in the matter of antidumping and countervailing duties for the North American Area. Chapter XIX created the possibility for the party members to access to a simultaneous mechanism to resolve this type of disputes, NAFTA in the regional and WTO in the multilateral forum.

The possibility for the parties in conflict to choice between several tribunals to seek justice is well known as “forum shopping”. The multiple existing choices for the parties give them alternatives to seek the best option in a particular case. But when there is a duplicated cause in several tribunals there is a bigger problem that can generate two different decisions in two different senses, like the existing conflicts brought at NAFTA panels and WTO tribunals.

At this present time, there have not been contrary decisions as a result of case analysis in those two forums, but there is an imminent possibility. Cases like Corn Syrup from Mexico, Softwood Lumber from Canada, and Cement from Mexico, are just some of the duplicated cases in NAFTA and WTO.

These existing cases don't give the exhausting elements to prove the possibility of crash of jurisdictions. Because of that, this paperwork shows a hypothetical case that contemplates several possibilities that can occur in real life and provoke a collision of jurisdictions if these tribunal's decisions goes in different directions.

By making a critical analysis of the WTO and NAFTA panels, and showing their weakness, this paperwork tries to demonstrate the risks of allowing simultaneous causes in different international tribunals, and their possible antagonist decisions, as well as the possible solutions to this problem.

CAPÍTULO PRIMERO

EL LIBRE COMERCIO EN UN MUNDO GLOBALIZADO

1.1. El sistema multilateral frente al regionalismo

El sistema de comercio mundial surgido con posterioridad al término de la Segunda Guerra Mundial¹ se sustentó sobre bases eminentemente multilaterales, acordadas en la Carta de la Habana, en 1947. El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio surgido de aquellas reuniones se convirtió en el instrumento jurídico más importante de la época y la fuente principal de las relaciones económicas internacionales, pues contenía, entre otras reglas, los principios jurídicos comerciales de referencia obligatoria para cualquier arreglo al que pudieran llegar los países a partir de su suscripción.

Como el pilar fundamental de las relaciones comerciales internacionales y garante del respeto a los acuerdos multilaterales y plurilaterales auspiciados por la OMC, el multilateralismo estableció mecanismos alternativos de solución de controversias entre Estados, a través de las disposiciones contenidas en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés). El creciente dinamismo de las relaciones comerciales internacionales y de la también creciente suscripción de países al GATT propició que estos mecanismos se vieran rebasados.

En épocas recientes se creó una nueva alternativa de comercio internacional dominada por los llamados “bloques regionales”, que no son otra cosa sino acuerdos de comercio que buscan intensificar las relaciones entre determinados Estados que comparten algunas afinidades de carácter territorial, cultural, o comercial, con la finalidad de lograr mayores ventajas por el intercambio más acelerado y el otorgamiento de mayores prestaciones económicas recíprocas.

¹ Herdeggen Mathias, *Derecho Internacional Público*, México, UNAM – Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 385 y ss.

El instrumento jurídico del que derivan los bloques regionales es, paradójicamente, el mismo que renovó la tendencia multilateral, es decir, el GATT. El Artículo XXIV de este ordenamiento prevé la creación de áreas de libre comercio y de uniones aduaneras, como excepciones al principio de “no discriminación” que constituye uno de los pilares esenciales de las relaciones comerciales internacionales.

El primer bloque regional que hizo uso de esta facultad concedida por el Artículo XXIV del GATT fue la actual Unión Europea, mediante la suscripción del Tratado de París, constitutivo de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero, en 1951.² A partir de entonces, los europeos occidentales han transitado por etapas de integración no conocidas, y por ende no reguladas, por el GATT del 47, como el mercado común, la unión económica y monetaria, y más recientemente, los proyectos de unión política que se han frenado tal vez de forma momentánea, con la negativa al proyecto de Constitución Europea en 2005.

Este camino emprendido por los europeos con mayor énfasis a partir de la entrada en vigor del Tratado de Roma de 1957 constitutivo de la Comunidad Económica Europea (además de la Comunidad Europea de Energía Atómica), ha sido el referente obligado de la comunidad internacional para intensificar sus relaciones comerciales con sus respectivos socios comerciales.

La teoría de la integración regional se desarrolló a partir de los pasos que la hoy Unión Europea ha transitado desde entonces, aunque la práctica ha demostrado una evolución desigual de los bloques del mundo. Ejemplos de estas evoluciones desiguales en América son: El Mercado Común del Sur (MERCOSUR), el Mercado Común Centroamericano (MCCA), el Mercado Común del Caribe (CARICOM), la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y la

² Cfr. Torres Espinosa, Eduardo, “Integración Europea y Globalización. Una perspectiva institucional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, vol. V, 2005, pp. 501 y ss.

enorme red de tratados de libre comercio bilaterales y plurilaterales celebrados por cada país por su cuenta.

El esquema multilateral, sin embargo, tampoco se quedó estático y fue transformándose hasta consolidar lo que hoy es la Organización Mundial del Comercio (en adelante OMC), con sus más modernos mecanismos de solución de controversias y un apoyo de la comunidad internacional como pocos antecedentes existen en la historia reciente de la comunidad internacional³.

El sistema multilateral ha encontrado en los acuerdos del GATT sus herramientas principales para hacer del comercio internacional una actividad sujeta a normas comunes, y que al mismo tiempo propicie el desarrollo económico y sostenido de la comunidad internacional en su conjunto. Con la institucionalización durante la Ronda Uruguay (1986-1994) de los códigos de conducta aprobados en la Ronda Tokio (1973-1979), ahora concebidos como acuerdos multilaterales de carácter obligatorio para todos los Estados miembros de la OMC, se logró una mayor vinculación de todos los Estados miembros al sistema multilateral, reconociendo en este sistema al principal garante del buen desempeño de las relaciones comerciales internacionales hasta la fecha.

Este mismo sistema multilateral, sin embargo, abrió la puerta a un modelo de negociaciones por excepción, que le permitía a los países desde los mismos inicios del sistema multilateral, situarse en un esquema de relaciones comerciales particulares, llamado desde entonces “regional”, porque autorizaba a los países a celebrar acuerdos entre algunos de ellos sin que ello tuviera que hacerse extensivo a la comunidad internacional; es decir, como una excepción al principio de “no discriminación” por el que aquellos países que se sentían vinculados entre sí por razones de territorio, cultural, tradiciones, etcétera, y que además tuvieran la necesidad de estrechar aún más sus relaciones comerciales, podían celebrar – de acuerdo con el Artículo XXIV del GATT – áreas de libre comercio o uniones aduaneras por las que pudieran

³ Remiro Brotons, Antonio, *et. al.*, *Derecho Internacional Público*, España, Mc. Graw Hill, 1997, 885 y ss.

comprometerse en mayor grado, desde un punto de vista comercial, a consolidar áreas territoriales donde pudieran circular mercancías y servicios (en un principio) de forma libre, sin restricciones comerciales (arancelarias y no arancelarias).

La OMC dispone que los acuerdos regionales deberán guardar congruencia con los principios y acuerdos multilaterales y plurilaterales derivados de este organismo, pero con todo y esto las partes en un conflicto han encontrado diferentes cauces para su solución, y aunque los acuerdos guarden congruencia respecto de sus procedimientos, no se ha logrado evitar que una misma disputa se ventile ante dos o más foros diversos, lo que ha propiciado un clima de incertidumbre sobre la validez de lo actuado en uno y en otro.

El mundo ha cambiado radicalmente desde la celebración del GATT y la tendencia a la celebración de bloques comerciales regionales parece no tener fin. Pero la conformación de estas alianzas estratégicas entre países no debe concebirse como un camino en sentido contrario respecto del seguido por el sistema multilateral, sino como una forma más de hacer cumplir los principios rectores del comercio mundial. El papel que sigue desempeñando el sistema multilateral es cada vez más fuerte, la OMC se ha consolidado como el garante indiscutible del cumplimiento de los acuerdos multilaterales que le dan vida y continuidad a los acuerdos que constituyen bloques regionales en el mundo.

El mundo actual, como lo reconoce la propia OMC⁴, se compone en la actualidad por 186 bloques regionales registrados ante este organismo, de los cuales 120 se consideran áreas de libre comercio, 11 uniones aduaneras, 22 acuerdos con cláusulas de habilitación⁵, y 33 acuerdos de servicios. Estos

⁴ Según datos actualizados al 22 de noviembre de 2005 en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/region_s.htm

⁵ Su nombre oficial es *Decisión sobre el trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo*. Dicha cláusula fue adoptada en el marco del GATT en 1979, durante la Ronda Tokio, y consiste en la Decisión de las Partes Contratantes del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), adoptada en ocasión de la Ronda Tokio (1979), mediante la cual se permite concertar acuerdos regionales o generales entre países en desarrollo con el fin de reducir o eliminar mutuamente las trabas a su comercio recíproco, exceptuándose de la aplicación del Principio consagrado en el Artículo I del GATT, sobre el Trato de la Nación Más Favorecida. Glosario Básico de la ALADI, en:

datos no reflejan la existencia de bloques regionales que hubieran avanzado en las etapas de mercado común, unión económica y monetaria o unión política, debido a la falta de reconocimiento jurídico de estas figuras por los textos del GATT, como se mencionó anteriormente.

Muchos de estos bloques establecen mecanismos regionales de solución de controversias sin la necesidad de plantearlas ante la OMC, de manera que han adquirido cierta independencia del orden jurídico multilateral, sin que ello demerite los principios consolidados por el consenso internacional.

Ante este escenario comercial más inclinado al regionalismo que al sistema multilateral se han multiplicado los foros de solución de controversias. Esta multiplicación de foros y su permanente disponibilidad para los Estados en conflicto ha planteado la posibilidad de regular la posible exclusión de uno de los foros cuando se acude a otro, pero la práctica también ha demostrado la complicación de un foro para excusarse de conocer de determinado litigio cuando existe un foro paralelo que está conociendo una cuestión similar. Si a esto se le agrega que las controversias sometidas a dos foros distintos no tienen las mismas características en lo que se refiere a la litis y a las partes, no existen circunstancias válidas para que un foro se desentienda de una cuestión particular.

Lo anterior al menos por lo que respecta a la parte jurídica, porque en el mundo de los hechos existen disputas específicas sometidas a dos foros y que sus diferencias son apenas perceptibles, pero pueden incidir en un resultado contradictorio. Delimitar la frontera entre la competencia de uno y de otro foro es una tarea complicada, y plantear la posibilidad de convergencia entre dos controversias sometidas a distintos foros, sólo puede plantearse, por el momento, en el terreno hipotético, porque a la fecha no existe ninguna resolución contradictoria que haya derivado de dos foros distintos sobre un mismo tema. Deben despejarse, no obstante, las dudas de que esta posibilidad

exista, pues al menos por ahora no se ha demostrado que no pueda suceder en cualquier momento.

Esta multiplicidad de foros, conocida también como *forum shopping* ha complicado cada vez más la certeza de los procedimientos internacionales, al mismo tiempo que involucra a las jurisdicciones nacionales para confundir todavía más a quienes buscan resolver por el litigio sus diferencias comerciales. La determinación de la competencia de uno y de otro foro respecto de diversas litis con puntos coincidentes no ha desembocado en un conflicto comercial, pero no deja de existir la posibilidad de que ambos foros que conocen de controversias coincidentes pudieran con sus resoluciones confundir los derechos y los deberes de empresas o países, sin saber a ciencia cierta cuál de los foros pudiera tener la razón, y cuál de las decisiones acatar si se ven controvertidos los intereses de las partes.

1.2. Las prácticas desleales de comercio internacional

El comercio internacional puesto nuevamente en la escena mundial como el principal motor de las relaciones entre los países al término de la Segunda Guerra Mundial, y con la suscripción del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio en 1947, ha encontrado en las medidas compensatorias su principal obstáculo, prácticas éstas que no han impedido en ninguna forma los intercambios comerciales, pero han generado incertidumbre para lograr que muchos países no avancen en el proceso de integración regional, proceso éste generado en la actualidad al término de la Segunda Guerra Mundial y puesto de moda a partir de la caída del bloque socialista a finales del siglo pasado.

Una práctica desleal de comercio internacional presupone una relación comercial entre dos o más países. El orden jurídico normativo de cada país, y/o el acordado convencionalmente por dichos países en un tratado internacional, será el que regule las prácticas comerciales. Estas reglas del intercambio comercial deben guardar congruencia entre sí para evitar confrontaciones entre

los regímenes jurídicos. Los diversos ámbitos jurídicos reconocen la existencia de una práctica desleal cuando en la importación de mercancías consideradas idénticas o similares a las producidas en el país importador existan condiciones de discriminación de precios (*dumping*), o cuando dichas mercancías tengan subsidio de las autoridades del país de procedencia (subvención), y además, que dichas prácticas provoquen o amenacen causar un daño a la producción del país importador. Son elementos de una práctica desleal, entonces, (1) la existencia de un *dumping* y/o de una subvención, (2) la existencia de un daño o amenaza de daño a la producción nacional, y (3) la relación causal que se da entre ambos supuestos.

El presente estudio analiza sólo dos de las prácticas desleales de comercio internacional: el *dumping* (o discriminación de precios como lo reconoce la legislación mexicana), y las subvenciones o subsidios gubernamentales a las mercancías nacionales – de cualquier país – para su exportación.

Existen sin embargo otras prácticas prohibidas en el comercio internacional, dentro de las que se encuentran los delitos fiscales y aduaneros⁶, como el contrabando bronco⁷, el fraude aduanero o contrabando técnico⁸; delitos contra la competencia económica, conocidos también como prácticas restrictivas, como los monopolios y oligopolios, las prácticas monopólicas (absolutas, relativas y concentraciones), que impactan de forma negativa en los precios de los productos.

El *dumping* y la subvención en el comercio internacional se intensifican en una relación comercial; por ello, uno de los capítulos más importantes del tratado se considera el capítulo de solución de controversias por prácticas desleales, la que le da certeza jurídica a los países de que cualquier actuación que se aleje

⁶ Cfr. Witker, Jorge. *Apunte del curso sobre Delitos Informáticos*, (sin publicar).

⁷ El que se realiza sin cumplir ninguna formalidad en el pago de derechos de aduana, o sin documentos legales válidos.

⁸ Ilegalidad en la valoración aduanera, en el origen de las mercancías, o cuando se abusa de regímenes aduaneros, como PITEEX, régimen de Maquiladoras, entre otros, o la constitución de personas morales que desaparecen al poco tiempo de crearse.

de los cauces jurídicos establecidos tendrá un mecanismo que permita prevenir o resarcir el daño causado.

Las relaciones comerciales que derivan de procesos de integración regional de tipo áreas de libre comercio, uniones aduaneras, o mercados comunes, por mencionar sólo ejemplos, regulan estas situaciones de manera distinta. Las prácticas desleales existen por el intercambio comercial entre dos o más países y se intensifican por virtud de un acuerdo comercial de libre comercio, sin embargo, cuando las relaciones comerciales rebasan el simple otorgamiento de preferencias arancelarias o la creación de zonas de libre comercio, para pasar a la constitución de uniones aduaneras o cualesquiera de las demás figuras integradoras posteriores a ésta, deja de existir el presupuesto por el que se realizan investigaciones de esta naturaleza.

Ejemplo de lo anterior lo muestra la Unión Europea, conforme a la cual un país miembro (Francia) se encuentra imposibilitado para imponer medidas compensatorias derivadas de *dumping* o subvención por mercancías provenientes de otro país miembro (i.e., España), porque al derribar los controles fronterizos como consecuencia del proceso integrador europeo, los países ya no controlan la entrada o salida de sus territorios, sino que aquellos controles fronterizos se han trasladado a los límites regionales de los Estados miembros y sólo respecto de las mercancías que provengan de países no miembros (o no asociados en un nivel igual o similar) de la Unión Europea. Es decir, existe la transformación de dos o más territorios aduaneros en uno solo, de manera que las mercancías que circulan entre estos territorios lo hacen sin barreras arancelarias, al tiempo que se uniforman los aranceles de los socios comerciales respecto de terceros países. Este es el concepto que el GATT (Artículo XXIV) otorga al territorio aduanero.

Las prácticas desleales requieren de la existencia de un intercambio comercial, pero sólo entre países que conformen dos o más territorios aduaneros.

Los bloques de integración que han sobrepasado al área de libre comercio y que dejan de tener esta circunstancia en materia de prácticas desleales, pueden iniciar a su vez investigaciones contra prácticas desleales de mercancías provenientes de países no miembros de dicho bloque; es decir, la Unión Europea, con la personalidad jurídica que tiene en el ámbito del Derecho Internacional como bloque regional, puede iniciar, a través de sus autoridades supranacionales, investigaciones de este tipo respecto del comercio que sostiene la Europa de los 25 con cualquiera otro país o bloque regional del mundo. Este procedimiento lo realizan con base en los instrumentos jurídicos multilaterales derivados de las negociaciones de la OMC.

Debe recalcarse cuando se habla de bloques regionales, que la referencia sólo aplica a aquellos bloques que han superado al área de libre comercio y se encuentran inmersos en alguna etapa ulterior, como es el caso del MERCOSUR, o de la Comunidad Andina de Naciones, que se consideran como uniones aduaneras desde 1995. La razón de esto es la que se comentaba en párrafos anteriores, es decir, el caso del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, como cualquiera otro de su tipo, aunque implican la eliminación gradual de las barreras fronterizas (y en algunos casos no tan gradual, como los casos de los más recientes tratados comerciales que México ha suscrito, como el de la Unión Europea, el de Japón o el de Uruguay en los que la liberación del universo de mercancías es casi inmediata a la entrada en vigor del acuerdo, en muchos casos a razón del 90 por ciento), todavía no se puede considerar como una unión aduanera, porque cada país sigue sosteniendo sus propios aranceles nacionales para el intercambio con otros países, mientras que la unión aduanera implica la libre circulación en principio, pero también la armonización de las políticas administrativas de restricción fronteriza al comercio.

Conforme vaya avanzándose en los procesos de integración regional, las prácticas desleales de comercio internacional van en dirección de su eventual exterminio, pero esta teoría tendría que considerar, primero, una total armonización comercial de la comunidad internacional, de modo que dejen de

existir países con los cuales no se tenga un acuerdo de integración y, segundo, que suponiendo la existencia de un acuerdo global de este tipo, exista uniformidad entre todos los acuerdos, y que con ello se propicie una igualdad de trato jurídico entre todos los países del mundo, algo que se antoja todavía más difícil que cualquier proyecto mundial jamás iniciado en la historia, y por ende, muy complicado, por dejarle alguna posibilidad teórica, aunque utópica.

Crítica del concepto

La Ley de Comercio Exterior (en adelante también LCE) en su artículo 28⁹, define a las prácticas desleales como “...la importación de mercancías en condiciones de discriminación de precios o de subvenciones en el país exportador, ya sea el de origen o el de procedencia, que causen daño a una rama de la producción nacional de mercancías idénticas o similares en los términos del artículo 39 de esta Ley. Las personas físicas o morales que importen mercancías en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional estarán obligadas al pago de una cuota compensatoria conforme a lo dispuesto en esta Ley”.

El concepto legal antes referido no tiene similar en los acuerdos internacionales sobre la materia, ni en el Acuerdo *Antidumping* (AAD) ni en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (ASMC).

Una práctica desleal, entonces, deriva de determinarle a una mercancía un valor que no le corresponde de acuerdo con su valor normal en el mercado, por lo que dicha mercancía puede acaparar la preferencia de los consumidores, gracias a que cuenta con un precio artificialmente competitivo.

En el ámbito de las relaciones comerciales los empresarios exportadores, salvo en escasas excepciones, harán lo posible por abatir los costos de su producto

⁹ Diario Oficial de la Federación, 13 de marzo de 2003.

para acaparar la preferencia de los consumidores en un país ajeno al suyo, porque las relaciones comerciales son así, de competencia. El simple hecho de sacrificar ciertas ganancias para acaparar a los consumidores puede ser motivo de *dumping*, pero ¿Qué tan desleal resulta la aplicación de una práctica como ésta?

El comercio internacional tiene como premisa la competencia; los países y sus empresas e industrias exportadoras intentarán en todo momento abatir los costos de sus mercancías para posicionarse en los diversos mercados mundiales en los que compitan. No es una alternativa para ellos, sino una constante a la que dirigirán sus esfuerzos en todo momento.

Presuponer que esta actividad comercial implica deslealtad lleva necesariamente al análisis del concepto. Entre comerciantes no se deben lealtad para vender sus productos, salvo que los precios de sus mercancías se encuentren por debajo de sus costos de producción, en cuyo caso se estaría ante una práctica no sólo de *dumping* sino predatoria, cuya finalidad es la de desplazar irremediablemente y de manera injusta a los productores nacionales de mercancías idénticas o similares. Cualquier otra circunstancia que no implique esta práctica predatoria se entiende como una simple habilidad comercial para abatir los costos, sea por la aplicación de mayor tecnología al producto, por emplear mano de obra más barata que la de sus competidores, por utilizar insumos de menor costo (y a veces también de menor calidad), entre otras prácticas que no sería justo llamarlas desleales.

En la actualidad es muy difícil que una empresa exportadora no utilice mecanismos de *dumping* para posicionarse en los mercados internacionales, de hecho, esta es una práctica reiterada en el comercio internacional que podría seguir subsistiendo si no se hubiera abusado tanto de la imposición de medidas *antidumping* por los gobiernos importadores.

Es más desleal emplear todas las herramientas disponibles al alcance de los importadores para imponer, previa investigación de la autoridad nacional, una cuota compensatoria que derivado de un procedimiento de investigación deja sin mercado a las mercancías extranjeras; ésta sí que es una medida discriminatoria, pues ninguna mercancía puede soportar una carga impositiva tan grande como las que se imponen con frecuencia, y continuar siendo competitivos en los mercados internacionales, simplemente se dejan fuera de la preferencia de los consumidores, lo que convierte a los países importadores en economías altamente proteccionistas, premisa por demás contraria a las políticas comerciales internacionales, ya sean multilaterales o regionales.

Se utiliza el término de práctica desleal porque no puede utilizarse el de práctica ilegal o antijurídica de comercio; la razón de esto radica en que no existe ningún instrumento jurídico, sea nacional o internacional que prohíba el *dumping*, sólo lo regulan, salvo que se trate de prácticas predatorias que tiendan a constituir un monopolio, por el exagerado desplazamiento de los productores nacionales de mercancías idénticas o similares, en cuyo caso se estaría ante una práctica anticompetitiva. Las subvenciones, por el contrario, sí están prohibidas cuando consisten en la aportación monetaria de un gobierno a los productores de su país.

Las prácticas desleales simplemente son contenidas por los gobiernos importadores mediante la aplicación de cuotas compensatorias que tienen como objetivo nivelar las condiciones de mercado de las mercancías mediante la imposición tarifaria, en proporción al daño que causan o pretenden causar a la producción doméstica de este sector económico.

La falta de una norma jurídica que prohíba al *dumping* tiene su fundamento en el argumento de que, mientras los consumidores se vean favorecidos por un precio bajo derivado de la competencia entre empresas productoras de productos idénticos o similares, se está realizando un bien a la sociedad, y sólo

cuando esta competencia es discriminatoria entonces se acudir  a las cuotas compensatorias del daño.

No sería prudente dotar de antijuridicidad a las cuotas compensatorias porque es la defensa por excelencia de los Estados para evitar daños en su producción nacional, pero sería recomendable encontrar mecanismos adecuados para limitar la discrecionalidad de las autoridades nacionales para tomar estas medidas cuando sean discriminatorias y desplacen de forma total a la competencia del mercado, pues esto va en relación directa con un perjuicio a la sociedad, al no permitírsele la alternativa que deriva de la libre competencia.

1.2.1. Dumping

La Ley de Comercio Exterior¹⁰ y su Reglamento¹¹ (en adelante también RLCE) identifican este concepto con el de discriminación de precios aunque ambos tienen los mismos efectos y consecuencias jurídicas. La palabra “*dumping*” es un anglicismo que deriva del verbo “*to dump*”, que significa deshacerse de algo, o hacer a un lado algo, desplazarlo, aunque en términos comerciales implica vender a precios muy bajos alguna mercanc a¹². Este término se acuña para el comercio internacional en virtud de que, al vender las mercancías a un precio demasiado bajo en otro país, pueden quedar desplazadas las mercancías del país importador de la preferencia de los consumidores, propiciando con ello pérdidas en la producción nacional. El término *dumping* es aceptado internacionalmente, mientras que el de discriminación de precios sólo se identifica con la legislación mexicana, y esta denominación es la que mejor explica el concepto, porque su traducción literal no refleja la finalidad de esta figura a la luz del comercio internacional.

¹⁰ Diario Oficial de la Federación, 27 de julio de 1993.

¹¹ Diario Oficial de la Federación, 30 de diciembre de 1993.

¹² Cfr. *The New Webster's Library of Practical Information*, USA, Lexicon, Publications, Inc, 2000.

De acuerdo con la Ley de Comercio Exterior (Art. 30), “La importación en condiciones de discriminación de precios consiste en la introducción de mercancías al territorio nacional a un precio inferior a su valor normal”. Este concepto como tal no identifica al *dumping* con una práctica desleal, ya que para serlo tendría que comprobarse un daño o amenaza de daño a la producción nacional derivado de la importación de dichas mercancías.

De conformidad con datos proporcionados por la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la Secretaría de Economía¹³, las investigaciones por prácticas desleales de comercio internacional y de salvaguardas, durante el período de enero de 1987 a octubre de 2004, demuestran un porcentaje mucho mayor de investigaciones por *dumping* o discriminación de precios, por encima de las subvenciones y de las salvaguardas, como se muestra en la figura 1:

Fig. 1



Existen tres tipos de *dumping* reconocidos por la doctrina, a saber:

- a) **El predatorio**; que se presenta cuando las mercancías se venden a un precio menor a su valor de producción, es decir, cuando se vende bajo

¹³ Cfr. www.economia.gob.mx/?P=555

un esquema de pérdidas con la finalidad de acaparar un mercado extranjero.

- b) **El compensatorio**; que es en el que se venden las mercancías a un precio menor a su valor normal en el mercado, contado después de sumar los costos de producción y demás valores, más la ganancia, y por el cual el país importador determina la tarifa compensatoria que ha de aplicársele al cruzar la frontera en relación al daño o amenaza de daño que pueda causar o cause a la producción nacional.
- c) **El permitido**; que es aquel que causa o amenaza causar un daño a la producción nacional del país importador, pero en un porcentaje menor al 3 por ciento, como lo marca el Acuerdo *Antidumping*¹⁴.

Además de lo anterior, conceptos como producción nacional y valor normal, entre otros, se encuentran en ordenamientos que se analizarán con posterioridad.

Producción nacional

La Ley de Comercio Exterior en su artículo 50 considera como producción nacional al menos el 25 por ciento de la producción total de la mercancía idéntica o similar, o directamente competidora, producida por la rama de producción nacional, en cuyo caso, la o las empresas que representen dicho porcentaje tendrán la facultad de solicitar a la autoridad competente (Secretaría de Economía) el inicio de una investigación por prácticas desleales.

Las mercancías similares están reguladas por el Artículo 37 fracción II del Reglamento de la Ley de Comercio Exterior, y las conceptualiza como "...los productos que, aun cuando no sean iguales en todos los aspectos, tengan características y composición semejantes, lo que les permite cumplir las

¹⁴ Artículo 5.8 "...Se considerará *de mínimis* el margen de *dumping* cuando sea inferior al 2 por ciento, expresado como porcentaje del precio de exportación. Normalmente se considerará insignificante el volumen de las importaciones objeto de *dumping* cuando se establezca que las procedentes de un determinado país representan menos del 3 por ciento de las importaciones del producto similar en el Miembro importador, salvo que los países que individualmente representan menos del 3 por ciento de las importaciones del producto similar en el Miembro importador representen en conjunto más del 7 por ciento de esas importaciones".

mismas funciones y ser comercialmente intercambiables con los que se compara”.

El hecho de que pueda ser una o varias empresas las que conformen la rama de la producción nacional atiende a que dicho porcentaje puede ser cubierto por una sola empresa con enorme representación en todo el territorio nacional, como puede ser el caso de la empresa mexicana Bimbo, o podría integrarse el porcentaje mínimo con la agrupación de varias empresas o industrias del mismo giro comercial que por sí mismas no representen el porcentaje mínimo legal.

La misma LCE, en su artículo 40 establece la posibilidad de que las organizaciones legalmente constituidas que puedan representar legalmente los intereses de sus agremiados, presenten a nombre de ellos las solicitudes de inicio de investigación. Estas agrupaciones, de acuerdo con el artículo 136 del RLCE, pueden ser: “...cámaras, asociaciones, confederaciones, consejos o cualquiera otra agrupación de productores constituida conforme a las leyes mexicanas, que tengan por objeto la representación de los intereses de las personas físicas o morales dedicadas a la producción de las mercancías idénticas, similares o, en el caso de medidas de salvaguarda, directamente competitivas con las de importación”.

Valor normal

El Artículo 31 de la LCE, establece que el valor normal de las mercancías exportadas a México es el precio comparable de una mercancía idéntica o similar que se destine al mercado interno del país de origen en el curso de operaciones comerciales normales.

Se entiende por operaciones comerciales normales las operaciones comerciales que reflejen condiciones de mercado en el país de origen y que se

hayan realizado habitualmente, o dentro de un periodo representativo, entre compradores y vendedores independientes¹⁵.

En el caso de que no se realicen ventas de una mercancía idéntica o similar en el país de origen o cuando tales ventas no permitan una comparación válida, se considerará como valor normal el precio de exportación de la mercancía idéntica o similar a la que se exporta a los Estados Unidos Mexicanos, exportada del país de origen a un tercer mercado distinto del mexicano en el curso de operaciones comerciales normales o bien el valor reconstruido en el país de origen de la mercancía idéntica o similar a la que se exporta a los Estados Unidos Mexicanos, definido como la suma del costo de producción, gastos generales y una utilidad razonable, los cuales deberán corresponder a operaciones comerciales normales.

Siguiendo el concepto de *dumping* o discriminación de precios que marca la Ley de Comercio Exterior (LCE), existe un precio de exportación de las mercancías antes de entrar al territorio nacional, además de su valor normal. Respecto del precio de exportación, en México equivale al precio al que se importa la mercancía a territorio nacional, referido al precio ex –fábrica¹⁶. Es decir, se refiere al precio al que se vende una mercancía idéntica o similar en su país de origen¹⁷, esto es, el precio pactado para la venta por exportador e importador. Por lo tanto, la discriminación de precios se configura al ser menor el valor normal de la mercancía en aduanas que el precio de venta de las mismas en su país de origen, a la diferencia entre ambos se le conoce como margen de *dumping*.

Precio de Exportación

¹⁵ Cfr. Artículo 31, párrafo tercero, de la Ley de Comercio Exterior.

¹⁶ Se refiere al precio de la mercancía una vez que ha salido de la fábrica para su venta, de acuerdo con los términos de comercio internacional (*INCOTERMS*), reconocidos por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (*UNIDROIT*).

¹⁷ Vázquez Tercero, Héctor y Vázquez Benítez, Adrián, *Sistema Antidumping Mexicano. Normatividad y Práctica*, México, Centro de Investigación Aduanera y de Comercio Internacional, 2002, p. 30.

Conforme a lo establecido en los artículos 6.10 del AAD y 41 del RLCE, si el número de tipos distintos de mercancía es excepcionalmente grande, puede seleccionar una muestra representativa de los mismos. Esta muestra se debe seleccionar con base en criterios estadísticamente válidos, que permitan inferir que la muestra refleja el comportamiento de los precios en el mercado del país de origen. Indicar la metodología, las fuentes consultadas y los cálculos efectuados para determinar la muestra.

El artículo 51 del RLCE, dispone que tales referencias deben ser netas de descuentos, bonificaciones y reembolsos. Indicar la fuente de información, fecha y tipo de cambio a dólares de los Estados Unidos de América de cada una de las referencias empleadas. Usar el formato que proporciona la Secretaría de Economía y proporcionar en medios escritos y magnéticos todas las pruebas que avalen la información incluida en este punto.

De acuerdo con el Artículo 34 de la Ley de Comercio Exterior, “cuando una mercancía sea exportada a México desde un país intermediario, y no directamente del país de origen, el valor normal será el precio comparable de mercancías idénticas o similares en el país de procedencia. Sin embargo, cuando la mercancía de que se trate sólo transite, no se produzca o no exista un precio comparable en el país de exportación, el valor normal se determinará tomando como base el precio en el mercado del país de origen”.

El valor normal de las mercancías, de conformidad con el artículo 31 de la Ley se calcula tomando como base los tres elementos siguientes:

- a. Con base en el precio comparable de una mercancía idéntica o similar que se destine al mercado interno del país de origen en el curso de operaciones comerciales normales;
- b. Cuando no se permita una comparación válida, se hará conforme al precio comparable de dichas mercancías exportadas por el país de origen a un tercer país. De no ser posible,

- c. Se hará conforme al valor reconstruido en el país de origen, que consiste en la suma del costo de producción más los gastos generales y una utilidad razonable, y
- d. La Ley establece que respecto de las economías centralmente planificadas (al día de hoy sólo Cuba y Corea del Norte¹⁸), se hará respecto de la mercancía exportada a México en un tercer país con economía de mercado, como sustituto del país con economía centralmente planificada¹⁹.

Respecto de este último caso, el Protocolo de Adhesión de China a la OMC, de diciembre de 2001, establece que el país importador debe utilizar los precios y costos registrados en China, si los productores de este país sometidos a investigación pueden demostrar claramente que en su sector prevalecen las condiciones de una economía de mercado. Si no lo pueden demostrar, entonces el país importador podrá utilizar una metodología que no se base en una comparación directa con los precios internos o los costos en China.

De acuerdo con este Protocolo, la carga de la prueba recae sobre los productores y exportadores de China. Si China probara que en un sector determinado prevalecen condiciones de economía de mercado, el Protocolo establece que dejarán de aplicarse a ese sector las disposiciones referentes a las economías que no son de mercado, lo cual significa que una vez reconocida la condición de economía de mercado en una investigación, la misma debe ser mantenida en cualquier investigación posterior que involucre al mismo sector.

Las referencias de precios, por otra parte, deben obtenerse preferentemente de un estudio de mercado elaborado por una empresa de consultoría especializada o de publicaciones con reconocimiento internacional y pertenecer al período de investigación.

¹⁸ En este caso debe destacarse que México no le ha otorgado de manera oficial a ningún país la categoría de economía centralmente planificada, ni tampoco ha reconocido a ningún otro el carácter de economía de mercado.

¹⁹ Cfr. Artículo 33 de la Ley de Comercio Exterior.

El artículo 51 del RLCE también dispone que, las referencias del precio de exportación del país de origen a un tercer país deberán ser netas de descuentos, bonificaciones y reembolsos.

Valor reconstruido en el país de origen

Los artículos 2.2. del AAD, 31 de la LCE y 46 del RLCE, definen el valor reconstruido como la suma de los costos de producción, los gastos generales (gastos de administración y ventas, gastos financieros, etc.) y un monto razonable de utilidad.

Las referencias de costos de producción, gastos y utilidad empleados para calcular el valor reconstruido deben obtenerse preferentemente de un estudio de costos elaborado por una empresa de consultoría especializada o de publicaciones con reconocimiento internacional y corresponder al período de investigación.

Margen de *dumping*

El Reglamento de la Ley, en su artículo 38, define al margen de discriminación de precios como la diferencia entre el valor normal de la mercancía y su precio de exportación relativa a este último precio. Es decir, es la cantidad en dinero por la que el valor normal excede al precio de exportación a México. El Acuerdo *Antidumping* establece que cuando el margen de *dumping* no exceda el 2 por ciento, expresado como porcentaje del precio de exportación, no se impondrán cuotas compensatorias, a esto se le conoce como margen de *minimis*.

Cuando las mercancías sujetas a investigación no sean físicamente iguales entre sí, el margen de discriminación de precios deberá tomarse en cuenta, de conformidad con el Artículo 39 del Reglamento de la Ley de Comercio Exterior, de acuerdo con el tipo de mercancía de que se trate, debiendo utilizar el sistema analógico para determinar su valor normal y su precio de exportación,

conforme a la clasificación que la empresa exportadora haga del producto, según su sistema de información contable.

La experiencia comercial ha demostrado, por otra parte, la enorme existencia de transacciones comerciales que un país lleva a cabo en un período de tiempo relativamente corto, por lo que, de conformidad con el Artículo 41 del RLCE, cuando la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales considera que son muchos los tipos de mercancía sujeta a análisis, o bien, existe un número excesivo de transacciones a investigar, la autoridad puede utilizar el sistema de muestreo representativo, por el cual podrá determinarse un margen de *dumping* tomando en cuenta sólo algunas muestras representativas de mercancías idénticas o similares, o de transacciones realizadas, tomando en cuenta elementos que permitan demostrar que dichas transacciones pueden tener puntos de coincidencia con la empresa del país al que se trata de demostrarse la práctica desleal; estos elementos pueden consistir en el nivel de desarrollo del país comparado respecto del que pertenece la empresa o industria investigada, la distancia recorrida del origen al destino que podría incrementar los costos, entre otras.

Operaciones Comerciales entre Empresas Vinculadas (*dumping* disimulado)

De conformidad con los artículos 35 de la Ley y 50 y 61 de su Reglamento, el precio de exportación de las mercancías se calculará tomando como base el precio al que los productos importados se revendan por primera vez a un comprador independiente en el territorio nacional, o en su defecto, sobre una base “razonable” que la autoridad determine, cuando exista un vínculo entre importador y exportador, además de que existan arreglos compensatorios entre ambos.

El artículo 61 del Reglamento determina los casos que constituyen vínculos entre importador y exportador. La UPCI tomará en consideración los siguientes supuestos:

- I. Si una de las partes ocupa cargos de dirección o responsabilidad en una empresa de la otra;
- II. Si están legalmente reconocidas como asociadas en negocios;
- III. Si tienen una relación de patrón y trabajador;
- IV. Si una persona tiene directa o indirectamente la propiedad, el control o la posesión del cinco por ciento o más de las acciones, partes sociales, aportaciones o títulos en circulación y con derecho a voto en ambos;
- V. Si una de ellas controla directa o indirectamente a la otra;
- VI. Si ambas personas están controladas directa o indirectamente por una tercera persona;
- VII. Si juntas controlan directa o indirectamente a una tercera persona, o
- VIII. Si son de la misma familia.

Si existe cualquier maniobra conjunta entre importador y exportador, siempre que derive en una afectación en los precios de exportación de determinadas mercancías idénticas o similares, motivando con ello una ganancia ilegítima para ambos, se contravienen los principios del comercio internacional, por lo tanto, es una conducta sancionable. Vázquez Tercero ejemplifica esto con los llamados precios de transferencia, que se presentan entre una empresa matriz y sus subsidiarias en otros países, con la finalidad de establecer estrategias corporativas y conveniencia fiscal²⁰.

1.2.2. Subvención

El artículo 37 de la Ley establece el concepto de subvención en dos vertientes:

- I. (Es) La contribución financiera que otorgue un gobierno extranjero, sus organismos públicos o mixtos, sus entidades, o cualquier organismo regional, público o mixto constituido por varios países, directa o indirectamente , a una empresa o rama de la producción o a un grupo de empresas o ramas de producción y que con ello se otorgue un beneficio;
(o)

²⁰ Vázquez Tercero y Vázquez Benítez, *op. cit.*, pp. 32-33.

- II. Alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios y que con ello se otorgue un beneficio.

Por su parte, el artículo 1, punto 1.1 del Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias de 1994 de la OMC²¹, considera que existe subvención:

- a) “1) cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro (denominados en el presente Acuerdo “gobierno”), es decir:
- i. cuando la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos (por ejemplo, garantías de préstamos);
 - ii. cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales);
 - iii. cuando un gobierno proporcione bienes o servicios – que no sean de infraestructura general – o compre bienes;
 - iv. cuando un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, o encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) *supra* que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos; o
- a) 2) cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994; y
- b) con ello se otorgue un beneficio”.

Al igual que en el caso de *dumping*, en las subvenciones también existen tres elementos que deben probarse para que esta práctica pueda considerarse como una práctica desleal de comercio:

²¹ Diario Oficial de la Federación, 13 de marzo de 2003.

1. Que exista un apoyo económico gubernamental;
2. Que exista un daño o amenaza de daño a la producción nacional de mercancías idénticas o similares;
3. Que exista una relación causal entre ambas.

Las investigaciones por subvenciones han sido menos recurridas respecto de las investigaciones por *dumping*, tanto por la actuación del TLCAN como de las relaciones comerciales de México con el mundo de manera general (ver fig. 1, p. 22 *infra*). La razón de esto puede atribuirse a que, por tratarse de una práctica gubernamental, generalmente bien definida en cualquiera de sus vertientes, se ha combatido en foros mundiales y constituye un gran esfuerzo de la comunidad internacional para erradicarla; no así en el caso de *dumping*, pues las actividades que lo ocasionan derivan estrictamente de la práctica comercial de los comerciantes y son más difíciles de controlar.

También la teoría reconoce, al igual que con el *dumping*, tres tipos de subvenciones:

- a) **Las prohibidas**; que se originan cuando los gobiernos le otorgan recursos económicos a las empresas con la finalidad de que éstas puedan exportar (Artículo 3 del ASMC). Además, de conformidad con el ASMC, serán prohibidas:

“a) las subvenciones supeditadas de jure o de facto a los resultados de exportación, como condición única o entre otras varias condiciones, con inclusión de las citadas a título de ejemplo en el anexo I5;

b) las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, como condición única o entre otras varias condiciones”.

- b) **Las recurribles**²²; que implican la disminución o eliminación de impuestos, o el otorgamiento de privilegios gubernamentales que incentiven la exportación.
- c) **Las no recurribles**²³; en las que lo que se subsidia son a los insumos de artículos finales, pero no a los productores o empresas exportadoras. Además, el ASMC regula otras actividades no recurribles, como:
- a. asistencia para actividades de investigación realizadas por empresas, o por instituciones de enseñanza superior o investigación contratadas por empresas;
 - b. asistencia para regiones desfavorecidas situadas en el territorio de un Miembro, prestada con arreglo a un marco general de desarrollo regional y no específica (en el sentido del artículo 2) dentro de las regiones acreedoras a ella, y
 - c. asistencia para promover la adaptación de instalaciones existentes a nuevas exigencias ambientales impuestas mediante leyes y/o reglamentos que supongan mayores obligaciones o una mayor carga financiera para las empresas²⁴.

1.2.3. Daño importante

La simple mención de “daño importante” supone la existencia de un daño no importante. A simple vista el énfasis pareciera ser una incongruencia, pero no lo es. El pie de página 9 del artículo 3 del AAD indica que se entenderá por daño un daño importante causado a una rama de producción nacional, una amenaza de daño importante a una rama de producción nacional o un retraso importante en la creación de esta rama de producción.

²² Cfr. Artículo 5, del Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias.

²³ Cfr. *Ibidem*, artículo 8.

²⁴ *Idem*.

De conformidad con el Artículo 39 de la LCE, se entenderá por daño:

- I. Un daño material causado a una rama de producción nacional;
- II. Una amenaza de daño a una rama de producción nacional; o
- III. Un retraso en la creación de una rama de producción nacional.

La importancia del perjuicio a la producción nacional se entiende, en términos generales, como un daño directo a un porcentaje determinado de la producción nacional, es decir, los solicitantes del procedimiento de investigación deberán ser representativos de cuando menos el 25% de la producción total de la mercancía idéntica o similar, o directamente competidora, producida por la rama de producción nacional (de acuerdo con el artículo 50 segundo párrafo de la Ley de Comercio Exterior).

Lo anterior presupone la aportación de pruebas técnicas suficientes para determinar la existencia del daño, apoyándose en el volumen de importaciones de mercancías en calidad de *dumping* o subvención, así como en los precios de los productos idénticos o similares en el territorio del país de destino. Esto se encuentra regulado en el Artículo 41 de la Ley de Comercio Exterior, como sigue:

“La determinación de la existencia de daño material a la rama de producción nacional, la hará la Secretaría tomando en cuenta:

- I. El volumen de importación de las mercancías objeto de discriminación de precios o de subvenciones. Al respecto considerará si ha habido un aumento significativo de las mismas, en términos absolutos o en relación con la producción o el consumo interno del país;
- II. El efecto que sobre los precios de mercancías idénticas o similares en el mercado interno causa o pueda causar la importación de las mercancías objeto de discriminación de precios o de subvenciones. Para ello, la Secretaría deberá considerar si la mercancía importada se vende en el mercado interno a un precio significativamente inferior al de las mercancías idénticas o similares, o bien, si el efecto de tales importaciones es hacer bajar, de otro modo, los precios en medida significativa o impedir en la misma medida la subida que en otro caso se hubiera producido;
- III. El efecto causado o que puedan causar tales importaciones sobre la rama de la producción nacional de que se trate, considerando los factores e índices económicos pertinentes que influyan en el estado de esa rama de producción nacional, tales como la disminución real o potencial de las ventas, los beneficios, el volumen de producción, la participación en el mercado, la productividad, el rendimiento de las inversiones o la utilización de la capacidad instalada; los factores que repercuten en los precios

internos; en su caso, la magnitud del margen de discriminación de precios; los efectos negativos reales o potenciales en el flujo de caja, las existencias, el empleo, los salarios, el crecimiento, la capacidad de reunir capital o la inversión. Esta enumeración no es exhaustiva y ninguno de estos factores aisladamente bastarán necesariamente para obtener una orientación decisiva; y
IV. Los demás elementos que considere conveniente la Secretaría, o en su caso proporcione la producción nacional”.

Para que una importación en calidad de *dumping* o de subvención ocasione un daño importante a la producción del país de destino, es necesario que la investigación sea iniciada al menos por el 25% de la producción idéntica o similar del país de destino, respecto del bien importado. Una vez que se da inicio al procedimiento de investigación, se realizará ésta respecto del total de la producción nacional, aunque este 100 por ciento no haya iniciado la investigación. De ahí el término de daño importante, por el cual puede iniciarse la investigación a cargo de la autoridad nacional.

El Artículo 40 de la LCE establece que para la determinación de la existencia de daño, se entenderá por rama de producción nacional el total de los productores nacionales de las mercancías idénticas o similares, o aquéllos cuya producción conjunta constituya una proporción importante de la producción nacional total.

Esto supone que la importancia del daño atiende a que se dañe o amenace con dañar, o se retrase la creación de una rama de la producción nacional que, en términos generales, no sea menor del 25 por ciento. Se maneja la frase “en términos generales” porque existen casos en los que, de acuerdo con los párrafos segundo y tercero de la LCE, pueden variar las circunstancias y no se logre alcanzar ese 25 por ciento nacional. Establece el Artículo 40:

“Sin embargo, cuando unos productores estén vinculados a los exportadores o a los importadores o sean ellos mismos importadores de la mercancía objeto de discriminación de precios o de subvenciones, la expresión rama de producción nacional podrá interpretarse en el sentido de referirse al resto de los productores.

Cuando la totalidad de los productores estén vinculados a los exportadores o a los importadores o sean ellos mismos importadores de la mercancía objeto de discriminación de precios o de subvenciones, se podrá considerar como rama de producción nacional al conjunto de los

fabricantes de la mercancía producida en la etapa inmediata anterior de la misma línea continua de producción”.

1.2.4. Amenaza de daño importante

El concepto de amenaza atiende a un peligro claro e inminente de daño a la producción nacional. Si por daño se entiende, tomando el concepto del Acuerdo *Antidumping* ya mencionado con anterioridad, un daño importante causado a una rama de producción nacional, una amenaza de daño importante a una rama de producción nacional o un retraso importante en la creación de esta rama de producción, entonces cualquier peligro claro e inminente de que suceda cualquiera de los tres supuestos anteriores, constituye una amenaza de daño importante.

De conformidad con el Artículo 42 de la LCE, “La determinación de la existencia de una amenaza de daño a la rama de producción nacional, la hará la Secretaría tomando en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

- I. Una tasa significativa de incremento de la importación de mercancías objeto de discriminación de precios o de subvenciones en el mercado nacional que indique la probabilidad de que se producirá un aumento sustancial de las mismas;
- II. Una suficiente capacidad libremente disponible del exportador o un aumento inminente y sustancial de la misma que indique la probabilidad de un aumento sustancial de las exportaciones objeto de discriminación de precios o de subvenciones al mercado mexicano, teniendo en cuenta la existencia de otros mercados de exportación que puedan absorber el posible aumento de dichas exportaciones;
- III. Si las importaciones se realizan a precios que tendrán el efecto de hacer bajar o contener el alza de los precios internos

de manera significativa, y que probablemente harán aumentar la demanda de nuevas importaciones;

- IV. La existencia de la mercancía objeto de investigación;
- V. En su caso, la naturaleza de la subvención de que se trate y los efectos que es probable tenga en el comercio, y
- VI. Los demás elementos que considere conveniente la Secretaría, o en su caso, proporcione la producción nacional.

La imposición de cuotas compensatorias – tendría que argumentar la autoridad – sería el único medio al alcance para evitar un daño importante a la producción nacional de productos idénticos o similares, según sea el caso.

El artículo concluye: “La determinación de la existencia de amenaza de daño se basará en hechos y no simplemente en alegatos, conjeturas o posibilidades remotas”.

México solicitó en el caso de Fructosa que el Órgano de Apelación de la OMC revocara la constatación del Grupo Especial sobre la probabilidad de que aumentasen las importaciones argumentando que el Grupo Especial interpretó erróneamente el párrafo 7 del artículo 3 del Acuerdo *Antidumping* y aplicó incorrectamente la norma de examen prescrita en los párrafos 5 y 6 del artículo 17 de ese Acuerdo, que a la letra dicen:

Artículo 3
Determinación de la existencia de daño

3.7 La determinación de la existencia de una amenaza de daño importante se basará en hechos y no simplemente en alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas. La modificación de las circunstancias que daría lugar a una situación en la cual el dumping causaría un daño deberá ser claramente prevista e inminente.¹⁰ Al llevar a cabo una determinación referente a la existencia de una amenaza de daño importante, las autoridades deberán considerar, entre otros, los siguientes factores:

...

Artículo 17
Consultas y solución de diferencias

17.5 El OSD, previa petición de la parte reclamante, establecerá un grupo especial para que examine el asunto sobre la base de:

- i) una declaración por escrito del Miembro que ha presentado la petición, en la que indicará de qué modo ha sido anulada o menoscabada una ventaja resultante para él directa o indirectamente del presente Acuerdo, o bien que está comprometida la consecución de los objetivos del Acuerdo, y
- ii) los hechos comunicados de conformidad con los procedimientos internos apropiados a las autoridades del Miembro importador.

...

En su comunicación como apelante, México centra sus argumentos en los errores que considera que cometió el Grupo Especial en el trato que dio al supuesto convenio de restricción entre los refinadores mexicanos de azúcar y los embotelladores mexicanos de refrescos. El párrafo 7 del artículo 3 dispone, entre otras cosas, que “[l]a determinación de la existencia de una amenaza de daño importante se basará en hechos y no simplemente en alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas”. México sostiene que, como SECOFI nunca determinó como cuestión de “hecho” que ese supuesto convenio existiera, se trataba solamente de “alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas”. Por lo tanto, México afirma que el Grupo Especial cometió un error al basarse en “alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas” para constatar que la nueva determinación era incompatible con el párrafo 7 i) del artículo 3 del Acuerdo *Antidumping*. México alega también que el Grupo Especial incurrió en error al examinar el pretendido convenio de restricción, porque el párrafo 5 del artículo 17 del *Acuerdo Antidumping* autoriza a los grupos especiales a estudiar solamente “los *hechos* comunicados” a las autoridades investigadoras nacionales.

Sin embargo, el Órgano de Apelación de la OMC, en su Informe **WT/DS132/AB/RW**, de 22 de octubre de 2001, del caso México - Investigación *Antidumping* sobre el Jarabe de Maíz con Alta Concentración de Fructosa (JMAF) Procedente de los Estados Unidos, decidió lo siguiente:

“En la tercera frase del párrafo 7 del artículo 3 se reconoce explícitamente que son las autoridades investigadoras quienes formulan una determinación de la existencia de una amenaza de daño importante, y que tal determinación -por las autoridades investigadoras- “se basará en hechos y no simplemente en alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas”. Por consiguiente, el párrafo 7 del artículo 3 no se dirige a los

grupos especiales, sino a las autoridades investigadoras nacionales que determinan la existencia de una amenaza de daño importante²⁵.

Los informes del Órgano de Apelación – como se verá más adelante – constituyen una fuente muy importante de apoyo que debe ser revisada constantemente por las autoridades nacionales porque, aunque no constituyen precedentes obligatorios, van creando una fuente de información que puede resultar de gran utilidad para las disputas que surjan en un futuro.

La comprobación de la amenaza de daño requiere de conocimientos técnicos muy especializados y la autoridad investigadora nacional enfrenta grandes retos para determinar la existencia de posibilidades reales de que una importación cause daños a la producción nacional de que se trate; esta circunstancia complica la actuación de la autoridad cuando las empresas o industrias solicitantes no proporcionan elementos de análisis suficientes.

1.2.5. Retraso importante

Este concepto no se encuentra regulado con esta definición en ninguno de los ordenamientos jurídicos nacionales o internacionales sobre prácticas desleales de comercio internacional, ni tampoco existen antecedentes de que la autoridad nacional mexicana haya realizado ninguna investigación bajo este argumento²⁶.

El retraso importante –según Saldaña– se aplica cuando las importaciones en calidad de *dumping* o subvención constituyen obstáculos para que empresas nacionales productoras de bienes idénticos o similares puedan establecerse; o bien, cuando existiendo las mercancías idénticas o similares no existen elementos suficientes para determinar la existencia del daño o la amenaza en el país importador.

²⁵ Caso México - Investigación Antidumping sobre el Jarabe de Maíz con Alta Concentración de Fructosa (JMAF) Procedente de los Estados Unidos, Órgano de Apelación de la OMC, Informe WT/DS132/AB/RW, 22 de octubre de 2001, numeral 83, p. 30.

²⁶ Saldaña Pérez, Juan Manuel. *Comercio Internacional. Régimen Jurídico Económico*, México, Porrúa e Instituto Internacional del Derecho y del Estado, 2005, p. 327.

Este retraso se entiende que perjudica a la incipiente industria nacional para constituirse o consolidarse en su territorio como consecuencia de la importación de mercancías idénticas o similares a las nacionales procedentes de otro u otros países.

La Comisión de Comercio Internacional de los Estados Unidos de América (ITC), toma en cuenta las siguientes circunstancias para determinar que se ha realizado un retraso importante:

- El momento en que la industria estadounidense inició la producción;
- Si la producción ha sido regular o se han iniciado operaciones y parados;
- El tamaño de la producción doméstica en comparación con el mercado doméstico;
- Si la industria estadounidense ha alcanzado un razonable punto de estabilidad, y
- Si las actividades constituyen realmente una nueva industria o solamente son una nueva línea de producción de una empresa establecida²⁷.

La comprobación de estos factores por parte de la autoridad estadounidense le permite definir si los productores que han solicitado el inicio de la investigación por prácticas desleales representan el porcentaje requerido para este efecto, y si las prácticas desleales efectivamente están dañando a la industria o rama de la industria nacional productora de dichos bienes idénticos o similares.

Este retraso no es más que una variante del daño o amenaza que se han mencionado con anterioridad, porque cualquier retraso en la producción nacional implica en el corto o mediano plazo un daño real a la producción de los bienes de que se trata.

1.2.6. Relación causal

²⁷ *Ibidem*, pp. 327-328.

La relación causal se explica de la existencia previa de una importación y de un daño o amenaza de daño que se cause a la producción nacional. Entendidos ya estos conceptos, la importación de un bien, una vez hechos los estudios correspondientes, debe mostrar elementos ciertos de la existencia de un *dumping* o de una subvención. Mediante nuevos estudios técnicos económicos dicha importación debe ocasionar o amenazar con ocasionar un daño importante a la producción nacional.

Cuando las importaciones a que se ha hecho referencia son producto de una práctica desleal, llámese *dumping* o subvención, pero los estudios determinan que el daño o amenaza de daño no es importante, no se justifica la imposición de cuotas compensatorias por las causas antes previstas. De igual forma, si de las importaciones se logra determinar un daño importante o amenaza de daño importante a un sector de productos idénticos o similares del país de destino, pero al mismo tiempo se comprueba que dicha importación no se ha realizado como resultado de un *dumping* o de una subvención, el resultado es el mismo: no se concreta la práctica desleal de comercio internacional, por lo que tampoco merece la imposición de cuotas compensatorias.

Las prácticas desleales requieren en todo momento la existencia de un *dumping* o subvención, de un daño o de amenaza de daño importante, pero siempre seguidas de un vínculo causal entre los primeros y los segundos, de lo contrario los efectos no serán los mismos. Ante la existencia de una práctica desleal que no produce daño importante no hay mecanismo legal para contrarrestarla. Ante un daño importante causado a la producción nacional del país de destino, al que no puede vincularse con una práctica desleal podrá iniciarse un procedimiento de salvaguardas, similar al de prácticas desleales pero con diferentes implicaciones.

1.2.7. Cuotas antidumping y compensatorias

Los ordenamientos jurídicos nacionales y los internacionales que regulan esta materia difieren en cuanto a su denominación y tratamiento. La Ley de Comercio Exterior (artículos 62 a 71), por ejemplo, otorga la denominación de cuotas compensatorias a aquellas que impone la autoridad investigadora derivadas de un procedimiento de investigación por *dumping* y por subvención.

El Acuerdo *Antidumping*, por su parte, los denomina “derechos *antidumping*” (Artículo 9), y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias las denomina “medidas o derechos compensatorios” (Artículo 10).

Las cuotas compensatorias que resultan de la investigación sobre prácticas desleales realizada por la autoridad investigadora nacional, tienen la naturaleza jurídica, de conformidad con el derecho interno mexicano, de ser aprovechamientos, en los términos del artículo 3º del Código Fiscal de la Federación²⁸.

Estos aprovechamientos forman parte de los establecidos en la Ley de Ingresos de la Federación, la que los considera dentro de los ingresos del Estado para determinado año fiscal, y refiere los aprovechamientos como el “...monto que será captado por concepto de cuotas compensatorias”.

La Ley de Comercio Exterior reconoce dos tipos de cuotas compensatorias: las provisionales y las definitivas. Cuando la autoridad investigadora comprueba durante el procedimiento de investigación la existencia de una práctica desleal, de un daño o amenaza, y su relación causal, entonces impone una cuota compensatoria a los productos importados objeto de la investigación. De esta forma, puede imponer dichas cuotas de forma provisional si aún no ha reunido la información completa, pero cuenta ya con elementos suficientes para determinar la práctica desleal. En este momento determina una cuota provisional mientras se reúnen los elementos de forma exhaustiva.

²⁸ Cfr. Artículo 63 de la Ley de Comercio Exterior.

Cuando la autoridad nacional ha reunido la información para determinar los tres elementos referidos con anterioridad para la existencia de una práctica desleal, entonces podrá determinar el monto de la cuota.

El Acuerdo *Antidumping* (GATT 1994) reconoce a estas medidas compensatorias con la denominación “medidas provisionales”, en el artículo 7, y “derechos *antidumping*”, refiriéndose a las cuotas compensatorias definitivas.

Aunque la Ley de Comercio Exterior mexicana identifica a las cuotas compensatorias como aprovechamientos, su naturaleza jurídica no es igual en ambos casos. De conformidad con el Artículo 3° del Código Fiscal de la Federación, los aprovechamientos son: “los ingresos que percibe el Estado por funciones de derecho público distintos de las contribuciones, de los ingresos derivados de financiamientos y de los que obtengan los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal”.

Las cuotas compensatorias, por su parte, no derivan del uso o aprovechamiento de bienes del dominio público o de percepciones por concepto de la prestación de servicios en el ejercicio de funciones de derecho público, sino de la determinación de que exista una práctica desleal de comercio exterior²⁹. Es decir, la cuota compensatoria es una sanción que resulta de la decisión final por la que la autoridad investigadora nacional ha demostrado que ciertas mercancías extranjeras han entrado al territorio nacional infringiendo las reglas del comercio mundial por incorporar una práctica desleal de comercio, llámese *dumping* o subvención.

Vargas considera que las cuotas compensatorias tienen una naturaleza jurídica individual e independiente de los aprovechamientos fiscales, vinculadas al

²⁹ Vargas Menchaca, José Manuel, *Naturaleza Jurídica de las Cuotas Compensatorias*, en <http://legal.terra.com.mx/enlinea/articulos/articulo/0032/default.asp>

comercio exterior, y que se convierten en créditos fiscales una vez que son considerados como prácticas desleales y se pueden ejercer ante la empresa importadora al introducir las mercancías con ese carácter al territorio nacional. Su naturaleza jurídica – continúa – debe estar identificada con las barreras no arancelarias, que pueden considerarse como ingresos extrafiscales de los regulados por el Artículo 131 Constitucional.

Las cuotas compensatorias en realidad no se identifican plenamente con alguna de las figuras que contempla el Código Fiscal de la Federación, tienen algunas características que pueden vincularlas con ellas, pero no les aplican sus características. Su naturaleza jurídica no se encuentra plenamente definida.

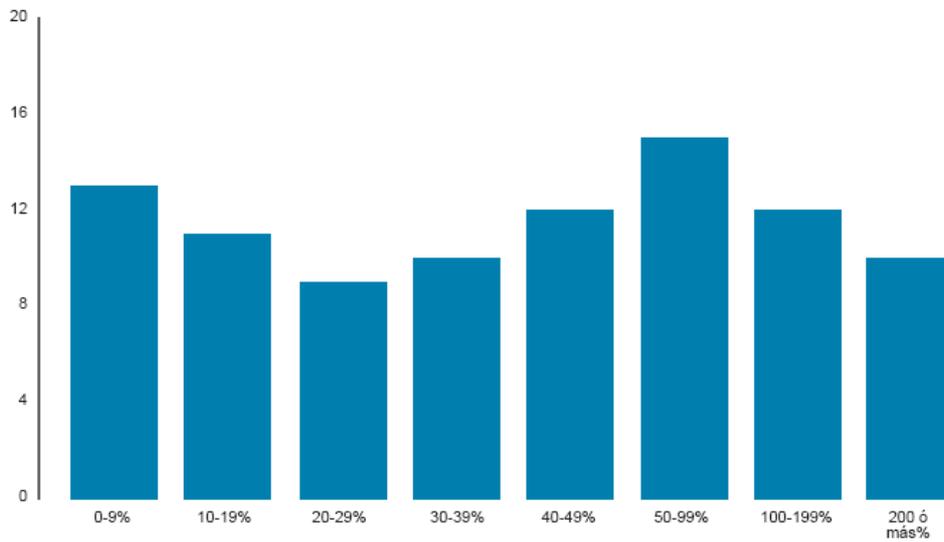
De acuerdo con el Informe de Labores 2005 de la UPCI, actualmente las cuotas compensatorias vigentes, son las siguientes:

Tabla A.9
Cuotas compensatorias vigentes
(al 31 de diciembre 2005)

Tipo de cuotas	Número de cuotas	Participación en el total de cuotas compensatorias vigentes (porcentaje)
Provisionales	2	3
Finales	69	97
Total	71	100

El rango, por su parte, de las cuotas impuestas por México, van desde el uno por ciento, y en algunos casos se han elevado a más del doscientos por ciento, como lo muestra la gráfica proporcionada también por el Informe de Labores 2005 de la UPCI:

Gráfica A.4.a
Rango de las cuotas compensatorias *ad valorem* vigentes



De estos datos, corresponde a los Estados Unidos de América el 18.31% de las cuotas, correspondientes a un total de 27.82% investigaciones realizadas (74 investigaciones), lo que coloca a los Estados Unidos como el principal país investigado por México, y al que se le aplican más cuotas respecto de la comunidad internacional.

Por lo que toca a Canadá, actualmente las investigaciones de la UPCI por prácticas desleales representa el 2.26% del total internacional, del cual no existe por el momento ninguna cuota compensatoria aplicada a este país como consecuencia de estas investigaciones (6 investigaciones en total).

CAPÍTULO SEGUNDO

LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Controversia es un término que se asocia con litigio. Para Carnelutti, “el litigio es el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro”. Al proceso por el que se ha de determinar la razón de uno o de otro de los pretendientes se le conoce como litigio.

Una diferencia, como se le denomina en el ámbito internacional de la OMC a los litigios comerciales, refiere a los diversos derechos y argumentos de dos o más partes, que pueden ser contrapuestos mas no terminar en una controversia. De esta forma, la diferencia puede devenir en litigio si las pretensiones diversas de las partes se llevan a un proceso (en este caso tribunal) para buscar una solución a las mismas. Es decir, dos individuos pueden tener opiniones diversas sobre un mismo tema y ello no implica que se encuentren en controversia, lo estarán si buscan definir – ya sea por mecanismos de autodefensa, autocomposición o heterocomposición – cuál de los dos tiene la razón. Al proceso por el que se busca definir esta circunstancia se le conoce como litigio.

Ambos conceptos, controversia y diferencia, cada uno desde su perspectiva (TLCAN y OMC) deben entenderse como litigio ante cualquiera de los foros mencionados, y la distinción de ambos conceptos es meramente gramatical, sin mayor trascendencia jurídica. Esto es así, porque el concepto de “diferencia” que se utiliza en el ámbito de la OMC se tradujo de “*dispute*”, lo que hace que la traducción no sea la adecuada, porque la que debería ser el “disputa”, no diferencia.

2.1. La solución de controversias por prácticas desleales en el derecho mexicano

Las tres resoluciones que se plantean en el procedimiento de investigación contra prácticas desleales de comercio internacional pueden ser recurridas por las partes. La LCE otorga a las partes el derecho de atacar la resolución final de la autoridad nacional mediante el recurso de revocación, el juicio de nulidad y el juicio de amparo.

Contra la resolución final de la autoridad nacional la parte afectada puede optar por un procedimiento nacional o por uno internacional. Si opta por los recursos nacionales, los artículos 94 fracciones IX y X y 95 de la LCE le conceden la posibilidad de atacar el la resolución final de la siguiente forma:

2.1.1. Recurso de revocación

Este recurso tiene por objeto revocar, modificar o confirmar la resolución impugnada y los fallos que se dicten contendrán la fijación del acto reclamado, los fundamentos legales en que se apoyen y los puntos de resolución (Art. 95). Este recurso se interpone ante la misma autoridad que emitió la resolución cuando se busca revocar alguna etapa del procedimiento, es decir, la Secretaría de Economía. De forma excepcional, cuando lo que busca revocar es cuestiones relativas al certificado de origen y respecto del monto de las cuotas impuestas, el procedimiento se lleva ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, conforme a lo dispuesto por el Código Fiscal de la Federación.

La LCE y su reglamento disponen las resoluciones específicas de la autoridad contra las cuales puede acudir a este recurso. De acuerdo con el artículo 94 de la LCE, el recurso de revocación puede interponerse contra las resoluciones:

- a) En materia de mercado de país de marcado de país de origen o que nieguen permisos previos o la importación en cupos de exportación o importación;
- b) En materia de certificación de origen;

- c) Que declaren abandonada o desechada la solicitud de inicio de los procedimientos de investigación en materia de prácticas desleales de comercio internacional y de medidas de salvaguarda;
- d) Preliminares que concluyan la investigación por no existir pruebas suficientes de la discriminación de precios o de la subvención, de un daño importante, una amenaza de daño importante o un retraso importante, o de la relación causal;
- e) Que declaren concluida la investigación sin imponer cuota compensatoria en materia de prácticas desleales de comercio internacional y de medidas de salvaguarda;
- f) Que determinen cuotas compensatorias definitivas o los actos que las apliquen;
- g) Por las que se responda a las solicitudes de los interesados cuando, dictada una cuota compensatoria definitiva, soliciten a la Secretaría de Economía que resuelva si determinada mercancía está sujeta a dicha cuota compensatoria;
- h) Que declaren concluida la investigación en el caso de que de la audiencia conciliatoria hubiere resultado un acuerdo entre las Partes;
- i) Que desechen o concluyan la solicitud de revisión anual de las cuotas compensatorias definitivas, así como las que confirmen, modifiquen o revoquen cuotas compensatorias definitivas resultado de la misma revisión anual;
- j) Que declaren concluida o terminada la investigación en el caso de que la Secretaría de Economía acepte el compromiso del exportador o del gobierno interesado de eliminar la práctica desleal, y
- k) Que impongan las sanciones a que se refiere la propia LCE.

2.1.2. Juicio Contencioso Administrativo Federal

La decisión que emita la autoridad respecto del recurso de revocación puede a su vez combatirse en el juicio Contencioso Administrativo Federal, que se lleva a cabo ante la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Establece la Ley de Comercio Exterior, en su Artículo 95, tercero y cuarto párrafos, lo siguiente:

“Las resoluciones que se dicten al resolver el recurso de revocación o aquellas que lo tengan por no interpuesto, podrán ser impugnadas ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, mediante juicio que se substanciará conforme a lo dispuesto en el Código Fiscal de la Federación y la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Las resoluciones no recurridas dentro del ámbito establecido en el Código Fiscal de la Federación se tendrán por consentidas, y no podrán ser impugnadas ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa”.

Una situación particular respecto del juicio Contencioso Administrativo Federal como mecanismo de apelación, consiste en la posibilidad de que una resolución emitida por la autoridad investigadora nacional (UPCI) puede ser declarada de nulidad conforme al juicio seguido ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, según lo establece el artículo 239 del Código Fiscal de la Federación, mientras que una acción de esta naturaleza realizada por un Panel simplemente sería considerada como un ejercicio indebido de sus facultades, es decir: *“would constitute an undue expansion of...the Panel’s jurisdiction and powers”*¹.

2.1.3. Juicio de amparo

El fallo del Tribunal Superior puede combatirse, como última instancia, mediante el juicio de amparo directo, ante el Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa que corresponda, o si existiera una violación constitucional, mediante amparo indirecto ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹ “Review of the Final Determination of the Antidumping Investigation in High Fructose Corn Syrup”, MEX-USA-98-1904-01, paragraph 286 (Aug. 3, 2001), citado por Chi Charnody, *The First Decade of NAFTA: The Future of Free Trade in North America*, edited by Kevin C. Kennedy, USA, Transnational Publishers, 2004, p. 441.

Actualmente (hasta diciembre de 2005), se han presentado 191 impugnaciones² a las resoluciones finales de la UPCI³, entre Recursos de Revocación, Juicios de Nulidad, Juicios de Amparo, procedimientos del Capítulo XIX del TLCAN, y procedimientos ante la OMC.

El Juicio de Amparo, por su parte, ha cobrado mayor interés por las Partes para combatir las resoluciones de la UPCI; y si a esto se le agrega la ventaja temporal para emitir las resoluciones, el amparo se mantiene en buen nivel, según lo muestra el siguiente esquema:

Periodo de tiempo promedio para que una Decisión del Juicio Contencioso Administrativo, Amparo, y Capítulo XIX del TLCAN sean definitivas			
	Tiempo Promedio (meses)	Tiempo Mínimo	Tiempo Máximo
juicio Contencioso Administrativo Federal (incluye revocación ante la autoridad investigadora)	29	8	42
Amparo	18	1	18
Capítulo XIX del TLCAN	23	12	54

Un aspecto importante de resaltar respecto de los recursos nacionales contra la resolución definitiva consiste en la laguna legal de la LCE y de su Reglamento, cuando en el procedimiento de investigación existe más de un recurrente. Siguiendo a Cruz Barney⁴, las partes afectadas por la resolución podrían optar por caminos distintos (jurisdicción nacional o paneles) para recurrir la resolución final de la autoridad nacional, lo que es posible no estando prohibido por la ley, aunque la práctica ha demostrado coordinación entre los recurrentes

² Incluye Comités de Impugnación Extraordinaria, Recursos de Revocación, Juicios de Nulidad (ahora Juicio Contencioso Administrativo), Juicios de Amparo, Paneles del TLCAN y Grupos Especiales de la OMC.

³ Informe de Labores 2005, Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales, Secretaría de Economía en www.economia.gob.mx

⁴ Cruz Barney, Oscar, *Solución de Controversias y Antidumping en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, 1ª. ed, México, 2002, Ed. Porrúa-UNAM, p. 98.

para acudir a uno u a otro procedimiento. Lo cierto es que en muchas ocasiones lo que deciden unos puede no ser la opción adecuada para otros. Desde luego que sería muy lamentable que existiendo la posibilidad de seguir dos vías para un mismo asunto se resolviera en dos sentidos diferentes, pero en este sentido la ley es omisa, y por el momento no se ha suscitado alguna controversia para la elección del foro a cargo de los recurrentes, lo que no quiere decir que no sea posible.

Respecto de los Estados Unidos de América, las resoluciones finales, tanto del DOC como del ITC, pueden ser apeladas ante la Corte de Comercio Internacional (CIT). Esta CIT tiene un poder de revisión limitado. Las Secciones 516A (b)(1)(B) de la *Tariff Act* de 1930, establecen que debe apoyarse a la Agencia a menos que la decisión sea “*unsupported by substantial evidence on the record or otherwise not in accordance with the law*”. Esto implica que la CIT difícilmente va a contradecir la opinión de la Agencia⁵.

Por su parte, las decisiones de la CIT pueden ser apeladas en la Corte de Apelaciones del Circuito Federal (CAFC). La Suprema Corte de los Estados Unidos tiene facultades discrecionales para revisar las resoluciones de la CAFC, aunque esto realmente sucede muy pocas veces en la práctica.

2.2. Solución de controversias por prácticas desleales en el TLCAN

Los paneles del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, así como los grupos especiales de la Organización Mundial del Comercio resuelven con enorme cotidianidad las controversias que en materia de comercio internacional involucran a los particulares y autoridades mexicanas, amparados en lo que los mismos tratados internacionales disponen. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por su parte, no reconoce en estos tribunales internacionales la competencia para resolver sobre dichos asuntos. El Artículo 104 de la Carta Magna mexicana, dispone lo siguiente:

⁵ Macrory, Patrick F.J., “Chapters 19 and 20 of NAFTA: An Overview and Analysis of NAFTA Dispute Settlement”, en Kevin C. Kennedy, *op. cit.*, pp. 476-476.

“Artículo 104. Corresponde a los Tribunales de la Federación conocer:

- I. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal. Las sentencias de primera instancia podrán ser apelables ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado.
- (...)
- II. (...);
 - III. De aquéllas en que la Federación fuese parte;
 - IV. De las controversias y de las acciones a que se refiere el artículo 105, mismas que serán del conocimiento exclusivo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación;
 - V. De las que surjan entre un Estado y uno o más vecinos de otro, y
 - VI. De los casos concernientes a miembros del Cuerpo Diplomático y Consular”.

De la lectura de este Artículo podría interpretarse que el desempeño de los paneles o grupos especiales respecto de las controversias en las que intervienen particulares o autoridades mexicanas contraviene al texto de la Constitución, que en estricto sentido es la ley suprema de la Unión, por encima de los tratados internacionales, ya que le correspondería a los tribunales de la Federación y no a otros (porque el artículo no ofrece alternativa) resolver estas controversias.

Esta aparente inconstitucionalidad se enfatiza si se lee el texto del Artículo 1904, segundo párrafo, que a la letra dice: “Una resolución definitiva no estará sujeta a ningún procedimiento de revisión judicial de la Parte importadora, cuando una Parte implicada solicite la instalación de un panel con motivo de esa resolución dentro de los plazos fijados en este artículo. Ninguna de las Partes establecerá en su legislación interna la posibilidad de impugnar ante sus tribunales nacionales una resolución de un panel”.

El texto del Artículo 1904 parece también que impide al importador mexicano acudir al juicio de amparo, pues de conformidad con el artículo 114 de la Ley de Amparo, el amparo indirecto, “...se pedirá ante el Juez de Distrito: fracción I. Contra leyes federales o locales, tratados internacionales, ...”.

De acuerdo con Carmona Lara, “para el caso mexicano, el mecanismo de solución de controversias previsto en el capítulo XIX del TLC de ninguna manera pretende invadir la esfera de competencia que el artículo 104 de la Constitución le otorga a nuestros tribunales federales. Esto significa que es perfectamente posible que dos particulares lleven a un juez federal mexicano un problema de interpretación del TLC. Y, por lo tanto, consideramos que si los jueces van a interpretar el TLC en conflictos entre particulares, es importante que exista una comunicación o que se abra un canal, con este fin, entre los jueces federales y la Comisión del Libre Comercio”⁶.

La constitucionalidad de los paneles ha estado en entredicho, incluso desde antes, y desde el momento mismo de la entrada en vigor del TLCAN, pero con el tiempo se han ido disipando las dudas al respecto. Lo que destaca de lo anterior, es que mientras existen diversas instancias ante las cuales se pueda acudir para resolver alguna controversia, y mientras en cada una de ellas se presente el elemento de vinculación obligatoria (en cierto sentido), la tarea principal que deberá resolverse es la de la competencia del foro. La definición de esta circunstancia es una causa de dilación del procedimiento, porque el tiempo que se invierte en resolver este incidente impide el pronto análisis del fondo del asunto.

Cuando se negoció la instalación de los paneles antes de la entrada en vigor del TLCAN, se dejó clara la idea de que éstos representaban un recurso de revisión potestativo, no obligatorio para las partes, pues los recursos nacionales de cada país permanecerían, como así ha sucedido. Lo que se recalca en el propio texto del Tratado (1904, párrafo quince) es la prevención de que los procedimientos internos de los tres países no puedan iniciarse antes de que concluya el plazo establecido para solicitar la integración de un panel⁷.

⁶ Carmona Lara, María del Carmen, “Integración Económica y Acuerdo de Libre Comercio de la América del Norte. Mecanismo de Solución de Controversias”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, <http://132.248.65.10/publica/rev/boletin/cont/82/art/art3.htm>

⁷ Cfr. Cruz Miramontes, Rodolfo, *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2002, p. 13.

México, por otra parte, es uno de los pocos países en el mundo que tienen no una sino varias posibilidades de acudir a foros nacionales e internacionales para resolver sus controversias por prácticas desleales de comercio internacional. La razón consiste en que, más allá de ser el país con más tratados de libre comercio suscritos, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte con Estados Unidos y Canadá, contempla un mecanismo de solución de disputas en esta materia contenido en un capítulo específico del tratado (Capítulo XIX del TLCAN), mientras que respecto de los demás tratados la opción de solución de controversias por prácticas desleales se remite al mecanismo de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio o simplemente no contemplan estos procedimientos (ver los tratados de Libre Comercio con Chile, Unión Europea, Japón e Israel).

Tomando como base un esquema presentado por Gómez-Strozzi en un estudio hecho con motivo del análisis de los primeros 10 años del TLCAN, muestra la situación de la solución de controversias en los tratados de libre comercio suscritos por México. El Tratado suscrito con Japón y el formalizado con Uruguay no estaban contemplados en el esquema original, porque en ese momento no habían concluido las respectivas negociaciones:

TLC's SUSCRITOS POR MÉXICO	CAPÍTULO DE PRÁCTICAS DESLEALES	Capítulo de Solución de Controversias PRÁCTICAS DESLEALES	SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ANTE LA OMC
NAFTA (Canadá y Estados Unidos)	No tiene	XIX Específico para prácticas desleales	Permite ambos foros
G3 ⁸ (Colombia y Venezuela)	Capítulo IX	XIX (No específico)	Permite a uno o a otro foro
COSTA RICA	No tiene	XVII (No específico)	Permite a uno o a otro foro
BOLIVIA	Capítulo VIII	XIX (No específico)	Permite a uno o a

⁸ El 23 de mayo de 2006, el Gobierno de Venezuela notificó a los Gobiernos de Colombia y México, así como a la Secretaría General de ALADI, su decisión de denunciar el Tratado de Libre Comercio del Grupo de los Tres. La denuncia surtió efecto a partir del 19 de noviembre de 2006, esto es, 180 días después de recibida la comunicación correspondiente, de conformidad con el Artículo 23-08 del Tratado.

			otro foro
NICARAGUA	Capítulo IX	XX No específico	Permite a uno o a otro foro
CHILE	No tiene	Remite a la OMC	Único
UNIÓN EUROPEA (25)	No tiene	Remite a la OMC	Único
EFTA (AELC) (Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein)	No tiene	Remite a la OMC	Único
ISRAEL	No tiene	No existe	Único
TRIÁNGULO DEL NORTE (Salvador, Guatemala, y Honduras)	Capítulo IX	XIX (No específico)	Permite a uno o a otro foro
JAPÓN	No tiene	Remite a la OMC	Único
URUGUAY	Capítulo VII	Remite a la OMC	Único

Esta doble alternativa es singular para Norteamérica y pocos casos más en el mundo, por ello deben explicarse ambas posibilidades para quienes resultan desfavorecidos por una resolución final de la autoridad investigadora nacional. Resulta evidente que, si quienes deciden acudir a mecanismos de solución de controversias internacionales no pertenecen a Norteamérica, es decir, no son ni Canadá ni los Estados Unidos, ni tampoco pertenecen a Chile o a los demás países o bloques regionales antes referidos, el mecanismo único alternativo es el de la OMC.

Debido a que en los capítulos posteriores serán analizados ambos procedimientos, además de que se estudiará la conveniencia y aspectos relevantes y adversos de estos mecanismos, en este apartado sólo serán explicados de forma general.

Cuando la autoridad nacional ha emitido su resolución final respecto de la investigación realizada para comprobar la existencia de una práctica desleal, llámese *dumping* o subvención, la existencia del daño o amenaza de daño y su relación causal, la Parte afectada, al no reconocer como viable la posibilidad de

acudir a los mecanismos nacionales para combatir dicha resolución, tiene a su alcance, tratándose de Norteamérica, la instalación de un panel conforme al tratado bilateral (Canadá y Estados Unidos de América) o trilateral que dio origen a su relación comercial. Para efectos de la presente investigación, el tratamiento que se dará a la solución de controversias versará exclusivamente a TLCAN y a OMC.

La instalación de un panel se realiza conforme a los propios procedimientos establecidos en los tratados antes referidos, y se realiza a través del Secretariado (en el caso de que la autoridad nacional corresponda a México) de los Tratados de Libre Comercio, autoridad dependiente de la Secretaría de Economía encargada de recibir la solicitud formal de instalación del panel y verificar su conformación. Estos paneles funcionan de conformidad con reglas de procedimiento específicas y, aunque deben mantener congruencia con las normas internacionales de la OMC, tienen independencia para los casos concretos referidos anteriormente.

También las Partes en general, sean de Norteamérica o de cualquier parte del mundo, tienen la posibilidad de acudir directamente a los procedimientos establecidos por la OMC para solucionar su disputa, aunque debe aclararse que un foro excluye automáticamente a otro por lo que a una misma reclamación se refiere. Así, cuando se trata de conflictos con características similares, los procedimientos de la OMC son una alternativa excluyente de la constitución de un panel del TLCAN o de las alternativas nacionales explicadas con anterioridad, aunque esto no es tan claro como parece, pues en la práctica siguen suscitándose casos de aparente jurisdicción simultánea.

Mientras los paneles del TLCAN funcionan conforme a reglas de procedimiento específicas, los grupos especiales de la OMC lo hacen conforme a sus reglas. Los ordenamientos de ambos foros guardan congruencia pero conservan algunas diferencias. La controversia que resuelven estos foros, sin embargo, atiende a diferentes finalidades. Mientras el panel del TLCAN se enfoca a revisar que la autoridad nacional se haya ceñido a su normatividad interna (Ley de Comercio Exterior y su Reglamento, Código Fiscal, etc.), los grupos

especiales de la OMC verifican que la resolución de la autoridad nacional se apegue a los acuerdos *antidumping*, de subvenciones o los acuerdos abarcados aprobados de manera multilateral.

La elección asiste a quien le perjudica la resolución de la autoridad investigadora, aunque existen algunas materias específicas que pueden ser resueltas de forma exclusiva por paneles del TLCAN, por tratarse de cuestiones regionales, mientras que hay otras materias que deben ser recurridas ante grupos especiales de la OMC, también de forma exclusiva.

El TLCAN cubre una actividad económica considerablemente mayor que la OMC. La OMC no contempla materias del TLCAN como Energía (Capítulo VI), Prácticas Anticompetitivas (Capítulo 15), Viajes de Negocios (Capítulo 16). Además, el Acuerdo de la OMC sobre Medidas Relativas a Inversión tiene un alcance mucho menor que el Capítulo XI del TLCAN. Esto sin contar que la OMC no tiene competencia en áreas exclusivas del TLCAN como Acuerdos sobre Tarifas Preferenciales y Reglas de Origen, por mencionar sólo algunas⁹.

2.2.1. Marco jurídico y funcionamiento de los paneles del capítulo XIX del TLCAN

A casi doce años de la entrada en vigor del TLCAN, las cuestiones relativas a la solución de controversias por prácticas desleales de comercio internacional han funcionado bien, en términos generales, más allá de los casos que hayan sido o no favorables para México.

Por lo que corresponde a la región de América del Norte, México es el país que cuenta con la legislación más reciente en materia de discriminación de precios (*dumping*) y subvenciones. Mientras la legislación canadiense en este rubro data de 1904, y la estadounidense se estableció en 1916, la legislación mexicana fue creada en 1986. Por este motivo, México ha tenido que ponerse

⁹ Para mayor información: Macrory, *op. cit.*, pp. 493-500.

al día con mayor celeridad respecto de un sistema que ya muchos años atrás era dominado por los vecinos del norte.

Las autoridades nacionales encargadas de las investigaciones *antidumping* y de subvenciones, así como las encargadas de revisar el daño y amenaza de daño a la producción nacional, son dos para el caso de Estados Unidos y Canadá, mientras que en México, una autoridad es la encargada de llevar a cabo toda la investigación. Las autoridades encargadas son:

Canadá: *The Canadian Customs and Revenue Agency* (CCRA), una agencia dependiente del *Department of National Revenue*, es la encargada de las investigaciones por *dumping* y subvenciones, mientras que la *Canadian International Trade Tribunal* (CITT) investiga el daño o amenaza de daño y la relación causal.

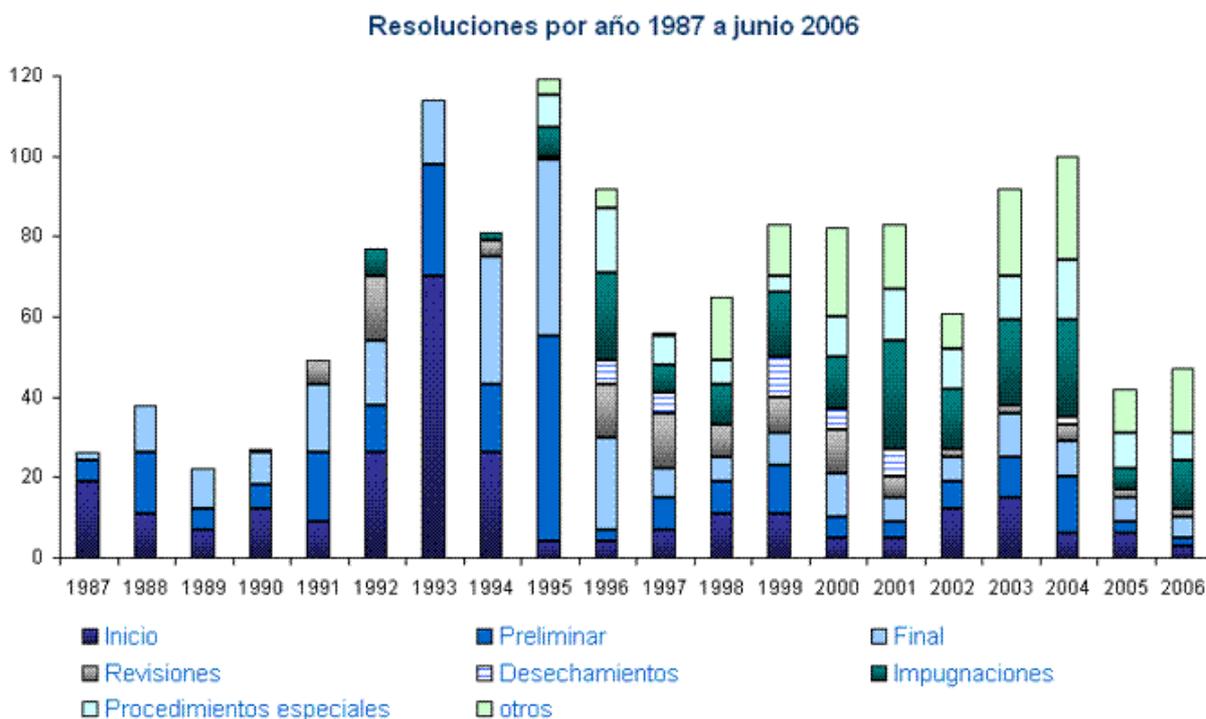
Estados Unidos: El *Department of Commerce* (DOC) se encarga de las investigaciones por *dumping* y subvenciones, mientras que la *International Trade Commission* (ITC) se encarga de la revisión por daño, amenaza de daño y relación causal.

México: La Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales, entidad dependiente de la Secretaría de Economía, es la autoridad nacional encargada de las investigaciones por *dumping* y subvenciones, además de daño y amenaza de daño, y su relación causal.

Las controversias por prácticas desleales de comercio internacional que mayor actividad han tenido son las que corresponden al *dumping*, seguidas por las relativas a subvenciones, y en último término se encuentran las que se refieren a salvaguardias.

Las controversias respecto de prácticas desleales de comercio internacional arrojan las siguientes estadísticas¹⁰:

¹⁰ Cfr. <http://www.economia.gob.mx/>



Las estadísticas de prácticas desleales por sector, de acuerdo con datos proporcionados por la Secretaría de Economía¹¹, muestran más investigaciones realizadas y cuotas aplicadas hacia el sector industrial metálico básico, y a sustancias químicas por encima de los demás sectores económicos.

El Capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte establece cuatro instancias por las cuales las partes pueden acudir ante una controversia:

1. Panel para la revisión de reformas legislativas, con la finalidad de garantizar uniformidad y congruencia de las reformas futuras a las legislaciones nacionales en materia de prácticas desleales de comercio internacional, respecto de las decisiones hechas por los paneles, los objetivos del TLCAN, el GATT-94, el Acuerdo Antidumping de la OMC y el Acuerdo de Subvenciones, también de la OMC.
2. Panel para revisar las resoluciones definitivas de la autoridad nacional en materia de *antidumping* y subvenciones;

¹¹ <http://www.economia.gob.mx/index.jsp?P=553>

3. Comité de Impugnación Extraordinaria, creado para preservar la integridad de los paneles binacionales;
4. Comité Especial, que garantiza que las decisiones de los paneles binacionales sean ejecutadas y los exportadores tengan acceso a la revisión judicial.

El presente trabajo se enfoca especialmente en la actuación del panel para la revisión de las resoluciones definitivas de la autoridad investigadora nacional.

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante TLCAN), dispone en su Artículo 1904 (14) que las Partes se sujetarán a las Reglas de Procedimiento de los Paneles que al efecto se elaboren de forma conjunta. Estas reglas de procedimiento son el instrumento normativo de mayor jerarquía para el desempeño de los paneles, y serán analizadas en el siguiente apartado.

Siguiendo a Cruz Barney¹², un esquema que explica el procedimiento contemplado desde el inicio de conformación del Panel hasta que emite su decisión (se ha comprobado que en la práctica los tiempos se han rebasado considerablemente en cada caso), conforme al Capítulo XIX del TLCAN es el siguiente:

ACTUACIÓN	PLAZO
Solicitud de integración del panel	Día 0
Reclamación	30 días después de la solicitud del panel
Aviso de comparecencia	45 días después de la solicitud del panel
Selección de panelistas por las partes	Día 55
Resolución definitiva, motivación, índice, expediente administrativo	15 días después del aviso de comparecencia
Selección del quinto panelista (en caso de desacuerdo)	Día 61

¹² Cruz Barney, *op. cit.*, p. 109.

Memorial de quien presente la reclamación	60 días después de la presentación del expediente administrativo
Memorial de la autoridad investigadora o participante en posición a la reclamación	60 días después de la presentación del memorial de la reclamante
Contestación al memorial de la autoridad investigadora o participante opositores	15 días después del memorial de la reclamante
Anexo de los memoriales presentados conforme a la Regla 57 (1) y (3) (participantes al Secretariado)	10 días siguientes al vencimiento del plazo previsto en la Regla 57 (3)
Audiencia	30 días siguientes al vencimiento del plazo previsto en la Regla 57 (3)
Decisión del panel	Día 315

2.2.2. Naturaleza jurídica de los paneles del Capítulo XIX del TLCAN

Una discusión que comenzó casi desde el momento mismo del funcionamiento del Capítulo XIX tiene que ver con la naturaleza jurídica de los paneles. Esta discusión se dio porque no existe ningún antecedente ni en el ámbito nacional ni en el internacional en el que un órgano no jurisdiccional encargado de solucionar una controversia tuviera como objetivo verificar el apego de una autoridad administrativa nacional a su propio derecho interno.

La jurisdicción interna de un Estado se encarga de resolver las controversias que le determine la legislación nacional, pero siempre por mandato de ley, y los propios ordenamientos internos permiten en casos específicos que su solución quede a cargo de un árbitro o tribunal arbitral de conformidad con la voluntad de las partes en conflicto, y con frecuencia a través de un organismo administrador de arbitrajes, según la materia que se trate.

Los paneles, dispone el TLCAN, son una alternativa de las partes respecto de los procedimientos nacionales, es decir, las partes del conflicto pueden resolver su diferencia acudiendo a los tribunales nacionales que les correspondan, pero en caso de no optar por esta vía, pueden solicitar la instalación de un panel conforme a las Reglas de Procedimiento del Artículo 1904, aprobadas por los socios del TLCAN y también en vigor desde 1994.

Es claro que estos paneles no son estrictamente jurisdiccionales porque los encargados de resolver las controversias no son jueces nacionales de alguno de los Estados Partes, y aun siéndolo no se desempeñan en el panel por ministerio de ley ni tienen alguna adscripción con el aparato gubernamental del Estado al que pertenecen, sino por el contrario, su actuación debe estar totalmente desvinculada de su nacionalidad ni debe actuar de modo que su decisión sea consecuencia de su vinculación a su país y que con ello pudiera afectar la objetividad de su argumentación jurídica al emitir su fallo.

Se ha dicho en repetidas ocasiones que los paneles tienen una naturaleza arbitral, lo han manifestado así tanto la doctrina como la práctica de los propios paneles. Cruz Barney afirma esto porque para él el Estado cede facultades soberanas de impartición de justicia y quien resuelve debe ceñirse a la litis predeterminada de las partes en un acuerdo arbitral. Sobre esto, cabe mencionar que no existe ningún acuerdo de las partes en conflicto en el que se decida acudir a los paneles a solucionar la controversia. El Capítulo XIX deja abierta la posibilidad para que la parte afectada por el procedimiento de investigación de la autoridad nacional solicite la instalación de un panel, o para que acuda a los mecanismos jurisdiccionales nacionales, es una decisión unilateral del afectado, no un acuerdo interpartes.

De acuerdo con el arbitraje las partes pueden decidir el derecho, tanto sustantivo como adjetivo por el que el árbitro resolverá la controversia, aunque también existe la posibilidad de que el mismo organismo administrador del arbitraje sea el que lo determine, particularmente cuando las partes no logran ponerse de acuerdo en ello. En el caso del Capítulo XIX las partes en conflicto no deciden el derecho adjetivo aplicable a la controversia porque ya fue

determinado desde el momento de la entrada en vigor del TLCAN, ni tampoco pueden escoger el derecho sustantivo porque el mandato del panel es claro, de acuerdo con el Artículo 1904.2 “Una Parte implicada podrá solicitar que el panel revise, con base al expediente administrativo, una resolución definitiva sobre antidumping y cuotas compensatorias emitida por una autoridad investigadora competente de una Parte importadora, para dictaminar si esa resolución estuvo de conformidad con las disposiciones jurídicas en materia de antidumping y cuotas compensatorias de la Parte importadora (...)”. Este mandato que se le otorga al panel no deja margen de maniobra para las partes.

En el arbitraje intervienen como mínimo las partes en conflicto y el árbitro o tribunal arbitral que resolverá la controversia. En los procedimientos ante paneles interviene la autoridad investigadora nacional; la parte afectada por la resolución de esta autoridad investigadora (parte reclamante); su contraparte; y el panel. Este procedimiento seguido ante la autoridad investigadora se puede considerar como un procedimiento de primera instancia que al resolverse, entonces se puede solicitar la instalación de un panel, pero este procedimiento ante el panel constituye una segunda instancia de la controversia original, pues sólo podrá resolver si la autoridad nacional se apegó o no a los procedimientos internos de su país. El arbitraje, por el contrario, es una primera instancia ante la disputa que surja entre las partes y pone fin a la controversia, mientras que el panel sólo emite una recomendación para que la autoridad nacional realice las acciones “no incompatibles con lo dispuesto por el panel”, pero le corresponde a la autoridad nacional llevar a cabo las acciones necesarias para terminar con la controversia.

Aunque el panel puede ser recurrido en una instancia posterior constituida por el tribunal de impugnación extraordinaria, esta instancia sólo es una excepción a la que puede acudir por cuestiones específicas que pongan en riesgo la integridad del panel, por lo tanto no es una segunda instancia común.

Algunos autores reconocen en los paneles más que una instancia arbitral, una instancia semi-jurisdiccional, porque sus procedimientos se asemejan más a una instancia judicial nacional por el ropaje que le proporciona el TLCAN y el

papel específico que juega la autoridad investigadora, además del Secretariado en sus tres variantes de secciones nacionales, por contar con un ordenamiento específico al que han de ceñirse los panelistas, tanto sustantivo como adjetivo, y sólo varía según el ordenamiento del país que se trate, sea éste canadiense, estadounidense o mexicano, los que a fin de cuentas disponen lo mismo (al menos en su parte sustancial).

Algunos paneles se han pronunciado por identificar su actuación con los procedimientos arbitrales, como en la Decisión del caso MEX-96-1904-02, de 17 de diciembre de 1997 relativa a las Importaciones de placa en rollo originarias y procedentes de Canadá, donde se señaló que: “el carácter arbitral del panel binacional resulta indiscutible”, aunque posteriormente menciona su carácter de tribunales arbitrales atípicos con funciones semejantes a las de tribunales jurisdiccionales de segunda instancia, porque las decisiones de los paneles no están sujetas a procedimiento alguno de revisión judicial por la parte importadora.

La Decisión Final del caso MEX-USA-98-1904-01, de 3 de agosto de 2001 en materia de Importaciones de jarabe de maíz de alta fructosa, originarias de los Estados Unidos de América, determinó que “un panel binacional del capítulo XIX tiene características que lo asemejan más a una instancia jurisdiccional ad hoc, aun cuando no puede negarse que también comparte algunas características de un órgano arbitral.

La definición de la naturaleza jurídica de los paneles, como puede verse, no es una tarea sencilla ni para los doctrinarios ni para los mismos panelistas. Estas decisiones que pretenden dejar clara la participación de los paneles, así como su naturaleza jurídica, son sólo referencias doctrinarias que no trascienden más allá de una simple discusión teórica porque, a diferencia de los grupos especiales y de las decisiones del Órgano de Apelación de la OMC, las decisiones de los paneles no constituyen una obligación a futuro, ni siquiera pueden ser una referencia para posteriores procedimientos, mientras que para los órganos de la OMC sus decisiones sí pueden ser tomadas en cuenta como referencia en posteriores procedimientos, y aunque los miembros de los grupos

especiales y del órgano de apelación no están obligados a tomarlas en cuenta pueden hacerlo y resolver en ese mismo sentido utilizando argumentos vertidos en casos anteriores para resolver situaciones actuales con plena validez.

2.2.3. Reglas de Procedimiento del Artículo 1904 del TLCAN¹³

El Artículo 1904.14 del TLCAN establece “Para poner en práctica este artículo, las Partes adoptarán reglas de procedimiento a más tardar el 1o. de enero de 1994”.

Estas Reglas de Procedimiento fueron publicadas en el Diario oficial de la Federación, el 20 de junio de 1994, a pocos meses de haber entrado en vigor el TLCAN, aún cuando el preámbulo de las mismas establece que la entrada en vigor será precisamente la misma que la del TLCAN, una pequeña incongruencia temporal que no tuvo mayores consecuencias.

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

Si se trata de determinar la naturaleza jurídica de estas reglas puede llegarse a un callejón sin salida. El TLCAN dispone su creación con la finalidad de darle a

¹³ Diario Oficial de la Federación, 20 de junio de 1994.

los paneles un grupo de ordenamientos a los que deberá sujetarse para desarrollar el procedimiento planteado, pero no son parte del mismo tratado ni se les puede dar un tratamiento de ley suprema de la Unión para el caso mexicano, porque son sólo un instrumento de aplicación de un artículo específico del TLCAN.

Podría decirse que su naturaleza jurídica se identifica más con la de un contrato accesorio, pues sigue la suerte del principal, que en este caso es el TLCAN, de manera que al desaparecer este tratado o incluso el capítulo XIX del mismo quedarían sin efecto las reglas; pero con este criterio también se cae en la incongruencia de negarle el carácter de ley suprema comentado con anterioridad, pues al seguir la misma suerte tendría que serlo en ambos sentidos: al dejar de existir el principal y al reconocérsele el carácter supremo.

Estas reglas sólo tuvieron que ser acordadas por los tres países socios del tratado y publicarse en los medios de difusión institucionales de cada país, pero no se exigió la aprobación de los órganos legislativos nacionales, por lo tanto no pueden tener un carácter supremo como el propio tratado, al menos para el caso mexicano. El mismo texto de las reglas establece que “se basarán (...) en reglas procesales en grado de apelación judicial”¹⁴.

Existe una subordinación directa y expresa de las Reglas al TLCAN, como lo dispone la Exposición de motivos de las mismas, en la parte final de su texto, que dice: “En caso de incompatibilidad entre estas Reglas y el Tratado, prevalecerá éste sobre aquéllas”. Esta sumisión al TLCAN puede contrastarse de manera opuesta si se plantea que su cumplimiento es obligatorio, de lo contrario los panelistas estarían violando lo dispuesto en el Capítulo XIX y por ende, al mismo tratado.

Por lo que respecta al derecho interno de cada país no hay una referencia jerárquica de estas reglas, porque lo cierto es que no son aplicables hacia el interior de ningún país, ya que los panelistas para desempeñar su encargo

¹⁴ Artículo 1904.14 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte.

deben despojarse de su vínculo nacional y actuar con la independencia suficiente como para evitar poner en riesgo la integridad del panel, de lo contrario su actuación podrá combatirse ante el tribunal de impugnación extraordinaria. Es decir, las Reglas no forman parte del derecho interno de ningún país y sólo serán aplicables a los panelistas, los que, aún con su nacionalidad plenamente identificada, al momento de decidir en un caso no lo hacen como mexicanos sino como miembros de un tribunal internacional *ad hoc* creado para resolver una controversia específica y desaparecer a su conclusión. Podría decirse que estas reglas son un ordenamiento internacional adjetivo, dependiente necesariamente de uno sustantivo (TLCAN) y aplicable sólo al órgano internacional correspondiente para resolver un caso concreto, también de orden internacional, por lo que no debe identificarse con ordenamientos nacionales de ningún país.

Estas Reglas, como instrumento jurídico, establecen exclusivamente los procedimientos contenidos en una disposición del TLCAN, por lo que deben analizarse como simples instrumentos interpretativos producto de la voluntad conjunta de los países firmantes del acuerdo, aunque no como una disposición más del Tratado. Sus disposiciones regulan desde la solicitud de instalación del Panel hasta que resuelven si la autoridad investigadora nacional actuó o no con apego estricto a las disposiciones administrativas nacionales que regulan las prácticas desleales de comercio internacional.

También, estas Reglas regulan disposiciones respecto de la composición y funcionamiento de los Tribunales de Impugnación Extraordinaria, que constituyen una alternativa de las Partes para combatir la resolución del Panel, aunque no realmente una opción de apelación, sino exclusivamente en casos en los que se cuestiona la integridad del Panel.

2.2.4. Inicio de la controversia

La parte afectada por la resolución final de la autoridad investigadora nacional, al optar por combatir esta resolución ante los paneles binacionales del TLCAN,

debe primero solicitar a su Sección nacional del Secretariado¹⁵ la instalación del panel conforme al Capítulo XIX del TLCAN, dentro de los 30 días siguientes a la fecha de publicación de la resolución definitiva. Esta solicitud deberá hacerse del conocimiento de la otra Parte implicada en el asunto.

De conformidad con el TLCAN (Art. 1904, párrafo 7), la autoridad investigadora que emitió la resolución final tiene derecho de participar en el panel y ser representada por abogados en el mismo. De igual forma, las Partes en el procedimiento tienen el derecho de ser representadas por abogados en las actuaciones.

Le corresponde al Secretariado del TLCAN proporcionar la asistencia administrativa necesaria para el panel, organizar las audiencias, reuniones del panel, y llevar un expediente de actuaciones, entre otras.

Los procedimientos de solución de controversias que se llevan ante paneles del TLCAN, son confidenciales por regla general y, aunque siempre es facultad de las partes decidir sobre su difusión, en la generalidad de los casos las partes optan por su confidencialidad.

Los panelistas firman un compromiso de confidencialidad cuando asumen el cargo; la negativa de firmarlo puede constituir la descalificación del panelista.

El procedimiento consta de una etapa escrita y otra oral, y la confidencialidad de las actuaciones no sólo se limita a la etapa escrita, porque incluso en la etapa oral existe una figura denominada audiencia “*in camera*” (Regla 69), conforme a la cual sólo se permitirá que estén presentes las partes que hayan presentado la información confidencial, así como quien tenga acceso a la información confidencial o la privilegiada conforme a una autorización de acceso a la información confidencial o por orden del panel a la autoridad investigadora para que dé acceso a la información.

¹⁵ También llamado Secretariado Implicado, por tratarse de la sección nacional del Secretariado de una parte implicada en el procedimiento. El Secretariado es el establecido de conformidad con el artículo 2002 del TLCAN.

Quien puede solicitar la instalación de un panel del Capítulo XIX, de acuerdo con el segundo párrafo del Artículo 1904, es la “Parte implicada”, es decir, quien resulte perjudicado por la decisión de la autoridad investigadora nacional, quien puede hacerlo por sí mismo o mediante la solicitud de los particulares, personas físicas o morales, que se encuentran involucrados en el procedimiento por ser los exportadores de las mercancías sujetas a investigación por prácticas desleales.

Respecto del lugar donde se llevarán a cabo las actuaciones, le corresponde al Secretariado responsable, es decir, aquel del país en el que se solicitó la instalación del panel, asistir administrativamente a los paneles y organizar las audiencias y reuniones del panel, incluyendo la participación de intérpretes, de conformidad con la Regla 9 de Procedimiento del Artículo 1904 del TLCAN.

El panel, de conformidad con el Artículo 1904 (8), “podrá confirmar la resolución definitiva o devolverla a la instancia anterior con el fin de que se adopten medidas no incompatibles con su decisión. Cuando el panel devuelva una resolución definitiva, fijará el menor plazo razonablemente posible, para el cumplimiento de lo dispuesto en la devolución, tomando en cuenta la complejidad de las cuestiones implicadas de hecho y de derecho y la naturaleza del fallo del panel. En ningún caso dicho plazo excederá el periodo máximo (a partir de la fecha de la presentación de la petición, queja o solicitud) señalado por la ley para que la autoridad investigadora competente en cuestión emita una resolución definitiva en una investigación. Si se requiere revisar la medida adoptada en cumplimiento de la devolución por la autoridad investigadora competente, esa revisión se llevará a cabo ante el mismo panel, el que normalmente emitirá un fallo definitivo dentro de los noventa días siguientes a la fecha en que dicha medida le haya sido sometida”.

Este texto ha provocado algunas discusiones respecto de las facultades del panel para ordenar a la autoridad investigadora que modifique su resolución, puesto que este texto establece que el panel “podrá” confirmar la decisión o

devolverla para que se adopten las medidas “no incompatibles” con su decisión. De acuerdo con este texto el panel sólo tendría estas dos opciones, aunque como ha sucedido con anterioridad, un Panel ya ha dado instrucciones específicas a una autoridad investigadora para que revoque una decisión que imponía cuotas compensatorias, en el caso de Jarabe de Maíz de Alta Fructosa. En este caso, dice el propio Gómez-Strozzi (quien entonces desempeñaba el cargo de Jefe de la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la Secretaría de Economía, autoridad investigadora nacional), “Por supuesto que cumplimos la orden del Panel, nos tomó algo de tiempo, pero lo hicimos”. Esto no quiere decir que los paneles deban rebasar su esfera de competencia ordenando en cada fallo, pues debe mantenerse la forma aunque en el fondo sus recomendaciones deban ser acatadas.

En el caso en materia de: Importaciones de Productos de Placa de Acero en Hoja Originarios y Procedentes de los Estados Unidos de América¹⁶, se menciona con mayor precisión las facultades en las que el Panel se extralimitó en su decisión, ordenando a la autoridad nacional el cumplimiento de su resolución y no como una mera recomendación. En este caso el Panel resolvió de la siguiente forma:

VII. ORDEN DEL PANEL.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1904 párrafo 8 del TLCAN, el Panel devuelve a la SECOFI la resolución definitiva para que adopte las medidas compatibles con esta Resolución y Orden. Por lo que la SECOFI deberá emitir una nueva resolución en un plazo de 21 días hábiles contados a partir de la fecha de esta orden, en la que declare terminado el procedimiento sobre placa de acero en hoja, instaurado en contra de las demandantes, específicamente USX y Bethlehem. La resolución dispondrá que:

- 1.- Las exportaciones de USX y Bethlehem de las mercancías objeto de este procedimiento se podrán importar a territorio mexicano sin la aplicación de cuota compensatoria (antidumping) alguna.
- 2.- Cualquier pago o garantía por concepto de cuotas compensatorias (antidumping), efectuado por los importadores ante las autoridades competentes, con el objeto de importar las mercancías manufacturadas por USX y Bethlehem, será devuelto o cancelado según sea el caso.

¹⁶ Cfr. Expediente del Secretariado No. MEX-94-1904-02

2.2.5. Conformación del panel binacional

Los paneles se integrarán siguiendo los lineamientos establecidos en el Anexo 1901.2 del TLCAN y en las Reglas de Procedimiento del Artículo 1904 del TLCAN.

De acuerdo con este procedimiento, las leyes nacionales de cada país se las arreglarán para que “Los procedimientos internos de revisión judicial de una resolución definitiva no puedan iniciarse antes de que concluya el plazo para solicitar la integración de un panel...” (Regla 1904.15).

Esto le da a las partes la oportunidad de que puedan optar por los procedimientos internos o por la instalación del panel, en lo que representa una exclusión implícita de un procedimiento sobre otro.

De conformidad con la Regla 33 (1), la persona interesada que tenga la intención de solicitar la revisión judicial de una resolución definitiva deberá:

“(a) notificar, respecto de una resolución definitiva dictada en México o Estados Unidos y dentro de los 20 días siguientes a la fecha referida en el párrafo 3(b) o (c), un Aviso de Intención de Iniciar la Revisión Judicial,

- (i) a ambos Secretarios implicados,
- (ii) a la autoridad investigadora, y
- (iii) a todas las personas citadas en la lista para efectos de notificación, y

(b) respecto de una resolución definitiva dictada en Canadá, publicar ese hecho en el Canada Gazette y enviar un Aviso de Intención de Iniciar la Revisión Judicial a ambos Secretarios implicados y a todas las personas citadas en la lista para efectos de notificación.

Se ha dicho ya que la solicitud de instalación de un panel automáticamente deja sin posibilidad al recurrente para acudir de manera simultánea ante los recursos nacionales y viceversa, como lo dispone el Artículo 97 de la Ley de Comercio Exterior. Se entiende como resolución administrativa la que resuelve la investigación nacional o la que deriva del procedimiento de revocación establecido por el Derecho mexicano; sin embargo, para efectos de la revisión

que realiza un panel, se considera en estos mismos términos, por lo que el panel deberá cumplir con la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo¹⁷, que dispone en sus Artículos 1° y 2° lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o.- Los juicios que se promuevan ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, se regirán por las disposiciones de esta Ley, sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales de que México sea parte. A falta de disposición expresa se aplicará supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles, siempre que la disposición de este último ordenamiento no contravenga las que regulan el juicio contencioso administrativo federal que establece esta Ley.

Cuando la resolución recaída a un recurso administrativo, no satisfaga el interés jurídico del recurrente, y éste la controvierta en el juicio contencioso administrativo federal, se entenderá que simultáneamente impugna la resolución recurrida en la parte que continúa afectándolo, pudiendo hacer valer conceptos de impugnación no planteados en el recurso.

Asimismo, cuando la resolución a un recurso administrativo declare por no interpuesto o lo deseche por improcedente, siempre que la Sala Regional competente determine la procedencia del mismo, el juicio contencioso administrativo procederá en contra de la resolución objeto del recurso, pudiendo en todo caso hacer valer conceptos de impugnación no planteados en el recurso.

ARTÍCULO 2o.- El juicio contencioso administrativo federal, procede contra las resoluciones administrativas definitivas que establece la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Asimismo, procede dicho juicio contra los actos administrativos, Decretos y Acuerdos de carácter general, diversos a los Reglamentos, cuando sean autoaplicativos o cuando el interesado los controvierta en unión del primer acto de aplicación.

Las autoridades de la Administración Pública Federal, tendrán acción para controvertir una resolución administrativa favorable a un particular cuando estime que es contraria a la ley”.

Cuando se elaboró el Capítulo XIX se pretendía que los candidatos de cada país cumplieran con determinadas características que al paso del tiempo se han vuelto un lastre. Se pretendía entonces que los candidatos fueran o hubieran sido jueces; el desgaste que representaba para cada país encontrar 25 personas con estas características (para conformar los 75 totales), además de tener que actualizarlas constantemente debido al rechazo que las partes van generando respecto de algunos panelistas de quienes no tienen buena opinión o referencia en su desempeño, se convirtió en una carga que se vio

¹⁷ Diario Oficial de la Federación, 1 de diciembre de 2005.

reflejada de manera primordial en las recusaciones constantes y su consecuente dilación del procedimiento.

Con la práctica los candidatos dejaron de ser jueces o ex jueces para ser profesionistas que simplemente hubieran tenido alguna experiencia en el Derecho del comercio internacional, y en ocasiones ni eso, pues mientras gocen de buen prestigio y reputación, y que sean “en su mayoría” juristas de buena reputación conforme lo dispone el Anexo 1901.2 del TLCAN, lo que queda a criterio de cada país, será suficiente para ser panelistas. Esto ha demeritado en gran medida la labor de los paneles y esta es una de las razones por las que los grupos especiales de la OMC los han ido desplazando.

Si a lo anterior se le agrega que cada país cuenta con cuatro recusaciones irrevocables de las que realice su contraparte el problema se agrava. El anexo 1901.2 otorga a las partes sólo 15 días además de los 30 originales desde la solicitud de integración del panel, para que se realicen las recusaciones. La realidad ha demostrado que en algunas controversias este proceso de designación y recusación ha demorado a las partes en la controversia hasta un año aproximadamente.

Aun cuando el propio texto del anexo 1901.2 establece un plazo perentorio para la designación de los panelistas o su elección mediante sorteo cuando las partes no se ponen de acuerdo dentro de los plazos otorgados, la realidad indica que no existe una autoridad que haga efectivo este nombramiento, como sucede con el Secretario de la OMC, quien efectivamente realiza el nombramiento cuando no se llega a un arreglo en tiempo por las partes. El quinto panelista, por su parte, debe también ser designado de común acuerdo por las partes en un plazo de 55 días desde la solicitud de designación del panel, es decir, sólo diez días después del plazo otorgado para las recusaciones. De no llegar a un acuerdo, las partes llevarán a cabo un sorteo para ver cuál de ellas lo elegirá a más tardar al día 61. Debe resaltarse que queda prohibido a la parte que deba seleccionarlo la elección de alguno de los anteriormente recusados por su contraparte.

El presidente del panel no es necesariamente el quinto panelista en discordia, y corresponde a los demás panelistas elegirlo, con la salvedad de que quien vaya a fungir como presidente deberá ser, de conformidad con el mismo anexo 1901.2, un jurista.

El panel tomará las decisiones por mayoría de votos, esto facilita de alguna manera el trabajo del panel porque la exigencia de decisiones unánimes sería la tumba definitiva del procedimiento, ya bastante complicado resulta formar paneles de cinco miembros y no de tres como sucede en la OMC, como para complicar más la exigencia de un capítulo por demás trabado.

Cuando se llega a un acuerdo en la conformación del panel, corresponde al Secretario responsable comunicar a los participantes, así como al otro Secretario implicado los nombres de los panelistas.

Los panelistas están sujetos a un Código de Conducta que deberán cumplir a cabalidad, y que cualquier parte en el procedimiento podrá invocar cuando juzgue que algún panelista se ha apartado del mismo; de llegarse a un acuerdo después del procedimiento de consultas, las partes en el procedimiento podrán removerlo y designar a otro conforme al mismo procedimiento previsto para su selección. La realidad ha demostrado que este procedimiento no es común, pues a la fecha no ha habido ninguna remoción de esta naturaleza.

2.2.6. Revisión del caso por el panel

Las partes deben presentar al panel sus respectivos “memoriales”, es decir, los escritos en los cuales las partes deberán fundar y motivar su reclamación ante el panel, así como el fundamento y motivación de la oposición que la contraparte deberá hacer respecto de la reclamación de su oponente (Regla 57).

En caso de que alguna de las partes no presente su memorial en el plazo previsto, las demás partes tienen derecho a solicitar que se le niegue el

derecho de presentar argumentos orales en la audiencia; recibir ulteriores promociones, órdenes o decisiones en la revisión ante el panel; o recibir futuras notificaciones respecto del procedimiento de revisión ante el panel

Los memoriales, de conformidad con la Regla 59, deberán contener lo siguiente:

1. Índice;
2. Fundamento legal;
3. Relación de hechos;
4. Cuestiones de litigio;
5. Alegato legal, y
6. Puntos petitorios;

El panel, en su análisis, deberá sujetarse a lo dispuesto por la Regla 35. 1 del Artículo 1904, conforme a la cual se limitará exclusivamente a los alegatos de error de hecho o de derecho, así como a la competencia de la autoridad investigadora, que constituyan la reclamación presentada al panel; también a los medios de defensa invocados en la revisión del panel.

El procedimiento ante el panel lo conforman una etapa escrita que es la que se ha descrito anteriormente, y otra oral que la constituye la audiencia. Debe aclararse que esta audiencia no es similar a la etapa de consultas prevista por el Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC, que es en sí mismo un procedimiento de solución pacífica de la controversia. En el caso del TLCAN, las partes pueden solicitar el establecimiento de consultas para resolver su conflicto, pero esto no forma parte del procedimiento mismo.

La audiencia establecida en el Capítulo XIX, y en la Regla 65 del Artículo 1904 es un procedimiento oral que se lleva generalmente en la oficina del Secretariado responsable o en su defecto, en el lugar que éste haya designado para este efecto. La materia de la audiencia se basará de forma exclusiva en los puntos de litigio presentados.

La audiencia se desarrolla siguiendo el siguiente orden:

1. Primero, los demandantes y cualquier participante que haya presentado un memorial total o parcialmente en apoyo de alguna Reclamación;
2. Después, la autoridad investigadora y cualquier participante distinto del referido en el inciso anterior que haya presentado un memorial en oposición a una Reclamación; y
3. Finalmente y a discreción del panel, la replica.

No es un requisito indispensable para las partes acudir a la audiencia, en caso de que alguna de las partes decida no asistir el panel escuchará a los presentes, y de no haber ninguno, el panel decidirá tomando en cuenta exclusivamente los memoriales presentados.

En el terreno de los hechos puede detectarse que las actuaciones de los panelistas se desenvuelven en un terreno pantanoso que impide que los procesos se lleven a cabo con la celeridad que debieran. Coordinar las agendas de cinco personas que no realizan su labor de panelistas como su principal actividad profesional es un reto enorme.

La carga que tiene cada panelista para estudiar los monumentales legajos que constituyen el cuerpo del expediente de cada caso no puede soslayarse. Aunque cada panelista cuenta con ayudantes para el caso, no es suficiente considerando que, como se dijo anteriormente, no es la labor esencial del panelista, sino que sólo es un contrato a mediano plazo.

No existe ninguna disposición en el texto del TLCAN que presione a los panelistas a conformar el panel, a celebrar las audiencias, a estudiar concienzudamente los documentos presentados, ni a decidir. El Tratado establece plazos que sirven como guía a los panelistas para resolver, pero no existe autoridad o disposición que dé seguimiento a sus actos, lo que ha llevado a tener casos demasiado largos que terminan por desincentivar a las partes en el litigio, además de su consecuente incremento en los gastos y costas del procedimiento.

2.2.7. Decisión final

El panel tiene la obligación de emitir su decisión final debidamente fundada y motivada, por escrito. El Capítulo XIX permite, y de hecho dispone, que en su decisión se acompañen las opiniones disidentes de los miembros del panel; esto es completamente diferente de los casos ante la OMC, en los que no se permiten las opiniones disidentes de los árbitros. A menos que exista una razón justificada, que por el momento se desconoce, esto provoca mayores divisiones entre los panelistas, las mismas partes en conflicto, y sienta un precedente de confrontación, al mismo tiempo que intenta sin éxito desvincular al panelista disidente de una decisión que a fin de cuentas es colegiada y debiera ser compartida.

Las partes tienen derecho de solicitar la integración del Tribunal de Impugnación Extraordinaria antes de que el Secretario responsable ordene la publicación del Aviso de Terminación de la Revisión ante el Panel en el Diario Oficial de la Federación (para el caso de México); de lo contrario, se publicará el aviso dando con ello terminación al procedimiento del panel. En este preciso momento se entiende que el encargo de los panelistas ha terminado y quedan liberados de su encargo.

El procedimiento arbitral de los paneles podrá suspenderse cuando un panelista se encuentre incapacitado, sea recusado o muera, en cuyo caso deberá nombrarse un panelista sustituto y hasta ese momento se reanudan los plazos del procedimiento, o en su caso, se repongan las actuaciones si la ausencia del panelista sucede después de la audiencia

El panel podrá, en su decisión final, emitir las siguientes órdenes¹⁸:

¹⁸ Malpica de Lamadrid, Luis, *El Sistema Mexicano contra Prácticas Desleales de Comercio Internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, Porrúa-UNAM, 1998, p. 215.

1. **Orden desechando la revisión.** Esto se presenta cuando alguna de las partes, en una solicitud incidental, solicite que se deseche el procedimiento de revisión del panel; éste podrá desechar el procedimiento cuando encuentre causa justificada para hacerlo;
2. **Conclusión de la revisión.** Cuando las partes presentan solicitudes incidentales de dar por terminado el procedimiento, ya sea por desistimiento o por llegar a un acuerdo entre ellas de dar por terminado el procedimiento;
3. **Decisiones del Panel.** Esta puede darse en dos sentidos, la que confirma la decisión de la autoridad investigadora, y la que la devuelve a la autoridad.
 - a. **Confirmación.** De acuerdo con el párrafo 8 del Artículo 1904, el panel puede confirmar la decisión de la autoridad investigadora nacional, en cuyo caso, aquélla queda firme;
 - b. **Devolución.** Con el mismo fundamento legal anterior, el panel devuelve a la instancia anterior la resolución, con la finalidad de que se adopten medidas no incompatibles con su decisión.

El Código de Ética para Árbitros no dispone sanción alguna para los panelistas que no resuelvan en tiempo la controversia, y el Capítulo XIX del TLCAN es omiso en este sentido. Esta circunstancia se ha convertido en un lastre más de los paneles, porque los plazos de resolución nunca se cumplen, lo que ha motivado deserción hacia otros foros, como el de la OMC. Esta es la parte más débil del procedimiento ante paneles, porque en muchos casos, como el de Madera Blanda o el de Cemento, las partes han decidido concluirlos por la celebración de convenios, antes que esperar una resolución que, cuando llegue, seguramente lo hará a destiempo, demasiado tarde.

2.2.8. Facultades de revocación

Las decisiones finales del panel serán obligatorias y definitivas. El TLCAN no estableció ningún recurso ordinario contra sus resoluciones. Tampoco es

permisible atacar sus resoluciones por las vías nacionales, ni tampoco ante cualquier otro foro de solución de controversias existente.

La decisión del panel sólo puede ser interpretada, ampliada o modificada, a solicitud de parte, pero el fondo debe prevalecer hasta su cumplimiento por la autoridad en la que recae.

Respecto del Juicio de Amparo, no es una alternativa contra las resoluciones del Panel. Son foros excluyentes. El Artículo 1904.11 del TLCAN dispone que “Una resolución definitiva no estará sujeta a ningún procedimiento de revisión judicial de la Parte importadora, cuando una Parte implicada solicite la instalación de un panel con motivo de esa resolución dentro de los plazos fijados en este artículo. Ninguna de las Partes establecerá en su legislación interna la posibilidad de impugnar ante sus tribunales nacionales una resolución de un panel”.

El amparo, dice Cruz Miramontes, es un juicio para proteger la constitucionalidad de un acto de autoridad que al aplicarse vulnere las garantías individuales a que se refieren los artículos 14 y 16, por lo que la decisión de un panel, que era la causa de su preocupación, no es *per se* razón para fundar un juicio de amparo. En todo caso lo podrá ser su ejecución por una autoridad interna, cuyos actos sí puedan dar pie a solicitar la protección constitucional¹⁹.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, en 1998, el amparo en revisión número 280/98, en el que algunas empresas impugnaron el laudo arbitral del panel en el caso MEX-94-1904-01, así como también el cumplimiento de la orden por parte de la Secretaría de Economía (entonces Secretaría de Comercio y Fomento Industrial).

¹⁹ Cruz Miramontes, *op. cit.*, p. 16.

López Ayllón²⁰ hace un análisis de las causas por las cuales la Suprema Corte decidió que los paneles del Capítulo XIX del TLCAN no pueden considerarse como autoridades para efectos del amparo. Este caso llegó a la Suprema Corte debido a que el juez Séptimo de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal otorgó previamente el amparo a las partes, concediéndole al panel el carácter de autoridad. Ante su decisión, las partes solicitaron revisión ante los tribunales Colegiados de Circuito, quienes determinaron hacer del conocimiento de la Corte el caso particular.

Dentro de los argumentos que reconoce López Ayllón para negarle a los paneles el carácter de autoridad, con base en la decisión de la Corte, destacan los siguientes:

1. Las partes del TLCAN, al crear los paneles, nunca pretendieron crear autoridades supranacionales permanentes a los que las partes tuvieran que acudir de manera irremediable, porque sólo fungen como alternativos a elección de las propias partes en conflicto.
2. No obstante que los laudos arbitrales tienen las características suficientes de ser actos unilaterales que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas que afectan a la esfera legal de los gobernados, como lo explicó el juez en primera instancia, en realidad los paneles no ordenan el cumplimiento de sus resoluciones, ya que es la propia Secretaría de Comercio la que dio cumplimiento a un tratado internacional, no a una orden individual del panel. El TLCAN no otorga facultades al panel para ordenar a SECOFI el cumplimiento de su orden, sino a tomar “medidas no incompatibles” con la orden del panel. Es la decisión de la autoridad administrativa la que modifica la esfera jurídica de los particulares.
3. Los paneles no tienen facultades para ejecutar sus órdenes, sino que se cumplen por instrucción de la autoridad administrativa nacional después

²⁰ López Ayllón, Sergio. *Los paneles binacionales del capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio no son autoridad para efectos del amparo (amparo en revisión número 280/98)*, en: “Revista Cuestiones Constitucionales”, Núm. 2, enero-junio 2000 www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/2/cj/cj9.pdf

de que el panel ha revisado los argumentos de hecho y de derecho de las partes en el procedimiento.

4. Atendiendo a circunstancias procesales específicas, no puede en términos reales definirse el domicilio del panel, porque éste desaparece una vez que concluye su labor; no está claramente definida la personalidad jurídica del panel ni su representación (por ser un órgano colegiado en el que incluso intervienen extranjeros).
5. La intervención de un panel no es una consecuencia necesaria posterior a la decisión administrativa nacional, sino una alternativa, paralela a los tribunales nacionales y a los grupos especiales de la OMC.
6. Es precisamente la falta de imperio de los paneles la razón fundamental para que no sean considerados como autoridad para efectos del amparo.

Una discusión que se ha planteado y generado controversia consiste en determinar si, mientras el TLCAN (Artículo 1904.11) impide acudir a las instancias jurisdiccionales nacionales cuando alguna de las partes solicita la instalación de un panel, entonces las partes no podrán acudir a ninguna instancia, sea ésta el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa para el caso del Juicio de Nulidad, o los tribunales colegiados o la Suprema Corte de Justicia de la Federación para el caso del Juicio de Amparo.

El TLCAN sólo impone la obligación de no acudir a las instancias nacionales cuando se ha solicitado la defensa de los intereses de las partes mediante la intervención de los paneles, pero no quiere decir esto que queden prohibidas las actuaciones ante instancias nacionales. De hecho, son estas instancias nacionales las que dispone la ley nacional como primera opción, y los paneles son sólo una alternativa más. Esta prohibición de acudir a foros simultáneos sólo aplica, sin embargo, para estos dos foros, mas nunca se hace mención en el TLCAN sobre la posibilidad de acudir a foros alternativos como el de la OMC por obvias razones, ya que el foro de la OMC entró en vigor con posterioridad a la entrada en vigor del TLCAN.

La prohibición de acudir al amparo, como a las demás instancias jurisdiccionales mexicanas o procedimientos nacionales de Canadá y de Estados Unidos operaría sólo en caso de que las partes decidan solicitar la instalación de los paneles del Capítulo XIX del TLCAN, pero no como una premisa ineludible y permanente; y aunque el Artículo 1904 del TLCAN refiere al reemplazo de los tribunales nacionales en realidad no existe ningún reemplazo, sino la creación de una alternativa.

2.2.9. Impugnación extraordinaria

Las resoluciones del Panel son obligatorias y definitivas; el TLCAN establece un procedimiento de apelación de las resoluciones del Panel, sólo para los casos en los que se ponga en duda la integridad del panel, exista conflicto de intereses de los panelistas o se ponga en riesgo la actuación del panel, en cuyos casos se instala el Comité de Impugnación Extraordinaria, que como su nombre lo indica es un procedimiento extraordinario.

En el apartado 13 del Artículo 1904 del TLCAN, se establece que:

Quando en un plazo razonable posterior a que se haya emitido el fallo del panel, alguna de las Partes implicadas afirma que:

- a.
 - i. un miembro del panel ha sido culpable de una falta grave, de parcialidad, o ha incurrido en grave conflicto de intereses, o de alguna otra manera ha violado materialmente las normas de conducta,
 - ii. el panel se ha apartado de manera grave de una norma fundamental de procedimiento, o
 - iii. el panel se ha excedido ostensiblemente en sus facultades, autoridad o jurisdicción establecidos en este artículo, por ejemplo por no haber aplicado el criterio de revisión adecuado, y
- b. cualquiera de las acciones señaladas en el inciso (a) haya afectado materialmente el fallo del panel y amenace la integridad del proceso de revisión por el panel binacional;

Esa Parte podrá acudir al procedimiento de impugnación extraordinaria establecido en el Anexo 1904.13.

En una resolución del propio Comité de Impugnación Extraordinaria se estableció lo siguiente²¹: “De conformidad con las disposiciones del Capítulo 19 del TLCAN, un procedimiento de impugnación extraordinaria no es el equivalente a una apelación legal, en la cual las partes tienen un interés directo en la decisión emitida y argumentos presentados. En cambio, bajo el detallado procedimiento creado de acuerdo con el TLCAN, una revisión de impugnación extraordinaria tiene un propósito más limitado y específico, por decir, el considerar argumentos de que las acciones llevadas a cabo por un panel binacional en particular, se han excedido de sus facultades y por lo tanto han amenazado la integridad del sistema de revisión ante un panel”.

Este fue el primer caso sometido a un Comité de Impugnación Extraordinaria en el marco del Capítulo XIX del TLCAN.

El caso que quizá haya llamado la mayor atención en esta materia fue el de Madera Blanda, sin embargo, otro caso de impugnación extraordinaria también llamativo fue el de Magnesio Puro, un conflicto entre Estados Unidos de América y Canadá, llevado por un Panel conforme al Capítulo XIX. Fue el segundo caso que llegó hasta la impugnación extraordinaria en el marco del TLCAN, y sólo el segundo caso tanto en TLCAN como en el Tratado bilateral entre EUA y Canadá (CUSFTA, por sus siglas en inglés), en el que no se involucró a ningún miembro del Panel por falta grave, sino que se argumentó que el Panel binacional había “excedido de forma manifiesta sus facultades, autoridad y jurisdicción de sus acciones y afectó materialmente la decisión del panel y amenazó la integridad del proceso de revisión por el panel binacional”²².

Los Tribunales de Impugnación Extraordinaria han dejado muy clara su postura respecto de que su proceso no fue designado para funcionar como un mecanismo rutinario de apelaciones, sino como una válvula de escape en

²¹ *Caso Cemento Portland Gris y Clinker Proveniente de México*, Archivo del Secretariado No. ECC-2000-1904-01, USA, Quinta Revisión Administrativa, (8/15/94 – 7/31/95), 30 de octubre de 2003.

²² *U.S. Proceeds to Extraordinary Challenge in NAFTA Magnesium Case, Inside U.S. Trade* (Oct. 17, 2003), citado por Carmody, Chi, “Continental Conversations: Remand of Binational Panel Decisions Under NAFTA Chapter 19”, en Kevin C. Kennedy, *op. cit.*, pp. 456-457.

aquellas circunstancias extraordinarias en las que se confronta una decisión del panel con la finalidad de garantizar la integridad del proceso de los paneles²³.

A la fecha, se han presentado 35 casos de paneles que han sido impugnados mediante la Impugnación Extraordinaria, ninguno ha tenido éxito.

2.2.10. Cumplimiento de la resolución

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a diferencia de los mecanismos dispone en su Artículo 17, tercer párrafo, que “Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones”.

Tanto el Capítulo XIX del TLCAN, como las Reglas de Procedimiento del Artículo 1904 del mismo tratado, son omisos en la mención de los plazos para que proceda el cumplimiento de la resolución del panel. Esta circunstancia no implica que se carezca de la obligación de cumplimiento. El Artículo 2018 del TLCAN deja a las Partes la tarea de convenir una solución a la controversia en los términos de las recomendaciones del panel.

Si se atiende a los principios generales del Derecho Internacional, cualquier obligación que voluntariamente se adquiere por consecuencia de la celebración de un tratado internacional, debe cumplirse de buena fe, según lo dispone el principio de *Pacta Sunt Servanda*.

La experiencia del mecanismo de solución de controversias del Capítulo XIX ha demostrado el cumplimiento voluntario de las partes del mandato del panel, y sólo se han dado pocos casos en los que se ha tenido que acudir al Comité de Impugnación Extraordinaria para combatir la resolución final del panel.

²³ Cfr. *Caso Live Swine From Canada*, ECC-93-1904-01, USA.

La autoridad investigadora en la que recae la responsabilidad de acatar lo dispuesto por el panel tiene un plazo, sin embargo, para adoptar las medidas impuestas por éste. Este plazo de cumplimiento es relativo y puede variar de acuerdo con la complejidad del asunto y de la naturaleza del fallo del panel.

En el punto 21.1 de la Decisión del panel binacional conforme a lo dispuesto por el artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Expediente MEX-USA-00-1904-02, de 15 de marzo de 2004, se resolvió lo siguiente:

“De conformidad con lo ordenado por el Artículo 1904.8 del TLCAN, el Panel devuelve el caso a la Autoridad Investigadora y le ordena cumplir con lo aquí dispuesto, en el plazo de **tres meses** a partir de la fecha de esta orden, **tomando en cuenta la complejidad de las cuestiones de hecho y de derecho implicadas y la naturaleza del fallo del Panel,** debiendo informar al Panel su cumplimiento”.

La falta de cumplimiento o cumplimiento defectuoso de la resolución del panel puede derivar en la suspensión de beneficios en grado equivalente a lo solicitado en la demanda por parte del país afectado por el incumplimiento y hasta que se logre un acuerdo respecto del cumplimiento (Artículo 2019).

2.2.11. Crítica de su funcionamiento

El Capítulo XIX, desde su creación, fue considerado como una piedra angular del TLCAN, puesto que las relaciones comerciales que surgían en ese momento entre México y las potencias económicas del Norte no tenían precedente. Cualquier mecanismo, por ende, que permitiera mantener dichas relaciones comerciales sujetas dentro de un marco de legalidad parecía crear – como de hecho lo hizo- certeza y tranquilidad para llevar a buen puerto los resultados del Tratado.

A favor de los paneles puede decirse que no existe ningún otro mecanismo en el mundo por el que se permita a un órgano de solución de diferencias, es

decir, eminentemente jurisdiccional, aunque desvinculado de ningún país, que revise las resoluciones administrativas de una autoridad nacional específica. Como principio jurídico resulta interesante porque los actos administrativos de un país son en proporción muchos más que los actos estrictamente jurídicos de los tribunales. El hecho de que en el TLCAN un conjunto de expertos en temas comerciales, jurídicos, económicos etc.; revisen el debido apego estricto de una autoridad administrativa a los procedimientos jurídicos que le marca su propia legislación nacional es un gran avance con miras a la conformación de una futura unión aduanera en Norteamérica, la que, aun cuando no se concretara por problemas por todos conocidos como la migración ilegal y el tráfico de drogas, permite al menos armonizar la legislación en materia comercial internacional, o por lo menos su discusión con más conocimiento de causa de los sistemas de los tres países de la región. Esto, sin lugar a duda, es un andamiaje ideal hacia un proyecto de integración regional en América del Norte.

David Gantz opina que los panelistas del TLCAN han logrado obtener un conocimiento mucho más amplio sobre el funcionamiento de los tribunales de sus contrapartes de los demás países²⁴. Esto también influye para acercar más a las tres naciones en un proyecto regional.

Dentro de las críticas que se han hecho de los paneles las que más sobresalen por la frecuencia con la que coinciden muchos autores, son las que se refieren a la duración de los procedimientos. Cuando entró en vigor el TLCAN se argumentó en muchos foros que los procedimientos de solución de controversias del tratado serían mucho más expeditos que los procedimientos seguidos ante tribunales nacionales, porque éstos estaban saturados de una carga excesiva de trabajo, mientras que los paneles se crearían para resolver una controversia y desaparecerían una vez que dictaran su resolución definitiva. La realidad muestra que los paneles se han acercado en mucho, y en algunos casos inclusive han tardado más que los procedimientos nacionales (al

²⁴Gantz, David A. "Dispute Settlement under the NAFTA and the WTO: choice of forum opportunities and risks for the NAFTA rules", *American University International Law Review*, USA, Washington College of Law, American University, 1999, p. 17.

menos en juicios de nulidad y amparos, en el caso de México). Una de las razones, tal vez la fundamental, ha sido el tiempo excesivo para la conformación del panel. La falta de institucionalidad impide tener a los panelistas a la mano, mientras que no hay una autoridad que pueda designarlos con prontitud en caso de falta de acuerdo de las partes.

Algunas opiniones de quienes han estado involucrados en estos procedimientos se recogen a continuación. Estas opiniones ponen el dedo en la llaga y muestran los puntos más débiles de estos procedimientos, respecto de otros como los de la OMC, aunque estos también tienen sus inconvenientes como se verá más adelante.

Lo siguientes son algunos puntos de vista críticos del sistema de paneles del Capítulo XIX del TLCAN, que han hecho algunos estudiosos y practicantes del sistema de solución de controversias previsto:

Para *Patrick Macrory*²⁵:

- Los paneles no crean precedentes obligatorios para los siguientes conflictos u otros paneles.
- Su gran problema son las demoras. En un principio se suponía que debían acelerar la revisión de las resoluciones administrativas, lo que se cumplió en un principio; de 1989 a 1994, el promedio de tiempo que tardaba un panel en resolver, incluyendo Impugnaciones Extraordinarias, era de 511 días, por 734 que tardaba la Corte de Comercio Internacional (CIT), y 1210 donde existía apelación ante la Corte de Apelaciones del Circuito Federal (CAFC), aunque esto ha cambiado en tiempos recientes.
- El problema es la conformación de los paneles; en algunos casos ciertos panelistas han tenido que abandonar los casos sin resolver debido a que él o su firma de abogados se han visto de alguna manera involucrados en el asunto que se está resolviendo, provocando por ello conflicto de intereses.

²⁵ Macrory, Patrick, *op. cit.*, p. 54.

- Por ejemplo, en el caso de la Fructosa, el panel tardó tan solo 2 años en constituirse, lo que provocó que el caso tardara tres años y medio en resolverse, más del doble de lo que tardó el órgano de apelaciones en la OMC para la misma decisión.
- Poco puede hacerse mientras no exista un procedimiento de designación automática de panelistas como sucede en el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, en el cual el Director General tiene facultades para designar a los panelistas cuando no existe acuerdo entre las partes. En el caso del Capítulo XIX, se depende completamente de la buena voluntad de las Partes (Gobiernos en controversia).

De acuerdo con *Chi Carmody*²⁶:

- Las decisiones de las autoridades investigadoras en devolución no están agrupadas o catalogadas en ningún sistema centralizado.
- Las decisiones de los paneles reemplazan a las cortes nacionales, aunque no tiene facultades para garantizar el cumplimiento pleno de las mismas, como lo tienen los tribunales nacionales.
- Los paneles binacionales no tienen las facultades de revisar sus propias decisiones, excepto en los casos de errores involuntarios de acción u omisiones (ver Reglas 75-76).
- Los paneles binacionales son instituciones *ad hoc*. Su naturaleza temporal generalmente funciona contra las reglas elementales de la continuidad y de identidad institucional.
- Los paneles tienen menores oportunidades para desarrollar sus cuestiones de autonomía judicial, autoridad persuasiva, y de organismo judicial común, condiciones necesarias previas para una comunicación transjudicial exitosa.

De acuerdo con *David Gantz*²⁷:

- El TLCAN carece de un secretariado o comité independiente de los gobiernos, por lo que no existe una autoridad independiente que asegure la conformación pronta de los panelistas ni de otras acciones

²⁶ Carmody, Chi, *op. cit.*, p. 19.

²⁷ Gantz, David A., *op. cit.*, p. 17

dentro del procedimiento, o para proporcionar un registro de actuaciones independiente de los gobiernos.

- Existen muy pocos panelistas comparativamente respecto de la OMC, quienes tienen un conocimiento muy amplio sobre los procedimientos y legislación en general del GATT/OMC. Mientras que, fuera de algunos profesores universitarios y servidores públicos, existen pocos panelistas con un conocimiento amplio de los procedimientos de la OMC en Norteamérica.
- En un caso de solución de controversias del TLCAN (Capítulo XX) se puede, a lo mucho, incorporar a dos Partes quejasas, como en el caso *Helms-Burton*. En contraste, en un caso de la OMC, le permite a la parte quejosa incorporar una lista de países no miembros del TLCAN que apoyan o les preocupan las mismas circunstancias del país demandante, lo que permite acrecentar la presión política sobre la Parte defensora.
- No existe ningún impedimento para las partes en un conflicto ante paneles del Capítulo XIX para someter la misma controversia ante Grupos Especiales de la OMC.

*Raj Bhala*²⁸, en una visión netamente estadounidense, considera tres preocupaciones esenciales respecto de los paneles del TLCAN (inclusive de cualquier otro foro no estadounidense):

- El sistema de paneles binacionales ocasiona conflictos de intereses y por lo mismo no representa un foro imparcial para revisar las determinaciones de las agencias estadounidenses²⁹.
- Los paneles binacionales son inconstitucionales (para los EE.UU.) porque violan los derechos de debido proceso de las partes, pues les impiden acudir a revisión judicial por las cortes estadounidenses.

²⁸ Bhala, Raj, *Internacional Trade Law: Theory and Practice*, 2a. ed., USA, Lexis Nexis, 2000, p. 115.

²⁹ Lo cierto es que esta opinión se expresó en los momentos más controversiales del caso *Softwood Lumber*, en el que empresas de los Estados Unidos fueron perjudicadas en dos ocasiones por resoluciones controversiales de panelistas canadienses que formaron mayoría respecto de panelistas estadounidenses en el mismo proceso.

Además, los panelistas violan otras disposiciones al no ser nombrados por el Presidente y ratificados por el Senado.

- Existe un gran temor de que los paneles en un futuro lleguen a formar precedentes que constituyan jurisprudencia en materia de prácticas desleales, pues son decisiones que no aplican estrictamente las leyes estadounidenses en la materia, al menos como lo harían las cortes estadounidenses.

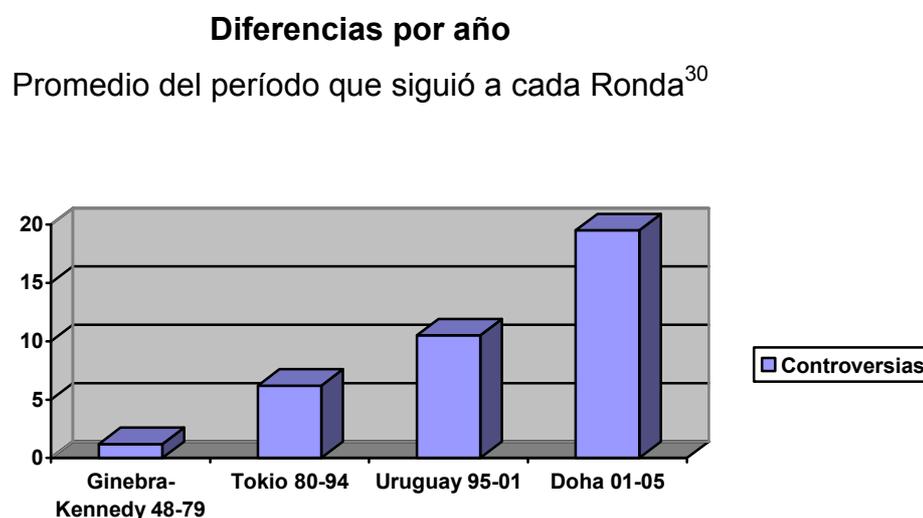
Los puntos críticos de las opiniones antes descritas se resumen en lo siguiente:

1. Las decisiones de los paneles no crean precedentes, lo que ocasiona que no tengan continuidad;
2. Las demoras en la conformación de los paneles son el principal obstáculo para su buen funcionamiento, esto se podría solucionar con la designación automática por un organismo designado;
3. Los paneles no tienen poder para hacer cumplir sus decisiones, ni para revisarlas;
4. Su naturaleza temporal le impide desarrollar una labor institucional;
5. Existen muy pocas personas a elegir para ser panelistas en el marco del TLCAN;
6. No hay limitación para que las partes inicien procedimientos ante dos foros simultáneos;
7. Su inconstitucionalidad no sólo se ha cuestionado en México, sino también en los Estados Unidos.

2.3. Solución de controversias por prácticas desleales en la OMC

Los Grupos Especiales que establece el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC, son resultado de los acuerdos alcanzados durante la Ronda Uruguay del GATT, en 1994, y reemplazaron a los procedimientos del GATT establecidos en los capítulos XXII de Consultas y XXIII sobre Anulación y Menoscabo.

Desde la Ronda de Ginebra, de 1948, primera del GATT, y hasta la fecha, las controversias han ido aumentando de forma gradual pero con importante nivel de incremento, según se muestra en la siguiente gráfica:



El aporte que tuvieron los Grupos Especiales respecto de sus antecesores consistió en que, el GATT no establecía plazos ni límite de tiempo para emitir la resolución final; las decisiones se tomaban por consenso, lo que permitió por mucho tiempo el derecho de veto de cualquier país, convirtiéndose en un lastre para la OMC; sus procedimientos no eran lo suficientemente transparentes, por sólo mencionar las más importantes diferencias.

El funcionamiento, en general, de los Grupos Especiales ha sido muy favorable. Durante sus primeros cinco años (de 1995 a 1999) hubo 185 conflictos sometidos a la OMC, de los cuales derivaron 125 solicitudes de establecimiento de Grupos Especiales, mientras que en los cinco años siguientes (2000 a 2004) hubo 127 solicitudes, que derivaron en 94 disputas, hasta junio de 2004³¹. El periodo comprendido en los primeros cinco años estuvo caracterizado por una mayor actividad de los Estados Unidos y de la

³⁰ Véase el *Diagnóstico de los problemas que afectan al mecanismo de solución de diferencias*. Documento presentado por la Delegación de México al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, el 10 de noviembre de 2003, clasificado como JOB(03)/208, p. 2.

³¹Cfr. Davey, William J. "The WTO dispute settlement system: the first ten years", *Journal of International Economic Law*, USA, vol. 8, no. 1, marzo de 2005, p. 24.

Unión Europea. Estados Unidos por si mismo representó un tercio aproximado de las controversias presentadas durante dicho periodo, con 60 solicitudes de consultas que derivaron en 43 disputas, mientras que en el mismo periodo, la Unión Europea contabilizó 47 solicitudes de consultas que derivaron en 44 disputas, también un porcentaje estimado de un tercio del total de las controversias durante dicho periodo.

En contraste, durante los siguientes cinco años (2000-2004), los Estados Unidos contabilizaron 18 disputas (19% del total) mientras la Unión Europea contabilizó 15 disputas (16% del total), periodo en el que dominaron las controversias de países en vías de desarrollo (que en el primer periodo representaban una cuarta parte del total), contabilizando un aproximado de 62% de las solicitudes totales de consultas³². Esto quizá pueda explicarse porque los países en vías de desarrollo han encontrado la fórmula de la que carecían en un principio, quizá por desconocimiento de los procedimientos, o por temor a utilizarlos sin pleno conocimiento.

Una circunstancia que sobresale en los mecanismos de la OMC, siguiendo a Davey, es la que se refiere a los constantes conflictos que han surgido entre los Estados Unidos y la Unión Europea. Se ha dicho que los mecanismos de la OMC están promoviendo controversias en casos difíciles con lo que están envenenando sus relaciones bilaterales en detrimento de la OMC. Sobre esto, en una declaración hecha por tres Ex Directores Generales del GATT/OMC (Dunkel 1980-1993), Sutherland (1993-1995) y Ruggiero (1995-1999) en 2001, dijeron que:

Dispute settlement is one of the great successes of the WTO. Yet the current burden of cases is probably too heavy.... It is unfortunate if the first option for governments seeking to put right trade grievances is resort to the WTO dispute settlement process. The better route – and it should be the first option – must always be good faith consultation and direct bilateral negotiation. Above all, the spate of disputes and the large overhang of retaliatory options – actual or threatened – between the United States and the European Union is one of the most troublesome barriers to securing

³² *Idem.*

leadership from the WTO Members – but the EU and US in particular – must exercise the utmost restraint in their recourse to the dispute settlement system. Litigation in trade matters is not, and must not become, an automatic alternative to negotiation³³.

Esto puede comprobarse en el caso de las bananas, también conocido ya como la “Guerra de las Bananas”, también ante los Grupos Especiales de la OMC. Aunque esto sucede entre las que ahora son las principales potencias económicas mundiales, pero la creciente participación de China e India en el comercio mundial son también retos de alto nivel para la OMC, así como la también creciente participación de los países en vías de desarrollo, principalmente Brasil.

Un aspecto curioso de los mecanismos de solución de controversias de la OMC es el que se refiere a la participación de Canadá como usuario de estos mecanismos. Sólo debajo de EU y de la UE, Canadá es el país que más los utiliza, paradójicamente porque Canadá también utiliza los mecanismos del TLCAN, lo que lo ubica – como a México – en una situación especial poco común en el mundo.

Por lo que se refiere a números definitivos de solución de controversias, de las 181 disputas iniciadas mediante consultas hasta antes del 1 de julio de 2002, 107 de ellas no terminaron con una resolución del panel o se encuentran a la fecha pendientes. De las mismas 181, hay 74 en las que los paneles reportaron actividad o siguen pendientes de resolver; de ellas, seis son casos pendientes, en los que no ha habido reporte del panel en un periodo razonable de tiempo y que su implementación no ha expirado. De los restantes 68 controversias donde se han adoptado los reportes la parte quejosa perdió en 10 de ellos, de forma que no hay necesidad de implementación. De las otras 58 ha habido implementación o desacuerdo entre las partes sobre la implementación. Esto arroja un resultado de implementación de las resoluciones de la OMC de un 83%³⁴.

³³ *Ibidem*, p. 32.

³⁴ *Ibidem*, pp. 46-47.

Estos resultados se consideran satisfactorios si se toma en cuenta que durante la época del GATT (de 1948 a 1989) hubo un 60% de satisfacción total de los usuarios, y un 28% de satisfacción parcial, lo que indica que el funcionamiento de los Grupos Especiales de la OMC funcionan de forma satisfactoria, aunque todavía quedan muchas metas por cumplir y muchos aspectos que deben modificarse.

En total, de acuerdo con los números presentados, el conteo se puede mostrar de la siguiente forma (datos aproximados a enero de 2005)³⁵:

Panel en el que perdió el quejoso	10	16%
Panel donde perdió el demandado y lo cumplió	49	27%
Perdió el demandado pero no cumplió y se disputó	10	6%
Panel pendiente	5	3%
Actual, con el panel establecido	18	10%
Actual, con notificación al OSD	26	14%
Actual, sin notificación al OSD	20	11%
Desistimiento (por razones legales, políticas o comerciales)	24	13%
Desistimiento (salvaguardias no impuestas/ removidas/ prescritas)	15	8%
	4	2%
Consultas pendientes		

2.3.1. Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias³⁶

Este instrumento multilateral es aplicable (Art. 1º) *“a las diferencias planteadas de conformidad con las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos en el Apéndice 1(...)*³⁷. También a las consultas y

³⁵ *Ibidem*, p. 48.

³⁶ Cfr. *Código de conducta para el entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias*, WT/DSB/RC/1, del 11 de diciembre de 1996.

³⁷ Contiene los siguientes acuerdos:

A. Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.

solución de diferencias entre los Miembros relativas a sus derechos y obligaciones dimanantes de las disposiciones del Acuerdo por el que se establece la OMC y del presente Entendimiento tomados aisladamente o en combinación con cualquiera otro de los acuerdos abarcados”.

El sistema de solución de controversias tiene como objetivo central proporcionar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio (Art. 3.2), proporcionando rapidez, eficiencia, además de un sistema dependiente y orientado por reglas, más seguro y predecible³⁸. No obstante lo anterior, en fechas recientes se han presentado aportaciones de diversas delegaciones de países miembros de la OMC para reformar el ESD, como se verá más adelante.

2.3.2. Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994

Conocido de manera común como *Acuerdo Antidumping*, fue anteriormente uno de los Códigos de Conducta aprobados en la Ronda de Tokio del GATT (1973-1979) y que, con la Ronda Uruguay se transformó en uno de los Acuerdos Multilaterales obligatorios para todos los miembros de la OMC.

Este acuerdo multilateral se encuentra asociado con el Artículo VI del GATT de 1947, respecto de las medidas de anulación y menoscabo, así como respecto de lo establecido por la Ley de Comercio Exterior mexicana; de forma que lo dispuesto en la ley de México, como en la legislación de cualquier país miembro de la OMC debe guardar congruencia respecto del *Acuerdo Antidumping*.

B. Acuerdos Comerciales Multilaterales (mercancías, servicios, propiedad intelectual, solución de diferencias).

C. Acuerdos Comerciales Plurilaterales (aeronaves, contratación pública, etc.).

³⁸ *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System. A WTO Secretariat Publication prepared for publication by the Legal Affairs Division and the Appellate Body, United Kingdom, WTO, University Press, Cambridge, 2004, p. 2.*

Cuando un ordenamiento jurídico nacional se aparta de lo establecido por este Acuerdo se vuelve materia de revisión por los grupos especiales de la OMC. Es precisamente el despegue de los ordenamientos nacionales respecto de este Acuerdo lo que ha provocado la mayor cantidad de conflictos, no sólo en el ámbito de la OMC sino también del TLCAN y, en general, de las relaciones comerciales internacionales.

Este Acuerdo se divide en tres partes, con un total de 18 artículos y dos anexos, como sigue:

PARTE I

Artículo 1 Principios

Artículo 2 Determinación de la existencia de dumping

Artículo 3 Determinación de la existencia de daño

Artículo 4 Definición de rama de producción nacional

Artículo 5 Iniciación y procedimiento de la investigación

Artículo 6 Pruebas

Artículo 7 Medidas provisionales

Artículo 8 Compromisos relativos a los precios

Artículo 9 Establecimiento y percepción de derechos antidumping

Artículo 10 Retroactividad

Artículo 11 Duración y examen de los derechos antidumping y de los compromisos relativos a los precios

Artículo 12 Aviso público y explicación de las determinaciones

Artículo 13 Revisión judicial

Artículo 14 Medidas antidumping a favor de un tercer país

Artículo 15 Países en desarrollo Miembros

PARTE II

Artículo 16 Comité de Prácticas Antidumping

Artículo 17 Consultas y solución de diferencias

PARTE III

Artículo 18 Disposiciones finales

ANEXO I Procedimiento que debe seguirse en las investigaciones *In Situ* realizadas conforme al párrafo 7 del Artículo 6

ANEXO II Mejor información disponible en el sentido del párrafo 8 del Artículo 6

2.3.3. Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias

Otra práctica desleal de comercio internacional menos frecuente pero igual de relevante, es el caso de las subvenciones. Este Acuerdo, que también constituyó uno de los logros derivados de la Ronda de Tokio, al igual que el Acuerdo *Antidumping* también se transformó de ser un código de conducta a un acuerdo multilateral con la Ronda Uruguay en 1994.

El Acuerdo se compone de 11 partes, divididas en 32 artículos y 7 anexos, de la siguiente forma:

Parte I Disposiciones Generales

Artículo 1. Definición de subvención

Artículo 2. Especificidad

Parte II Subvenciones Prohibidas

Artículo 3. Prohibición

Artículo 4. Acciones

Parte III Subvenciones Recurribles

Artículo 5. Efectos desfavorables

Artículo 6. Perjuicio grave

Artículo 7. Acciones

Parte IV Subvenciones No Recurribles

Artículo 8. Identificación de las subvenciones no recurribles

Artículo 9. Consultas y acciones autorizadas

Parte V Medidas Compensatorias

Artículo 10. Aplicación del artículo VI del GATT de 1994

Artículo 11. Iniciación y procedimiento de la investigación

Artículo 12. Pruebas

Artículo 13. Consultas

Artículo 14. Cálculo de la cuantía de una subvención en función del beneficio obtenido por el receptor

Artículo 15. Determinación de la existencia de daño

Artículo 16. Definición de rama de producción nacional

Artículo 17. Medidas provisionales

Artículo 18. Compromisos

Artículo 19. Establecimiento y percepción de derechos compensatorios

Artículo 20. Retroactividad

Artículo 21. Duración y examen de los derechos compensatorios y de los compromisos

Artículo 22. Aviso público y explicación de las determinaciones

Artículo 23. Revisión judicial

Parte VI Instituciones

Artículo 24. Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias y otros órganos auxiliares

Parte VII Notificación y Vigilancia

Artículo 25. Notificaciones

Artículo 26. Vigilancia

Parte VIII Países En Desarrollo Miembros

Artículo 27. Trato especial y diferenciado para los países en desarrollo Miembros

Parte IX Disposiciones Transitorias

Artículo 28. Programas vigentes

Artículo 29. Transformación en economía de mercado

Parte X Solución De Diferencias

Artículo 30.

Parte XI Disposiciones Finales

Artículo 31. Aplicación provisional

Artículo 32. Otras disposiciones finales

ANEXO I Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación

ANEXO II Directrices sobre los insumos consumidos en el proceso de producción

ANEXO III Directrices para determinar si los sistemas de devolución constituyen subvenciones a la exportación en casos de sustitución

ANEXO IV Cálculo del total de subvención *ad valorem*

ANEXO V Procedimientos para la obtención de la información relativa al perjuicio grave

ANEXO VI Procedimiento que debe seguirse en las investigaciones *in situ* realizadas conforme al párrafo 6 del Artículo 12

ANEXO VII Países en desarrollo miembros a los que se refiere el párrafo 2 a) del Artículo 27

2.3.4. Procedimientos de Trabajo para el Examen en Apelación

Presentados al conocimiento de los miembros de la OMC el 4 de enero del año 2005, con la nomenclatura WT/AB/WP/5, este documento (que reemplazó al anterior del mismo nombre, del 1 de mayo del 2003) contiene las reglas de procedimiento que se realizarán ante el Órgano de Apelación (OA), que a su vez forma parte, junto con los grupos especiales, del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC.

Las apelaciones ante el OA se tramitan de conformidad con lo establecido en el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD) y conforme a estos Procedimientos de Trabajo. Estos procedimientos se han modificado en cinco ocasiones desde 1995 (WT/AB/WP/1, del 15 de febrero de 1996; WT/AB/WP/2, del 28 de febrero de 1997; WT/AB/WP/3, del 24 de enero del 2002; WT/AB/WP/4, del 1 de mayo del 2003; y WT/AB/WP/5, del 4 de enero del 2005).

Estos Procedimientos de Trabajo sirven de guía procedimental al OA cuando la parte inconforme con el informe de un Grupo Especial acude a la apelación, siempre que el OSD no hubiera adoptado el informe del Grupo Especial, momento en el cual la decisión ha quedado firme³⁹.

³⁹ La parte inconforme con el Informe del Grupo Especial tiene 60 días para solicitar la apelación, de lo contrario, el OSD tendrá el informe del Grupo Especial como definitivo.

Las partes en el procedimiento se denominan “apelante” y “apelado”, sin embargo, estos Procedimientos de Trabajo admiten en ciertos casos apelaciones múltiples, en cuyo caso, quien presente otra apelación distinta de la original se le denominará “otro apelante” (Regla 23).

Quienes participaron en el procedimiento ante el Grupo Especial como terceros, pueden participar en el procedimiento de apelación, y sólo tendrán el carácter de “terceros participantes” si presentan comunicaciones escritas o comparecen en la audiencia (Regla 24).

Las actuaciones ante el OA tienen el carácter de confidenciales, y sólo los apelantes, apelados, otros apelantes y terceros participantes pueden asistir a las audiencias del procedimiento.

El OA debe resolver en un plazo no mayor de 90 días posteriores a la solicitud de inicio de la apelación, y su decisión deberá emitirla en los tres idiomas oficiales de la OMC (español, francés e inglés), misma que no será definitiva sino hasta que es aprobada por consenso negativo por el pleno del OSD.

Los Procedimientos de Trabajo establecen plazos específicos para las apelaciones en lo general, y plazos distintos para las apelaciones sobre subvenciones prohibidas, plazos que son más reducidos por la gravedad de la infracción que representan estas subvenciones. Los plazos se distribuyen de la siguiente manera⁴⁰:

Calendario de las apelaciones (Anexo I de los Procedimientos de Trabajo)

	Apelaciones en general	Apelaciones relacionadas con subvenciones prohibidas
	Día	Día
Anuncio de la apelación (Regla 20)	0	0
Comunicación del apelante (Regla 21 (1))	7	4
Anuncio de otra apelación (Regla 23)	12	6

⁴⁰ Para mayor información cfr. www.wto.org/

(1))		
Comunicación(es) del (de los) otros apelante(s) (Regla 23 (3))	15	7
Comunicación(es) del (de los) apelado(s) (Reglas 22 y 23 (4))	25	12
Comunicación(es) de (de los) tercero(s) participante(s) (Regla 24 (1))	25	12
Notificación(es) del (de los) tercero(s) participante(s) (Regla 24 (2))	25	12
Audiencia (Regla 27)	35-45	17-23
Distribución del informe de la apelación	60-90 (Párrafo 5 del artículo 17 del ESD)	30-60 (Párrafo 9 del artículo 4 del Acuerdo SMC)
Reunión del OSD para la adopción del informe	90-120 (Párrafo 14 del artículo 17 del ESD)	50-80 (Párrafo 9 del artículo 4 del Acuerdo SMC)

2.3.5. Consultas

Las consultas en el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC son una parte esencial del procedimiento antes de acudir a los grupos especiales, pero al mismo tiempo constituyen el inicio formal del procedimiento de solución de controversias de la OMC. Contrario a lo que sucede en el TLCAN, en la OMC este mecanismo no tiene que ser solicitado por alguna de las partes en conflicto para que comience a funcionar, sino se tiene que acudir a éste de forma obligatoria, pues para la OMC mientras más conflictos puedan solucionarse por la vía pacífica y menos se requiera el mecanismo del OSD será mejor.

Las consultas operan con frecuencia a través de un mediador o responsable de buenos oficios, que podrá ser el mismo Director General de la OMC o cualquiera otra persona, con la finalidad de intentar lograr un acuerdo y se evite el procedimiento ordinario, aunque para llegar a un acuerdo, las partes podrán acudir a mecanismos como la mediación, la conciliación o buenos oficios (Artículo 5.1 del ESD).

Una de las funciones más importantes de las consultas, además de solucionar la controversia, es la que contribuye a que las partes identifiquen con claridad

los puntos controvertidos, las razones previas que tienen para disputar, y con ello puedan llegar mejor documentados y preparados al OSD si no existe definitivamente alguna posibilidad de solucionar la controversia de manera pacífica. Además, las partes están obligadas a explicar en el escrito de solicitud de consultas, las razones por las cuales ellos creen que el mecanismo de solución de diferencias de la OMC será benéfico para ellos, como lo dispone el Artículo 3.7 del ESD.

El procedimiento de consultas deberá llevarse a cabo a más a tardar a los 30 días posteriores a la solicitud que haga cualquiera de los países miembros en conflicto (o entre 10 y 20 para casos en los que estén involucrados bienes perecederos). Si el otro Miembro no responde, no inicia consultas en tiempo, o si las consultas no resuelven la controversia en un plazo de 60 días contados a partir de la solicitud, el Miembro afectado podrá solicitar el establecimiento de un Grupo Especial⁴¹.

Cualquier Estado miembro de la OMC puede solicitar a las partes que llevarán a cabo las consultas intervenir, argumentando razones para ello. Un país puede argumentar razones cuando existan relaciones comerciales con alguno de los disputantes, cuando pueda verse beneficiado o perjudicado por el acuerdo al que lleguen, entre otras. El país que solicita intervenir debe argumentar un interés comercial sustancial en la materia que se va a discutir. El país que responde a la solicitud valorará si la solicitud de participar es lo suficientemente fundada, y en caso de no estar de acuerdo en la participación del tercero no existirá recurso alguno para el solicitante⁴².

2.3.6. Establecimiento y composición del Grupo especial

Cuando la controversia no se resuelve de común acuerdo entre las partes por la vía de las consultas, se podrá solicitar el establecimiento de un grupo especial que conocerá y resolverá el conflicto. Esto no quiere decir que no

⁴¹ Saldaña Pérez, *op. cit.*, cita 26, p. 488.

⁴² "A Handbook on the WTO ...", *op. cit.*, p. 47.

pueda solucionarse el conflicto de manera pacífica con posterioridad a las consultas, ya que las partes podrán convenir un arreglo en cualquier momento, siempre que sea antes de que el grupo especial emita su resolución definitiva, o antes de que el órgano de apelaciones resuelva.

Los grupos especiales se pueden integrar por tres o por cinco miembros, aunque la práctica se inclina más por el primer caso, ya que simplifica más los procedimientos, esta complicación se refleja con mayor claridad en los paneles del TLCAN que casi siempre se integran por cinco miembros. Los miembros que integran el grupo especial podrán ser de cualquier nacionalidad de los miembros de la OMC, no como sucede en el TLCAN que siempre tienen que ser de la nacionalidad de los países en conflicto. Esta circunstancia permite mayor libertad en la elección y recusación de los árbitros, ya que el abanico es mayor que la lista de 75 panelistas en Norteamérica.

El Grupo Especial sólo podrá revisar la medida o medidas identificadas en la solicitud de establecimiento, de forma que no podrá extenderse su revisión a lo que las partes no hayan solicitado en su escrito inicial.

El grupo especial lo componen miembros que gocen de características de experticia e independencia, y propuestos por el Secretario en un número siempre de tres, a menos que las partes decidan que se conforme por cinco.

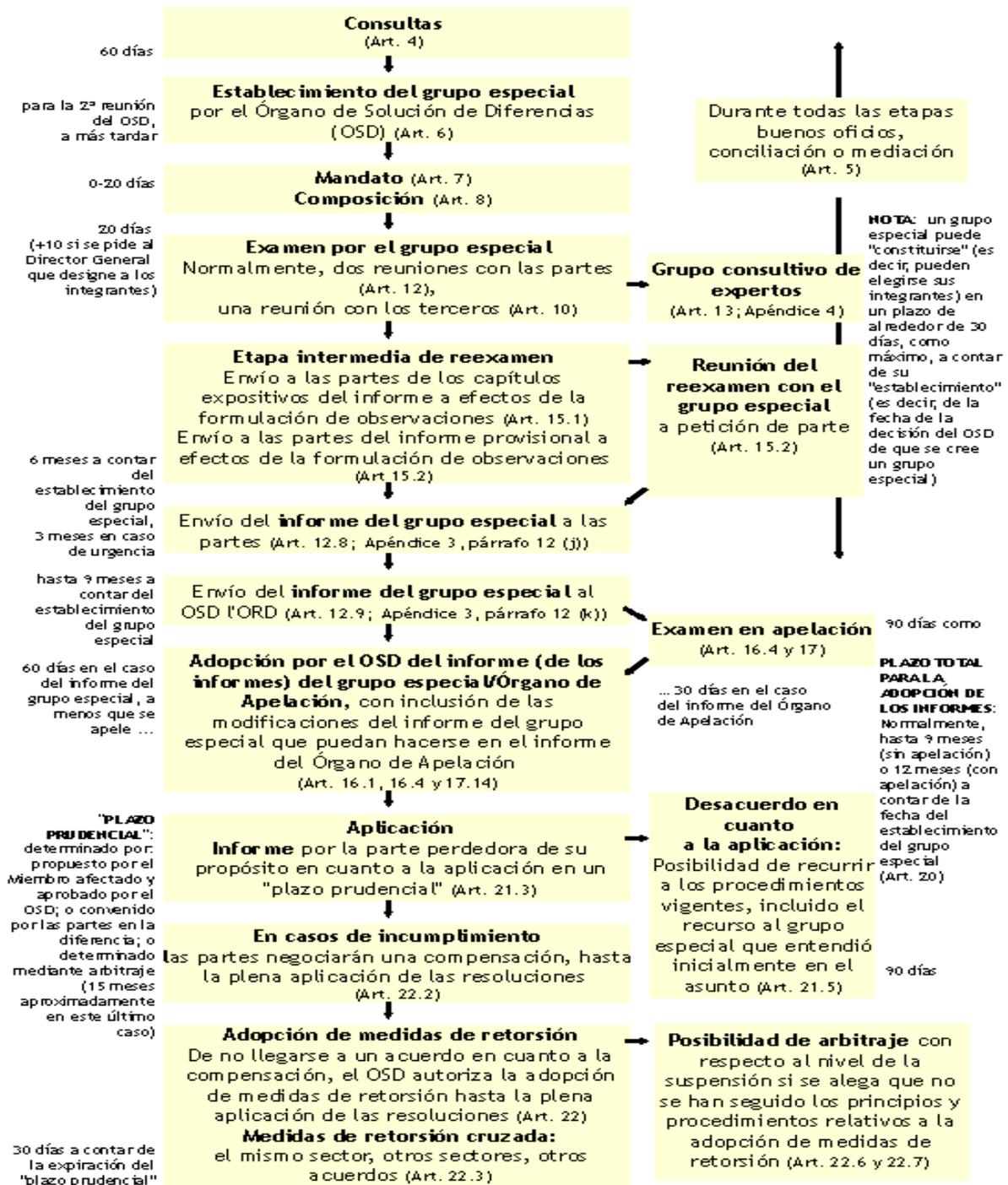
Un aspecto importante a destacar de los grupos especiales es la figura del Secretario. No debe confundirse con la figura del Secretariado que maneja el TLCAN, cuya función se encuentra limitada a aspectos a veces demasiado administrativos y poco de apoyo a la solución del conflicto.

El Director General de la OMC, y en ocasiones el Secretario de la OMC cuentan con una función muy importante respecto de la composición del grupo especial; pueden designar a los miembros del grupo especial de una lista de personas vinculadas o no a un gobierno específico (Artículo 8.4 del ESD) y también cuando las partes no logran ponerse de acuerdo una vez transcurrido el plazo establecido para ello (20 días), mientras que el Secretariado del

TLCAN no puede ejercer dicha función en ningún caso, siempre es prerrogativa de las partes en conflicto; esto ha llevado a la peor causa de dilaciones de los paneles en el TLCAN, porque ponerse de acuerdo no siempre es tarea sencilla, mucho menos en casos donde las controversias son millonarias.

Las partes en conflicto pueden solicitar la inclusión en dicha lista de otras personas que no se hayan incluido, pero deberán ser aprobadas por el OSD. También puede darse el caso de que existan múltiples quejosos, en cuyo caso el OSD deberá valorar la posibilidad de integrar un grupo especial con varias partes involucradas, esto dependerá de factores de tiempo, si las controversias se solicitaron en un período relativamente cercano, de lo contrario tendría que solicitarse grupos especiales para cada país en particular.

El siguiente esquema muestra el procedimiento ante Grupos Especiales de la OMC, desde su etapa de consultas hasta el cumplimiento de la resolución:



2.3.7. Revisión del caso por el Grupo especial

El Grupo Especial dispone de 45 días para lograr su conformación y de seis a nueve meses para emitir sus conclusiones, a menos que el objeto de la

controversia se refiera a bienes perecederos, en cuyo caso el grupo especial tendrá tres meses para resolver.

El grupo especial tiene la tarea principal de revisar que, a la luz de un caso concreto entre los países en conflicto, las actuaciones de las autoridades de cada país se hayan apegado al o a los acuerdos abarcados, es decir, al *Acuerdo Antidumping* o al *Acuerdo Sobre Subvenciones*, que son de los que se ocupa esta investigación. El grupo especial analizará los hechos del caso concreto y formulará las conclusiones que deriven de ese análisis.

Debe recordarse que en el caso de los grupos especiales son los gobiernos, de manera exclusiva quienes pueden iniciar la controversia; ya se veía con anterioridad en el TLCAN que quienes tienen facultad para solicitar la instalación de un panel son los particulares o las autoridades del país afectado por la resolución final de su contraparte. En la OMC no se permite la participación de los particulares como partes del conflicto.

Se decía ya que el grupo especial tiene un plazo de entre 6 y 9 meses para formular sus conclusiones, salvo que se trate el conflicto sobre bienes perecederos que tendrá entonces 3 meses para formular sus conclusiones.

En los casos de solución de controversias de la OMC cualquier país miembro puede notificar su interés de participar en la controversia como tercero interesado con voz, además de que podrá presentar escritos en todo lo que le interese. Esta situación también es diferente de lo que sucede en el TLCAN, pues en los paneles no pueden participar terceros interesados, ya que se trata de una agrupación regional y no un organismo multilateral como la OMC.

A diferencia del interés comercial sustancial que el tercero debe probar en el período de consultas, en esta etapa los terceros pueden intervenir sin tener que argumentar un interés sustancial, y sin la posibilidad de que su intervención pueda verse objetada por la parte que responde la demanda o el informe.

El procedimiento, al igual que en el TLCAN, se compone de una etapa escrita y otra oral, de la siguiente forma:

1. El grupo especial elabora un calendario de actuaciones al que se deberán sujetar las partes u el propio GE;
2. Las partes hacen entrega de su primer escrito, primero el quejoso y después su contraparte (documentos ambos que deben mantenerse confidenciales, a menos que alguna de las partes quiera hacer público su propio escrito);
3. Después del intercambio de escritos entre las partes, el GE convoca a la primera audiencia oral (en Ginebra, Suiza), con un carácter informal, pero no abierta al público, donde las partes presentan sus alegatos orales, aunque también lo hacen por escrito. Posteriormente, el GE le da el uso de la palabra a los terceros interesados.
4. Después de los alegatos, el GE formula sus cuestionamientos a las partes y a los terceros interesados para aclarar los hechos y fundamento legal. Los cuestionamientos casi siempre son por escrito, aunque se discuten en audiencia oral;
5. Posteriormente, se establece un plazo para que las partes y terceros presenten sus respuestas a las preguntas del GE y de sus contrapartes, aunque ya se hubieran discutido de forma oral en la audiencia;
6. Las partes intercambian sus escritos con las respuestas, aproximadamente cuatro semanas después de la primera audiencia; a estos escritos se les conoce como segundos escritos de las partes;
7. El GE se dispone a llevar a cabo su segunda audiencia donde las partes y terceros se disponen a presentar sus argumentos orales respecto de los segundos escritos presentados. Cuando es necesaria la presencia de un tercero experto, el GE podrá organizar una tercera audiencia.
8. El GE se retira a deliberar, después de la segunda o tercera audiencia, según sea el caso, para presentar sus conclusiones.

2.3.8. Reporte del grupo especial

El Grupo Especial revisará los escritos y alegatos de ambas partes y determinará las circunstancias por las cuales alguna de las partes actuó de manera inconsistente respecto de alguno de los acuerdos abarcados de la OMC. Al Grupo Especial no le corresponde crear Derecho, sino simplemente verificar los acuerdos existentes y las obligaciones generales de la OMC y decidir con base en dichos instrumentos.

Las deliberaciones del Grupo Especial serán en privado y emitirán su reporte en ausencia de las partes (Artículo 14.1 y 14.2 del ESD), y existe la prohibición de que cualquiera de las partes establezca comunicación con el Grupo Especial, a menos que se encuentren ambas partes en dicha reunión.

El reporte del Grupo Especial se divide en dos grandes partes: la parte descriptiva, que generalmente es la más larga, donde se narran los dichos de las partes y los argumentos escritos de cada una de ellas; y la parte de constataciones, conclusiones y recomendaciones, y sugerencias de implementación (*findings*, en inglés).

Las partes pueden hacer comentarios y observaciones al reporte del Grupo Especial en un plazo no mayor de dos semanas, con la finalidad de clarificar los argumentos que cada una de ellas presentaron, así como de corregir los errores que se hubieran cometido.

2.3.9. Conclusiones, recomendaciones y sugerencias de implementación

Esta, que constituye la parte final del reporte del Grupo Especial, se conforma por los razonamientos del GE respecto del caso en general y en particular, en la que se confronta lo dicho por las partes con los instrumentos jurídicos de la OMC, con la finalidad de llegar a sus conclusiones lo más legales posibles, a fin de evitar un revés en la apelación (que seguramente se presentará).

Los panelistas podrán presentar sus argumentos individuales o separados de la opinión del GE, aunque deberán hacerlo de manera anónima (Artículo 14.3 del ESD).

Las recomendaciones finales que hace el Grupo Especial generalmente se dirigen al Órgano de Solución de Diferencias, acompañadas de sus sugerencias de implementación (esto no es obligatorio para el GE), de modo que sea el OSD quien le indique al país en el cual recaiga la resolución, para que cumpla con lo establecido por el Grupo Especial. En otro caso, si el Grupo Especial no encuentra ninguna violación por parte del demandado a las obligaciones de la OMC, simplemente no se instruye nada en el reporte y se deja claro el cumplimiento del país a los acuerdos abarcados.

El reporte del panel deberá distribuirse a las partes en conflicto en un período de dos semanas posterior al reporte interno que se presenta sólo a las partes en conflicto, y del cual todavía se pueden hacer observaciones antes de emitir el reporte definitivo. Una vez que el reporte final se ha traducido a las otras dos lenguas oficiales de la OMC⁴³, entonces podrá circularse a todos los Estados Miembros de la OMC y se vuelve público.

Para que un reporte final de un Grupo Especial se vuelva obligatorio para las partes es necesario que sea adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias, que lo compone el pleno de los países miembros de la OMC, donde opera el consenso negativo desde 1994, conforme al cual sólo en caso de consenso del pleno, el reporte no entrará en vigor, lo que sucede en un período no menor a 20 días posteriores a que fue circulado a los Estados Miembros, pero no mayor a 60 días después de este mismo momento, a menos que alguna de las partes decida apelar la decisión del Grupo Especial o que se decida no aceptarlo por consenso (esta circunstancia se ha vuelto más teórica que práctica, ya que a la fecha no se ha dado un consenso negativo respecto de alguna decisión final de un Grupo Especial, porque para lograr un consenso es necesario, primero, convencer a quien resultó favorecido por la

⁴³ Las tres lenguas oficiales de la OMC son: inglés, francés y español.

decisión del GE, lo que se antoja demasiado pretencioso, una razón casi de altruismo en un esquema mundial movido en esencia por intereses económicos).

2.3.10. Apelación

El Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC, establece en su Artículo 16.4 la posibilidad de que las partes sujetas a un procedimiento de solución de controversias puedan apelar la decisión final del Grupo Especial, antes de ser adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias, mientras el Artículo 17 determina la estructura, función y procedimientos del Órgano de Apelación, de manera conjunta con los Procedimientos de Trabajo para el Examen en Apelación (2.3.4 *supra*).

El procedimiento de apelación de la OMC, contrario a lo que sucede en el TLCAN, está institucionalizado, y se considera como una segunda instancia del procedimiento, de manera que el reporte del Grupo Especial no puede adoptarlo el Órgano de Solución de Diferencias hasta que el Órgano de Apelaciones se ha pronunciado y emitido su decisión final.

Las partes tienen un plazo de 60 días posteriores a que el grupo especial emita su informe definitivo para notificar su decisión de apelar.

No es facultad exclusiva de quien resulte perjudicado por el informe del Grupo Especial apelar, también quien resulte favorecido puede estar en desacuerdo con el fallo si no se tomaron en cuenta algunas circunstancias que pudieran llevar a cualquier país a obtener mayores beneficios de la solución de un conflicto.

Los terceros interesados que hubieren participado con este carácter en la controversia podrán intervenir también como terceros en el procedimiento de apelación, pero nunca podrán apelar por su propio derecho, ya que la controversia no era objeto de su interés directo y sólo tenían en el

procedimiento una participación incidental. Tienen, por su parte, la posibilidad de aportar un informe *amicus curiae*, mismo que podrá tomar en consideración el OA, mas no está obligado a considerarlo para emitir su resolución.

El OA no puede evaluar nuevamente los hechos presentados en el procedimiento ante el Grupo Especial, pues esto ya fue tarea de análisis anterior, y tampoco puede analizar hechos supervenientes que no se hubieran presentado en el procedimiento ante el GE. El OA debe revisar que el Grupo Especial haya realizado un análisis objetivo de los hechos presentados en el procedimiento, a la luz de los acuerdos abarcados.

El Órgano de Apelaciones del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC se compone de siete miembros permanentes, que se van rotando entre sí de modo que participen tres de ellos en cada apelación, sin importar su nacionalidad, aún cuando las partes en conflicto sean de la misma nacionalidad que alguno de los miembros. Uno de los panelistas será el que presida, de común acuerdo con los otros miembros.

Dentro de los 30 hasta los 45 días posteriores a la solicitud de apelación, el Órgano de Apelación celebrará una audiencia oral confidencial, donde las partes y los terceros interesados expondrán sus alegatos con sus respectivas réplicas por parte de los miembros del OA. Esta será la única audiencia oral que se celebrará en esta etapa; además, son audiencias que generalmente no se prolongan más de un solo día; y en la audiencia las partes en conflicto no se realizan cuestionamientos entre ellos, como sucede en las audiencias ante el Grupo Especial⁴⁴.

Cuando los miembros del OA se disponen a analizar la situación específica antes de emitir su informe, hacen una consulta con los otros cuatro miembros del OA que no forman parte del panel para tomar sus impresiones sobre el conflicto específico, con la finalidad de que los análisis que posteriormente serán parte de la jurisprudencia de la OMC tengan congruencia y se apeguen

⁴⁴ "A Handbook on the WTO ...", *op.cit.*, p. 70.

al principio de la colegiación del OA. Esto no quiere decir que la decisión se tomará entre los siete miembros permanentes, puesto que sólo los miembros de la también llamada “división” que realiza el análisis del caso serán los únicos competentes para resolver la controversia en última instancia.

Las partes pueden solicitar al OA que revise algunos puntos controvertidos del informe antes de que sea traducido a las demás lenguas oficiales y se ordene su publicación.

El informe del OA debe emitirse en un plazo de 60 días, y en casos excepcionales, en un plazo no mayor a 90 días posteriores a la solicitud de apelación que realizan las partes. En los casos en que la resolución se extienda de 60 días, el OA debe explicar al Órgano de Solución de Diferencias las causas que dieron motivo a dicho retraso.

El Órgano de Solución de Diferencias debe adoptar el informe del OA con el consentimiento de las partes, a menos que exista consenso negativo respecto del fallo. El informe debe traducirse a las lenguas oficiales de la OMC y publicarse como documento oficial.

2.3.11. Cumplimiento de la resolución

El Órgano de Solución de Diferencias de la OMC es el encargado de verificar el cumplimiento de las resoluciones adoptadas, ya sean emitidas por el Grupo Especial o por el Órgano de Apelación de la OMC, dentro del tiempo razonable para ello.

Los Grupos Especiales de la OMC no han tenido el éxito que esperaban respecto del cumplimiento de sus resoluciones. De acuerdo con algunos datos, hasta 2003 el porcentaje de tiempo para que un panel emita una resolución era de poco más de 15 meses, cuando la meta era de 12 meses para casos con apelación y 9 meses para casos sin apelación, aunque los casos no apelados

se han duplicado desde 1999⁴⁵. A esto debe agregársele un periodo extra de 9 meses para que una resolución sea adoptada por el país que perdió el caso.

El cumplimiento de las resoluciones del OSD puede variar por muchas razones; cuando la resolución determina la inconsistencia de una norma mexicana respecto de las obligaciones de la OMC y debe cambiarse, esto no resulta fácil, cualquier reforma legislativa que se realice requiere un procedimiento especial y diferente según el caso concreto de cualquier país.

El período razonable de tiempo para el cumplimiento de las resoluciones *“is a grace period granted to the Member concerned, during which it continues to apply WTO-inconsistent measures, for bringing its measures into compliance”*⁴⁶. Esto se entiende como un período de gracia durante el cual a un Estado todavía no se le puede considerar como que no ha cumplido con la resolución, sino que está en el proceso de adopción del informe que se dictó en su contra, pero que por la complejidad de la resolución, no es posible cumplirla en el plazo inmediato.

El Artículo 21.3 del Entendimiento, dispone lo siguiente:

“En una reunión del OSD que se celebrará dentro de los 30 días siguientes⁴⁷ a la adopción del informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, el Miembro afectado informará al OSD de su propósito en cuanto a la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD. En caso de que no sea factible cumplir inmediatamente las recomendaciones y resoluciones, el Miembro afectado dispondrá de un plazo prudencial para hacerlo. El plazo prudencial será:

- a) el plazo propuesto por el Miembro afectado, a condición de que sea aprobado por el OSD; de no existir tal aprobación,
- b) un plazo fijado de común acuerdo por las partes en la diferencia dentro de los 45 días siguientes a la fecha de adopción de las recomendaciones y resoluciones; o, a falta de dicho acuerdo,
- c) un plazo determinado mediante arbitraje vinculante dentro de los 90 días siguientes a la fecha de adopción de las recomendaciones

⁴⁵ Véase documento JOB (03) 208, del 10 de noviembre de 2003, elaborado por la Misión de México ante la OMC para el Órgano de Solución de Diferencias.

⁴⁶ “A Handbook on the WTO ...”, *op. cit.*, p. 76.

⁴⁷ Si no hay prevista una reunión del OSD durante ese período, el OSD celebrará una reunión a tal efecto dentro del plazo establecido.

y resoluciones.⁴⁸ En dicho arbitraje, una directriz para el árbitro⁴⁹ ha de ser que el plazo prudencial para la aplicación de las recomendaciones del grupo especial o del Órgano de Apelación no deberá exceder de 15 meses a partir de la fecha de adopción del informe del grupo especial o del Órgano de Apelación. Ese plazo podrá, no obstante, ser más corto o más largo, según las circunstancias del caso”.

El párrafo anterior, sin embargo, no se aplica a todos los casos, porque cuando un país aplica subsidios prohibidos, el Grupo Especial o el Órgano de Apelación deberá recomendar el retiro inmediato de los subsidios, y el país que los aplica debe especificar un plazo en el que se compromete a retirarlos.

En una guía para los árbitros se menciona que el período razonable de tiempo para que un país cumpla con las determinaciones de los árbitros del Órgano de Solución de Diferencias, es de 15 meses, a partir del momento de la adopción del informe de que se trate, aunque este período podrá ser mayor o menor dependiendo de las circunstancias particulares del caso.

En el caso de Hormonas, por mencionar sólo uno, los árbitros determinaron que el período razonable de tiempo que establece el Artículo 21.3 (c), debe ser el período más corto posible dentro del sistema legal del país Miembro para implementar las recomendaciones y reglas del Órgano de Solución de Diferencias⁵⁰.

La falta de cumplimiento de las resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias, le otorga al país perjudicado por esta acción la facultad de tomar represalias temporales, la compensación o la suspensión de las obligaciones establecidas por la OMC, en la misma medida del daño causado por el incumplimiento.

2.3.12. Precedentes de la OMC

⁴⁸ Si las partes no pueden ponerse de acuerdo para designar un árbitro en un lapso de 10 días después de haber sometido la cuestión a arbitraje, el árbitro será designado por el Director General en un plazo de 10 días adicionales, después de consultar con las partes.

⁴⁹ Se entenderá que el término "árbitro" designa indistintamente a una persona o a un grupo.

⁵⁰ "A Handbook on the WTO ...", *op. cit.*, p. 77.

La Jurisprudencia, en palabras de Burgoa, puede entenderse como “las interpretaciones y consideraciones jurídicas integrativas uniformes que hace una autoridad judicial designada para tal efecto por la ley, respecto de uno o varios puntos de derecho especiales y determinados que surgen de un cierto número de casos concretos semejantes que se presenten, en la inteligencia de que dichas consideraciones e interpretaciones son obligatorias para los inferiores jerárquicos de las mencionadas autoridades y que expresamente señala la ley”⁵¹.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación la ha entendido como “...la obligatoria interpretación y determinación del sentido de la ley...”⁵²

Los reportes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación no son obligatorios respecto de casos que se sometan posteriormente a la OMC; es decir, en realidad no existe una jurisprudencia como la que se conoce en el sistema jurídico mexicano, en la que se deban considerar los precedentes para la toma de decisiones futuras de casos similares.

Las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias, sin embargo, sirven como guía para resolver casos futuros que guarden congruencia entre sí.

El Órgano de Apelación de la OMC se ha pronunciado al respecto, de la siguiente forma:

“S.8.1 Japón — Bebidas alcohólicas II, páginas 17-18 ([WT/DS8/AB/R](#), [WT/DS10/AB/R](#), [WT/DS11/AB/R](#))⁵³

El párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC y el apartado b) iv) del artículo 1 del texto del anexo 1A por el que se incorpora el GATT de 1994 al Acuerdo sobre la OMC traen la historia y experiencia jurídicas adquiridas en el GATT de 1947 al nuevo ámbito de la OMC, de una manera que garantiza la continuidad y coherencia en una transición fluida a partir del

⁵¹ Burgoa O. Ignacio, *El juicio de amparo*, 29a. ed., México, Porrúa, 1992, p. 821.

⁵² Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, 2a. parte, salas y tesis comunes, p. 1696.

⁵³ Cfr. http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/s8_s.htm#S.8.1 (énfasis añadido)

sistema del GATT de 1947. Con esto se afirma la importancia que tiene para los Miembros de la OMC la experiencia adquirida por las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947, y se reconoce la importancia constante de esta experiencia para el nuevo sistema comercial al que sirve la OMC. Los informes adoptados de los grupos especiales son una parte importante del acervo del GATT. Los grupos especiales posteriores suelen examinarlos. Estos informes crean expectativas legítimas en los Miembros de la OMC y, por consiguiente, deben tenerse en cuenta cuando son pertinentes para una diferencia. Sin embargo, no son obligatorios sino para solucionar la diferencia específica entre las partes en litigio. En resumen, el carácter y condición jurídica de estos informes no ha variado tras la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.

Por estos motivos, no estamos de acuerdo con la conclusión del Grupo Especial, recogida en el párrafo 6.10 de su Informe, de que “los informes de grupos especiales adoptados por las PARTES CONTRATANTES del GATT y por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC constituían la práctica ulteriormente seguida en un caso concreto”, dado que la expresión “práctica ulteriormente seguida” se utiliza en el artículo 31 de la Convención de Viena. Además, tampoco estamos de acuerdo con la conclusión del Grupo Especial, recogida en este mismo párrafo de su Informe, de que los informes adoptados de grupos especiales constituyen por sí mismos “las demás decisiones de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947” a los efectos del apartado b) iv) del artículo 1 del texto del anexo 1A por el que se incorpora el GATT de 1994 al Acuerdo sobre la OMC.

No obstante, compartimos la conclusión del Grupo Especial, incluida en dicho párrafo, de que los informes no adoptados de grupos especiales “carecían de valor normativo en el sistema del GATT o de la OMC, puesto que no habían sido avalados por decisiones de las PARTES CONTRATANTES del GATT o de los Miembros de la OMC”. Del mismo modo, estamos de acuerdo en que “un grupo especial podía encontrar útiles orientaciones en el razonamiento seguido en un informe no adoptado de un grupo especial que a su juicio fuera pertinente al asunto que examinaba”.

2.3.13. Crítica del funcionamiento de los Grupos Especiales

De acuerdo con algunos especialistas, los procedimientos de solución de diferencias de la OMC tampoco están en una posición privilegiada respecto de su funcionamiento. Es verdad que al día de hoy no hay un mecanismo de solución de controversias más solicitado que el de la OMC en el mundo, pero esta circunstancia no impide que existan algunas críticas sobre su funcionamiento.

La delegación mexicana presentó al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, en noviembre de 2003, un diagnóstico de los problemas que afectan a este mecanismo, así como algunas propuestas de modificación. El documento

presentado no se considera como un documento oficial de la OMC, y esta es la razón por la que su acceso es restringido.

Como parte de la crítica más importante al mecanismo del OSD/OMC, la delegación mexicana dividió la problemática en 3 rubros: el relativo al acceso al sistema; el referente a su cumplimiento; y el correspondiente a cuestiones de procedimiento, como se muestra a continuación:

Acceso al Sistema:

Los países en desarrollo y los países menos adelantados (PMA), según el informe presentado, no tienen una efectiva participación en el mecanismo, ya que hasta 2003 los países en desarrollo habían iniciado el procedimiento en un 39% de los casos, por 0% de los PMA, dejando a los países desarrollados una participación en el inicio de la disputa de 61%. Este dato resulta novedoso si se toma en cuenta que la OMC se compone de 29 países desarrollados (considerando a la Unión Europea como uno solo), mientras que los países en desarrollo contabilizan 72 y los PMA, 30.

Las causas principales de la poca participación de países en desarrollo y PMA –continúa el estudio – atienden a que el OSD no prevé el pago de costas procesales que deberán pagar los países en conflicto, mismas que llegan a representar desde aproximadamente US \$6,000 dls, por un mínimo de 240 horas calculadas a 25 dólares para el caso de PMA, por un procedimiento compuesto por consultas, procedimiento del grupo especial y procedimiento ante el Órgano de Apelación. Esto puede representar un obstáculo para que las empresas de países con tan poca capacidad económica tengan el incentivo de llevar a cabo procedimientos de esta naturaleza.

Otra dificultad que han planteado los PMA ha sido que las consultas no se celebran en sus países. Aunque a la fecha no ha habido ninguna controversia en la que intervengan estos países, ni como demandantes ni como demandados, la práctica demuestra que los países en conflicto deciden el lugar donde se celebrarán las consultas, y lo lógico es pensar que el lugar que

elegirán será aquel que proporcione mayor comodidad y facilidades para desarrollar el procedimiento, circunstancia que permite distinguir con mayor facilidad a los países desarrollados o en vías de desarrollo, que a los PMA, con enormes deficiencias.

Un problema recurrente de acceso al sistema es el que se refiere a la nacionalidad de los miembros de grupos especiales, pues hasta 2003 tan solo el 41% de los miembros era representante de países en vías de desarrollo, con un 59% de representantes de países desarrollados y 0% de representación de los PMA.

Transparencia Interna

Se ha criticado que los terceros interesados en el caso no tienen a su disposición la información suficiente, como las comunicaciones presentadas con posterioridad a la primera reunión sustantiva; las declaraciones orales de las partes y las respuestas a las preguntas del grupo especial; y, por último, al informe provisional y al definitivo del grupo especial, antes de su publicación.

Los terceros interesados se encuentran imposibilitados a asistir a las reuniones sustantivas (la primera, en parte y la segunda), y a las reuniones durante el proceso de reexamen. Además, los argumentos de los terceros son escuchados por el grupo especial y el Órgano de Apelación, aunque en realidad no constituyen una obligación de acatarlos.

El cumplimiento del informe de los grupos especiales y del Órgano de Apelación exige un plazo prudencial de 6 meses, antes de que se exija al país afectado por la resolución la presentación de un informe de la situación de cumplimiento. Hasta 2003, el 79 por ciento de los casos exigía este informe, lo que indica la falta de cumplimiento espontáneo de las resoluciones por las partes.

Durante el año de 2005, la OMC hizo del conocimiento de la población en general la decisión de transparentar los procedimientos de solución de

controversias del OSD, dando acceso pleno a las reuniones plenarias a cualquier persona interesada en estos procedimientos, con la finalidad de evidenciar la transparencia y evitar suspicacias. Esta decisión fue bien recibida por la comunidad internacional, aunque algunas etapas como las consultas y la toma de decisiones de grupos especiales y del Órgano de Apelación permanecen confidenciales.

Cumplimiento

La práctica comercial internacional ha demostrado deficiencias en lo que se refiere al cumplimiento de los informes por algunos países. El informe de la delegación mexicana en 2003 puso sobre la mesa algunas alternativas de solución, en los siguientes términos:

- “i) Necesidad de introducir la posibilidad de adoptar medidas provisionales.
- ii) Necesidad de hacer frente al daño incluso si las medidas se suprimen antes de las consultas.
- iii) Necesidad de una compensación monetaria.
- iv) La retorsión no es una opción viable para muchos Miembros.

Esto se explica porque, en los siete casos en los que se impusieron medidas de retorsión a causa del incumplimiento (entonces representaba el 58%), en ningún caso se convino una compensación. Para un país desarrollado es mucho más fácil recurrir a estas medidas porque tiene mayor posibilidad de presionar con fuerza ante un incumplimiento, mientras que para un país en vías de desarrollo o un PMA, estas medidas sirven de poco para presionar a un país desarrollado, sin que a la larga el daño sea más significativo para el país que acude a ellas.

- v) Necesidad de asegurar que se prevean en el ESD incentivos para que el cumplimiento se efectúe lo antes posible:

Los datos que presentó la delegación mexicana sobre cumplimiento son significativos:

- El período medio entre el establecimiento de un grupo especial y la expiración del plazo prudencial es de 775 días, o sea más de dos años. Si se cuenta el tiempo desde la solicitud de celebración de consultas, el período medio pasa a ser de 1.507 días, o sea **más de cuatro años**.
- Una vez que un grupo especial ha determinado la existencia de una infracción (77 veces), se ha logrado el cumplimiento inmediato cinco veces (6 por ciento); se han superado los seis meses 57 veces (79 por ciento). El tiempo medio para el cumplimiento ha sido de 292 días. Veintiocho casos han ido más allá del plazo prudencial (36 por ciento).

Dentro de los incentivos que se prevén en el informe, destacan los siguientes:

- a) necesidad de permitir que se obtenga compensación o se ejerza retorsión en una etapa temprana; la delegación mexicana entiende que un procedimiento de retorsión que se aplique desde el momento en que se impone la barrera comercial podría ser una causa para que los países se abstengan de seguir obstaculizando el comercio, o en su caso, agilicen el procedimiento porque ya existe un esquema de pérdida conjunta, no sólo ya para el país afectado por la barrera comercial.
- b) necesidad de prever un arbitraje sobre anulación o menoscabo en una etapa más temprana; la determinación de anulación o menoscabo es algo que puede verse controvertido desde el inicio de la controversia, y puede resolverse como un incidente por separado, y de esta forma se definiría con prontitud si el objeto de la litis tiene fundamento o es sólo un obstáculo comercial sin razón.
- c) necesidad de determinar retroactivamente la anulación o menoscabo; cuando se plantea una controversia

en cualquier foro, desde ese preciso momento, e incluso antes al cerrarse la frontera al comercio, el país afectado comienza a perder ganancias. El grupo especial resolverá y dará la razón al país que le asista, pero el fallo no toma en cuenta el daño desde el momento en que se cierra la frontera, sino desde que la autoridad nacional ha emitido su resolución final por la que se aplica la práctica desleal o cualquier otro motivo de sanción.

e) necesidad de permitir que las partes tengan a su alcance medidas correctivas negociables; el grupo especial determina las medidas correctivas que deberá tomar el país al que le fue adverso el informe del grupo, pero las partes, en aras del fortalecimiento de la autonomía de la voluntad, deberían tener la posibilidad de llegar a acuerdos que les sean favorables a ambos, sin que el informe del grupo se constituya en la última palabra (sin contar con el Órgano de Apelación).

Procedimiento

En cuanto al procedimiento de los grupos especiales, se presentan diversos problemas que es conveniente destacar:

1. Los informes de los grupos especiales son revocados con frecuencia por el Órgano de Apelación; para 2003, el OA había revocado el 28% de los informes, por una confirmación de 58% de los mismos, una modificación de 2%, y un 12% de los casos en los que había decidido no pronunciarse o había rechazado las reclamaciones. Esto da un total aproximado de 30% de casos en los que no se había logrado un acuerdo con lo resuelto por el grupo especial, una cifra significativa que afecta el funcionamiento de los grupos.
2. Integrar los grupos especiales tampoco ha sido cosa fácil; el tiempo que se dispone para integrar un grupo es de 30 días; hasta 2003 el tiempo

que se tardaba en integrar un grupo, en promedio, fue de 59 días. El porcentaje de casos en los que se integró el grupo dentro del plazo previsto fue tan solo de 16.7% (sólo en 17 casos de un total de 102).

3. Los grupos especiales emiten su informe con mucho tiempo de demora; es preciso recordar que tienen un plazo de 6 meses para hacerlo (3 meses para el caso de subvenciones y casos de emergencia), mientras que la realidad ha demostrado una demora promedio de más de 3 meses en cada caso para emitir el informe, lo que también ha repercutido en pérdidas millonarias.
4. El Órgano de Apelación (OA) se compone de 7 miembros, un número que se antoja poco si se considera la carga de casos que llegan a sus manos. El plazo medio para que el OA emita su informe era, hasta 2003, de 86.3 días, considerando que se tiene un plazo de 60 días para hacerlo, con un límite máximo para casos especiales de 90 días. El OA ha resuelto dentro del plazo de 60 días (hasta 2003) sólo en 5 ocasiones, de un total de 64 casos, esto es, en el 7.8% de los casos; mientras que ha resuelto dentro del plazo de 90 días en el 71.9% de los casos, es decir, en 46 de 64 de los casos.

El informe de la delegación mexicana propone modificar los plazos para hacerlos más adecuados a la realidad de la solución de controversias de la OMC. No representa un problema su modificación, tanto más que la puesta en evidencia ante la comunidad internacional del incumplimiento de las obligaciones en los plazos previstos. Finalmente, estos plazos se establecieron sin la experiencia previa, sólo tentativos, no tiene mayor problema adecuarlos cuando la realidad demuestra la incongruencia de la teoría.

La incongruencia de los plazos se muestra de forma fehaciente en el siguiente esquema:

	<i>De jure</i>	<i>De facto Promedio</i>	<i>Diferencia entre los dos</i>
Consultas	60 días	147.65 días	87.6 días
Establecimiento del Grupo Especial	10 días	41.2 días	31.2 días

Procedimiento del Grupo Especial (desde el establecimiento hasta la distribución del informe)	9 meses (párrafo 9 del artículo 12 del ESD)	12 meses	3 meses
Procedimiento del Órgano de Apelación (desde el anuncio de apelación hasta la distribución del informe)	60 días (párrafo 5 del artículo 17 del ESD)	86.3 días	26.3 días
Desde la adopción hasta la distribución del laudo del párrafo 3 c) del artículo 21	90 días (párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD)	135.2 días	45.2 días
Asunto sometido e informe definitivo distribuido en los grupos especiales del párrafo 5 del artículo 21⁵⁴	90 días (párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD)	159.1 días	69.1 días

Medios alternativos

Los medios alternativos de solución de controversias como la mediación, la conciliación, los buenos oficios, etcétera, son una parte fundamental de cualquier mecanismo de solución de controversias, porque pueden llegar a constituir un filtro antes de echar a andar el mecanismo de los grupos especiales. Con frecuencia, una disputa que se soluciona en esta etapa tiene mayores posibilidades de éxito porque se ha solucionado en términos convenientes para las partes en conflicto, no como cuando resuelve el grupo especial, donde la parte afectada debe acatar contra su voluntad el informe presentado, sin posibilidad de negociarlo.

De acuerdo con el informe de la delegación mexicana en la OMC, los buenos oficios fueron utilizados desde que se establecieron, en 1979, sólo en tres ocasiones, porque los países miembros prefieren el esquema institucional de los grupos especiales.

Algunas críticas que se han manifestado respecto del sistema de solución de diferencias de la OMC, y que en algunos casos concuerdan con las mencionadas anteriormente, son las siguientes:

Wang Guiguo

⁵⁴ Para este estudio se toman en cuenta las apelaciones del párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

- Uno de los problemas de los Grupos Especiales consiste en que se han ido incorporando características del *common law*, como lo que el panel instruye que debe establecerse en un escrito de solicitud de instalación del panel.
- Los panelistas y miembros del Órgano de Apelación están elaborando interpretaciones demasiado extensas en sus resoluciones; han ido demasiado lejos tratando de explicar lo que las partes intentaban, en lugar de los compromisos que adquirieron.
- Un gran problema es la falta de coercibilidad de las resoluciones de los paneles. Estados Unidos es quien demora más el cumplimiento de las recomendaciones del OSD por esta razón.

Una de las fallas más argumentadas en general, ha sido la falta de coercibilidad de las decisiones del OSD (como también de los paneles del TLCAN). Cuando un país tiene los medios económicos para asumir con tranquilidad una represalia comercial, al tiempo que puede ser un gran intimidador para evitar retorsiones comerciales, un país en vías de desarrollo y más aún un País Menos Adelantado se encuentran en una gran dificultad para competir con un desarrollado ante el incumplimiento de las decisiones del OSD. A veces la presión de la comunidad internacional puede no parecer suficiente motivo para obligar a una potencia económica a cumplir con los fallos de la OMC, y esto es por mucho, una causa de desaliento para los países que participan en el comercio mundial con una aportación menos significativa.

Gary N. Horlick

- Una ventaja de los Grupos Especiales es que por ser un solo organismo, las partes no pueden utilizar un lenguaje doble, afirmando una cosa un día y luego otra, como sucede en los tribunales nacionales donde puede decirse algo a un juez un día y luego decir lo contrario a otro en otro caso. Esto no puede hacerse en los litigios ante la OMC.
- Una cuestión curiosa es que en la OMC casi siempre el que plantea el conflicto es el que lo gana, así lo demuestran los porcentajes. Una razón

puede ser que los gobiernos son tímidos para plantear los casos por temor a que se les revierta, o bien, si se le dice a un ministro que se va a ganar un caso es porque hay suficientes elementos, pero si no existen mejor no se plantea para no quedar mal con las autoridades de su gobierno.

- Toda vez que en la OMC sólo los gobiernos pueden acudir a solicitar un panel, sólo los exportadores pueden incitar a su gobierno a acudir a la OMC a solucionar su controversia, porque es ilógico que los importadores del gobierno que emitió la resolución administrativa obliguen a su gobierno a acudir ante la OMC para rebatir una resolución dictada por el mismo gobierno. Por ello, sólo los exportadores deciden cuáles casos van a la OMC y cuales no.

Una de las causas que más han provocado la concurrencia de foros es precisamente la que deriva de la aparente confusión de las partes en el litigio. Si los importadores afectados por la decisión nacional quisieran intentar todas las vías posibles para revertir el fallo en su contra acudiría por sí a la protección de los paneles del capítulo XIX del TLCAN, pero para reforzar su acción, pueden solicitar a su gobierno la defensa del mismo caso ante la OMC, y serán diferentes actores en una controversia, pero en el fondo son los mismos afectados por el fallo nacional los interesados en ambos procedimientos. Esto es un grave error de la jurisdicción comercial internacional que puede derivar en consecuencias negativas.

Mateo Diego

- El principal problema de la OMC es el tiempo que se tarda en que el panel dicta su recomendación y el país que perdió la adopta. Un miembro puede mantener una medida ilegal de la OMC por casi 4 años “gratis”, lo que se traduce en pérdidas millonarias de dólares al año para los países exportadores.

La postura mexicana en los procedimientos ante la OMC se ha inclinado mucho hacia el cómputo de los plazos desde que se inician consultas, a fin de que la

dilación de los procedimientos opere a favor del país afectado por la interrupción del comercio, y no a favor de quien pone los obstáculos al libre comercio. Si un país impone una medida injusta contra otro país, lo correcto es que, en lo que el tribunal decide a favor o en contra, se vayan acumulando los costos para el país que actuó con alevosía para cerrar las fronteras.

James C. Hecht

- El incremento de casos ante la OMC puede deberse a una solución más efectiva de casos, aunque vale la pena considerar si el incremento se debe a la falta de otras alternativas y a defender el sentimiento de las partes acerca de que es de su interés desahogar las disputas en el litigio antes que en la negociación.
- Si los problemas mayores de cumplimiento son con la Unión Europea y con Estados Unidos, países centrales en la fundación del sistema, debe preocupar más acerca de que los países con mucha menos experiencia en el comercio basado en reglas van a cumplir con las legiones de nuevos compromisos que tienen que tomar.

Una de las principales propuestas de modificación del sistema de solución de diferencias de la OMC está encaminada al fortalecimiento del mecanismo de consultas, así como de los medios pacíficos como la mediación y los buenos oficios para evitar por todos los medios posibles que las controversias lleguen hasta sus últimas consecuencias procesales, aunque esto todavía se mantiene en propuesta.

Por otra parte, cada día se vuelve más evidente que las potencias económicas como Estados Unidos y la Unión Europea se familiarizan más con los procedimientos y los ordenamientos del sistema multilateral para inclinar la balanza en su propio beneficio, en perjuicio de los países en vías de desarrollo y los Menos Adelantados. Es por ello que China actualmente se ha visto más participativa en los conflictos que se someten a la OMC, no como demandante ni como demandado, sino como tercero interesado, para ir adquiriendo más experiencia, mientras que países como México se siguen manejando en un

esquema de bajo perfil. China no tarda en dar la sorpresa en las estadísticas de casos exitosos ante la OMC.

Ulrich Petersman

- El sistema de la OMC sigue siendo muy dudoso para países en vías de desarrollo y para los países menos avanzados (PMA) reconocidos por la OMC.
- Las resoluciones del ESD no han logrado volverse obligatorias, no hay cómo obligar a los países a cumplirlas.
- Los sistemas jurídicos de muchos países (como México) no se basan en el sistema de casos como lo hace la OMC, y la jurisprudencia analiza casos específicos con los que muchos países no están familiarizados.
- La jurisdicción del OSD está limitada a los “Acuerdos Abarcados”.

Petersman pone el dedo en varias llagas que afectan el mecanismo del OSD. Primero, los costos de los procesos son demasiado elevados para países en vías de desarrollo, y más todavía para los Menos Adelantados, razón por la que dudan mucho antes de iniciar procesos contra otros países miembros, más si son desarrollados. Segundo, muchos países de tradición jurídica romano germánica se han tenido que familiarizar poco a poco con procedimientos de casos con los que no tienen familiaridad, lo que ha beneficiado a países como Estados Unidos para tomar ventaja por encima de los demás. Tercero, ante la proliferación de acuerdos comerciales regionales, la limitación de la jurisdicción de la OMC a los acuerdos abarcados deja sin opción a los bloques regionales de acudir a la OMC, o peor aún, de acudir de manera concurrente a varios foros a buscar la solución a su conflicto. La ampliación de la jurisdicción de la OMC a los acuerdos regionales es fundamental para el avance de los procesos de integración regional en todas partes del mundo.

CAPÍTULO TERCERO

ELECCIÓN Y CONCURRENCIA DE FOROS PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA

3.1. *Forum-Shopping*. Simultaneidad, concurrencia o foros paralelos

El concepto de *forum shopping* fue acuñado por primera ocasión en el Entendimiento de 1979, que fue parte de los Acuerdos de la Ronda Tokio del GATT, debido a la multiplicidad de foros existentes para solucionar controversias comerciales en el mundo. Esta situación fue parcialmente controlada con la institucionalización del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, creado al concluir la Ronda Uruguay del GATT con su consecuente creación de la OMC.

Para Lacarte, “Cuanto más participan los países en la “producción internacional” y el comercio, mayor es el número de jurisdicciones concurrentes para resolver diferencias relacionadas con transacciones económicas internacionales. Debido a la diversidad de leyes, procedimientos y sistemas jurisdiccionales nacionales, el resultado de los litigios internacionales privados, así como los procedimientos aplicables, el derecho de fondo, los plazos y las costas legales, suelen estar influidos por la elección de la sede en donde se sustanciarán las causas”¹.

La Real Academia Española, entiende por estos conceptos lo siguiente:

Simultáneo. Del latín *simul*, juntamente, a una. adj. Dicho de una cosa: Que hace u ocurre al mismo tiempo que otra.

Concurrente. (Que concurre). Concurrir. Juntarse en un mismo lugar o tiempo.

¹ Lacarte, Julio, *et al. Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales*, Argentina, BID-INTAL, 2004, p. 288.

Paralelo. Dicho de dos o más líneas o planos: Equidistantes entre sí y que por más que se prolonguen no pueden encontrarse. 2. Correspondiente o semejante.

Cuando se habla de conflicto de foros o de jurisdicciones pueden acontecer estas tres figuras cuando dos o más conflictos que versan sobre un mismo tema o que tienen elementos comunes se plantean ante dos foros distintos para ser resueltos. Conforme a los conceptos anteriores, dos casos serían simultáneos si se presentan en un mismo momento ante dos tribunales². En conflictos comerciales en los que se ha acudido al TLCAN y a la OMC, el caso de Jarabe de Maíz de Alta Fructosa es uno de los más representativos. En él las partes acudieron a ambos foros casi al mismo tiempo, pues mientras se establecía el panel del Capítulo XIX del TLCAN (que tardó mucho tiempo), se solicitaron consultas ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Este conflicto se llevó hasta el fin en ambos foros, los que emitieron resolución final, afortunadamente en sentido similar, pero el asunto nunca coincidió en ambos tribunales, salvo por alguna mención que se hizo del procedimiento ante TLCAN en las actuaciones ante la OMC, pero no tuvo consecuencias jurídicas, es decir, el Grupo Especial no tomó en cuenta las solicitudes de ninguna de las partes respecto de las actuaciones llevadas a cabo ante el panel del TLCAN. Hablar de foros paralelos, entonces, parece ser la opción más adecuada.

Si se habla de foros concurrentes, por otra parte, debe entenderse que, aún en la eventualidad de que ambos casos se desarrollen en tribunales diversos, llega algún momento en el que las actuaciones de uno se juntan en el otro foro. Esta circunstancia podría presentarse si un tribunal atrajera para sí la jurisdicción llevada ante otro juez o tribunal para, a partir de ese momento, ser el tribunal atrayente quien concluya las actuaciones. Esta circunstancia no se ha presentado en los casos llevados ante paneles del TLCAN o de la OMC, pues ninguno ha

² Cuando se dice en un mismo momento entiéndase en un periodo relativamente cercano, en el que puede entenderse que las actuaciones se están llevando a cabo casi de forma simultánea en ambos foros.

ejercido ninguna facultad (que se duda mucho que tengan) para atraer la jurisdicción de algún asunto para su competencia. De existir esta posibilidad podría entonces hablarse de una posible solución al problema de conflicto de jurisdicciones, pero se tendría que contar primero con la voluntad expresa de un tribunal para ceder sus derechos de competencia en razón de una controversia llevada de forma concurrente ante otro foro. Esto no lo va a hacer un Panel del TLCAN ni un Grupo Especial de la OMC, al menos por el momento.

Cuando se trata de foros paralelos, por último, se entiende que existen dos conflictos correspondientes o semejantes, llevados a trámite ante dos foros diversos, y que por más que se prolongue el procedimiento no llegarán a coincidir en un mismo foro. Esta parece la acepción que más se apega al propósito de este trabajo. Conflictos como el de Jarabe de Maíz de Alta Fructosa es ejemplo de ello, en este caso no puede hablarse de simultaneidad porque primero fue planteado ante un foro y después, por circunstancias diversas, se decidió iniciar el procedimiento ante el otro foro (hablando de foros: TLCAN y OMC). Al plantearse en momentos cercanos puede hablarse de simultaneidad, aunque nunca se llegó a vincular procesalmente en ambos foros, por lo que tampoco puede hablarse de concurrencia.

Las controversias que se resuelven en uno u otro foro, TLCAN u OMC, tienen la peculiaridad de perseguir fines distintos entre sí, aunque lo que realmente se persigue es la solución de un caso referente a prácticas desleales de comercio internacional, y la controversia se desahoga a la luz de un caso concreto entre dos o más países.

La no necesaria concurrencia procesal entre ambos conflictos no implica la falta de coincidencia en el fondo, en lo sustancial, y es precisamente en esto sustancial donde existen concordancias cuya solución no puede encontrarse en lo procesal. Esta es la razón de fondo de este trabajo.

Dentro de los esquemas regionales en el mundo se está creando una subdivisión de acuerdos, como sistemas generales de preferencias aduaneras, áreas de libre comercio, uniones aduaneras, mercados comunes, uniones económicas y monetarias, y la Unión Europea se acerca cada día más a la unión política. Esta generación casi espontánea de acuerdos mundiales identifica a los mismos como instrumentos dotados de mecanismos específicos de solución de controversias. En muchos casos, tratándose de prácticas desleales de comercio internacional, estos acuerdos remiten directamente al sistema multilateral y evitan crear un mecanismo concreto para dicho acuerdo. La gran mayoría de tratados de libre comercio que tiene suscritos México remiten a los procedimientos del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC.

También existen acuerdos que carecen de capítulos específicos de solución de controversias en esta materia, como el caso del Tratado México-Chile, de acuerdo al cual las Partes solucionarán sus controversias mediante consultas, y en su defecto, a través de los procedimientos ya referidos de la OMC, aún cuando no lo prevea de forma específica.

En el ámbito internacional han surgido recientemente algunas disputas que se han ventilado en dos foros, en ocasiones tratándose de foros totalmente ajenos a la materia comercial, como en el caso de la controversia entre Chile y la Unión Europea por el caso del “Pez Espada”³, que comenzó en el año 2000. En este caso la Unión Europea pretendía tener acceso a puertos chilenos para descargas de capturas de pez espada, y decidió llevar el caso a un panel de la OMC argumentando que las normas chilenas violan la libertad de tránsito a bienes comerciales que consagra el GATT. Chile, por su parte, decidió demandar a la Unión Europea ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, argumentando la negativa de la Unión Europea a cooperar en el establecimiento de un régimen

³ Cfr. *Caso WT/DS193*, 6 de noviembre de 2000, solicitud de establecimiento de un grupo especial por las Comunidades Europeas, ante la Organización Mundial de Comercio.

de conservación de una especie altamente migratoria conforme lo establece la Convención del Derecho del Mar de 1982.

Como se puede ver en esta controversia, el planteamiento ante dos foros, uno comercial y el otro internacional del Derecho del Mar podría haber generado resoluciones que favorecieran a ambos países, uno en uno y otro en otro, y esto no hubiera ocasionado por sí mismo un problema de jurisdicciones, pero al reconocerse los derechos de un país en un tribunal automáticamente se generan obligaciones que imposibilitan al otro país lograr sus objetivos en el marco del otro foro de disputa.

Otro caso fue el de Argentina-Derechos *antidumping* definitivos sobre los pollos procedentes de Brasil- Constitución del Grupo Especial establecido a petición de Brasil⁴. En este caso existió un problema de foros respecto de la OMC y de las actuaciones realizadas en el marco del MERCOSUR. En este caso, Argentina argumentó una cuestión preliminar relativa al hecho de que, antes de someter la medida *antidumping* de Argentina al procedimiento de solución de diferencias de la OMC, Brasil había impugnado esa medida ante un tribunal *Ad Hoc* del MERCOSUR. Argentina solicitó al Grupo Especial de la OMC que se abstuviera de pronunciarse sobre las reclamaciones planteadas por Brasil en dicho procedimiento. Además, Argentina afirmó que el Grupo Especial debería estar obligado a aplicar la decisión del Tribunal del MERCOSUR⁵. Argentina argumentó, además, que Brasil había violado el principio de buena fe. El Grupo Especial de la OMC finalmente rechazó la solicitud de Argentina de abstenerse de pronunciarse en este procedimiento, aún con el antecedente del MERCOSUR, e igualmente rechazó que el Grupo Especial estuviera obligado por la resolución del Tribunal del MERCOSUR.

⁴ Cfr. *Caso WT/DS241/R*, de 22 de abril de 2003, ante la Organización Mundial de Comercio.

⁵ *Ibidem*, p. 19.

Precisamente sobre el tema de MERCOSUR, Lacarte explica la figura del *forum shopping*, argumentando que la libre disposición de la jurisdicción “que nos plantea esta norma (refiriéndose al Protocolo de Olivos), es un elemento – en cierto modo – de fragilidad del sistema, pero es una fragilidad a mi juicio acotada por el carácter intergubernamental del organismo. Este mecanismo no es supranacional, y como no es supranacional al no existir un derecho comunitario – porque hay un solo derecho intergubernamental – parecería lógico que los Estados no se privaran de la facultad de recurrir a un foro diferente del acuerdo intergubernamental, en función de la afirmación de ésta que le ofrece el Protocolo de Olivos no es un mecanismo de solución de controversias por un organismo supranacional”⁶.

Como puede verse la duplicidad o multiplicidad de foros no es una cuestión estrictamente teórica y podría decirse que todavía no ha llegado a su momento más controversial, mismo que sucederá cuando se presenten decisiones encontradas sobre un mismo tema ante diversos foros.

Para Kwak y Marceau⁷, el traslape de jurisdicciones ocurre:

- 1) Cuando un foro reclama tener jurisdicción exclusiva sobre la materia;
- 2) Cuando un foro reclama tener jurisdicción exclusiva y otro foro ofrece su jurisdicción para resolver la misma materia u otra relacionada; o
- 3) Cuando los mecanismos de solución de controversias de dos diferentes foros están disponibles (es decir, no son obligatorios para las partes) para examinar la misma materia o materias similares.

Por otro lado, siguen diciendo, algunos elementos importantes de los acuerdos de integración regional incluyen:

⁶ Lacarte, Julio, *op. cit.*, p. 167.

⁷ Kwak, Kyung and Marceau, Gabrielle, *Overlaps and conflicts of jurisdiction between the WTO and RTAS*, 26 abril de 2002, www.wto.org/english/tratop_e/region_e/sem_april02_e/marceau.pdf

- i. Jurisdicción de naturaleza obligatoria o no (casos que sólo pueden ser resueltos por los mecanismos propuestos en ellos y otros que no pueden ser resueltos de ninguna manera por ellos);
- ii. Referencia a los mecanismos de solución d controversias del GATT/OMC;
- iii. Cláusula de exclusión o de prioridad de foro;
- iv. Cláusula de elección de foro;
- v. Naturaleza obligatoria de las conclusiones del mecanismo de solución de controversias, y
- vi. Solución prevista por el acuerdo, incluyendo el derecho explícito de tomar represalias comerciales con o sin la autorización de los organismos solucionadores de controversias de los acuerdos regionales.

Forum Non Conveniens

Una figura derivada del *forum shopping* que ayuda a entender más este concepto, se denomina *forum non conveniens*. De extracción anglosajona, esta figura es una herramienta que utilizan las partes en un conflicto para persuadir al juez de que asumir su competencia en un procedimiento, aún cuando es legal, es inconveniente por diversas razones, entre las que puede citarse un antecedente del mismo procedimiento en otro foro⁸.

De acuerdo con este principio, los jueces deben declinar su jurisdicción cuando el proceso puede llevarse a cabo de manera más natural y con mayor facilidad ante otro foro, ya sea por el propio interés de las partes en conflicto o en beneficio de la justicia del caso. Una de las acciones que le corresponde a las partes argumentar es la existencia de este foro alternativo que ofrece mejores condiciones para que el proceso se desarrolle en un mejor ambiente que el foro que en ese momento conoce del conflicto.

⁸ Marzorati, Osvaldo J., *Derecho de los negocios internacionales*, 3ª ed., Buenos Aires, Argentina, ASTREA, 2003, p. 80.

Dentro de los factores que las partes pueden argumentar para desviar el conocimiento del proceso hacia otro foro pueden mencionarse la disponibilidad de testigos o peritos para el caso, la ley aplicable al caso concreto, la residencia de las partes en disputa (considerando las limitaciones que tienen por ejemplo los Países Menos Desarrollados). Estos factores, además de otros, deberán considerarse caso por caso, es decir, no existe una regla general para resolver todas las controversias por este medio.

3.2. Situación específica de Norteamérica

La situación particular de Norteamérica, especialmente la que surgió del Tratado de Libre Comercio (TLCAN) ha creado una situación que no se presenta de forma común en el mundo. Los procedimientos de solución de controversias del TLCAN son de tres tipos, y se encuentran regulados en los diferentes capítulos que integran el Tratado, como son: el referente a inversiones, contenido en el Capítulo XI, el relativo a prácticas desleales de comercio internacional, contenido en el Capítulo XIX, y el que menciona el Capítulo XX, respecto de controversias que surjan de la interpretación y aplicación del propio tratado. En el primer caso, los particulares hacen suyo el derecho de acudir ante tribunales arbitrales para defender los derechos que un Estado les ha vulnerado al pretender realizar inversiones dentro de su propia jurisdicción habiéndose comprometido mediante el TLCAN. Respecto del Capítulo XIX, los particulares acuden a un panel para combatir la resolución de la autoridad nacional investigadora de prácticas desleales de comercio internacional, también en un procedimiento en el que con frecuencia se enfrentan los particulares afectados contra la autoridad nacional. Por último, los paneles que se establecen en el marco del Capítulo XX, tienen la finalidad de resolver las diferencias que surjan de Estado a Estado por la interpretación y/o aplicación del texto del TLCAN, basando su procedimiento fundamentalmente en consultas, y los casos se resuelven con mucha frecuencia gracias a los buenos oficios políticos de los gobiernos inmersos en la controversia.

La situación específica del Capítulo XIX es la que interesa a este estudio. Los procedimientos contenidos en este capítulo para solucionar controversias derivadas de las investigaciones realizadas por las autoridades administrativas nacionales de los tres países miembros, son similares en muchos aspectos a los establecidos por la OMC, pero difieren en muchos otros sentidos, como se verá más adelante en este capítulo.

Las controversias que surjan de la aplicación del TLCAN podrán resolverse según el tipo de controversia de que se trate, conforme a los procedimientos establecidos en el mismo, pero precisamente debido a la multiplicidad de foros comerciales multilaterales y regionales que existen, las partes pueden recurrir a un foro o a otro. Esta diversidad de opciones parecería representar más una ventaja que una desventaja, sobre todo para las partes, pero la complicación no llega hasta aquí. Aunque también debe destacarse que las controversias que se plantean en dos o más foros, más aún en lo que se refiere a TLCAN y OMC, las controversias no chocan entre sí, porque cada foro tiene un objetivo particular y distinto del otro.

El litigio, en cualquiera de sus modalidades, sigue una constante: con la práctica los litigantes van adquiriendo más y mejores técnicas en su proceder, quien tiene más posibilidades de sortear los inconvenientes de un tribunal adquiere mayor competitividad en los procesos. En muchas ocasiones saber plantear una controversia en un foro en lugar de otro puede representar mayores beneficios si la elección se hace con conocimiento de causa, como podría también acarrear perjuicios si la elección del foro se hace por simple azar. Lo cierto es que, al existir variedad en la posibilidad de elegir foro las partes deben analizar con cuidado sus alternativas.

En el caso de América del Norte, los tres países miembros del TLCAN tienen la posibilidad de acudir ante los paneles del Capítulo XIX del TLCAN, o bien, solicitar la conformación de un Grupo Especial ante el Órgano de Solución de Diferencias

de la Organización Mundial del Comercio. Esta circunstancia no se multiplica en razón de los tratados comerciales que tienen suscritos México, Canadá y Estados Unidos por la razón explicada anteriormente de que la mayoría de tratados comerciales post-TLCAN refieren a los procedimientos de la OMC.

Si bien es cierto que algunos procedimientos sólo pueden plantearse ante paneles del TLCAN y otros de forma exclusiva ante la OMC, también es cierto que algunas controversias pueden ser del conocimiento de ambos foros. Ante esta situación, la elección del foro atenderá a la voluntad de las partes, en algunos casos, y a la controversia concreta, en otros. No existe una regla general para determinar el foro sino que tiene que analizarse caso por caso.

La elección del foro no representa por sí misma un problema en el marco de las relaciones comerciales internacionales, al contrario, permite que los foros se mantengan con una carga laboral razonable que les permita realizar sus actividades con mayor libertad y espacio. El problema surge cuando una controversia se plantea ante dos foros para buscar la misma solución. Más aún, el problema podría intensificarse si ambos foros resuelven la misma controversia en diferentes sentidos. ¿Cuál foro prevalecería sobre el otro? ¿Sería sencillo y deseable aplicar la regla simple de “primero en tiempo primero en derecho”? ¿Aceptaría cualquiera de los foros saberse desplazado por la decisión encontrada de otro? ¿No daña la reputación o mancha la labor de los panelistas del foro desplazado? La parte perjudicada en uno de los foros ¿Podría o no ejercer su derecho a apelar (tratándose de la OMC), o de acudir a la Impugnación Extraordinaria del TLCAN, si considera que la actuación del Panel no fue ética o puso en riesgo su integridad, más aún sabiendo que su decisión fue desechada? Estas preguntas son hasta el momento simples suposiciones porque, por fortuna, no existe un antecedente de contradicción de resoluciones a la fecha, pero no deben descartarse, la posibilidad es latente.

3.3. Obligación de los foros de tomar en consideración al foro paralelo

En el caso planteado anteriormente sobre derechos *antidumping* definitivos impuestos por Argentina a pollos procedentes de Brasil, Argentina solicitó (e incluso exigió) al Grupo Especial de la OMC que se abstuviera de pronunciarse sobre las reclamaciones planteadas por Brasil en dicho procedimiento, debido a la existencia de un procedimiento paralelo llevado a cabo ante el Tribunal del MERCOSUR.

En dicho caso, como incluso se comentó también con anterioridad, Argentina afirmó que el Grupo Especial “*debería estar obligado a aplicar la decisión del Tribunal del MERCOSUR*”. Pero ¿Realmente un foro está obligado a tomar en consideración (e incluso adoptar) las decisiones de otros tribunales? Para Kwak y Marceau⁹ la cuestión no parece tan sencilla:

“If there is an allegation of WTO violation, it would be difficult for a WTO panel to refuse to hear a WTO Member complaining about a measure claimed to be inconsistent with the WTO Agreement on the ground that the complaining or defending Member is alleged to have more specific or more appropriate defense or remedy in another forum concerning the same legal facts”.

En otro apartado en el que se refiere a un posible conflicto llevado de forma simultánea ante la OMC y el Mercado Común Centroamericano (MCCA), explica lo siguiente:

“What if a CACM Member brings to a WTO panel a dispute based on the claims similar to the ones previously brought by other CACM Members? If the WTO panel has to rule on WTO violations similar to CACM treaty violations, then would the WTO panel be bound by the CACM panel’s interpretation? The answer is most likely to be no, formally, yet to the extent that it is necessary to interpret a provision of the WTO treaty, the WTO panel may be obliged to examine and interpret non-WTO material”.

⁹ Kwak, Kyung y Marceau, Gabrielle, *op. cit.*,

El problema mayor que enfrenta la controversia que se somete a la OMC y al TLCAN de manera simultánea radica en que no existe un vínculo concreto entre la diferencia sometida a los grupos especiales por un lado, y a los paneles por el otro. Mientras los grupos especiales se encargan de resolver la controversia que los Estados someten al Órgano de Solución de Diferencias, los paneles resuelven la disputa sometida por particulares contra actos de autoridades del propio Estado que realizó la investigación sobre prácticas desleales. Al existir diferentes actores en uno y en otro procedimiento se entiende que se está hablando de dos procesos distintos.

Los grupos especiales de la OMC tienen a su cargo analizar el cumplimiento de los Estados miembros de los acuerdos abarcados de este organismo, entendiéndose por ellos los acuerdos multilaterales como el *Acuerdo Antidumping* y el *Acuerdo Sobre Subvenciones*. El análisis que realizan respecto de estos acuerdos lo hacen tomando como base un caso concreto del que se ocupa la autoridad nacional para realizar la investigación contra prácticas desleales. La obligación que se desprende de ser suscriptor de los acuerdos multilaterales de la OMC le acarrea a cualquier Estado la carga de tener que adoptar en su derecho interno las normas y procedimientos que le permitan cumplir con estos objetivos. El apego de la autoridad a las normas y procedimientos de la OMC es el objeto de investigación de los grupos especiales, de modo que si un Estado carece de una legislación nacional acorde con los acuerdos multilaterales puede ser sancionado por el Órgano de Solución de Diferencias para que se adecue su legislación al respecto. De igual forma, si la autoridad nacional, durante el trámite de investigación vulnera derechos de exportadores extranjeros, éstos pueden acudir al auxilio de su gobierno para que los represente ante el OSD, a través del cual buscará una salida favorable al problema.

Esta circunstancia indica que nuevamente se entienden dos casos diferentes. Por un lado, los grupos especiales analizarán que la autoridad nacional o la legislación

de un Estado, a la luz de un caso concreto, se apeguen a normas y procedimientos de la OMC; mientras que los paneles del TLCAN tienen la encomienda de revisar que la misma autoridad nacional se haya apegado en su investigación, ya no a los acuerdos multilaterales, sino a las normas y procedimientos que le dispone la Ley de Comercio Exterior y su Reglamento, así como el Código Fiscal de la Federación y demás ordenamientos nacionales que regulan el procedimiento contra prácticas desleales de comercio internacional. Dos análisis que, si bien deben tener congruencia en cuanto al fondo, al mismo tiempo se regulan por procedimientos totalmente distintos entre sí, y esta circunstancia no permite identificarlos como casos concurrentes o simultáneos.

Los procedimientos del Órgano de Solución de Diferencias derivan de los acuerdos multilaterales alcanzados en la Ronda Uruguay. Cuando México adquiere su calidad de suscriptor del GATT en 1986, y al suscribir el acuerdo que crea la OMC en 1994, se entiende como Estado miembro y suscriptor del Organismo y del Acuerdo General. De esta obligación se desprende el apego a las normas y procedimientos internacionales establecidos en el ámbito multilateral, plasmados en el Entendimiento sobre Normas que rigen los Procedimientos sobre Solución de Controversias de la OMC.

Los procedimientos ante los paneles del TLCAN, por su parte, se desprenden del texto del propio tratado, en particular de las Reglas de Procedimiento del Artículo 1904, que dispone los procedimientos ante paneles. Los paneles, en una situación única en el mundo, constituyen una vía procesal alternativa a la multilateral y diferente en todas sus reglas. La diferencia entre ambos procedimientos aleja todavía más a uno y a otro foro entre sí.

Con todo lo anterior se puede concluir, al menos de manera preliminar, que se trata de dos vías jurídicas, en las que se aplican diferentes normas y procedimientos para solucionar una controversia en la que, además, intervienen diferentes partes de un conflicto que puede ser, en última instancia, sobre una

misma cuestión (fructosa, cemento, madera, etc.), sólo que en uno de los casos (TLCAN) se analiza el apego a la legislación nacional¹⁰, mientras que en el otro (OMC) se revisa el apego a los acuerdos abarcados.

3.4. Diferencias entre ambos foros: Paneles del TLCAN y Grupos Especiales de la OMC

Cuando se trata de determinar las diferencias entre un foro y otro sucede con frecuencia que ambos no pueden compararse *vis a vis*, porque no son foros iguales. Esto sucede cuando se intenta comparar al procedimiento de solución de diferencias del Capítulo XIX del TLCAN y a los Grupos Especiales de la OMC. Mientras en los primeros son los particulares agraviados por la resolución gubernamental los que inician la controversia, en los segundos son los gobiernos quienes directamente inician el procedimiento, quedando los particulares sin posibilidad de iniciarlo en este foro.

Como ésta hay muchas diferencias entre ambos foros. En realidad, si quisiera hacerse una comparación en términos más igualitarios, debería centrarse entre los procedimientos del Capítulo XX del TLCAN y los Grupos Especiales de la OMC, que tienen mayores puntos de encuentro. No obstante, la comparación entre el Capítulo XIX y los Grupos Especiales, tratándose de procedimientos de solución de controversias por prácticas desleales de comercio internacional, ofrecen un análisis muy interesante porque es precisamente en este tema en el que las controversias por *forum shopping* han tenido varios encuentros.

Para hacer más clara la explicación de las diferencias, se elaboró el siguiente esquema, siguiendo algunos elementos del análisis elaborado por *Specht*¹¹,

¹⁰ Dentro de la que también pueden mencionarse los tratados internacionales como los acuerdos abarcados de la OMC; por esta razón se dice que el ámbito de aplicación del TLCAN tiene un mayor alcance que la labor encomendada a los grupos especiales de la OMC.

mismo que ha sido actualizado a 2005, aunque en esencia se mantienen muchos aspectos sin modificación. En el esquema se incluyen los aspectos relativos al Capítulo XX del TLCAN que, aunque no forme parte de este trabajo, permite contemplar el panorama con mayor claridad.

El siguiente esquema presenta de manera enunciativa las diferencias y ciertas similitudes de los procedimientos de solución de controversias que se llevan a cabo en el marco de los capítulos XIX y XX del TLCAN, así como de los Grupos Especiales del TLCAN.

¹¹ Cfr. Specht, Patrick. "The Dispute Settlement Systems of WTO and NAFTA: analysis on comparison", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, USA, vol. 27, no. 1, 1998, p. 57-138.

T L C A N CAPÍTULO XIX	T L C A N CAPÍTULO XX	O M C GRUPOS ESPECIALES
1. No requiere consultas	Requiere consultas	Requiere consultas
2. Establece el derecho de las partes a un panel	Derecho a Panel	El OSD establece el panel por consenso negativo
3. No propone mecanismos alternativos de solución de controversias (buenos oficios, conciliación, etc.)	Los propone durante la reunión de la Comisión	Los propone durante la fase de consultas
4. Ambas partes en el procedimiento pueden solicitar el panel	Igual	Sólo la parte agraviada puede solicitarlo
5. Propone lista de panelistas, que deben reunir ciertos requisitos	Igual	Igual
6. Cada parte selecciona dos panelistas de su país, y ambas partes acuerdan sobre el quinto, o por mayoría de los panelistas	Propone la selección cruzada de panelistas, y el presidente lo eligen de común acuerdo	El Secretariado de la OMC propone los panelistas y las partes acuerdan su designación
7. Panel de 5 miembros	Igual	Regla general: 3 miembros; por excepción: 5 miembros
8. Prevé la recusación de árbitros	Igual	Igual
9. Contempla etapa escrita y oral	Igual	Igual
10. Las actuaciones son confidenciales	Igual	Igual

T L C A N CAPÍTULO XIX	T L C A N CAPÍTULO XX	O M C GRUPOS ESPECIALES
11. El tercer Estado del TLCAN puede participar como tercero interesado y participar en las audiencias y elaborar y recibir escritos	Sólo las partes en disputa pueden intervenir	Sólo las partes en la disputa
12. El panel elabora sólo un reporte final	El panel elabora un reporte de inicio y otro final	Reporte de inicio y otro final
13. Permite opiniones disidentes de los panelistas (práctica común en el <i>common law</i>)	Permite opiniones disidentes	No permite opiniones disidentes
14. Las decisiones del panel son más fuertes porque no tienen que ser aceptadas por otro órgano, son obligatorias para las partes (excepto Impugnación Extraordinaria)	Tampoco requieren aceptación de ningún órgano, pero no prevén ninguna medida de cumplimiento obligatorio. Las partes las usan como referencia para acordar una solución común	El OSD es el que adopta la resolución por consenso negativo, no las partes, quienes no tienen posibilidad de alterarlo
15. La única forma de apelar la decisión del panel es por el Tribunal de Impugnación Extraordinaria, pero es excepcional	No establece ningún mecanismo de apelación a las decisiones del panel; opera mediante acciones políticas para lograr acuerdos	Existe el Órgano de Apelaciones del OSD, que opera de forma regular, no como excepción
16. Prevé la suspensión de beneficios por incumplimiento de las resoluciones del panel	Igual, aunque prevén la compensación voluntaria como alternativa	Igual, con alternativa de compensación voluntaria
17. Las partes pueden solicitar la revisión del monto de la suspensión de beneficios	Igual	Igual

T L C A N CAPÍTULO XIX	T L C A N CAPÍTULO XX	O M C GRUPOS ESPECIALES
18. Las partes supervisan el cumplimiento de la resolución por la contraparte	Igual	Igual, pero el OSD puede ejercer esta acción de manera excepcional
19. Prevé un plazo de no más de 315 días para la resolución final del panel, más otros 210 días para poder suspender beneficios	Prevé un tiempo máximo de 255 días para que el panel resuelva de forma definitiva, más 30 días para poder suspender beneficios	El tiempo normal son 6 meses, o 9 como máximo, más otros 60 días para la adopción del reporte. Con apelación, dura en total 15 meses, más 30 días para adoptar la decisión del Órgano de Apelaciones. En total 16 meses
20. Las partes no pueden modificar el procedimiento del panel por simple acuerdo	Las partes pueden modificar la mayoría del procedimiento, salvo el establecimiento del Panel y la aplicación de sanciones	Es flexible porque las partes pueden acordar los términos de referencia del Panel, pero no pueden modificar nada más (incluyendo límites de tiempo)
21. Este capítulo se encarga de revisar un procedimiento anterior (igual que el Órgano de Apelaciones del OSD)	Es el procedimiento inicial, no revisa ninguno anterior	Es el procedimiento inicial
22. El Panel no está influenciado por cuestiones políticas	Las intervenciones políticas pueden surgir en cualquier momento, está muy influenciado por los gobiernos de las partes	Puede haber influencia política, pero se limita por el consenso negativo de los miembros
23. Prevé conclusiones obligatorias, imposibilita la duplicidad del procedimiento ante otro foro, evita ventajas tácticas de las partes, y dificulta la posibilidad de que las partes elaboren una ley comercial con carácter de represalia.	Sólo se acerca en algunos casos	Sólo se acerca en algunos casos

3.4.1. Circunstancias que propician la manipulación o el retraso del procedimiento por los gobiernos o las partes

La experiencia en uno y otro foro ha demostrado la lentitud manifiesta para la constitución del panel del Capítulo XIX del TLCAN, sin mencionar el procedimiento posterior; esta dilación como se ha demostrado ya, en mucho se debe a la posibilidad que el mismo TLCAN y sus Reglas de Procedimiento le otorgan a las partes para recusar panelistas, además de que no existe una suplencia por parte de ningún órgano para designarlos cuando las partes no se ponen de acuerdo, como sucede en la OMC con el caso particular del Secretario. Esta circunstancia tiende a jugar un papel importante para las partes cuyo objetivo es retrasar lo más posible un procedimiento en el que, con algunos indicios, pueden suponer les desfavorecerá a la postre.

Esta situación puede jugar desde la perspectiva de las empresas en el caso del TLCAN, aunque las autoridades gubernamentales que asisten a las partes en la controversia (UPCI, en México) pueden propiciar las dilaciones del procedimiento por el alto nivel de experticia que les ha proporcionado la experiencia, aunque debe dejarse demostrado de forma plena para que de este comportamiento derive una responsabilidad para el Estado, como el caso del Tribunal de Impugnación Extraordinaria, lo que no es cosa fácil.

En el ámbito de la OMC, al estar marginadas las empresas privadas del procedimiento por ser una instancia exclusiva de los gobiernos, limita en mayor grado la posibilidad de las partes de manipular a su antojo estos procedimientos. Además, el Órgano de Solución de Diferencias, en su conformación plural de países, ahora con procedimientos abiertos al público, es un foro en el que los países están siendo observados todo el tiempo, ya no solo por sus pares, sino por la comunidad internacional, de modo que reflejan las actuaciones un apego mucho más real a las disposiciones que regulan la solución de conflictos de este tipo.

3.4.2. Diferencias respecto de la calidad de análisis y la toma de decisiones en ambos procedimientos

Es difícil determinar si alguno de ambos foros analizados en este trabajo realiza una labor más exhaustiva o permite un análisis de mayor calidad respecto del otro. No son estas las razones para preferir a un foro sobre el otro; desde luego, tendría que analizarse el caso concreto y la postura de cada país en particular para tomar una decisión contundente al respecto. Por ejemplo, si se le cuestiona a los Estados Unidos de América sobre la actuación de los paneles del TLCAN habrá quien argumente los casos específicos de Madera Blanda procedente de Canadá, en los que EUA se vio afectado en varias ocasiones, no sólo por los paneles, sino por los Comités de Impugnación Extraordinaria, y en algunas ocasiones hasta se llegó a dudar de la integridad de los panelistas para resolver la controversia, siempre que decidieron a favor de Canadá.

Este caso, desde luego, no es o ha sido una constante, por fortuna, pero un aspecto que debe resaltarse es la falta de mecanismos suficientes para garantizar en el TLCAN una labor mucho más profesional de los panelistas en el desempeño de su trabajo, porque las Reglas de Procedimiento del Artículo 1904, el Código de Conducta para Árbitros y los Comités de Impugnación Extraordinaria no han logrado consolidar plenamente la labor adecuada de los panelistas. Esto se demuestra con el hecho de que, para sancionar a un panelista es necesario tener pruebas fehacientes de su falta de ética, probidad o mal desempeño de su labor, y para probarlo es casi una labor imposible, lo que queda demostrado con los resultados de los Comités de Impugnación Extraordinaria, de los cuales hasta la fecha ninguno ha resuelto a favor de la parte reclamante.

Por lo que respecta a los Grupos Especiales de la OMC, puede decirse que el hecho de tratarse de un procedimiento mucho más institucionalizado que el del TLCAN, podría brindar a las partes una certeza mayor en cuanto al desempeño de los árbitros. Esta institucionalización se debe al amparo al que están sujetos los países por la misma OMC, pero contribuye el hecho de contar con un

Órgano de Solución de Diferencias colegiado, compuesto por la totalidad de los miembros del organismo, y que para que se puedan adoptar las decisiones del Grupo Especial debe haber consenso de los miembros; si a esto se le agrega el carácter permanente de los miembros del Órgano de Apelación, se puede argumentar, al menos en el papel, que la labor en la solución de la disputa está mucho más cercana a un nivel profesional, en comparación con el TLCAN.

Estas razones pueden no ser contundentes si se habla de la calidad de las decisiones en los grupos especiales o en el Órgano de Apelación, porque no garantizan nada, es decir, de igual forma podrían emitirse decisiones con un análisis poco profundo, o no lo suficientemente contundente para el caso concreto, sin embargo, las partes que sienten en dicho análisis alguna deficiencia por parte de los encargados de su solución, pueden siempre acudir a instancias de ordinario que les permitirán defender su dicho. Mientras, en el TLCAN, como no existen instancias ordinarias de apelación del panel, la revisión se limita al análisis que realice este panel y sólo en caso de haber alguna circunstancia que ponga en riesgo la integridad del procedimiento, podrá combatirse la resolución.

Por lo que se refiere a la toma de decisiones del órgano de decisión, es verdad que el TLCAN no requiere de ningún acuerdo o acto posterior a la decisión del panel para emitir su recomendación, mientras que en los grupos especiales, como ya se dijo, se requiere del consenso de los países miembros para que el Órgano de Solución de Diferencias, en pleno, adopte sus resoluciones. Pero, esta circunstancia no debe ser vista como un obstáculo en contra del procedimiento seguido ante la OMC, por el contrario, el acto posterior brinda mayor tranquilidad a las partes, o tal vez cierta conformidad con el fallo una vez que ha sido avalado por la totalidad de los miembros. Debe recordarse que tampoco existe un caso a la fecha en el que se haya adoptado un consenso negativo para no adoptar alguna decisión de un Grupo especial o del Órgano de Apelación.

En conclusión, si existe alguna razón para considerar que alguno de los procedimientos tienen una calidad de análisis menor que la que puede ofrecer

el otro foro, no está a la vista ni es en sí misma una razón suficiente para escoger un foro por encima del otro. Las verdaderas razones para escoger a un foro por encima del otro atienden más a cuestiones de conveniencia política, económica, comercial o cualquier otra que no atiende a la calidad del funcionamiento de ninguno de los foros. Para Canadá, México o los Estados Unidos de América puede resultar más conveniente escoger el foro del TLCAN si dentro del panel puede ver representado su interés en la presencia de un panelista mexicano, e incluso canadiense o estadounidense, más que algún francés, griego o paraguayo, que no tienen el conocimiento suficiente del área comercial o de las razones específicas que comparten los tres países miembros del TLCAN, y que, por consecuencia, su análisis puede estar más vinculado al estricto jurídico de los instrumentos que a razones más íntimas de la zona. Asimismo, esta circunstancia que antes era una ventaja, puede verse también como un obstáculo del que quieren liberarse los países acudiendo a la OMC.

Las razones de conveniencia de un foro sobre otro también atienden por mucho a la rapidez de sus resoluciones. Son enormes las pérdidas para un país y sus sectores económicos cuando los procedimientos son largos y costosos. Cualquier foro que logre abatir estas circunstancias, sin duda será el que goce de la preferencia de la comunidad internacional.

3.4.3. Posibilidades de cumplimiento de las resoluciones en ambos foros

El cumplimiento de las resoluciones en ambos foros tiene sus variantes. La complicación que presenta el TLCAN es la presencia de la primera potencia económica mundial: los Estados Unidos de América. En un bloque de integración regional como el de América del Norte se puede ver con mayor facilidad las asimetrías entre los tres países, de los cuales es innegable la superioridad de uno por encima de los otros, y más evidente aún, la debilidad de México respecto de los otros socios comerciales. En un esquema de integración de esta naturaleza no existe más gobierno que el acuerdo de las partes, no hay un órgano rector o supervisor más que el acuerdo de

voluntades. Cuando las diferencias económicas son tan dispares, los acuerdos tienden a favorecer a los intereses económicos.

El cumplimiento de las resoluciones de los paneles va directamente relacionado con la presión de los sectores económicos hacia las autoridades gubernamentales. Casos como los del atún mexicano y el transporte de carga mexicano, aunque no son casos analizados al amparo del Capítulo XIX del TLCAN, sirven como botón de muestra para demostrar que los intereses económicos son un factor determinante del cumplimiento o no de las decisiones de los paneles.

Los procedimientos ante la OMC, en contraposición, cuentan con plazos más estrictos para el cumplimiento de las resoluciones adoptadas por el Órgano de Solución de Diferencias, y su falta de cumplimiento puede originar el repudio de la comunidad internacional, además de que las sanciones o represalias comerciales son avaladas por el pleno de los miembros de la OMC. No quiere decir esto que los intereses económicos dejen de jugar un papel determinante porque sería como pretender tapar el sol con un dedo, pero no es lo mismo el respaldo de la comunidad internacional y el escaparate que la OMC proporciona a los países que una agrupación regional regida exclusivamente por un tratado trilateral (TLCAN), en el que la comunidad internacional sólo puede opinar como espectadora.

3.4.4. Complicaciones para las Partes de iniciar acciones en foros paralelos

La pregunta no es lo sencilla que parece. Partiendo del supuesto en el que un país, en el intento de evadir una obligación derivada de una decisión de panel o grupo especial acude a otro foro para analizar una cuestión que ya fue resuelta anteriormente por otro foro, no cabe duda, se dan los supuestos de fraude a la ley, porque se busca el amparo de la justicia cuando ésta ya le fue contraria en otro foro.

En el caso de prácticas desleales de comercio internacional, específicamente de foros como el del TLCAN y la OMC, no coincide el planteamiento anterior. Casos como el de Jarabe de Maíz de Alta Fructosa, o el de Madera Blanda son ejemplos de una aparente duplicidad de foros que en realidad no es lo que parece.

Los casos que se inician al amparo del Capítulo XIX del TLCAN, según el análisis que ya se hizo con anterioridad (ver capítulo tercero), son promovidos por los particulares de un país o las autoridades del mismo cuando se han visto desfavorecidos por una resolución de la autoridad nacional investigadora de las prácticas desleales en otro país. Esta es la primera diferencia, porque los particulares no tienen acceso a los mecanismos de solución de controversias establecidos por la OMC, de modo que las partes en un procedimiento no son las mismas que en el otro. Si esto es así, no puede hablarse ya de dos casos iguales.

Si a esto se le agrega que los paneles del TLCAN tienen como objetivo revisar que durante el procedimiento de investigación que realiza la autoridad nacional para determinar la existencia de una práctica desleal, ésta se haya apegado a los ordenamientos jurídicos de su propio país para emitir un fallo específico, mientras que el Órgano de Solución de Diferencias (Grupo Especial u Órgano de Apelación) tiene como misión determinar, a la luz de un caso concreto, si una autoridad nacional o las leyes de un país guardan congruencia con los acuerdos abarcados de la OMC (multilaterales o plurilaterales), la conclusión que deriva de esto es que la causa que motivó la controversia no es la misma en ambos casos, por lo que tampoco se encuentra una coincidencia real para determinar la existencia de foros paralelos.

En conclusión, estas son las circunstancias coincidentes y divergentes de la controversia:

Por un lado, las coincidencias son las siguientes:

1. El conflicto se presenta, en ambos casos, entre los dos mismos países (i.e. México y Estados Unidos);
2. La controversia, también en ambos casos, es sobre la misma materia (Jarabe de maíz, madera blanda, etc.); y
3. Los procedimientos son similares porque ambos consisten en cuestiones relacionadas con el arbitraje, aunque difieren en algunas cuestiones.

Por otro lado, las divergencias son:

1. Los promoventes son distintos (particulares o autoridades de un país, por un lado (TLCAN), y gobiernos, exclusivamente, para el caso de la OMC);
2. La instancia es distinta (TLCAN y OMC, por ello no podría argumentarse ni litispendencia ni conexidad); y
3. La causa es diferente (apego a la legislación nacional, en el TLCAN, y apego a los acuerdos abarcados, en la OMC).

El resultado de este análisis comparativo no puede sino concluir que no hay razones suficientes para determinar la conexidad entre ambos foros, por más que se intente resaltar las coincidencias. En realidad, se está hablando de dos procedimientos totalmente distintos, aunque en ambos casos puede derivar una consecuencia para el mismo país.

El punto de conflicto radica en que puede darse la circunstancia, como ya sucedió en el caso de Jarabe de Maíz de Alta Fructosa, entre México y Estados Unidos, de que ambos procedimientos emitan una resolución condenatoria para un país, en este caso México, y aunque hayan seguido diversas líneas al final se concluye en una sanción en contra de un país.

Por una afortunada coincidencia, en el caso de la Fructosa ambos foros resolvieron en un mismo sentido, la preocupación radica, entonces, en aquella posibilidad de que en ambos foros se resuelva en sentido contrario. Si hay una resolución que condene, por ejemplo, a México en un foro, mientras que en otro se le concede la razón, a cuál foro deberá atenderse. La pregunta desde

luego tendría una respuesta lógica: el país dará por buena la resolución que le favorece, y con este argumento se buscaría atacar por cualquier medio posible la resolución que le condenó.

Para Patiño, sin embargo, la cuestión antes planteada adolece de un error desde sus propias bases. De acuerdo con este autor en ningún momento tendría que vincularse una resolución con la otra, por muy contrarias que fueran. Esto se explica porque en los procedimientos ante paneles del TLCAN siempre se designa un período de investigación que generalmente va de entre los seis meses a un año; este período de investigación que realiza la autoridad nacional lo establece para hacer un análisis de las importaciones que en calidad de prácticas desleales, ingresaron al país procedentes de otro con el que se contendrá en los paneles. Este período de investigación puede arrojar resultados que demuestren la existencia o no de una práctica desleal, pero de ninguna forma será la misma causa que se analice ante la OMC.

El Órgano de Solución de Diferencias de la OMC verificará, en todo caso, que la legislación interna de un país se haya apegado a los acuerdos abarcados, o que la autoridad investigadora haya cumplido con lo que dispone, en este caso, el *Acuerdo Antidumping* o el *Acuerdo sobre Subvenciones* de la OMC, pero nunca podrá analizar la cuestión con base en el período de investigación que tomó en cuenta la autoridad nacional para emitir su fallo. Por su parte, al OSD no le compete determinar si la autoridad investigadora nacional cumplió o no con el análisis de su propia legislación doméstica, sino verificar que el país (México) cuente con una ley nacional que se apegue a los acuerdos abarcados de la OMC y no se afecten intereses de otro país debido a la correcta aplicación de una ley que a fin de cuentas va en contra de los acuerdos de la OMC.

Para los paneles del TLCAN puede ser que la autoridad nacional haya aplicado su legislación correctamente y en su decisión favorezca a México, pero la OMC puede decir que la legislación mexicana contraviene a los acuerdos de la OMC y por lo tanto el Grupo Especial o el Órgano de Apelación pueden resolver que

México debe modificar su legislación por ser incompatible con las obligaciones de la OMC.

En ambos casos los tribunales han resuelto de manera correcta, pero lo que han resuelto es totalmente distinto, por lo que no deben coincidir las resoluciones en ningún caso. El período de investigación sirve para definir una situación específica en un momento preciso (*dumping* o subvención durante 2005), pero si la OMC ha resuelto la incompatibilidad de la ley mexicana con los acuerdos abarcados, no quiere decir que deba reponerse el procedimiento, porque a fin de cuentas la tarea era verificar si la autoridad nacional se apegó a su propia ley no si la ley era correcta o no.

La tarea del panel concluye aunque en un nuevo período de investigación se llegue a la conclusión de una nueva falta de la autoridad y se inicie un nuevo procedimiento, y si se vuelve a considerar que la legislación mexicana tiene un nuevo motivo de incongruencia, el Grupo especial podrá nuevamente determinar o recomendar su modificación o no, independientemente de la situación concreta que se analiza en ese mismo momento ante paneles del TLCAN.

En el siguiente capítulo se analizará que no necesariamente se debe plantear ante la OMC la incongruencia de la legislación nacional frente a los acuerdos abarcados de la OMC, sino el indebido desempeño de la Autoridad Investigadora para imponer o no cuotas compensatorias definitivas a los exportadores.

CAPÍTULO CUARTO

LA JURISDICCIÓN CONCURRENTES¹

1.1 Problemas específicos

Existen diversas circunstancias que pueden propiciar la decisión de una de las partes en la controversia para acudir a un foro en lugar de a otro. Cuando existen varias opciones para resolver una controversia y los intereses representan montos económicos importantes, las partes deben poner especial atención sobre el foro al que han de acudir para obtener justicia.

En la actualidad existen muchas alternativas de muy variados tipos y características especiales que pueden resultar opciones adecuadas para someter un conflicto a su consideración y con ello obtener mayores beneficios que los que pudieran obtenerse en otro foro.

*Petersmann*² identifica, entre las causas más relevantes para la existencia de diversidad de foros comerciales, las siguientes:

1. La creciente cantidad y diversidad de diferencias entre gobiernos en el marco de la OMC. Esta creciente tendencia de controversias la justifica en las más de 300 controversias presentadas ante la OMC entre 1995 y 2004, entre otros datos, además del aumento de países miembros de la OMC;
2. Pérdida gradual de la vigencia de las disposiciones transitorias de la OMC. El razonamiento empleado atiende a los esquemas otorgados temporalmente a los países menos avanzados (PMA), así como a los subsidios agrícolas; la terminación de estos tratamientos privilegiados

¹ Los casos presentados en este capítulo son sólo algunos representativos que se han planteado ante paneles del TLCAN y Grupos Especiales de la OMC, pero no son todos los que se encuentran en dicha circunstancia.

² Petersmann, Ernst-Ulrich, "La Proliferación y Fragmentación de los Mecanismos de Solución de Controversias en el Comercio Internacional: Los Procedimientos de Solución de Diferencias de la OMC y los Mecanismos de Solución Alternativa de Controversias", en *Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales*, Julio Lacarte y Jaime Granados (editores), Buenos Aires, Argentina, BID-INTAL, 2004, pp. 274-280.

cada día disminuye más, por lo que las controversias sometidas a la OMC tienden a incrementarse;

3. Superposición de los acuerdos de la OMC respecto de otros acuerdos internacionales. Otros muchos organismos y acuerdos internacionales establecen mecanismos de solución de controversias que de alguna manera compiten con la competencia de la OMC, como la Corte Internacional de Justicia y la Organización de Aviación Civil Internacional, como ejemplos de organismos, y el Convenio de París sobre Propiedad Industrial o los diversos acuerdos sobre el medio ambiente, como ejemplos de instrumentos jurídicos internacionales. Las partes en conflicto tienen la libertad de recurrir a la OMC o al foro que determine el organismo o acuerdo internacional para solucionar su controversia;
4. Creación de diversos tribunales en todo el mundo. Estos tribunales pueden resolver una controversia independientemente de las facultades de la OMC para hacerlo en el ámbito de su competencia. Ejemplos de esto son los casos sometidos por Chile al Tribunal Internacional del Derecho del Mar (en el caso del pez espada contra las Comunidades Europeas (CE)) mientras que las CE acudieron por la misma controversia a la OMC;
5. Creciente número de tribunales económicos regionales. Los casos sometidos al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR y a la OMC, o el caso de Jarabe de Maíz de Alta Fructosa, sometido de manera simultánea a la OMC y a los paneles del Capítulo XIX del TLCAN, son ejemplos de ellos. Los casos sometidos simultáneamente ante el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA, por sus siglas en inglés), el Tribunal de Justicia Andino y el Tribunal Económico de la Comunidad de Estados Independientes (CEI) por un lado, y la OMC por el otro. La decisión que tome una parte en la controversia de acudir a uno u otro tribunal diversifica las opciones, pero la situación se complica cuando la afectada decide acudir a ambos.
6. La existencia de tribunales de arbitraje internacional mixtos que otorgan acceso a las partes reclamantes privadas. La imposibilidad de productores, inversionistas y comerciantes privados para acudir a la

OMC (por ser un foro de competencia exclusiva de los Estados) crea la necesidad de que sean ellos mismos los que tramiten y controlen su propio conflicto, sin la necesaria intervención de sus autoridades estatales. Estos procedimientos mixtos pueden ser, por ejemplo, los establecidos por la OMPI, el CIADI, o los procedimientos del Capítulo XIX del TLCAN;

7. Que algunos acuerdos de la OMC dispongan explícitamente el acceso de particulares a tribunales nacionales. El Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC concede a los particulares el acceso a procedimientos de impugnación nacionales ante tribunales locales para verificar la infracción del Acuerdo de la OMC; o bien, acceso a tribunales privados mixtos de la OMC para verificar estas infracciones;
8. Las diferencias internacionales sobre derechos humanos pueden tener repercusiones sobre la interpretación y aplicación de las normas de la OMC y viceversa. El autor menciona como ejemplo un caso analizado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre restricciones al comercio de alimentos biotecnológicos a la luz de los derechos humanos, entre los que destacan el derecho fundamental a la dignidad humana y a la integridad de la persona. Cita el autor, de igual forma, una búsqueda de Internet donde encontró, hasta 2002, diez informes del Órgano de Apelación de la OMC que aluden sobre derechos humanos, y también cita informes del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las consecuencias del Acuerdo sobre los ADPIC en materia de derechos humanos.
9. La existencia de tratados bilaterales de inversiones (TBI) que incluyen amplias garantías para la solución de diferencias entre Estados, entre un inversionista y un Estado y a nivel nacional. A la fecha, dice el autor, hay más de 2 mil 100 tratados de este tipo. *Petersmann* también destaca la necesidad de que muchos proveedores de servicios y titulares de derechos de propiedad intelectual verifiquen con cuidado los foros a los que someten su controversia, es decir, si involucran o no a sus gobiernos en la controversia. En estos casos, la OMC puede disponer el derecho aplicable o servir exclusivamente como referencia dentro de un contexto jurídico para resolver la controversia.

10. Las numerosas garantías de la OMC para el acceso de las partes privadas a tribunales nacionales. Existen algunas disposiciones y decisiones adoptadas por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC que no son autoaplicativas, sino que tienen que incorporarse a los ordenamientos jurídicos nacionales o regionales (como el caso de las Comunidades Europeas) de los países miembros. Explica el autor que el caso omiso generalizado de los tribunales a las decisiones de grupos especiales de la OMC y la sustanciación de estos procedimientos ante las instancias nacionales propician una incertidumbre jurídica debido a la posibilidad de emitir decisiones contradictorias respecto de las de la OMC, que a su vez propician impugnaciones e incumplimiento de los fallos.

Existe una enorme diversidad de opciones existentes de foros para resolver las controversias, aunque no se menciona de forma clara la posibilidad de que dos o más foros conozcan de la misma causa y resuelvan en consecuencia, en lo que pudiera representar una contradicción de decisiones. Se menciona la posibilidad respecto de la jurisdicción nacional y las resoluciones de la OMC, pero queda en el aire la posible controversia de dos foros internacionales respecto de una misma litis.

Los casos que se analizan en este capítulo se han planteado de manera concurrente ante los paneles del Capítulo XIX del TLCAN y ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Lo que se analiza de cada uno de ellos es el aspecto controvertido de esta aparente doble jurisdicción sobre un mismo caso, con las salvedades que en otros capítulos se han analizado, tomando en cuenta las diferencias de ambos procedimientos en lo que respecta a las partes, la litis, el foro, y las consecuencias de cada caso concreto.

1.1.1. México vs. Estados Unidos. Importaciones de Cemento Pórtland Gris y *Clinker* Proveniente de México

En el marco del **TLCAN**, el 23 de agosto de 1990, la Comisión estadounidense determinó que una industria regional en los Estados Unidos estaba siendo dañada de manera importante por las importaciones de cemento portland gris y clinker provenientes de México, por ser presuntamente vendidas por debajo de su valor normal.

El 2 de agosto de 1999, se llevó a cabo la primera revisión quinquenal para analizar si la revocación de la resolución que impuso cuotas compensatorias por discriminación de precios al cemento proveniente de México podría llevar a la continuación o repetición de un daño importante. Después, el 27 de octubre de 2000, la Comisión determinó que la revocación de la resolución podría llevar a una continuación o repetición de un daño importante a una industria regional en los Estados Unidos, dentro de un plazo razonablemente previsible.

El 21 de noviembre de 2000, CEMEX presentó una solicitud de revisión ante un Panel Binacional, de conformidad con el Capítulo 19 del TLCAN. GCCC lo siguió con la presentación de su propia solicitud, el 22 de noviembre de 2000. El 21 de diciembre de 2000, CEMEX y GCCC presentaron reclamaciones independientes, alegando en general, que la decisión de la Comisión en la revisión quinquenal por extinción de daño no estaba fundada en una evidencia sustancial o de otra manera, que era contraria a derecho.

El Panel confirmó en parte la decisión de la Autoridad Investigadora y devolvió algunos puntos para que la Comisión emitiera una determinación no incompatible con la decisión e instrucciones del Panel.

El procedimiento ante **la OMC** comenzó el 3 de febrero de 2003, cuando México solicitó la celebración de consultas con los Estados Unidos en relación con varias medidas *antidumping* impuestas por los Estados Unidos a las importaciones de cemento procedentes de México.

México consideró que las medidas *antidumping* mencionadas eran incompatibles con algunos artículos del Acuerdo *Antidumping*, del GATT de 1994 y del Acuerdo sobre la OMC.

El 29 de julio de 2003, México solicitó el establecimiento de un grupo especial, que fue establecido por el OSD el 29 de agosto de 2003. Nuevamente, el 24 de agosto de 2004, México solicitó al Director General que estableciera la composición del Grupo Especial, y el Director General los estableció el 3 de septiembre de 2004.

El 1º de marzo de 2005, el Grupo Especial informó al OSD de que no podría concluir su labor dentro del plazo de seis meses contados a partir de la fecha de su composición, entre otras cosas, debido al gran número de alegaciones formuladas, a la complejidad de las cuestiones y a determinados aplazamientos en el calendario del Grupo Especial, y de que éste esperaba concluir su labor para fines de octubre de 2005. El 3 de octubre de 2005, el Grupo Especial informó al OSD que, habida cuenta de que el Grupo Especial seguía examinando las cuestiones planteadas en esta diferencia, no le sería posible completar sus trabajos para fines de octubre, y de que el Grupo Especial esperaba concluir su labor en enero de 2006.

El 16 de enero de 2006, el Presidente del Grupo Especial informó al OSD de que, en el marco de las negociaciones para encontrar una solución mutuamente aceptable de esta diferencia, México había solicitado al Grupo Especial que suspendiera su procedimiento, de conformidad con el párrafo 12 del artículo 12 del ESD, hasta nuevo aviso. El Grupo Especial accedió a esa solicitud.

Comité de Impugnación Extraordinaria³

³ Cfr. Archivo del Secretariado No. ECC-2000-1904-01USA. Quinta Revisión Administrativa (8/15/94 – 7/31/95).

Estados Unidos solicitó su instalación el 13 de abril de 2000, con la finalidad de que éste revisara una de las catorce determinaciones emitidas por el Panel Binacional, respecto de la Quinta Revisión Administrativa del Departamento de Comercio estadounidense, del 9 de abril de 1997.

Este procedimiento fue el primero en su tipo en el marco del TLCAN, porque con anterioridad se habían llevado a cabo tres procedimientos similares, aunque bajo los auspicios del Acuerdo de Libre Comercio, celebrado entre Estados Unidos y Canadá, instrumento éste considerado como antecesor del actual TLCAN.

Los argumentos estadounidenses para solicitar la instalación de este Comité, consistieron en la violación del Panel al Artículo 1904.13 (a)(iii) del TLCAN, en virtud de que aquél se excedió ostensiblemente en sus facultades al rechazar la definición de “producto similar extranjero” hecha por el Departamento de Comercio estadounidense (en adelante DOC, por sus siglas en inglés), con lo que se valdría la autoridad nacional para calcular la cuota compensatoria a las importaciones mexicanas. Con ello – en argumento de los empresarios estadounidenses – se afectó materialmente el fallo del Panel, y en consecuencia, se amenazó su integridad.

El Comité de Impugnación Extraordinaria (integrado por dos estadounidenses y un mexicano), en su decisión del 30 de Octubre de 2003, concluyó que los solicitantes estadounidenses no lograron demostrar que “el Panel Binacional se ha “excedido ostensiblemente en sus facultades, autoridad o jurisdicción” o que la decisión del Panel en el asunto específico a que se refiere la solicitud “amenaza la integridad del proceso de revisión del Panel Binacional”. En tanto que estos requisitos no se han cumplido, la solicitud es denegada y la decisión emitida el 18 de junio de 1999 por el Panel Binacional no será afectada”.

Acuerdo México-Estados Unidos sobre Comercio de Cemento

El revés aplicado a los estadounidenses por el Comité de Impugnación Extraordinaria, además de los efectos desastrosos del huracán *Katrina* en el

año 2005, propiciaron la celebración del “Acuerdo sobre Comercio de Cemento entre la Secretaría de Economía de los Estados Unidos Mexicanos y la Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos y el Departamento de Comercio de los Estados Unidos de América”⁴.

México es uno de los principales países exportadores de cemento del mundo, y tan solo las exportaciones de Cementos Mexicanos (Cemex) representan dos terceras partes del total destinado a los Estados Unidos. La cuota arancelaria que pagan los exportadores mexicanos al entrar al territorio estadounidense es de 26.28 dólares por tonelada, lo que representa aproximadamente una tarifa de 55%. Con el acuerdo recién celebrado se disminuiría la tarifa arancelaria a 3 dólares por tonelada, lo que permite mayor penetración de cemento mexicano al mercado estadounidense, aunque con la carga para México de permitir, en respuesta, mayores importaciones de cemento estadounidense a su territorio, eliminando las barreras no arancelarias actualmente impuestas por México.

Este Acuerdo entró en vigor el 3 de abril de 2006. En él, se establece la posibilidad de que México realice exportaciones de cemento al territorio estadounidense, sujeto a algunas restricciones. Se establecieron tres períodos de exportación: el primero, que va del 3 de abril de 2006 al 31 de marzo del 2007; el segundo, desde el 1 de abril del 2007 al 31 de marzo del 2008; y el tercero, desde el 1 de abril del 2008 al 31 de marzo del 2009.

La entrada en vigor del Acuerdo quedó sujeta a la terminación de los procedimientos de solución de controversias ante paneles binacionales que estuvieren pendientes, así como del procedimiento iniciado por México ante la OMC (WT/DS281). De igual forma, tampoco podrá iniciarse ningún procedimiento de revisión quinquenal del presente asunto, la cual quedará suspendida mientras dure el presente Acuerdo, salvo que alguna importación de cemento mexicano se haya llevado a cabo o pretenda realizarse mediante “Elusión”⁵.

⁴ Cfr. www.economia.gob.mx

⁵ El mismo Acuerdo, en el numeral I.H, conceptualiza la elusión como:

Este Acuerdo establece la posibilidad de que México pueda continuar exportando cemento a Estados Unidos, aunque con restricciones regionales, a fin de evitar un daño a la producción estadounidense. Para ello, también se establecen límites máximos anuales de exportación (3 millones de toneladas métricas para el primer período, que podrá incrementarse mediante autorización de la autoridad estadounidense para casos de aumento de la demanda de cemento debida a alguna emergencia nacional ocasionada por desastres), así como licencias de importación que deberá emitir la autoridad estadounidense, y permisos de exportación que deberá emitir la autoridad mexicana (Secretaría de Economía).

Un aspecto importante del Acuerdo consiste en la obligación establecida para ambos gobiernos de que, para el caso de que el Acuerdo se mantenga en vigor para el 2 de enero del 2007, deberán notificar al OSD de la OMC que han llegado a una solución mutuamente aceptable respecto de la diferencia conforme al Artículo 3.6 del Entendimiento, conforme al caso WT/DS281.

Esta obligación nacida de este Acuerdo pone en evidencia la conexión del caso planteado ante uno y otro foro, de lo contrario no se pediría hacer del conocimiento de la OMC lo que las partes han acordado por el intercambio comercial de una mercancía realizado en el marco de un tratado regional como lo es el TLCAN.

De no existir ninguna coincidencia entre uno y otro foro, el presente Acuerdo no habría exigido a sus suscriptores la obligación de desistirse de los

-
1. “La exportación de Cemento Mexicano que realice a una Subregión un Productor de Cemento Mexicano, cualquier persona o empresa en México, o cualquier persona o empresa fuera de México actuando, de hecho y de derecho, a nombre de un Productor de Cemento Mexicano:
 - a. que no vaya acompañada de un Permiso de Exportación;
 - b. para la cual no se haya emitido una Licencia de Importación, una vez que se haya implementado el sistema de Licencias de Importación de Estados Unidos; o
 - c. que exceda en cantidad los Límites de Exportación para cualquier Subregión o los Derechos de Exportación asignados por la SE al productor de ese cemento; o
 2. Enviar Cemento Mexicano de México a Estados Unidos, a través de terceros países, que no vaya acompañado de un Permiso de Exportación, excepto cuando se trata de exportaciones que no tengan consecuencias, sean accidentales, o que no impidan que se cumplan sustancialmente los objetivos del presente Acuerdo”.

procedimientos ante Panel Binacional del TLCAN y Grupo Especial de la OMC, como tampoco se exigiría no iniciar procedimientos de revisión ante instancias nacionales. El vínculo de los asuntos llevados ante un foro y otro es evidente, por más que sean diferentes las partes y la causa llevada en cada uno de ellos.

El acuerdo sobre cemento, según lo han expresado las autoridades mexicanas (Secretaría de Economía) “satisface a nuestra industria y al gobierno mexicano”⁶. Es posible que el acuerdo satisfaga al gobierno mexicano y con mayor razón, a los exportadores mexicanos de cemento ya que este acuerdo representa la posibilidad de ingresos millonarios.

La duda que surge con este convenio es si debe prevalecer el interés comercial y económico por encima de dieciséis años de litigios desgastantes que terminaron por no concluir en nada. Un convenio de esta naturaleza puede verse como un gran logro si se toma en cuenta la premisa de que “vale más un mal arreglo que un buen pleito”, pero visto desde otra perspectiva no puede soslayarse que este acuerdo representa también el fracaso de los mecanismos de solución de controversias, tanto del TLCAN como de la OMC, porque no fueron capaces de dar solución satisfactoria a los contendientes, quienes prefirieron pactar en privado una solución motivada por las consecuencias de la furia de la naturaleza.

1.1.2. Estados Unidos vs. México. Importaciones de jarabe de maíz de alta fructosa

La controversia inició en 1998, cuando la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la entonces Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, publicó la resolución final en la que se declaró la existencia de *dumping* por las importaciones estadounidenses a México de Jarabe de Maíz de Alta Fructosa.

⁶ “Entrevista al Secretario de Economía, Sergio García de Alba”, *Revista Poder y Negocios*, México, Año 2, Edición número 03, 30 de enero de 2006, p. 23.

En ese mismo año los productores estadounidenses pusieron en marcha el Capítulo XIX del TLCAN y solicitaron la instalación de un panel, alegando irregularidades por parte de las autoridades mexicanas en el procedimiento de investigación.

Argumentos de México en la OMC

De acuerdo con lo visto ante los grupos especiales de la OMC, México objetó que los Estados Unidos hubiera hecho referencia en este procedimiento de acciones tomadas por México en el marco de actuaciones referidas en un memorial presentado por México ante un procedimiento ante paneles del capítulo XIX del TLCAN.

Para México, lo actuado ante el panel del TLCAN no tiene que ser materia de análisis por el Grupo Especial porque son argumentos que no corresponden a la revisión que el Grupo Especial realizará en la controversia que se le ha presentado. Además, los derechos protegidos en el marco del TLCAN no necesariamente coinciden con los que debe examinar el Grupo Especial; y que en el TLCAN está involucrada la industria en controversia, mientras que en el GE no. Por último, México argumentó que el caso en el TLCAN aún estaba pendiente de resolver, por lo que el GE no puede tomar en cuenta las pruebas y argumentos presentados ante el panel, porque todavía no tienen fuerza probatoria al no haber sido avalados por otro foro.

El argumento de México, contrario al de los Estados Unidos, consistió en que, el mandato de los paneles difiere del de la OMC, ambos tienen criterios de revisión diferentes y tienen distinto alcance; las partes en ambos procedimientos no son las mismas; y por lo tanto, México no presentaría en ambos procedimientos argumentos iguales

Argumentos de los Estados Unidos

Los argumentos estadounidenses consistieron en que el grupo especial debería aceptar las pruebas presentadas y valorarlas, ya que “la medida en

litigio en ambos procedimientos es la misma, muchas cuestiones son las mismas, y tanto al Grupo como al Panel se les ha sometido la misma determinación, basada en el mismo expediente”. Esto es verdad, aunque sólo a medias, porque las medidas de litigio no corresponden a una misma situación, ya que en el TLCAN se revisa la ilegalidad de la resolución respecto del derecho mexicano, mientras que en la OMC se revisa la ilegalidad de la resolución respecto de los acuerdos de la OMC.

Para Estados Unidos muchos de los puntos que se impugnan en los dos procedimientos son idénticos, involucran al mismo instrumento jurídico (el Acuerdo Antidumping) y se basan en el mismo expediente administrativo compilado por SECOFI durante la investigación antidumping. Por esta razón los Estados Unidos citaron el expediente del TLCAN, con la finalidad de ayudar al GE a comprender la situación específica de manera global.

Estados Unidos argumentó que la facultad del Grupo Especial para conocer de las pruebas presentadas por ellos mismos ante el panel del TLCAN está clara, de conformidad con el Artículo 13 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD), además de que el GE deberá otorgarles a estas pruebas un valor considerable. Con ello, siguen diciendo, el GE no se estaría excediendo en su mandato como lo argumentó México, porque sólo al GE le corresponde considerar el valor probatorio que tendrán los documentos presentados por las partes.

Observación del Panel

En este caso particular el panel resolvió, en primer lugar, haciendo referencia de lo dispuesto por el Artículo 11 del ESD, que dispone que cada Grupo Especial debe hacer una evaluación objetiva del asunto, de los hechos, y de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes.

El mismo Grupo Especial, en una referencia a un informe del Órgano de Apelación (Estados Unidos-Camarones), decidió que le corresponde a los Grupos Especiales determinar la admisibilidad y pertinencia de las pruebas

ofrecidas por las partes en una controversia, por lo que el Grupo Especial no puede excluir las pruebas presentadas relativas al procedimiento seguido ante el panel del TLCAN, y no se le concede importancia a las diferencias presentadas en ambos memoriales ante ambos foros.

1.1.3. Canadá vs. Estados Unidos. Ciertos productos de madera suave procedente de Canadá

El conflicto que más controversia ha causado en la región de América del Norte, y no precisamente o por lo menos no de manera exclusiva en el ámbito del TLCAN, ha sido hasta ahora el derivado de las importaciones a Estados Unidos de ciertos productos de Madera Blanda (*softwood lumber*) procedentes de Canadá. Este conflicto inició desde 1982 por solicitudes de investigación por *dumping* y subvenciones, por separado⁷.

La importancia mayor de esta controversia es la dependencia que tiene la industria canadiense de las exportaciones a los Estados Unidos de la madera blanda. Para Canadá el comercio de madera blanda a los Estados Unidos es vital para su economía, y esta es la razón de los alcances a los que la controversia ha llegado y se ha mantenido por más de 23 años.

Madera Blanda I

En total ha habido cuatro procedimientos sobre el caso de madera blanda desde 1982. El primero, surgió del debate de si algunas provincias canadienses cobraban a las compañías locales un precio menor que el normal por cortar árboles, derivado de la aplicación de subsidios. La conclusión fue que no porque el precio cobrado no era diferenciado para las compañías encargadas del trabajo, es decir, a las tres compañías que realizaban el trabajo se les cobraba de igual forma.

⁷ Para mayor información del caso cfr. Macrory, Patrick F.J., *op. cit.*, pp. 478-483; Hoberg, George and Howe, Paul, "Law, Knowledge, and National Interests in Trade Disputes. The Case of Softwood Lumber", *Journal of World Trade*, Great Britain, vol. 34, no. 2, Kluwer Law International, 2000, pp. 109-130.

Madera Blanda II

La industria de la madera blanda estadounidense nuevamente inició otra controversia en 1985, por las mismas razones. El Departamento de Comercio de los Estados Unidos condenó la existencia de subsidios a la industria canadiense. La industria canadiense no quiso hacer demasiado conflicto por el caso y prefirió suscribir un memorando de entendimiento con el gobierno estadounidense, por el que decidió aplicar un impuesto a las exportaciones canadienses de madera blanda dirigidas a los Estados Unidos con la finalidad de remediar el supuesto subsidio.

Madera Blanda III

El Gobierno canadiense dio por terminado el memorando de entendimiento en 1991, debido a que las empresas canadienses habían incrementado sus impuestos en la producción, lo que redujo el supuesto subsidio alegado por los estadounidenses. El Departamento de Comercio de los Estados Unidos inmediatamente inició otra investigación, pero esta vez de oficio, es decir, sin esperar a que la industria estadounidense solicitara el apoyo gubernamental para iniciar la investigación. La autoridad investigadora estadounidense encontró nuevamente la existencia de un subsidio de aproximadamente 6.5 por ciento, que fue lo que se aplicó a las importaciones canadienses de madera blanda.

Canadá solicitó la instalación de un panel binacional (en este caso, ya bajo los auspicios del Acuerdo Bilateral celebrado entre ambos países en 1989, que fue el antecedente inmediato del actual TLCAN). El panel binacional le dio la razón a los canadienses y ordenó al Departamento de Comercio estadounidense rectificar su decisión y considerar otras causas para determinar el cálculo que había establecido para determinar la existencia de subsidios.

El caso no deja de generar suspicacias, ya que el panel en esta ocasión estaba conformado por tres canadienses y dos estadounidenses, y en este caso en

particular los dos panelistas estadounidenses disintieron del fallo final por considerar que el panel se había extralimitado en sus funciones, una de las razones para acudir al Comité de Impugnación Extraordinaria.

El Gobierno Estadounidense solicitó la integración de un Comité de Impugnación Extraordinaria, alegando que el panel había realizado un análisis erróneo del caso y que dos panelistas canadienses tenían conflicto de intereses con el caso analizado. Nuevamente, la conformación del Comité estuvo representada por dos canadienses y un estadounidense. Ambos canadienses rechazaron las quejas presentadas en el caso. También en este caso el ex juez estadounidense miembro del Comité emitió un voto particular en disenso, con grandes exclamaciones de vituperio en contra del Capítulo XIX del TLCAN y del procedimiento en particular, así como de la poca capacidad de los panelistas y miembros del Comité de Impugnación para entender e interpretar la legislación estadounidense.

Este aparatoso disenso no fue suficiente para modificar la decisión del Comité, puesto que éste puede adoptar las decisiones por mayoría. Sin embargo, los airados comentarios del juez en disenso incrementaron los ánimos entre las partes y, particularmente, de los estadounidenses, que no se daban por vencidos ante lo que ellos consideraban un robo del caso por la conformación de los tribunales que en todas las ocasiones los desfavorecieron.

Madera Blanda IV

La entonces recién terminada Ronda de Uruguay del GATT arrojaba resultados importantes dentro de los que destacaron la aprobación de acuerdos multilaterales como el *Acuerdo Antidumping* y el *Acuerdo Sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias*.

Con este nuevo marco la industria estadounidense pretendía iniciar otra investigación, pero Canadá se adelantó, quizá por sus temores acerca del cambio jurídico que había operado como resultado de la Ronda Uruguay, firmó un acuerdo con los Estados Unidos, por el que se incrementaban las tarifas a

las exportaciones de madera blanda hacia los Estados Unidos. Este acuerdo tenía una vigencia de cinco años, es decir, hasta abril de 2001.

A punto de expirar el convenio, la industria estadounidense inició un nuevo procedimiento de investigación por subsidios, y por primera ocasión, también por *dumping* de las importaciones de madera blanda procedente de Canadá. Para 2002, el Departamento de Comercio Estadounidense determinó en su resolución final la existencia de *dumping* y aplicó cuotas compensatorias a las importaciones canadienses; asimismo, encontró subsidios gubernamentales. El análisis realizado por Estados Unidos había cambiado radicalmente su criterio desde los anteriores casos analizados, de forma que afectó irremediablemente a la industria canadiense por el criterio deformado de su análisis. Para terminar de complicar las cosas, la Comisión de Comercio Internacional (autoridad estadounidense encargada de analizar la existencia de daño a la producción nacional, mientras el Departamento de Comercio se encarga de analizar la existencia de *dumping* o subvención) determinó que las importaciones canadienses no habían causado daño a la producción nacional. Esta circunstancia podría considerarse suficiente para eliminar la existencia de una práctica desleal, pero existía la amenaza de daño, que de acuerdo con el orden jurídico internacional comercial es razón suficiente para determinar la existencia de la práctica desleal.

Canadá decidió acudir al Capítulo XIX del TLCAN y solicitar la instalación de un panel binacional. El panel decidió enviar a la autoridad estadounidense el mandato de modificar sus cálculos por considerar que estaban hechos con errores. De igual forma, se ordenó a la Comisión de Comercio Internacional modificar su análisis de determinación de amenaza de daño porque no presentaban evidencia sustancial de la amenaza. La Comisión de Comercio Internacional ha intentado defender en varias ocasiones su dicho bajo el argumento de haber presentado evidencia sustancial que soportaba la existencia de amenaza, pero a la fecha el panel no ha emitido su decisión al respecto.

Fue en agosto de 2001, poco después de que Estados Unidos decidió iniciar nuevamente las investigaciones nacionales por prácticas desleales, cuando Canadá solicitó el establecimiento de consultas bilaterales en el marco de la OMC.

Estados Unidos acudió a la OMC y se limitó a solicitar al Grupo Especial que rechazara todos los argumentos presentados por Canadá en el procedimiento, pero no hicieron especial énfasis al procedimiento que se había llevado a cabo o estaba pendiente de resolver ante el panel del Capítulo XIX del TLCAN.

Por su parte, en el procedimiento realizado conforme al Capítulo XIX del TLCAN no se hicieron referencias a los procedimientos llevados ante la OMC sobre esta misma controversia.

El 1° de julio de 2006, los responsables de comercio de Canadá y de los Estados Unidos llegaron a un acuerdo por el que se pretende concluir el conflicto. Este convenio se firmará en agosto del mismo año y se tiene prevista su entrada en vigor para el 1° de octubre de 2006.

En total, respecto de este conflicto se han promovido diez paneles de solución de controversias en el marco del capítulo XIX del TLCAN, por ocho en el marco de la OMC. Además, se han iniciado diversos procesos judiciales en cortes internas.

El convenio prevé concluir con todos los procedimientos judiciales en curso, al tiempo que se establece un plazo de 18 meses para que ambos países acuerden políticas para eliminar las restricciones al comercio de madera blanda.

Este convenio no requiere la aprobación del congreso estadounidense, a diferencia del congreso canadiense. El convenio tiene una vigencia de 5 años, aunque no existe impedimento para que cualquiera de los países lo den por terminado anticipadamente, mediante notificación escrita con, por lo menos, un

mes previo, con el compromiso, además, de no iniciar ninguna disputa en esta materia en los subsiguientes 12 meses.

La conclusión de esta disputa comercial no derivó en un choque de resoluciones entre la OMC, el TLCAN y la jurisdicción nacional de ninguno de los países. Sin embargo, no es la primera vez que se celebra un convenio de este tipo sobre esta misma materia, y en anteriores ocasiones se han reactivado los procedimientos contenciosos.

La importancia económica que implica esta materia mantiene latente la posibilidad de que se reactiven los conflictos de intereses y se acuda de nueva cuenta a cualquiera de los procedimientos que elijan las partes, sin que exista obstáculo alguno para que se sometan de manera indiscriminada a varios de ellos, incluso de manera simultánea.

En este caso, de nueva cuenta la controversia tuvo que resolverse por convenio antes que por una resolución de los tribunales encargados de su análisis. Es verdad que en todo momento debe privilegiarse un acuerdo de voluntades, siempre que el mismo sea resultado de una negociación conveniente para ambas partes, no porque haya fallado el mecanismo de solución de controversias al que le fue encomendada la solución del caso.

El 12 de septiembre de 2006, los funcionarios de comercio de Estados Unidos y Canadá firmaron el acuerdo de referencia, y sólo le falta la ratificación del parlamento canadiense. Este convenio tendría una vigencia de siete años, con posibilidad de extenderse dos años más. Asimismo, el convenio no tendrá que ser aprobado por el congreso estadounidense⁸. El 12 de octubre de 2006, Canadá y EE.UU. implementaron el acuerdo que dará acceso al mercado estadounidense a las importaciones procedentes de Canadá de madera suave.

1.1.4. Caso hipotético

⁸Cfr. www.igom.com.mx

El planteamiento de un caso hipotético tiene como finalidad establecer las posibles coincidencias que pueden existir cuando la parte que decide acudir a un foro a resolver una controversia derivada de la resolución final emitida por la autoridad investigadora nacional, utiliza las herramientas que el sistema de solución de controversias le permite para plantearlo de manera simultánea ante otro foro.

Ya se analizó con anterioridad que un caso puede plantearse ante dos foros sin que ello signifique la duplicidad de procedimientos, puesto que en ambos casos (OMC y TLCAN) las partes en conflicto no son las mismas, y la causa o la litis son diferentes, pero en el fondo existe un hilo conductor que los identifica. En el planteamiento de este caso hipotético se pretende determinar hasta qué punto este hilo conductor puede llegar a ser significativo para concluir que ambos casos siempre caminarán sobre bases paralelas, o bien, si existe la posibilidad de que los procesos, o una parte del procedimiento, puedan entrecruzarse en algún momento.

Los elementos del caso hipotético son los siguientes:

1. Empresa exportadora: *Soccer, Inc.* (estadounidense);
2. Empresa importadora: *Martí, S.A. de C.V.*;
3. Productora nacional: *Materiales y Artículos Deportivos, S.A. de C.V.*;
4. Caso planteado ante la Secretaría de Economía: "Importaciones de balones de fútbol soccer originarios de los Estados Unidos de América, independientemente del país de procedencia";
5. Período de investigación: 1 de enero al 31 de diciembre de 2005.

Procedimiento:

1. La UPCI determinó en el procedimiento de investigación la existencia de *dumping* a cargo de Soccer, Inc., por las importaciones de balones de fútbol, por un margen de 50%, ocasionando con ello un daño a una rama de la producción nacional de mercancías similares mexicanas. La UPCI

- le aplicó cuotas compensatorias definitivas por el mismo margen a la empresa estadounidense;
2. La empresa *Soccer, Inc.*, solicitó la instalación de un panel conforme a lo dispuesto en el Capítulo XIX del TLCAN, contra la decisión final de la UPCI, apoyada por Martí, S.A. de C.V., argumentando violaciones en el procedimiento, específicamente a los Artículos 39 a 44 de la LCE y 59 a 69 del RLCE, relativos al establecimiento de daño y amenaza de daño a la producción nacional;
 3. El Secretariado mexicano inició el procedimiento para la conformación del panel, conforme a las Reglas de Procedimiento del Artículo 1904 del TLCAN;
 4. La empresa estadounidense, al demorarse la instalación del panel, solicitó a sus autoridades gubernamentales que hicieran la solicitud de consultas ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, por violaciones de la autoridad mexicana al Artículo 3 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (*Acuerdo Antidumping*), también relativo a la determinación de la existencia de daño;
 5. Al fracasar las consultas, ambos gobiernos deciden solicitar la instalación de un grupo especial al OSD, para que resuelva la controversia;
 6. El panel del TLCAN, ya instalado, hace la revisión para determinar si la UPCI se apegó al procedimiento que le marcan las normas mexicanas para la determinación correcta de daño o amenaza y la relación causal respecto del *dumping*;
 7. El mandato del panel, de conformidad con el punto 35.1 del Artículo 1904 del TLCAN, estableció su mandato de la siguiente forma:

“El panel, en su análisis, se limitará exclusivamente a los alegatos de error de hecho o de derecho, así como a la competencia de la autoridad investigadora, que constituyan la reclamación presentada al panel; también a los medios de defensa invocados en la revisión del panel”.

8. El Grupo Especial de la OMC realiza el análisis para determinar si el Gobierno mexicano (UPCI) se apegó al Acuerdo *Antidumping* al determinar la existencia de daño por las importaciones estadounidenses, y determinar la relación causal respecto del *dumping* aludido;
9. El Grupo Especial, de conformidad con el Artículo 7 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC, estableció el mandato que se le confirió de la siguiente forma:

"Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes del Acuerdo Antidumping, el asunto sometido al OSD por el Gobierno de los Estados Unidos de América en el documento... y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dicho Acuerdo".

Conclusión de la investigación:

1. El panel del TLCAN determinó que la autoridad investigadora mexicana acreditó plenamente su determinación de la existencia de *dumping*, la existencia de daño a una rama de la productora nacional, y su relación causal;
2. Ante estos datos, el panel ratificó la decisión final de la UPCI; en consecuencia, la UPCI condenó por ello a la empresa exportadora a cubrir la cuota compensatoria definitiva impuesta en primera instancia por la UPCI;
3. El Grupo Especial, por su parte, determinó que el gobierno mexicano no había probado con suficiencia la existencia de daño conforme al Acuerdo *Antidumping*;
4. El Grupo Especial resolvió que el gobierno mexicano tendría que reponer el procedimiento para cumplir con el Acuerdo *Antidumping*;

Hasta aquí, las actuaciones realizadas pueden resumirse de la manera siguiente:

ACTUACIÓN	TLCAN	OMC
	Soccer, Inc., Martí, S.A. de	Gobierno de los Estados

Identificación de las partes	C.V. (exportadoras), Materiales y Utensilios Deportivos, S.A. de C.V. (Importadora), y UPCI (Autoridad investigadora)	Unidos de América (parte reclamante), y México (parte reclamada)
Litis	Violación de la UPCI a diversos artículos de la LCE y su Reglamento	Violación del Acuerdo <i>Antidumping</i>
Materia	Importaciones de balones de fútbol <i>soccer</i> originarios de los Estados Unidos de América, independientemente del país de procedencia	Importaciones de balones de fútbol <i>soccer</i> originarios de los Estados Unidos de América, independientemente del país de procedencia
Decisión	El Panel acreditó la existencia de dumping, daño, y su relación causal	El Grupo Especial resolvió que el gobierno mexicano no acreditó la existencia de daño
	Se condena a la empresa exportadora a pagar la cuota compensatoria definitiva	Se condena al Gobierno mexicano a reponer el procedimiento para determinar con suficiencia la existencia de daño
Conclusión	Pierde la controversia la empresa estadounidense, y de manera indirecta, la empresa importadora mexicana	Pierde la controversia México, y por ende, los productores nacionales de la mercancía

El planteamiento anterior muestra que, aunque en un principio el procedimiento parece seguir dos líneas de investigación paralelas, es en el momento de la

decisión cuando parecen cruzarse, independientemente de que la resolución del Grupo Especial no esté dirigida al beneficio específico de la empresa estadounidense sino a la condena de la autoridad investigadora mexicana, mientras que la decisión del Panel sí menciona a la empresa estadounidense como perjudicada por la decisión.

La conclusión preliminar parece no ser suficiente para determinar con plenitud la conclusión de la investigación; y por ser precisamente la decisión la etapa procesal que vincula ambos procedimientos, será en esta etapa en la que deberá centrarse el análisis para concluir si efectivamente existe un vínculo irremediable entre ambos procedimientos.

El Artículo 17.6 del Acuerdo *Antidumping* se entiende, en sentido inverso, como la facultad que tiene el Grupo Especial de invalidar la resolución de la autoridad nacional si ésta menoscaba los derechos de otro país, entendiendo derechos de un país los mismos derechos de sus gobernados, a quienes está representando ante el Grupo Especial de la OMC. Este Artículo establece expresamente lo siguiente:

“17.6 El grupo especial, en el examen del asunto al que se hace referencia en el párrafo 5:

i) al evaluar los elementos de hecho del asunto, determinará si las autoridades han establecido adecuadamente los hechos y si han realizado una evaluación imparcial y objetiva de ellos. Si se han establecido adecuadamente los hechos y se ha realizado una evaluación imparcial y objetiva, no se invalidará la evaluación, aun en el caso de que el grupo especial haya llegado a una conclusión distinta...”;

Ante esta situación la autoridad nacional tendrá varias alternativas, siempre que el Órgano de Apelación ratifique lo decidido por el Grupo Especial y la decisión sea adoptada por el OSD. La autoridad nacional podrá:

- a) Cumplir con lo dispuesto por el Órgano de Solución de Diferencias de manera inmediata, o con los plazos que le marque el propio OSD;
- b) Pagar una compensación, cuando la autoridad no cumpla dentro del plazo prudencial marcado por el OSD. Esta compensación será

solicitada por la Parte afectada por el incumplimiento, y hará las veces de indemnización por incumplimiento;

- c) Quedar sujeta a las medidas de retorsión que le marque el OSD cuando no se realice el cumplimiento de su mandato y no se realice el pago de ninguna indemnización. Estas medidas podrán consistir en la suspensión de concesiones y otras obligaciones resultantes de los Acuerdos.

El TLCAN, por su parte, en su Artículo 1904.8 dispone que el Panel deberá, después de realizar la revisión de una resolución definitiva y comprobar que no se incumplieron supuestos de ilegalidad contemplados en el Artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, emitir una resolución que podrá ser en cualquiera de dos sentidos:

- a. Confirmar la resolución definitiva, o
- b. Devolver la resolución definitiva a la autoridad emisora, para que adopte una medida no incompatible con la decisión del panel, cuando se considere que dicha resolución ha violado alguno de los criterios del Artículo 238 del CFF.

El planteamiento de las funciones que debe desempeñar cada foro pone en evidencia que ambos pueden emitir una recomendación a la autoridad nacional para que se cumpla lo dispuesto por cada uno de ellos al término de su análisis y la adopción de sus resoluciones.

La resolución, en cualquiera de los dos foros, tiene dedicatoria a la autoridad gubernamental que emitió el acto sujeto a análisis por haber menoscabado derechos de un país o de sus gobernados. Es por esta razón que cuando se dice que en un procedimiento y en otro son distintas las partes, debe atenderse al fondo del asunto y determinar que en cualquier caso se están afectando los intereses nacionales, aún si se trata de diversos entes de un país.

Lo anterior se explica mejor si se toma en cuenta que una resolución de autoridad nacional (que es la que se está combatiendo) en primera instancia

favoreció a empresas específicas de uno u otro país, y si en la decisión del Panel o del Grupo Especial se favorece a un país y en el otro se le condena, de manera indirecta se está condenando o favoreciendo a la empresa que comercializa o produce determinadas mercancías en un país, aunque en el ámbito de los datos macroeconómicos o estadísticos se clasifique a un país como favorecido o perjudicado por una determinada resolución.

Si un país incumple con algún fallo de uno de ambos foros tendrá que cumplir con indemnizaciones o será sujeto de represalias comerciales y/o de medidas de retorsión. En estos casos, aún cuando al que parece condenarse es a un país, la realidad es que las empresas nuevamente serán las encargadas de asumir los costos de la derrota en los foros nacionales e internacionales.

Tampoco sirve de consuelo que al día de hoy no hayan coincidido conflictos en ambos foros en los cuales se hayan emitido decisiones aparentemente contradictorias, porque la labor jurídica debe enfocarse precisamente a cubrir las lagunas con anterioridad a la existencia de problemas de esta naturaleza.

La labor desempeñada por los panelistas del TLCAN dejó mucho que desear porque el argumento del “principio de cortesía” no fue la salida más atinada, aunque sí la más cómoda, pero no proporcionó ninguna solución real al conflicto.

1.2. Posibles soluciones

Cuando existe la posibilidad de que un procedimiento, con todo y las variantes de cada uno de ellos, pueda tener dos o más posibles repercusiones en diferentes foros, deben tomarse medidas que limiten una probable controversia en cuanto a sus decisiones.

Se ha mencionado con anterioridad que los foros correspondientes a los internos de cada país, al relativo al panel del TLCAN y al que corresponde a los grupos especiales de la OMC pueden coincidir en algún momento del

procedimiento, generando con ello un clima de incertidumbre para las partes involucradas.

A continuación se analizan algunas posibles soluciones cuando dos o más foros cruzan sus caminos en un procedimiento, así como las acciones que podrían o deberían tomar en consideración los encargados de resolver controversias que tienen algún hilo conductor que los asemeje.

1.2.1. Propuestas respecto de la jurisdicción nacional

El caso de la existencia de dos procedimientos sobre una misma materia, uno llevado ante la jurisdicción nacional y el otro ante un panel del TLCAN, no parece tener una real complicación. El TLCAN dispone que un procedimiento (panel) sustituye al otro (tribunal nacional), y aunque ya ha quedado claro que no es una sustitución *per se*, sino una alternativa, lo que queda claro es la imposibilidad de las partes para acudir a las dos instancias a resolver una misma controversia. Primero, porque en este caso sí se involucran las mismas partes en el procedimiento; segundo: porque la materia de la litis es la misma en los dos casos. Siendo así, pueden presentarse cualesquiera de las dos situaciones procesales que imposibilitan una resolución: *res iudicata* y *les alibi pendens*.

Lo que queda pendiente de resolver es la pertinencia del amparo no como consecuencia de la decisión del panel, sino como consecuencia de la acción de la UPCI para acatar la decisión del panel. Siendo la UPCI una autoridad nacional para efectos del amparo tendría que proceder el juicio por una decisión suya, pero entonces se estaría violando lo dispuesto por el TLCAN, específicamente lo establecido en el Capítulo XIX. Puede considerarse como un fraude a la ley pretender evadir el cumplimiento de la decisión del panel argumentando el ataque a una decisión de autoridad nacional que en el fondo está acatando la decisión de un panel.

La Corte nacional deberá siempre velar por el apego a la Constitución, pero también por el cumplimiento de los tratados internacionales, y cuando las disposiciones tiendan a confundir la validez de las actuaciones de las autoridades respecto de los panelistas siempre deberá atenderse a la buena fe de las partes y al sentido final de las disposiciones jurídicas. Esto, desafortunadamente, será siempre una labor de criterio jurisdiccional, y lo que debe ponerse más énfasis es en reforzar esta labor en aras del cumplimiento de los compromisos internacionales.

1.2.2. Propuestas respecto de los Paneles del TLCAN

El sistema de solución de controversias del Capítulo XIX del TLCAN, para muchos, representa un esquema que va decayendo, en gran medida por la exagerada lentitud de sus procedimientos, pero al mismo tiempo por el avance significativo que ha tenido en tiempos recientes el procedimiento de solución de controversias que realizan los Grupos Especiales de la OMC.

Los paneles han demostrado efectividad y siguen siendo la única alternativa en el ámbito internacional por la que una autoridad extrajudicial y extranjera en cierta medida, revisa el cumplimiento de decisiones administrativas por parte de la propia autoridad que las emitió. Esta novedad, como se ha resaltado anteriormente, es algo que debe destacarse y fomentarse porque con ello libera de una enorme carga a los tribunales nacionales, provocando con ello un acercamiento más significativo de la justicia a la población. Pero más que por esta circunstancia, el buen funcionamiento de los paneles debe fortalecerse fundamentalmente en las siguientes áreas:

1. La naturaleza jurídica de los paneles, su competencia, la definitividad de sus fallos, o su inconstitucionalidad.

La labor que desempeñan los paneles debe proporcionar a las partes certeza y confianza. Cuando un panel emite un fallo debe cumplirse con prontitud y

exhaustividad para que los participantes del comercio internacional encuentren en esta vía una opción adecuada para acudir a plantear su caso.

Más allá de definir la naturaleza de los paneles (algo que no deja de ser intrascendente para efectos procesales, aunque no así para la doctrina) lo que debe enfatizarse es en definir claramente su competencia, y sobre esto es preciso destacar la labor que deben realizar los panelistas para evitar la concurrencia de foros. Si un panel se entera de que una misma causa está siendo llevada a otro foro (OMC) para su solución, mientras está siendo planteada de manera simultánea ante el panel, debería tener la facultad de definir su competencia respecto de un foro paralelo, ya que el OSD de la OMC se ha pronunciado en sentido negativo en este caso, debería poder hacerlo el panel.

En este mismo tema se ubica la controversia sobre la definitividad de los fallos del panel, porque mientras las partes puedan hacer un uso indiscriminado de los foros disponibles, sean estos nacionales o internacionales para plantear un mismo caso, existirá la incertidumbre de sus actuaciones.

Desde prácticamente la fecha en la que comenzaron a funcionar los paneles se ha planteado la discusión acerca de la constitucionalidad de los mismos. Esta discusión se originó, en primer lugar, cuando se decía que los mismos eran tribunales especiales de los prohibidos por el Artículo 13 Constitucional. La discusión terminó pronto cuando se determinó que los tribunales de comercio son más bien especializados, y no especiales porque no dejan en estado de indefensión a ninguna de las partes del proceso.

Otra circunstancia de inconstitucionalidad que ha rondado a los paneles la constituye la facultad exclusiva concedida a los tribunales de la federación para conocer controversias entre sus ciudadanos y las autoridades nacionales, contemplada en el Artículo 104 Constitucional. Esto también se ha tratado en este trabajo con anterioridad, pero es válido recordar que las razones que motivaron esta discusión han encontrado su cauce justificable bajo el argumento de que no se está impidiendo a los particulares acudir a la justicia

federal, sino que un tratado internacional otorga una alternativa a los contendientes para solucionar una controversia conforme a otros procedimientos jurídicos validados por la suscripción de un tratado internacional, bajo los auspicios del Artículo 133 de la misma Carta Magna mexicana.

Estos temas de discusión, aunque aparentemente ya se han resuelto, no dejan de estar presentes en la primera oportunidad que se discute acerca de los paneles. No deja de ser una opción definir estos criterios en los ordenamientos jurídicos nacionales, de hecho, sería incluso recomendable que si se ha alcanzado un criterio definido sobre estos temas que pudieran quedar definidos los términos en la Ley de Comercio Exterior, ya que el camino para la modificación del TLCAN es todavía más tortuoso que la modificación legal mexicana.

2. Institucionalización del procedimiento

La naturaleza *ad hoc* de los paneles por la que realizan el análisis de la controversia que se les somete y desaparecen al concluirla, les impide realizar su labor con el profesionalismo debido, como lo hace un tribunal nacional o internacional, con toda la estructura material, el apoyo logístico y financiero suficiente para desarrollar su trabajo de manera adecuada.

Es verdad que esta modalidad de tribunales *ad hoc* surgió precisamente para desahogar de trabajo a los tribunales nacionales establecidos, pero la falta de institucionalización conlleva demasiadas improvisaciones y poco profesionalismo de los panelistas y de los órganos auxiliares en el procedimiento.

El Secretariado, por ejemplo, funciona de manera totalmente distinta en sus tres secciones nacionales. Mientras en México se le provee del mayor número de herramientas logísticas y del personal suficiente para cumplir con su función, en los Estados Unidos se cuenta con una oficina muy limitada de espacio, con poco personal rebasado por el enorme cúmulo de controversias

que surgen cotidianamente, y con sueldos poco adecuados para la carga laboral y el alto nivel de vida que tiene este país.

Es de fundamental importancia que se tomen acciones tendientes a institucionalizar estos procedimientos porque se corre el riesgo de que se sigan alargando los plazos de solución de las controversias, además de que pueden comenzar a resolverse con menos profesionalismo del que debe exigírsele a cualquier tribunal.

3. Designación institucional del Panel

La elección de los panelistas en el Capítulo XIX del TLCAN sigue siendo el origen de los mayores problemas en este sistema de solución de controversias. En principio, existe una lista muy limitada de personas que pueden fungir como panelistas en los tres países. Lo ideal es que los panelistas tengan conocimientos en derecho, especialmente en solución de controversias, pero es elemental que deben conocer también las bases del comercio internacional. Por desgracia, no se tienen datos de suficientes personas que reúnan estos requisitos y que puedan hacerse cargo de la creciente ola de controversias que derivan de la aplicación del capítulo XIX del TLCAN.

Es por ello que se ha echado mano de académicos, de abogados litigantes, de profesionales que tienen o han tenido algún acercamiento en esta materia, pero se está muy lejos de contar con panelistas altamente calificados, como se proyectó desde la entrada en vigor del tratado.

Si a esto se le agrega que las partes en conflicto hacen uso de su derecho a designar a los miembros del panel, y que en este proceso se pueden recusar panelistas; o los mismos panelistas pueden excusarse por tener vínculos con la controversia⁹, se vuelve todo ello un problema que demora el procedimiento meses.

⁹ Debe tenerse presente que quienes desempeñan la labor de panelistas nunca lo hacen de tiempo completo, que su principal fuente de ingresos se encuentra en otra labor, y que su trabajo como panelistas es meramente temporal y de medio tiempo.

Si se le quitara la carga del nombramiento de los panelistas a las partes y se encomendara a un órgano aceptado por los Estados miembros del tratado, como podría ser una oficina central del Secretariado, se acelerarían los procedimientos. Tal como sucede en la OMC, en la que el Director General o el Secretario pueden designar a los panelistas en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo en un plazo determinado, también podría tomarse esta acción en el TLCAN.

La designación del panel, por cierto, también podría ampliarse, de manera que pudiera aceptarse como panelista a cualquier ciudadano ajeno al Estado de cualquiera de las partes en controversia, como dispone actualmente el tratado. Si se amplía la posibilidad de integrar panelistas de países ajenos a la controversia existiría mayor flexibilidad para integrar de manera más rápida los paneles. El riesgo que se tiene en esta medida es que los ciudadanos de otros países no están familiarizados con el TLCAN, y mucho menos con los procedimientos del capítulo XIX, pero también es cierto que evitar encajonar reglas estrictas como la que existe actualmente en la designación de panelistas, impide avanzar en la búsqueda de mayores opciones.

4. Modificación del mandato del panel para que pueda resolver la controversia un foro distinto

Cuando surge una controversia por prácticas desleales de comercio, está visto que las partes pueden solicitar la instalación de un panel binacional conforme al capítulo XIX, pero también pueden solicitar la intervención de su gobierno para iniciar un procedimiento ante la OMC. Con independencia de que desde el punto de vista jurídico ambos procesos no son iguales, al estar planteados dos litigios similares en diferentes foros limita la actuación de uno y de otro, a fin de evitar contradicciones.

El presente trabajo ha presentado la labor que realiza un panel y un grupo especial, sus atribuciones y competencias. Ha quedado claro que el panel no puede sino revisar el apego de la autoridad investigadora a su propia

legislación nacional, mientras que los grupos especiales sólo pueden revisar aquellas circunstancias que contravienen los acuerdos abarcados (multilaterales y plurilaterales) de la OMC.

Recientemente se ha planteado la posibilidad en la OMC de aceptar un mandato no uniforme de las partes, con la finalidad de que el OSD pueda revisar una circunstancia distinta de la que tiene actualmente, para entrar al conocimiento de controversias surgidas de agrupaciones regionales como el propio TLCAN. Aunque no existe todavía ningún acuerdo al respecto, la idea ya se ha planteado como respuesta a la creciente creación de agrupaciones regionales que cuentan con sus propios mecanismos de solución de controversias, y algunos como el TLCAN que resuelven conflictos en materia de *dumping* y subvenciones, materias reguladas en el ámbito multilateral.

Lo que todavía no se ha planteado es la posibilidad de que pudiera modificarse el mandato del panel binacional, de manera que, no se le otorgue al panel facultades para resolver respecto de los acuerdos abarcados de la OMC, sino que pudiera abstenerse de conocer del caso particular y se remita a la OMC para que sea este foro el único que conozca de la controversia, y evitar con ello una posible duplicidad de disputas en diferentes foros, por una misma causa.

Como una posibilidad, el panel pudiera realizar su labor de manera normal, pero podría abstenerse, incluso de manera definitiva, si alguna de las partes por conducto de sus autoridades gubernamentales inicia un procedimiento por la misma causa ante la OMC.

5. Profesionalización de la labor de panelista

El TLCAN, por sí mismo, no es motivo suficiente para crear una rama profesional de especialización. Es verdad que es el bloque regional más importante del continente americano por lo que se refiere al intercambio comercial de sus socios, la población que representa y el territorio que abarca. Estos hechos, sin embargo, se confrontan con las barreras no arancelarias que imponen frecuentemente los Estados Unidos, además de la negativa constante

del mismo país a avanzar en el proceso de integración regional hacia la constitución de una unión aduanera de Norteamérica.

Estos hechos tampoco son suficientes, por otra parte, para descuidar los posibles avances del TLCAN. Mientras siga siendo éste un tratado vigente que promueve el intercambio de mercancías y servicios de manera dinámica, deben fortalecerse áreas tan importantes como la solución de controversias por prácticas desleales.

La labor de los panelistas en cada caso concreto se ha visto desmerecida por la falta de personas adecuadas para resolver cada disputa, entre otras razones por la falta de compromiso de muchos panelistas que realizan muchas otras actividades laborales que les impiden dedicarse de tiempo completo a su desempeño ante un panel.

El panelista debería desempeñar una labor de tiempo completo al frente del panel, además de que tendría necesariamente que conocer con suficiencia el texto del TLCAN y su mecanismo de solución de controversias. Una salida fácil que ha servido como tabla de escape al panelista es la posibilidad de contar con asistentes para el caso. Muchas veces estos asistentes conocen bien la materia pero carecen del prestigio suficiente para ser seleccionados como panelistas. Su ayuda puede ser tan valiosa en la medida que conozcan del caso y se comprometan en su estudio, pero no dejan de ser meros representantes y auxiliares del panelista, quien tiene la carga de asumir las audiencias y conocer el caso y sus detalles.

En la medida que exista un mecanismo (nacional o trinacional) de formación de panelistas se dignificaría más la institución frente al enorme reto que representa el mecanismo de la OMC a la luz de la comunidad internacional. El mecanismo del TLCAN tiene elementos rescatables que hacen necesaria su continuidad, pero la falta de compromiso y de profesionalismo (no en todos los casos, sí en algunos) de los integrantes del panel, pone en riesgo su credibilidad y estabilidad.

6. Mayores recursos y atribuciones a las secciones nacionales del Secretariado

El Secretariado del TLCAN, con sus secciones nacionales, es la institución administrativa de apoyo al tratado. Su labor es fundamental porque se encarga de instrumentar, entre otras, las acciones de apoyo para el buen funcionamiento de los paneles del capítulo XIX.

Como institución de soporte al tratado, el Secretariado debería estar cobijado por el apoyo gubernamental de los tres países miembros del TLCAN. Se mencionó anteriormente que la sección nacional estadounidense tiene severas críticas por la falta de apoyo económico, logístico y de infraestructura. Resulta paradójico que la primera potencia económica del mundo enfrente este tipo de problemas en una institución que representa parte de la columna vertebral para el buen funcionamiento del mecanismo de solución de controversias del propio tratado.

Valdría hacer un análisis crítico de la importancia que Estados Unidos le otorga a este mecanismo, porque de no tratarse de un descuido gubernamental, lo que refleja es falta de interés por mejorarlo. Además, este país es el principal combatiente de las decisiones del panel ante los comités de impugnación extraordinaria, que buscan en muchas ocasiones atacar la credibilidad y el buen desempeño de los panelistas.

Si la labor del Secretariado no es satisfactoria desde la perspectiva de los países miembros del TLCAN, que se busque entonces su sustitución por otro mecanismo, como el de la OMC, pero si se decide continuar con el sistema de paneles, lo menos que pueden hacer los países es mejorar el desempeño del Secretariado, y la mejor forma de hacerlo es mediante la institucionalización permanente de los paneles.

7. Precedentes

Las decisiones de los paneles del capítulo XIX no constituyen precedentes para casos sucesivos. El OSD de la OMC establece que las decisiones de un caso pueden ser usadas como referentes para casos posteriores, lo que quiere decir que tampoco en este caso son obligatorios para resolver disputas futuras, sino como simples referentes.

La decisión de darle valor a las decisiones de un panel comprometería más a los panelistas de casos futuros, porque les obligaría a argumentar a favor o en contra del precedente para resolver el caso que se les presenta. Esto representa un mayor análisis del caso para buscar la aplicabilidad del criterio utilizado con anterioridad al caso actual, al mismo tiempo que se va creando un criterio que puede favorecer el comercio regional.

El principal obstáculo que enfrentaría esta propuesta vendría de los Estados Unidos, ya que como lo menciona Raj Bhala, no es muy conveniente para los Estados Unidos reconocer precedentes de un organismo compuesto por personas que no fueron designadas por el Presidente ni aprobadas por el Senado, como lo son los jueces de la Corte estadounidense; además de que las decisiones derivan de personas que desconocen el sistema jurídico estadounidense y por ende, no pueden tener la misma fuerza jurídica que las decisiones de la Corte.

Como argumento en contra de lo dicho por *Bhala*, el primer reto que tiene este bloque regional de Norteamérica consiste en la unificación de criterios por encima de la individualización de los mismos de acuerdo con cada país. Pretender imponer la postura estadounidense por encima de cualquier otro criterio puede ser una opción válida en la medida que los demás socios comerciales así lo acepten, de otra forma es sólo una política intolerante e individualista.

Al no reconocerle el valor a lo resuelto por el panel en la misma medida que lo que resuelven las cortes nacionales, se está creando una tendencia a considerar a los paneles como tribunales de segunda categoría, sujetos a

cualquier crítica o duda sobre su credibilidad y sujetos a modificación si algún tribunal nacional así lo dispone.

El precedente – también hay que decirlo – debe formar parte de un sistema fuerte de solución de controversias, y mientras los paneles sean temporales no es viable apoyar esta idea. Un precedente debe tener suficiente validez si deriva de un tribunal permanente y fuertemente arraigado en la cultura regional, en este caso de Norteamérica.

8. Obligatoriedad de medios alternativos (mediación, buenos oficios)

El Entendimiento sobre Solución de Diferencias¹⁰ de la OMC dispone que las partes deberán acudir al mecanismo de consultas, previo a su solicitud de instalación de un Grupo Especial que resuelva la controversia. Este procedimiento obligatorio ha propiciado que un alto porcentaje de los conflictos que se someten al OSD se resuelvan en el período de consultas. Además, si las partes así lo deciden, puede iniciarse un mecanismo de buenos oficios, conciliación o mediación, que les lleve a concluir la controversia por medios pacíficos¹¹.

En el TLCAN, por el contrario, no se establece la obligación de iniciar ningún mecanismo alternativo de solución de controversias que no sea el que realiza el propio panel en cada caso concreto, aunque no existe inconveniente para que las partes, en cualquier etapa del procedimiento y antes de dictar su resolución el panel, lleguen a un acuerdo que concluya con la disputa, aunque no se tiene previsto de manera expresa.

Podría pensarse que agregar una etapa más al procedimiento sobre consultas repercutiría en una dilación al procedimiento, cuando esta es precisamente la causa de los mayores males del capítulo XIX, pero también es cierto que, si se cuenta con una institución fuerte como el Secretariado propuesto con anterioridad, que realice una labor eficiente en la búsqueda de soluciones

¹⁰ Artículo 4 (2) del ESD.

¹¹ Artículo 5 del ESD.

convenientes para las partes en la disputa, podrían concluirse muchos procedimientos en una etapa temprana, y no necesariamente hasta que resuelva el panel.

1.2.3. Propuestas respecto del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC

Durante la Cuarta Conferencia Ministerial de la OMC, iniciada en Doha, Qatar, en el año 2001, los Estados Miembros decidieron lo siguiente:

“30. Convenimos en celebrar negociaciones sobre mejoras y aclaraciones del Entendimiento sobre Solución de Diferencias. Las negociaciones deberán basarse en la labor realizada hasta ahora, así como en las propuestas adicionales que presenten los Miembros, e ir encaminadas a acordar mejoras y aclaraciones no más tarde de mayo de 2003, momento en el que adoptaremos disposiciones para asegurarnos de que los resultados entren en vigor en el más breve plazo posible”.

A partir de ese momento diversas delegaciones nacionales, y en algunos casos regionales y comunitarias¹², presentaron propuestas de modificación al Entendimiento.

Estas propuestas aún no han sido aprobadas y por lo tanto no se han incorporado el texto del ESD, pero sirven como guía para identificar las debilidades actuales del mecanismo, y se puede ser optimista para que los Miembros de la OMC accedan a un documento de modificación común en un plazo breve, independientemente del éxito o fracaso de la Ronda de Doha. Un resumen de las propuestas presentadas se muestra a continuación¹³:

¹² Entendiendo éstas como agrupaciones de países que comparten las mismas ideas, aunque no forman parte de bloques regionales ni comparten, en muchos casos, zonas territoriales.

¹³ Las propuestas completas pueden encontrarse en www.wto.org

1. Solucionar la diferencia en la etapa más temprana posible, de ser posible en las consultas (TN/DS/W/1, 13.03.2002, CE), p. 1. Los procedimientos están durando más tiempo porque las diferencias no se resuelven en las consultas, además de que se acude constantemente al grupo especial para que resuelva sobre el cumplimiento, y al arbitraje sobre la suspensión de concesiones (TN/DS/W/1, 13.03.2002, CE), p. 2.

La razón de ser de los procedimientos de consultas de la OMC consiste en intentar solucionar las diferencias entre países en una etapa previa al procedimiento ante grupos especiales. Aunque el mecanismo de solución de diferencias comienza en estricto sentido desde que se solicitan las consultas, la disputa se desarrolla de pleno al momento que los grupos especiales conocen del asunto. Las consultas han perdido su fuerza ante la disputa y a la fecha los grupos especiales y el Órgano de Apelación resuelven el grueso de los casos y sólo una parte marginal se termina en las consultas. Lo que las Comunidades Europeas destacan de su propuesta es fortalecer a las consultas para que cumplan con su objetivo de forma plena.

2. Dar un carácter más permanente a la labor de los integrantes de los grupos especiales (TN/DS/W/1, 13.03.2002, CE), p. 2.

Los miembros de los grupos especiales son designados de las propuestas que cada país hace de sus propios ciudadanos, por las partes en conflicto, y a falta de consenso, por el Director o el Secretario de la OMC. Por tratarse de un procedimiento *ad hoc* el grupo especial desaparece al resolver la controversia. Las Comunidades Europeas consideran que los procesos se demoran demasiado, en parte por el tiempo que se pierde en el nombramiento de los miembros del Grupo Especial. La propuesta se inclina por dejar atrás la conformación actual de los grupos y dotar a los miembros con un cargo temporal que les permita resolver todos los casos que se les sometan a consideración durante el período de su encargo, y con ello se podría utilizar el tiempo de la designación en el desarrollo de otras etapas del procedimiento.

3. Los asuntos requieren más tiempo de tramitación por cuestiones de procedimiento por su complejidad (TN/DS/W/1, 13.03.2002, CE) p. 2.

La especialización de los procedimientos, conforme se han ido creando nuevos acuerdos multilaterales y plurilaterales en el marco de la OMC, se ha incrementado provocando que los miembros de los grupos especiales tengan mayor conocimiento de los asuntos y de los acuerdos abarcados. Por requerir mayor análisis, los miembros de los grupos especiales necesitan mayor tiempo para su estudio, por lo que debe hacerse una adecuación de los plazos que tienen para revisar caso por caso.

4. Si los integrantes del grupo especial fueran permanentes provocaría menos revocaciones de los informes del Órgano de Apelación (TN/DS/W/1, 13.03.2002, CE) Ref. 2.

Los miembros de los grupos especiales pueden tener mayor certidumbre respecto de sus resoluciones si permanecen en su cargo un período determinado, contrario a lo que sucede ahora que dejan su encargo una vez que concluyen la controversia. Sus resoluciones tendrían más peso si se tiene la certeza de que no van a ser revocadas por el Órgano de Apelación, porque a la fecha los miembros del grupo especial que resuelven la controversia no le dan seguimiento al caso cuando éste se plantea ante una instancia superior; en cambio, la relativa permanencia de ellos en su cargo los compromete ante instancias superiores, al tiempo que también les perjudica si su resolución es revocada en procesos subsecuentes.

5. Los integrantes permanentes de los grupos especiales deberían tener una experiencia demostrada en derecho internacional, economía o cuestiones de política, y/o experiencia como integrantes de grupos especiales del GATT/OMC (TN/DS/W/1, 13.03.2002, CE) p. 3.

Lo ideal sería contar con miembros de grupos especiales que fueran expertos en las materias de análisis, aunque se sabe la complicación para contar con una lista suficiente de expertos. La experiencia ha demostrado, al menos en el

TLCAN, que los asuntos terminan resolviéndose por académicos y litigantes improvisados en la materia, antes que por verdaderos expertos en los temas a resolver, pero debería comprometerse más a los países para proponer a verdaderos expertos como miembros de grupos especiales, y más ahora que la materia del comercio internacional y el Derecho Internacional Público han cobrado mucho más auge a más de una década de conformada la OMC.

6. Miembros del GE que duren en su encargo 6 años no renovables, de forma escalonada, de manera que tampoco coincidan con nombramientos del OA (TN/DS/W/1, 13.03.2002, CE) p. 4.

Muchos nombramientos recientes en México tienden a ser de forma escalonada, de manera que al renovar un órgano colegiado no se elimine totalmente la experiencia adquirida, sino que vayan incorporándose nuevos elementos de forma escalonada, que puedan adquirir la experiencia de sus propios compañeros. La relación entre la renovación de los grupos especiales y del Órgano de Apelación tiene una relación directa porque el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC se conforma por las resoluciones de ambos órganos, de manera que el período que duren los miembros del grupo especial y del Órgano de Apelación no debe coincidir en el tiempo.

7. Preferir la compensación temporal, que favorece al comercio, antes que la suspensión de concesiones u obligaciones, que lo restringe (TN/DS/W/1, 13.03.2002, CE) p. 5.

En muchas ocasiones se ha dicho que las represalias o compensaciones al comercio favorecen el intercambio entre países, mientras que las retorsiones tienen el efecto inmediato de levantar barreras al comercio derivadas del incumplimiento de un país a los acuerdos abarcados. Esto es una realidad, por lo que debe ser la función principal de las resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias privilegiar las represalias y utilizar la retorsión como último recurso ante el incumplimiento de cualquier país, con todo el apoyo del aparato institucional hacia el país que sufre el incumplimiento de su socio comercial.

8. Sin embargo, la realidad muestra que la compensación comercial no es actualmente una opción realista antes de la aplicación de sanciones comerciales (TN/DS/W/1, 13.03.2002, CE) p. 5.

El gran reto de la OMC ante el incumplimiento de un país a los acuerdos abarcados respecto de otro es que los países en vías de desarrollo y los menos avanzados (PMA) se encuentran en desventaja ante un país desarrollado que prefiere pagar una represalia antes que abrir su mercado a las mercancías de su socio comercial, por ello, siguiendo la propuesta de México, se debe aumentar el período de sanción de las represalias desde el momento en que se inician las consultas y no como sucede ahora que la represalia se aplica desde que el OSD dictamina la sanción. Por ello, también es necesario que se determine con suficiente tiempo de anticipación el nivel de anulación o menoscabo del país que se está viendo afectado por el cierre injusto de fronteras.

9. Actualmente, sólo mediante la solicitud de suspensión de concesiones y el arbitraje previsto en el párrafo 6 del Artículo 22 del ESD las partes conocen el nivel de anulación y menoscabo; es decir, el elemento principal de la negociación sobre la compensación sólo se puede obtener solicitando la autorización para aplicar sanciones (TN/DS/W/1, 13.03.2002, CE) p. 5. Una posibilidad sería permitir que la parte reclamante obtenga una decisión independiente de un árbitro de la OMC con respecto al nivel de anulación y menoscabo antes de que se presente la solicitud de suspensión de concesiones (TN/DS/W/1, 13.03.2002, CE) p. 5.

Este es un elemento esencial a revisar en la función del OSD, porque debería privilegiarse la negociación y el acuerdo entre los países antes que obtener la licencia para sancionar por parte del OSD; es decir, las partes podrían negociar un buen arreglo si el país que cierra sus fronteras sabe de antemano que a partir de su acción será contabilizada su falta, y no se le dan herramientas a cualquier país para cerrar sus fronteras esperando que el OSD sancione o no su acto. El tiempo que transcurre entre el cierre de fronteras y la imposición de

la sanción es un tiempo muerto que repercute en pérdidas para el país afectado, y más si éste es un país en vías de desarrollo o uno menos avanzado.

10. En el artículo 4 del ESD, se debería añadir una disposición destinada a permitir que los miembros desistan formalmente de una solicitud de celebración de consultas (TN/DS/W/1, 13.03.2002, CE) p. 8. Además, se debería considerar que se ha desistido de las consultas cuando estas no hubieran sido seguidas de una solicitud de establecimiento de un grupo especial dentro de un plazo determinado (por ejemplo 18 meses) (TN/DS/W/1, 13.03.2002, CE) p. 8.

En la actualidad los países pueden solicitar el inicio de consultas antes de acudir al OSD a solucionar su controversia, pero una vez iniciadas las consultas puede llegarse a un arreglo o no, en cuyo caso se instalará un grupo especial, pero no existe una regulación específica que le permita a las partes desistirse de las consultas si se llega a un acuerdo previo. Regular esta situación permitiría que aquel país que ha cerrado el comercio de manera injusta pueda desistirse de su acción si sabe además que una vez que el grupo especial conozca del caso se contabilizará el daño desde el mismo cierre de la frontera, lo que derivará en mayores pagos hacia el país afectado.

11. Mientras que en 1996 el promedio del tiempo necesario para la selección de integrantes era de 30 días, en 2001 había aumentado hasta llegar a 67 días. La creación de una lista restringida de integrantes permanentes eliminaría esas demoras en todos los casos (TN/DS/W/7, 30.05.2002, CE) p. 2 Véase Anexo 1.

La selección de integrantes de los grupos especiales quita demasiado tiempo a los procedimientos. Este período es innecesario y podría bien dedicarse a otras etapas del procedimiento como ya se analizó con anterioridad, agilizando con ello el proceso real de análisis del caso y de su posterior revisión por el Órgano de Apelación.

12. De los 24 grupos especiales establecidos en el periodo que va del 2000, el Director General estableció con arreglo al párrafo 7 del artículo 8 del ESD la composición de 14 (58%) (TN/DS/W/7, 30.05.2002, CE) p.3. El recurso al nombramiento de los integrantes de los grupos especiales por el Director General debería haber sido un procedimiento de excepción. Los datos indican, por el contrario, que la excepción se ha convertido en regla y que, por lo tanto, la intervención de las partes en el proceso de selección es más ilusoria que real (TN/DS/W/7, 30.05.2002, CE) p. 3.

En un principio, como sucede en los procedimientos *ad hoc* de solución de controversias, se intentaba dejar en las partes la carga de seleccionar a los miembros del tribunal que habría de resolver su diferencia, porque esta facultad formaba parte de uno más de los principios de la autonomía de la voluntad de la que gozaban los contendientes en aras de esperar mayor aceptación de la resolución del caso. La realidad ha demostrado que las partes prefieren dedicar mayor tiempo al análisis del caso concreto antes que perder tiempos procesales en designaciones que a fin de cuentas no forman parte de su estrategia de defensa. En los procedimientos del derecho estadounidense, por ejemplo, la designación del jurado forma parte importantísima del proceso, y muchas veces en ello estriba el futuro del litigio y de los litigantes, pero en un esquema multilateral en el que los miembros son 149 y los representantes en los grupos especiales pueden ser de muy variada nacionalidad y tendencia ideológica, pierde razón de ser esta etapa, por ello es prudente dejar en manos de la institución el nombramiento antes que en las partes.

13. Las CE señalan, en especial, que la compensación comercial, aun cuando se basa en un acuerdo bilateral, tendrá que ser aplicada *erga omnes* con arreglo al principio de Trato de la Nación Más Favorecida, mientras que la suspensión de concesiones es una medida que sólo pueden utilizar las partes en la diferencia (TN/DS/W/7, 30.05.2002, CE) p. 6.

El libre comercio, en general, basó por mucho tiempo sus reglas en los intercambios comerciales de los socios de acuerdos comerciales regionales o

en negociaciones bilaterales que derivaban del GATT. El principio del trato de la nación más favorecida fue por muchos años el pilar fundamental de las relaciones comerciales internacionales porque cualquier beneficio que se otorgaba (por excepción) a un país debía hacerse extensivo a los demás miembros de la comunidad internacional. En la actualidad el comercio ha diversificado en gran medida sus redes y lo que en una época significaba el comercio entre dos países ahora se ha convertido en el comercio multilateral en el que pueden intervenir más de dos en los intercambios de mercancías y servicios.

Para efectos de una resolución del OSD que sanciona a un país mediante el otorgamiento a otro del permiso para imponer una sanción comercial, esta medida debería de hacerse extensiva para los demás países con los que se tiene un intercambio de mercancías y servicios de la misma naturaleza que el que se tiene con el país acreedor del beneficio comercial, en aras de evitar que cada país inicie una controversia por su propia cuenta y se cargue con ello el trabajo del OSD.

Este beneficio respecto de la sanción comercial, no obstante, no puede aplicarse a la suspensión de concesiones o retorsión, porque esta medida sólo le aplica al país afectado y tiende a cerrar el comercio y se considera como el último recurso de la solución de controversias, de manera que si algún otro país afectado por la misma determinación de un país que viola los acuerdos de la OMC quiere imponer una retorsión, deberá acreditar su acción ante el OSD y llegar a las últimas consecuencias. Lo que se busca con esta medida, a decir de las Comunidades Europeas, es que se logre la retorsión sólo como última medida y no que se aisle a un país del comercio mundial.

14. Es necesario garantizar que el nivel de la suspensión sea estrictamente equivalente, de hecho y de derecho, al de la anulación o menoscabo que haya sufrido la parte reclamante en un caso determinado (TN/DS/W/3, 21.03.2002, Tailandia) p. 2.

El órgano encargado de verificar el nivel de anulación y menoscabo debe proporcionar al grupo especial la información veraz que determine la medida de afectación del país que sufre la medida del país violador de los acuerdos abarcados para que el mismo grupo especial pueda resolver con bases más sólidas la sanción que deberá aplicar, si así procede, al país que violó los acuerdos abarcados de la OMC.

15. La nota propuesta al párrafo 1 del artículo 19 dispone que cuando un grupo especial o el Órgano de Apelación consideren que hay muchas probabilidades de que se repita la misma infracción, el grupo especial o el órgano de Apelación podrán recomendar que el miembro afectado adopte las disposiciones necesarias para evitar la repetición de medidas incompatibles con las normas de la OMC al amparo de la legislación discrecional (TN/DS/W/32, 22.01.2003, Japón) p. 2.

Esta propuesta de Japón tiende a favorecer la economía procesal, sin embargo, puede degenerar en una herramienta muy poderosa para cualquier país al momento de imponer una sanción respecto de otro, porque podría imponer una sanción argumentando la continuación de la medida ilegal de un país sin mediar un procedimiento para determinarla, y si bien es cierto que podría estarse continuando con una medida ilegal, también es verdad que todas las controversias tienen un elemento que las hace independientes unas de otras, por lo que no se puede juzgar un procedimiento con la misma medida, al menos hasta que el órgano de solución de diferencias determine que hay una correlación entre la medida violatoria anterior y la actual.

16. Mientras que en el procedimiento de los grupos especiales se hace hincapié en la “oportunidad de ser oído”, en el procedimiento de apelación parece destacarse la posibilidad de “presentar comunicaciones por escrito” (TN/DS/W/18, 07.10.2002, Tanzania, Pakistán, Sri Lanka, Cuba, Honduras, India, Malasia, Zimbawe), p. 7.

Los procedimientos que se tramitan ante las dos instancias del OSD (grupos especiales y Órgano de Apelación) tienen dos etapas procesales: una oral y

otra escrita. Sin embargo, en los grupos especiales se hace este hincapié de la oralidad y en la instancia superior, la de presentar escritos. Ambas etapas constituyen elementos esenciales del procedimiento que deben destacarse y fortalecerse en la misma medida, sin privilegiar a una sobre la otra porque constituyen la columna vertebral de la argumentación jurídica que forma parte de cualquier procedimiento jurídico.

17. La comunicación escrita transformará al “tercero” en “tercer participante”, que tendría mayores derechos que el primero. No obstante, en calidad de observadores pasivos, que sólo pueden ver y oír. Incluso este derecho limitado a asistir a las audiencias del Órgano de Apelación depende de que no se oponga a ello los participantes y los terceros participantes (TN/DS/W/18, 07.10.2002, Tanzania, Pakistán, Sri Lanka, Cuba, Honduras, India, Malasia, Zimbawe), p. 8.

La participación de los países ajenos a la controversia principal puede darse de dos maneras diferentes: cuando un país interviene como tercero, en cuyo caso sólo puede estar presente en las audiencias pero sin poder intervenir en el procedimiento, sólo para conocer el desarrollo de la controversia. Por su parte, el tercero participante se ha pronunciado para intervenir en el conflicto desde un inicio por tener un interés sustancial en la controversia; por ejemplo, si el conflicto es entre Estados Unidos y México, Canadá, por tener un acuerdo regional con estos dos países, puede manifestar su interés y participar en el conflicto ya que lo que se resuelva puede tener relación con los intercambios comerciales derivados del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y por ende, puede afectar su relación comercial con ellos.

18. El costo económico del retiro de concesiones en el sector de las mercancías tendría un efecto desfavorable mayor en el país en desarrollo Miembro reclamante que en el país desarrollado Miembro infractor y sólo serviría para intensificar el desequilibrio de sus relaciones comerciales gravemente perjudicadas ya por la anulación y menoscabo de ventajas (TN/DS/W/19, 09.10.2002, Tanzania, Pakistán, Sri Lanka, Cuba, Honduras, India, Malasia, Zimbawe), p. 1.

Resulta evidente que los países en vías de desarrollo y los países menos avanzados tienen una situación desfavorable en el comercio internacional derivada de su participación menos significativa, de manera que cuando un país desarrollado decide retirar concesiones puede provocar incluso una crisis económica en la economía del país menos favorecido, que si se retiran concesiones hacia el país desarrollado, que puede hacer frente al cierre de fronteras con mayor capacidad. Por ello, esta medida resulta ineficaz y en muchos casos injusta.

19. La compensación al volverse obligatoria se torna en una sanción, pero su naturaleza es diferente a la suspensión de concesiones y otras obligaciones porque éstas no restablecen el equilibrio perdido en las relaciones comerciales bilaterales y multilaterales. Pues la retorsión llega incluso a derogar temporalmente ciertos Acuerdos de la OMC a favor de la parte reclamante, lo cual afecta a todo el sistema y no sólo a la parte querellada, o se establecen aranceles del 100 por ciento que no habían existido nunca antes entre las dos partes en disputa. Esta desproporción en la retaliación la vuelve inútil y la transforma en un boomerang para el Miembro que la toma (TN/DS/W/9, 08.07.2002, Ecuador), p. 5.

El comentario de Ecuador ratifica lo que ya se había comentado anteriormente en el sentido de que la retorsión sólo debería imponerse como una medida extrema, de último recurso, cuando ya no exista nada que hacer para remediar el daño causado. Siempre debe privilegiarse la represalia comercial que mantiene vigentes los acuerdos comerciales multilaterales, porque no consiste en cerrar las fronteras, sino sólo sancionar económicamente al país que incumple con los compromisos multilaterales, pero como ya se vio en algún momento estas represalias pueden ser preferidas por el país que incumple, sobre todo si se trata de un país desarrollado, porque una sanción comercial puede afectar menos a su economía que lo que podría afectar a un sector determinado si permite que continúe el comercio existente antes de la controversia. Ante esta compra de sanciones también se ha propuesto que la determinación de la anulación y menoscabo se empiece a contabilizar desde

que se impide el comercio entre los países, y no desde que el árbitro determina la infracción a los acuerdos comerciales, con lo que se incrementaría el monto de la sanción y serviría de incentivo a los países infractores para dejar de incumplir los acuerdos.

20. Otro factor a tener en consideración es el costo muy elevado de un proceso de solución de diferencias, costo que muchas veces los países en desarrollo Miembros, entre ellos los menos adelantados, no pueden hacer frente, por lo que se considera aún más necesario impulsar las medidas tendientes a una solución pronta y amigable de las diferencias (TN/DS/W/16, 25.09.2002, Paraguay), p. 1.

Es verdad que los países menos favorecidos económicamente tienen mayores dificultades para satisfacer los requerimientos económicos que representa un procedimiento de esta naturaleza, y que por lo mismo debería impulsarse con mayor fuerza el mecanismo de consultas, pero también es necesario dejar bien claro que quienes incumplen con los acuerdos multilaterales, sean países desarrollados, o en vías de desarrollo, o menos adelantados, deben asumir, no sólo su incumplimiento sino también los costos del procedimiento. Además, debe incrementarse la responsabilidad de quien incumple con los acuerdos, quedando a su cargo el pago de las costas judiciales que se originan con el procedimiento, con lo que los países desarrollados lo pensarían dos veces antes de incumplir un acuerdo, mientras que los países en vías de desarrollo y los menos adelantados tendrían la certeza de que no deberán pagar nada en el procedimiento si tienen la seguridad de que han cumplido con sus obligaciones. Una propuesta adicional a la estadounidense debería incluir el pago de asesorías jurídicas, así como el costo por el traslado y hospedaje de los miembros del país vencedor en la controversia, considerando los altos niveles de gasto que representa la ciudad de Ginebra, Suiza.

21. El sistema actual, en el que los asesores jurídicos únicamente asesoran y no prestan ayuda en la preparación de alegaciones y comunicaciones completas, es totalmente insuficiente para satisfacer las necesidades de los países en desarrollo que hacen valer sus argumentos en los

procedimientos previstos en el ESD (TN/DS/W/21, 10.10.2002, Jamaica), p. 2.

La asesoría jurídica a países en desarrollo se ha convertido en una necesidad a la que debe hacer frente la OMC, porque muchos países en desarrollo, y más aún los menos avanzados no intervienen en los procedimientos por falta de conocimientos y de recursos para combatir sus argumentos en los procedimientos. La asesoría que deberían tener a su alcance debería constar no sólo en la estrategia verbal, sino en el apoyo directo para la elaboración de sus posturas en el procedimiento y en la preparación de sus argumentos verbales en las audiencias, de otra forma se está dando ventajas a los países desarrollados por encima de los demás.

22. Cuando un Miembro considere que le afecta una medida que ya ha sido declarada incompatible por un informe adoptado de un grupo especial o del Órgano de Apelación, este Miembro tendría derecho a solicitar el establecimiento de un “grupo especial de vía rápida” que estaría integrado, siempre que fuera posible, por los mismo miembros del grupo especial que examinó inicialmente el asunto (TN/DS/W/45, 11.02.2003, Brasil), p. 1.

Esta propuesta, aunque tiende a proteger a los países contra la recurrencia de violaciones de los acuerdos de la OMC, en el fondo resulta inviable porque cada procedimiento representa una situación de violación independiente, y aunque pueda alegarse *res iudicata* en realidad pueden existir más o menos argumentos que en el procedimiento similar anterior. Cada caso tiene su propia independencia y debe resolverse en su momento específico, y en caso de que la similitud de dos procedimientos sea evidente, para esto existen los precedentes de casos, que pueden ser utilizados por los grupos especiales y el Órgano de Apelación, además de ser mencionados por las partes en el procedimiento para obtener el resultado más apegado a derecho posible.

23. Es necesario reconocer claramente que todo sistema jurídico digno de este nombre garantiza los medios necesarios a las partes que no

pueden ejercer sus derechos en el sistema judicial debido a limitaciones financieras (TN/DS/W/15, 25.09.2002, Grupo Africano), p. 2.

Aunque ya se comentó algo respecto de esta postura, es preciso resaltar que la situación financiera que representa cada procedimiento de este tipo es una falla que todavía no ha podido hacer frente la OMC, y resulta ser la preocupación más importante del Grupo Africano, quienes pretenden tener un rol más activo en los procedimientos multilaterales, si se reconoce el trato especial y diferenciado que solicitan.

24.El objetivo primordial del mecanismo de solución de diferencias de la OMC es alentar a las soluciones mutuamente convenidas (TN/DS/W/43, 28.01.2003, Jordania), p. 1.

La OMC debería propiciar con mayor énfasis las soluciones mutuamente acordadas entre las partes, pero este no es el objetivo primordial de la OMC, sino el de garantizar que cuando los países no encuentren una solución mutuamente satisfactoria a sus diferencias, exista un mecanismo por el que se determine jurídicamente a cuál de los países en disputa le asiste la razón, y desde luego, que se garanticen los medios suficientes para que las partes en conflicto encuentren un foro en el que puedan solucionar de manera pacífica sus diferencias.

25.Preocupa la actual tendencia hacia acuerdos bilaterales de compensación convenidos entre las partes en los que no se establece un calendario para la aplicación y que no se ofrecen a otros Miembros cuyos derechos y obligaciones también han sido anulados o menoscabados (TN/DS/W/8, 08.07.2002, Australia), p. 3.

La preocupación consiste en darles mayor participación a los países terceros en el conflicto, quienes no pueden sino ser testigos presenciales de los procedimientos, y si los países en conflicto deciden llegar a un acuerdo bilateral éste no puede trasladárseles a los demás. Trasladar estos resultados a los demás sería como crear resoluciones obligatorias *erga omnes*, lo que no podría

hacerse considerando que cada caso tiene su propia independencia. El aprendizaje que tendrían los países terceros podría servir para el procedimiento que con posterioridad iniciaran para resolver su propio conflicto.

26. Hasta la fecha ningún país menos adelantado (PMA) Miembro ha tratado de resolver una diferencia comercial a través del sistema de solución de diferencias de la OMC (TN/DS/W/17, 09.10.2002, PMA), p. 1. No hay que olvidar que una de las mayores dificultades que enfrentan los PMA en su participación en el sistema multilateral de comercio es una limitación extrema de recursos humanos. Los PMA a menudo están insuficientemente representados en Ginebra, o no lo están (TN/DS/W/17, 09.10.2002, PMA), p. 1.

Este debe ser uno de los principales retos a resolver por parte de la OMC, en aras de dar cumplimiento al principio de igualdad del comercio multilateral que consiste en que todos los países son iguales en cuanto a su participación, independientemente del poder económico o político que tengan. Ningún principio puede considerarse como válido si no garantiza que todos los países tengan las mismas oportunidades para acceder a los mecanismos multilaterales de solución de controversias. Los recursos económicos y la asesoría jurídica y comercial especializada son obligaciones que se deben garantizar a todos los países miembros de la OMC.

27. La cuantificación de la pérdida o el daño que haya que compensar debería comenzar siempre a partir de la fecha en que el Miembro infractor adoptó la medida. Se debe exhortar a los grupos especiales y al Órgano de Apelación a que utilicen la importante experiencia del sistema de solución de diferencias para calcular el nivel de anulación y menoscabo al efectuar la transición al sistema de compensación monetaria (TN/DS/W/17, 09.10.2002, PMA), p. 2.

Esta propuesta de los países menos avanzados que forma parte también, por su parte, de la propuesta de México, sería de gran beneficio para el sistema multilateral porque los países dudarían más en incumplir los acuerdos si la

determinación de la anulación y menoscabo se calcula a partir del momento en que se toma la medida a la parte infractora de dichos acuerdos, y no se calcula a partir del momento en que el OSD toma la determinación de la existencia de infracciones a los acuerdos multilaterales. La suma final que tendría que pagar el país como represalia comercial se multiplica si se recorren los plazos de cómputo, en beneficio del país afectado en el comercio.

28. Está bien documentada la ineficacia para exigir el cumplimiento y la posible repercusión negativa de las medidas de retorsión para las economías pobres. Los PMA consideran que una solución para este inconveniente es adoptar el “principio de responsabilidad colectiva”. En virtud de este principio, todos los Miembros de la OMC tendrían colectivamente el derecho y la responsabilidad de hacer cumplir las recomendaciones de la OMC (TN/DS/W/17, 09.10.2002, PMA), p. 4.

La propuesta de los países menos avanzados consiste en que todos y cada uno de los países miembros de la OMC asuma su compromiso con el comercio internacional repudiando en conjunto la violación de los acuerdos abarcados y le exijan de manera conjunta al país infractor el cumplimiento de sus obligaciones. Aunque la resolución sólo le otorga el derecho al país directamente afectado por el incumplimiento, es preciso que la comunidad internacional se manifieste para obligar al país infractor a dejar de incumplir sus compromisos.

También desde la perspectiva doctrinal, algunos autores se han pronunciado acerca de las acciones que deben tomarse para mejorar el mecanismo de la OMC. Las propuestas son las siguientes:

Wang Guiguo

- Para evitar la inactividad de los países en vías de desarrollo es necesario que se les puedan dar sesiones de entrenamiento sobre la solución de controversias en la OMC.

- Como sucede en la Corte Internacional de Justicia, debe permitirse a algunos países asistir a las audiencias de paneles y actuaciones del órgano de apelaciones como participantes *ad hoc* cuando un caso involucre a un país en vías de desarrollo. Esto les permitirá saber cómo se desarrollan y poder llevar a la práctica lo que allí se realiza para poder defenderse en su momento y pueda preparar sus propuestas.

Mateo Diego

- La propuesta de México consiste en extender los derechos de los Miembros para negociar la compensación o, de ser necesario, ejercer la retorsión.
- México propone incluir 4 conceptos independientes como parte del OSD:
 - Determinación temprana y la aplicación de la anulación o menoscabo. Se propone permitir a los paneles determinar el nivel de nulidad o impago para someter esta determinación a apelación, y permitirle a los países negociar la compensación para obtener autorización de retorsión desde el momento en que se dictó la recomendación del panel o del órgano de apelaciones. Con ello, el país buscará cumplir con la resolución lo antes posible para evitar que se incremente el monto de la deuda.
 - Determinación retroactiva y aplicación de la anulación o menoscabo. Esto le permitirá al país ganador no sólo obtener autorización para suspender beneficios de forma prospectiva sino retrospectiva, por el periodo en el que empezaría tan temprano como:
 - La fecha o establecimiento del panel;
 - La fecha de solicitud de consultas, o
 - La fecha de imposición de la medida.
 - Con la retroactividad, el Estado pierde cualquier incentivo para retrasar artificialmente los procedimientos.
 - Medidas preventivas. Cuando se combatir una resolución deriva en causar o amenazar con causar daño de difícil reparación, el panel debería poder requerir al Miembro defensor suspender la

aplicación de la medida hasta que se detenga el daño. Si el Miembro defensor no suspende la aplicación de la medida, el panel incluso debería poder habilitar al país quejoso para que tome medidas que prevengan el daño irreparable. Esto le permitiría a los países llevar a cabo los procedimientos ante el panel sin la presión indebida que el caso amerita. También eliminaría las tentaciones de los países de responder a la medida con otra medida ilegal que podría incluso afectar a terceros Estados.

- Remedios negociables. Los Miembros deberían tener el derecho de negociar su derecho a suspender concesiones a cambio de un beneficio específico. Se ha mencionado mucho acerca de que la suspensión de concesiones no es una opción real para ciertos países para ayudarlos a obtener un beneficio real. Si un país no accede a negociar con el país afectado, el quejoso podría acordar con un tercer Estado para transferirle su derecho a suspender concesiones a cambio de un beneficio negociable, que podría consistir en dinero. Esto incentivaría al país a cumplir, ya que tratará de evitar involucrar a un tercer país con un poder real de retorsión, y segundo, otorgaría beneficios tangibles para el quejoso, aun si no puede ejercer retorsión por si mismo, además le proveería un mejor ajuste de concesiones.

James C. Hecht

- Los paneles deben restringirse a aquellas áreas donde las reglas de negociación no son claras;
- Necesitan los paneles enfocarse en el cumplimiento de los casos donde las reglas son claras y aún así ha habido una violación;
- Los paneles deben asegurar que la capacidad del sistema sea realmente probada y apreciada por las partes.
- La transparencia en los procesos de solución de controversias debe basarse en dos metas:
 - Permitir a los grupos interesados e individuos observar de mejor manera y entender los trabajos del sistema, y

- Permitir, hasta donde se pueda, mayor impulso que contribuya a revelar el alcance propicio y la aplicación de los acuerdos de la OMC.

Ulrich Petersmann¹⁴

Derivado de una reunión internacional sobre las negociaciones de la OMC, en 2002, con miras a la reunión ministerial de Doha, los académicos con experiencia legal en la solución de controversias de la OMC presentaron sus propuestas de negociación para la reforma del sistema de solución de diferencias, mismas que se muestran a continuación:

a) Propuestas para mejorar los procedimientos de solución de diferencias de la OMC

1. Se propuso institucionalizar el sistema de paneles de la OMC porque se pierde mucho tiempo en las negociaciones para conformarlos, quedando a cargo del organismo que se cree esta tarea.
2. Se propuso la apertura de los expedientes al público en general para fomentar la transparencia; a la fecha, las sesiones del OSD son abiertas al público, aunque los expedientes guardan todavía confidencialidad porque no se cuenta todavía con versiones públicas de los mismos, sino hasta que se publican.
3. Se planteó la posibilidad de incluir los informes *amicus* en los procedimientos de apelación, que aunque ya los contempla la jurisprudencia de la OMC, todavía no adquieren un carácter tan importante porque en muchas ocasiones son opiniones de organismos vinculados a un país en particular, y su participación obstaculizaría la del país en la controversia.
4. Una de las críticas que se plantearon, y que forma parte de la crítica generalizada en la comunidad internacional, fue la de acelerar el

¹⁴ En: The Doha Development Round Negotiations on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding 2001-2003: An Overview.

nombramiento de árbitros de los grupos especiales. De esto ya se ha comentado con anterioridad.

b) Propuestas para cambiar de panelistas ad hoc a panelistas permanentes

1. *Thomas Cottier* concluyó que “los paneles permanentes fortalecerían la experticia de los panelistas, su legitimidad, independencia y coherencia en la jurisprudencia de la OMC”. Sugirió la creación de un “cuerpo colegiado de no más de 50 miembros de tiempo completo o de medio tiempo, obligados a servir en cuanto se les llame o a ser reemplazados en corto tiempo. Un cuerpo administrativo independiente apoyaría al panel, con la posibilidad de representar los intereses de la OMC por el Consejo Legal de la misma organización”. Al mismo tiempo se propuso mantener el sistema de designación por las partes, para dejarles algunas prerrogativas, más con la finalidad de proporcionarles alternativas y la decisión definitiva quedaría en sus manos.
2. La conformación del panel también es una preocupación, porque la estructura geopolítica mundial ha cambiado y la Unión Europea, con sus actuales 25 Estados Miembros, tendrían que dejar de tener 25 representantes en el panel, como ellos mismos lo propusieron, pero tampoco sería justo un mecanismo que sólo concentrara a un representante por cada agrupación de integración regional.

c) Mejoras y reformas del Organismo de Apelación de la OMC

1. Los miembros del Órgano de Apelación duran en su encargo 4 años; la propuesta que se hizo fue aumentarlo a 8 años, con posibilidad de renovarlo en una sola ocasión, con la finalidad de que puedan dedicar su tiempo completo a las tareas encomendadas.
2. Se planteó la posibilidad de que terceros Estados puedan apelar, aun cuando no hubieran participado en los procedimientos del panel.

d) Propuestas de reforma del Artículo 22 del DSU

1. Para *Petros Mavroidis* las compensaciones monetarias tienden a impactar de forma más desfavorable en los países en vías de desarrollo por violaciones de países desarrollados; por lo mismo, los incentivos inadecuados para el cumplimiento de las obligaciones de la OMC pueden provocar que el país ofendido también rehúse la compensación monetaria.
2. Ante el incumplimiento de las medidas dispuestas por el OSD, se acordó disminuir el periodo para que los países cumplan la medida obligatoria, además de que sería más conveniente que las medidas compensatorias fueran calculadas de forma retroactiva a partir del momento en que se dictó la decisión del organismo, con ello se lograría aumentar las medidas retroactivas.

e) Trato especial y diferenciado a países en desarrollo bajo el Sistema de Solución de Controversias de la OMC

1. Una de las preocupaciones más grandes en la solución de controversias de la OMC es el trato igualitario que se da a países desarrollados y en vías de desarrollo; la diferencia entre ambos es abismal, y la comunidad internacional considera que los países en vías de desarrollo no cuentan con las herramientas suficientes, comparativamente respecto de los desarrollados, para afrontar las diferencias, por ello es importante brindar asistencia a estos últimos para equilibrar la patente diferencia entre ambos.
2. Para realizar acciones a favor de esto, el grupo africano propuso “establecer un fondo de la OMC para solución de controversias que facilite una más efectiva utilización de los procedimientos de solución de controversias para países en desarrollo y menos desarrollados”.

1.2.4. Propuestas respecto de la concurrencia de foros

La concurrencia de foros tiende a ser cada vez menor, actualmente el TLCAN es la única agrupación regional en el mundo que mantiene su propio esquema de solución de controversias por prácticas desleales de comercio internacional, en un procedimiento ajeno a la OMC, aunque en esencia similar en cuanto a la protección de los derechos de los países ante la competencia desleal.

La posibilidad de buscar soluciones a problemas específicos debe ser variada, es decir, debe proporcionarle a las partes en conflicto la posibilidad de decidir cuál foro es más conveniente para someter su disputa y su confianza para que este foro le resuelva su controversia, a sabiendas que no por el hecho de poder elegir recaerá una solución favorable a sus intereses, pero teniendo también la plena confianza de que sus mismos intereses estarán bien representados en dicho foro.

Esta posibilidad de elección de foro (*forum conveniens* y *forum non conveniens*) no debe confundirse con la posibilidad que tengan las partes a buscar en varios foros a la vez para ver si en alguno de ellos la resolución les favorece, pues en este caso se estaría ante figuras procesales no permitidas como la *lis alibi pendens* o la *res judicata*, que no son otras figuras que las que se conocen en el Derecho mexicano como litispendencia, conexidad, y cosa juzgada.

Estas figuras no son permitidas, como ya se vio con anterioridad, porque pretenden someter una misma causa a diferentes procedimientos, ya sea en un mismo momento o en momentos distintos (antes o después de resuelta la controversia), de forma que echan a andar el aparato judicial por causas que tienen, o bien las mismas partes en el procedimiento, la misma causa, o la misma vía para su solución. Con esto lo que se busca es el fraude a la ley, se transgreden los principios generales del Derecho y del procedimiento, y se vulnera la buena fe de las negociaciones comerciales.

Con miras a encontrar soluciones para evitar la concurrencia de foros, es preciso definir el punto controvertido de la situación de la que deriva este problema. En realidad, cualquier acuerdo de integración regional en la

actualidad remite la solución de controversias por prácticas desleales de comercio internacional al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC; el problema continúa en los acuerdos regionales que mantienen su propia jurisdicción en esta misma materia, concretamente, el TLCAN.

Algunos acuerdos regionales como el Tratado de Libre Comercio entre México y la Comunidad Europea solucionan este dilema incluyendo un artículo en el que dispone que los procedimientos arbitrales previstos en el acuerdo no tendrán como función revisar cuestiones relacionadas con los derechos y obligaciones que las partes hubieren adquirido ante la OMC. Con ello, el acuerdo regional pretende delimitar la jurisdicción y competencia de cada foro, dejando las controversias por prácticas desleales al organismo encargado de velar por su cumplimiento en el orden internacional, y las cuestiones netamente regionales que queden en el ámbito del propio acuerdo bajo una solución estrictamente bilateral.

El problema con el TLCAN es que no es posible su modificación o adecuación a esta realidad que presenta el TLCUEM porque el primero carece de mecanismos para modificar el tratado, ya que tendría que acudir a los mismos pasos que se siguieron para su celebración, es decir, para el caso de México, negociar las modificaciones, firmarlas el Ejecutivo, aprobarlas el Legislativo, ratificarlas nuevamente el Ejecutivo y publicarlas en el Diario Oficial antes de su entrada en vigor. Esto no sucede en el TLCUEM que contiene un artículo también conocido como Cláusula Evolutiva, por la que los países se comprometen a actualizar el tratado de una forma más ejecutiva, es decir, sin el engorroso procedimiento antes mencionado, sólo con la voluntad manifiesta de los gobiernos para actualizar el tratado a las circunstancias supervenientes.

El TLCAN, como está ahora, presenta un problema de jurisdicción respecto de la OMC. El problema surge cuando por prácticas desleales se violan disposiciones previstas en la ley nacional de Canadá, Estados Unidos o México, que es la materia que tendrán que revisar los paneles. Pero la concordancia que deben tener los ordenamientos nacionales con los acuerdos multilaterales de la OMC es una obligación para los países miembros de la

OMC. De forma que, por un lado puede estar violándose la legislación nacional, pero si el caso se presenta ante la OMC, este organismo no podría resolverlo por tratarse de ordenamientos domésticos; sin embargo, si el caso se presenta como una violación a un acuerdo de la OMC, aunque sea la misma causa que viola el derecho interno, la circunstancia cambia. La OMC puede sustraerse de revisar el incumplimiento de ordenamientos internos de los países, pero si esa misma causa además viola un acuerdo multilateral o plurilateral de la OMC no puede pedírsele a esta organismo que se sustraiga de conocer del caso porque éste ya está siendo planteado en otro foro.

Otra propuesta de cláusula para evitar esta duplicidad se encuentra en el Artículo 23 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC, de la siguiente forma (énfasis añadido):

“Artículo 23

Fortalecimiento del sistema multilateral

1. Cuando traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados, los Miembros recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento, que deberán acatar.
2. En tales casos, los Miembros:
 - a) no formularán una determinación de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos de los acuerdos abarcados, excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento, y formularán tal determinación de forma coherente con las constataciones que figuren en el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, adoptado por el OSD, o en el laudo arbitral dictado con arreglo al presente Entendimiento;
 - b) seguirán los procedimientos establecidos en el artículo 21 para determinar el plazo prudencial para que el Miembro afectado aplique las recomendaciones y resoluciones; y
 - c) seguirán los procedimientos establecidos en el artículo 22 para determinar el nivel de suspensión de las concesiones u otras obligaciones y para obtener autorización del OSD, de conformidad con esos procedimientos, antes de suspender concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados en el caso de que el Miembro afectado no haya aplicado las recomendaciones y resoluciones dentro de ese plazo prudencial”.

Este Artículo, sin embargo, deja la duda planteada con anterioridad sobre una violación que puede al mismo tiempo ser violación del TLCAN y en un sentido completamente distinto, ser violación de los acuerdos de la OMC.

El Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos y Canadá (1989), prevé que cuando una controversia ha sido sometida a uno u otro foro (ALC o GATT/OMC), podrá ser resuelto en cualquiera de ambos foros a discreción de la parte reclamante, pero una vez sometido a alguno de los foros, dicho procedimiento será excluyente de cualquier otro (Artículo 1801). Esto también tiene fallas importantes, porque vuelve la cuestión de que el acuerdo regional revisa cuestiones diferentes que las que revisa la OMC.

El TLCAN pretende ir más lejos que el acuerdo bilateral entre Estados Unidos y Canadá, ya que en materia sanitaria y medidas fitosanitarias, medio ambiente y otras controversias más, obliga al Estado miembro a sujetarse a la jurisdicción del propio tratado por encima de la OMC cuando el otro Estado en la controversia prefiere la jurisdicción del TLCAN¹⁵, pero esta no es una verdadera solución por las mismas causas anteriores, es decir, no son las mismas cuestiones planteadas ante los dos foros, aunque la repercusión sea similar.

Esta discusión sólo deja en evidencia la oscuridad del lenguaje jurídico frente a la realidad social. El principio de buena fe que se sobreentiende en las relaciones internacionales no es suficiente ante la voluntad de las partes en un conflicto para lograr que se beneficien sus intereses, pues para ello harán todo lo que esté a su alcance.

Cuando una parte en la controversia ante paneles del TLCAN, al ver que está encontrando dificultades para el buen desarrollo de su causa, acude a la OMC para solicitar el amparo jurisdiccional bajo causas distintas, la parte reclamante sabe que lo que está solicitando a un foro es en esencia lo mismo que solicita ante el otro, pero la complejidad del lenguaje jurídico le permite crear una

¹⁵ Kwak, Kyung y Marceau, Gabrielle, *op. cit.*, p. 25.

ficción y argumentar jurídicamente ante una perpleja comunidad internacional que la causa que se busca en un foro es la violación de una disposición o procedimiento nacional, mientras que en el otro la causa es la violación de un acuerdo multilateral. Visto así parece congruente, pero esto se explica mejor de la siguiente forma:

Los productores mexicanos logran obtener el beneficio de la autoridad nacional y, a consecuencia de la investigación, se imponen cuotas compensatorias a las importaciones de alguna mercancía estadounidense. Los empresarios estadounidenses productores y exportadores de dicha mercancía, al no estar de acuerdo con dicha resolución inician procedimiento ante un panel binacional conforme al Capítulo XIX del TLCAN. La controversia inicia su curso ante este procedimiento regional, pero en el camino se encuentran varios obstáculos que impiden la conformación del panel, por dilaciones en su designación, diversas recusaciones, etcétera. Esta dilación del procedimiento es motivo suficiente para que los empresarios estadounidenses soliciten a su gobierno iniciar consultas ante la OMC para ver si en este caso tienen más suerte. Las consultas y con ello el procedimiento de solución de controversias ante la OMC se ha iniciado de manera simultánea al del TLCAN, de modo que ambos procedimientos siguen su curso, sólo que los paneles verificarán si la autoridad investigadora nacional se apegó a los procedimientos y ordenamientos previstos en la propia legislación mexicana, mientras que los grupos especiales de la OMC verificarán si la autoridad mexicana o la propia legislación del país se apega (a la luz de un caso concreto, eso sí) a los acuerdos de la OMC y si no se han menoscabado los derechos estadounidenses por esta causa.

Al final, ambos tribunales deberán resolver, ya que no se han comprobado circunstancias que permitan excluir la competencia de un foro en beneficio del otro, pero la solución recaerá en contra de alguno u otro en ambos procedimientos. Las preguntas son: ¿Ambos procedimientos perseguían lo mismo o no? La resolución en uno ¿será totalmente distinta a la del otro? En caso de que un foro favorezca a un estadounidense y el otro a un mexicano ¿Serán compatibles ambas resoluciones? ¿Cuál foro logró encontrar la justicia, o fueron ambos?

Las respuestas a estos cuestionamientos no son sencillas. La técnica jurídica indica que ambos foros no perseguían lo mismo, pero la lógica indica que sí. Ambos fallos serán distintos porque son diferentes autoridades los han hecho, pero la esencia es la misma, se falla en contra de uno u otro, sean estos gobiernos o particulares, siempre serán estadounidenses o mexicanos. Ambos fallos pueden ser jurídicamente compatibles porque en un caso se resuelve en contra del gobierno mexicano y en el otro a favor de un particular mexicano, pero ¿no son acaso parte de un mismo equipo y la causa que se busca no es la misma? De acuerdo con el Derecho, no es así, porque la ficción permite fragmentar la justicia de forma que pueda parecer que todos salen ganando, aunque no dejan de perder algo en el camino.

El caso de Fructosa es muy similar a lo que se ha dicho aquí, sólo que en este caso, tanto el panel del TLCAN como el Grupo Especial de la OMC fallaron en contra de México, el panel lo hizo porque el grupo especial así lo resolvió, y para evitar controversias se tomaron como válidos argumentos y pruebas presentadas en el otro foro, o tal vez los árbitros en ambos procedimientos lograron encontrar la justicia como “premio a su sabiduría y análisis profundo”. Esto no importa, lo que vale aquí es que una controversia que al análisis a priori es la misma en ambos foros, para el Derecho no lo es, y como la sociedad actual vive o pretende vivir en un estado de Derecho, la verdad jurídica se sobrepone a la realidad.

Mandato uniforme

El mandato que reciben tanto los panelistas del TLCAN como los Grupos Especiales de la OMC, como ya se vio con anterioridad, está claramente precisado. En los primeros, lo que busca el panel es determinar si la autoridad nacional que aplicó la medida impugnada se apegó en estricto derecho a sus propios ordenamientos nacionales, y en este sentido debe pronunciarse el panel, solicitando a la autoridad investigadora la adecuación de sus actos en todo lo que no se hubiera apegado a su orden jurídico local.

Los Grupos Especiales de la OMC tienen el mandato de revisar el apego de los actos o leyes nacionales a los acuerdos abarcados de la OMC, llámense acuerdos multilaterales o acuerdos plurilaterales.

Fuera de ambos mandatos antes referidos, ninguno de los tribunales señalados puede rebasar su competencia, a riesgo de ser señalados por haber excedido sus atribuciones.

La proliferación de tribunales nacionales e internacionales competentes para conocer y resolver simultáneamente una misma controversia ha generado la necesidad de plantearse la cuestión acerca de la posibilidad de modificar los mandatos de cada tribunal, de modo que, al originarse un conflicto el mismo pueda plantearse ante un foro, y en ese mismo momento se cancelen las posibilidades de de plantearse ante otro.

La situación no es fácil si se toma en cuenta, como ya se revisó en capítulos anteriores, que en los casos específicos del TLCAN y de la OMC no son las mismas partes las que intervienen en el proceso, ni es la misma litis. No obstante, es evidente el nexo que une a un asunto con el otro, como se vio del análisis de los casos prácticos vistos con anterioridad.

En aras de fortalecer el mecanismo multilateral representado por la OMC y de hacerlo convivir en armonía plena con los bloques regionales de comercio y sus propios mecanismos de solución de disputas, puede hacerse la modificación del mandato de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación de la OMC, dotándolos de mayores atribuciones para revisar violaciones a los tratados regionales específicos. No parece incoherente esta propuesta si se considera que, tanto las legislaciones de los países en materia de *dumping* y subvenciones deben guardar congruencia con los acuerdos de la OMC, y de igual forma, las autoridades nacionales deben guardar la misma congruencia en su desempeño, evitando la anulación y menoscabo de los derechos de las partes como lo disponen los acuerdos de la OMC.

Por otro lado, si el argumento disyuntivo es motivado desde el punto de vista de que son diferentes partes los involucrados en los diversos procesos, es factible considerar a los empresarios nacionales de un país y a las autoridades gubernamentales del mismo como una misma parte, como sucede en la OMC ante la imposibilidad de que los particulares puedan presentar reclamaciones en este foro. Es verdad que en la OMC son los Estados los representados en la controversia, pero podrían ser los particulares de ese mismo Estado los representados, sin que el cambio gramatical trascienda al ámbito jurídico, al fin son los intereses mexicanos los representados en la contienda, sean éstos gubernamentales o particulares.

Pero no es ésta la única alternativa propuesta para la uniformidad de los sistemas analizados en este trabajo. No tendría que modificarse el mandato del OSD como única salida. También podría modificarse el mandato de los paneles del TLCAN si se cree que la negociación en el ámbito multilateral resulta más complicada. En este caso, como resultado de un gran esfuerzo de los países miembros del TLCAN, deberían armonizarse los tres regímenes jurídicos en lo que respecta a las prácticas desleales de comercio internacional (*dumping* y subvención), uniformándolas con los acuerdos multilaterales respectivos de la OMC.

La salida, aunque difícil, no representaría un cambio de circunstancias en la dinámica natural del bloque regional, ya que el siguiente paso que tendría que dar el TLCAN, pensando que se proseguiría el avance de la integración, sería uniformar los ordenamientos jurídicos para constituir una unión aduanera en América del Norte. De no llegar a concretar esta etapa de integración, de cualquier forma resulta un avance natural y necesario la uniformidad de los ordenamientos comerciales de los tres países para facilitar la libre circulación de factores del comercio. Estos ordenamientos comunes tendrían que guardar estricto apego a los acuerdos multilaterales de la OMC respectivos.

El mandato del panel, llegado el momento, consistiría en revisar que la autoridad nacional se hubiera apegado a los ordenamientos nacionales, mismos que no serían diferentes de los acuerdos multilaterales que regulan el

dumping y las subvenciones. Con esto, podría incluirse en el texto del capítulo XIX del TLCAN y en las Reglas de Procedimiento la facultad de las partes para iniciar la controversia ante paneles o de solicitar a su gobierno la representación ante la OMC, pero en una situación de exclusión obligatoria de foros. Esto podría reforzarse con un acuerdo multilateral en el sentido de que si un bloque regional ha armonizado sus reglas haciéndolas congruentes con los acuerdos de la OMC, podría excluirse éste último de conocer una controversia que se hubiera planteado con anterioridad ante un foro regional. Con esta modificación se estaría ampliando la competencia de la OMC sobre solución de conflictos derivados de un foro regional, sólo si este foro mantiene un estricto apego a los acuerdos multilaterales.

CONCLUSIONES

Primera. El término de práctica desleal no es adecuado, porque no existe ninguna relación entre comerciantes de la que derive una obligación de lealtad para vender sus productos, salvo que los precios de sus mercancías se encuentren por debajo de sus costos de producción, en cuyo caso se estaría ante una práctica no sólo de *dumping* sino predatoria, cuya finalidad es la de desplazar irremediablemente y de manera injusta a los productores nacionales de mercancías idénticas o similares.

Segunda. No existe en este momento ningún instrumento jurídico, sea nacional o internacional que prohíba el *dumping*, sólo lo regulan, salvo que se trate de prácticas predatorias que tiendan a constituir un monopolio, por el exagerado desplazamiento de los productores nacionales de mercancías idénticas o similares, en cuyo caso se estaría ante una práctica anticompetitiva. Las subvenciones, por el contrario, sí están prohibidas cuando consisten en la aportación monetaria de un gobierno a los productores de su país.

Tercera. De los doce tratados de libre comercio que tiene suscritos México, sólo cinco de ellos (G-3, Bolivia, Nicaragua, Triángulo del Norte y Uruguay) contemplan un capítulo sobre prácticas desleales de comercio internacional, mientras que sólo el TLCAN tiene un capítulo específico para solucionar controversias por estas prácticas, y en seis de ellos se establece a la OMC como único foro para solucionar estas controversias (Chile, Unión Europea, EFTA, Israel, Japón, y Uruguay); en tanto que en los tratados celebrados con TLCAN, G-3, Costa Rica, Bolivia, Nicaragua, y con el Triángulo del Norte, permiten que estas controversias puedan ventilarse en la OMC o en un foro alterno.

Cuarta. La elección del foro para solucionar la controversia le asiste a quien perjudica la resolución de la autoridad investigadora, por lo que sólo ella podrá elegir de manera unilateral el foro que considere más adecuado, dejando sin posibilidad de elección a la contraparte del procedimiento, que puede ver en otro foro una alternativa más adecuada a la protección de sus intereses.

Quinta. La naturaleza jurídica de los paneles ha sido discutida no sólo en el ámbito doctrinal sino en las mismas decisiones de casos concretos, y no está claramente definido si se trata de una instancia jurisdiccional, o una instancia jurisdiccional *ad hoc*, o de una instancia arbitral, pero esta discusión no trasciende más allá de una simple discusión teórica porque, a diferencia de los grupos especiales y de las decisiones del Órgano de Apelación de la OMC, las decisiones de los paneles no constituyen una obligación a futuro, ni siquiera pueden ser una referencia para posteriores procedimientos.

Sexta. La naturaleza jurídica de las Reglas de Procedimiento del Capítulo XIX del TLCAN responde a que se trata de un ordenamiento internacional adjetivo, dependiente necesariamente de uno sustantivo (TLCAN) y aplicable sólo al órgano internacional correspondiente para resolver un caso concreto, también de orden internacional, por lo que no debe identificarse con ordenamientos nacionales de ningún país. No forman parte del derecho interno de ningún país y sólo serán aplicables a los panelistas, los que, aún con su nacionalidad plenamente identificada, al momento de decidir en un caso no lo hacen como mexicanos sino como miembros de un tribunal internacional *ad hoc* creado para resolver una controversia específica y desaparecer a su conclusión.

Séptima. Los paneles del Capítulo XIX del TLCAN sólo pueden emitir recomendaciones a la autoridad investigadora con el fin de que se adopten medidas no incompatibles con su decisión, pero en ningún momento se les ha dotado de la facultad de ordenar que se cumpla con su decisión, y aunque ha habido casos como el de Jarabe de Maíz de Alta Fructosa, o el de Importaciones de Productos de Placa de Acero en Hoja Originarios y Procedentes de los Estados Unidos de América, en los que el panel ha ordenado el cumplimiento de sus decisiones, se entiende que en estos casos el panel se extralimitó en sus funciones.

Octava. El Código de Ética para Árbitros no dispone sanción alguna para los panelistas que no resuelvan en tiempo la controversia, y el Capítulo XIX del

TLCAN es omiso en este sentido. Esta circunstancia se ha convertido en un lastre más de los paneles, porque los plazos de resolución nunca se cumplen, lo que ha motivado deserción hacia otros foros, como el de la OMC. Esta es la parte más débil del procedimiento ante paneles, porque en muchos casos, como el de Madera Blanda o el de Cemento, las partes han decidido concluirlos por la celebración de convenios, antes que esperar una resolución que, cuando llegue, seguramente lo hará a destiempo, demasiado tarde.

Novena. Los paneles no pueden considerarse como autoridades para efectos del amparo porque sólo son instancias alternativas no obligatorias para las partes en una controversia; además, sus decisiones no ordenan su cumplimiento, sino a través de la autoridad investigadora que les concede esta validez por cumplimiento del tratado internacional del que derivan; además, los paneles no tienen facultades para hacer cumplir sus decisiones, y no cuentan con una infraestructura, ni domicilio, ni personalidad jurídica o representación institucional, ya que desaparece al terminar su labor.

Décima. A favor de los paneles puede decirse que no existe ningún otro mecanismo en el mundo por el que se permita a un órgano de solución de diferencias, es decir, con funciones jurisdiccionales, aunque desvinculado de ningún país, que revise las resoluciones administrativas de una autoridad nacional específica. Como principio jurídico resulta interesante porque los actos administrativos de un país son en proporción muchos más que los actos estrictamente jurídicos de los tribunales. El hecho de que en el TLCAN un conjunto de expertos en temas comerciales, jurídicos, económicos etc., revisen el debido apego estricto de una autoridad administrativa a los procedimientos jurídicos que le marca su propia legislación nacional es un gran avance con miras a la conformación de una futura unión aduanera en Norteamérica, la que, aun cuando no se concretara por problemas por todos conocidos como la migración ilegal y el tráfico de drogas, permite al menos armonizar la legislación en materia comercial internacional, o por lo menos su discusión con más conocimiento de causa de los sistemas de los tres países de la región. Esto, sin lugar a duda, es un andamiaje ideal hacia un proyecto de integración regional en América del Norte.

Décima Primera. Los argumentos más debatidos contra los paneles del TLCAN, son: que sus decisiones no crean precedentes, lo que ocasiona que no tengan continuidad; las demoras en la conformación de los paneles son el principal obstáculo para su buen funcionamiento, esto se podría solucionar con la designación automática por un organismo designado; los paneles no tienen poder para hacer cumplir sus decisiones, ni para revisarlas; su naturaleza temporal le impide desarrollar una labor institucional; existen muy pocas personas a elegir para ser panelistas; no hay limitación para que las partes inicien procedimientos ante dos foros simultáneos; y su inconstitucionalidad no sólo se ha cuestionado en México, sino también en los Estados Unidos.

Décima Segunda. El problema mayor que enfrenta la controversia que se somete a la OMC y al TLCAN de manera concurrente radica en que no existe un vínculo concreto entre la diferencia sometida a los grupos especiales por un lado, y a los paneles por el otro. Mientras los grupos especiales se encargan de resolver la controversia que los Estados someten al Órgano de Solución de Diferencias, los paneles resuelven la disputa sometida por particulares contra actos de autoridades del propio Estado que realizó la investigación sobre prácticas desleales. Al existir diferentes actores en uno y en otro procedimiento se entiende que, jurídicamente, se está hablando de dos procesos distintos.

Décima Tercera. Existen muchas diferencias entre los procedimientos seguidos ante paneles del Capítulo XIX del TLCAN y Grupos Especiales de la OMC, que los hacen ser considerados como dos procedimientos totalmente distintos entre sí, aun cuando tienen como función resolver controversias similares dentro del comercio internacional, como lo son las prácticas desleales.

Décima Cuarta. Las circunstancias coincidentes y divergentes de las controversias seguidas ante ambos foros son las siguientes: por un lado, las coincidencias son que el conflicto se presenta, en ambos casos, entre los dos mismos países (i.e. México y Estados Unidos); la controversia, también en ambos casos, es sobre la misma materia (Jarabe de maíz, madera blanda,

etc.); y los procedimientos son similares porque ambos consisten en cuestiones relacionadas con el arbitraje, aunque difieren en algunas cuestiones. Por otro lado, las divergencias son que los promoventes son distintos (particulares o autoridades de un país, por un lado (TLCAN), y gobiernos, exclusivamente, para el caso de la OMC); la instancia es distinta (TLCAN y OMC, por ello no podría argumentarse ni litispendencia ni conexidad); y la causa es diferente (apego a la legislación nacional, en el TLCAN, y apego a los acuerdos abarcados, en la OMC).

Décima Quinta. Un convenio entre las partes (como el alcanzado recientemente en el conflicto de Cemento y en el de Madera Blanda) que pone fin al conflicto entre ellas puede verse como un gran logro si se toma en cuenta la premisa de que “vale más un mal arreglo que un buen pleito”, pero visto desde otra perspectiva no puede soslayarse que este acuerdo representa también el fracaso de los mecanismos de solución de controversias, tanto del TLCAN como de la OMC, porque no fueron capaces de dar solución satisfactoria a los contendientes, quienes prefirieron pactar en privado una solución motivada antes que continuar un procedimiento por muchos años más.

Décima Sexta. Para evitar el litigio de una misma controversia ante dos foros, se propone, entre otras, modificar el esquema establecido en los paneles del TLCAN, de manera que se Institucionalice su procedimiento, desde la designación del panel hasta el cumplimiento de su decisión; que se Modifique el mandato del panel para que se defina la imposibilidad de resolver la controversia un foro distinto cuando ya ha sido sometida al panel del Capítulo XIX; que exista una mayor profesionalización de la labor de panelista; que se doten de mayores recursos y atribuciones a las secciones nacionales del Secretariado; que se establezcan los precedentes; y que exista una obligatoriedad de medios alternativos (mediación, buenos oficios) en cada procedimiento.

Décima Séptima. La compensación debe prevalecer por encima de la retorsión, porque al volverse obligatoria se torna en una sanción, pero su naturaleza es diferente a la suspensión de concesiones y otras obligaciones

porque éstas no restablecen el equilibrio perdido en las relaciones comerciales bilaterales y multilaterales. La retorsión llega incluso a derogar temporalmente cierto Acuerdos de la OMC a favor de la parte reclamante, lo cual afecta a todo el sistema y no sólo a la parte querellada, o se establecen aranceles del 100 por ciento que no habían existido nunca antes entre las dos partes en disputa. Esta desproporción en la retorsión la vuelve inútil y la transforma en un boomerang para el Miembro que la toma.

Décima Octava. Dentro de las propuestas más destacadas para modificar el mecanismo de solución de diferencias de la OMC, destaca: el fortalecimiento de las consultas; dotar de mayor permanencia a los miembros de grupos especiales; adecuar los plazos procedimentales a la realidad; profesionalizar a los miembros de grupos especiales en las materias de su conocimiento; privilegiar la compensación temporal antes que a la suspensión de concesiones; disminuir los costos de los procedimientos o adecuarlos de manera que los países menos adelantados puedan acceder con más facilidad a ellos; establecer un esquema de asesorías jurídicas a los representantes de PMA que les permita tener mayor participación en Ginebra; y que la cuantificación de la pérdida o el daño que haya que compensar comience siempre a partir de la fecha en que el Miembro infractor adoptó la medida.

Décima Novena. En aras de fortalecer el mecanismo multilateral representado por la OMC y de hacerlo convivir en armonía plena con los bloques regionales de comercio y sus propios mecanismos de solución de disputas, puede hacerse la modificación del mandato de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación de la OMC, dotándolos de mayores atribuciones para revisar violaciones a los tratados regionales específicos.

Vigésima. También podría modificarse el mandato de los paneles del TLCAN si se cree que la negociación en el ámbito multilateral resulta más complicada. En este caso, como resultado de un gran esfuerzo de los países miembros del TLCAN, deberían armonizarse los tres regímenes jurídicos en lo que respecta a las prácticas desleales de comercio internacional (*dumping* y subvención), uniformándolas con los acuerdos multilaterales respectivos de la OMC.

Vigésima Primera. Podría incluirse en el texto del capítulo XIX del TLCAN y en las Reglas de Procedimiento la facultad de las partes para iniciar la controversia ante paneles o de solicitar a su gobierno la representación ante la OMC, pero en una situación de exclusión obligatoria de foros. Esto podría reforzarse con un acuerdo multilateral en el sentido de que si un bloque regional ha armonizado sus reglas haciéndolas congruentes con los acuerdos de la OMC, podría excluirse éste último de conocer una controversia que se hubiera planteado con anterioridad ante un foro regional. Con esta modificación se estaría ampliando la competencia de la OMC sobre solución de conflictos derivados de un foro regional, sólo si este foro mantiene un estricto apego a los acuerdos multilaterales.

BIBLIOGRAFÍA

A Handbook on the WTO Dispute Settlement System. A WTO Secretariat Publication prepared for publication by the Legal Affairs Division and the Appellate Body. Ed. Cambridge, Primera edición, 2004.

ALIMONDA, HÉCTOR (Coordinador). *Integración, Políticas y Democracia*, Cuadernos de Nueva Sociedad, Caracas, Venezuela, 1998.

ÁLVAREZ GÓMEZ-PALLETE, JOSÉ MARÍA. *La Organización Mundial de Aduanas y sus Convenios*, Centro de Investigación Aduanera y de Comercio Internacional (CIACI) y Confederación de Asociaciones de Agentes Aduanales de la República Mexicana, México, 2002.

ARELLANO GARCÍA, CARLOS. *Primer Curso de Derecho Internacional Público*, 5ta. ed., México, Porrúa, 2002.

Asia-Pacífico 2003. Programa de Estudios APEC. Centro de Estudios de Asia y África. México, El Colegio de México, 2003.

BELA BALASSA, J.D. *Teoría de la Integración Económica*, México, Uteha, S.A. de C.V., 1980.

BHALA, RAJ, *International Trade Law: Theory and Practice*, 2a. ed., USA, Lexis Nexis, 2000.

BOSCOVICH, NICOLÁS. *Geoestrategia para la Integración Regional*, Buenos Aires, Argentina, Ciudad Argentina, 1999.

BRONCKERS, MARCO AND HORLICK, GARY. *WTO jurisprudence and policy: practitioners' perspectives*. London, Cameron May, 2005, Main Library WTO, Call number: 061:339.58 BRO2004.

BROWNLIE IAN, *Principles of Public International Law*, 5a. ed., Estados Unidos, Oxford, 1998.

BURGOA O. IGNACIO. *El juicio de amparo*, 29a. ed., México, Porrúa, 1992.

CABELLO PÉREZ, MIGUEL. *Las Aduanas y el Comercio Internacional*, España ESIC, 2000.

CARMODY, CHI. "Continental conversations: remand of binational panel decisions under NAFTA chapter 19" en *The first decade of NAFTA: The future of free trade in North America*. Kevin Kennedy (ed), USA, Transnational Publishers, 2004.

CARMONA LARA, MARÍA DEL CARMEN, "Integración Económica y Acuerdo de Libre Comercio de la América del Norte. Mecanismo de Solución de Controversias", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, <http://132.248.65.10/publica/rev/boletin/cont/82/art/art3.htm>

CLOUGH, MARK. "Anti-dumping and jurisprudence of the WTO panel and Appellate Body reports (1995-2001)", en *International trade law and regulation*, USA, vol. 7, no. 3, Julio de 2001.

Comercio Internacional, Serie McGraw-Hill, México, McGraw-Hill, 5 Tomos, 1998.

CRUZ BARNEY, ÓSCAR. *Solución de Controversias y Antidumping en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, Porrúa-UNAM, 2002.

CRUZ MIRAMONTES, RODOLFO. *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2002, p. 13.

DAVEY, WILLIAM J. "The WTO dispute settlement system: the first ten years". En: *Journal of international economic law*, vol. 8, no. 1, marzo de 2005.

DERAINS, YVES Y SCHWARTZ, ERIC A. *El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Guía de arbitraje comercial internacional*, México, Oxford, Colección Estudios Jurídicos, Traducción de la primera edición, 2001.

DI FILIPPO, ARMANDO Y FRANCO, ROLANDO. *Integración Regional, Desarrollo y Equidad*, México, Siglo Veintiuno Editores, Naciones Unidas y CEPAL, 2000.

FEINMAN, JAY M. *Introducción al Derecho de Estados Unidos de América. Todo lo que debe saber acerca del sistema jurídico estadounidense*, México, Oxford, 2004.

FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO. *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*. Legislación, Prontuario y Bibliografía, México, Porrúa, 2003.

GANTZ, DAVID A. "Dispute settlement under the NAFTA and the WTO: choice of forum opportunities and risks for the NAFTA rules", *American University International Law Review*, Washington College of Law, American University, 1999.

GRAAFSMA, FOLKERT. "Recent WTO jurisprudence in the field of anti-dumping", *Legal issues of economic integration*, vol. 28, no. 3, 2001.

GRAHAM TAPIA, LUIS ENRIQUE. *El Arbitraje Comercial*, México, Themis, Colección Obras Monográficas, 2000.

GUIGUO, WANG, HORLICK, GARY N., AND DIEGO FERNÁNDEZ, MATEO. "Reforming the WTO dispute settlement procedures", *Journal of world investment*, vol. 6, no. 1, February 2005.

GUZMÁN, JOAQUÍN Y RALLO, ANTONIO. *Estructura Económica Mundial*, España, McGraw-Hill, 1998.

HECHT, JAMES C. "Operation of WTO dispute settlement panels: assessing proposals for reform", en *Law and Policy in international business*, vol. 31, no. 3, 2000.

HERDEGGEN MATHIAS, *Derecho Internacional Público*, México, UNAM – Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

HERNÁNDEZ RAMÍREZ, LAURA. *Comercialización Internacional de los Servicios en México*, México, McGraw-Hill, 1998.

HOBERG, GEORGE AND HOWE, PAUL. "Law, Knowledge, national interest in trade disputes: the case of softwood lumber", *Journal of world trade*, vol. 34, no. 2, abril de 2000.

HORLICK, Gary and Vermulst, Edwin. "The ten major problems with the anti-dumping instrument: an attempt at synthesis", *Journal of world trade*, vol. 39, no. 1, 2001.

KALIR, DORON M. "Taking globalization seriously: towards general jurisprudence", *Columbia journal of transnational law*, vol. 39, no. 3, 2001.

KWAK, KYUNG AND MARCEAU, GABRIELLE. "Overlaps and conflicts of jurisdiction between the WTO and RTAs", *Conference on Regional Trade Agreements*. World Trade Organization, 26 April, 2002,
www.wto.org/english/tratop_e/region_e/sem_april02_e/marceau.pdf

KOZOLCHYK, BORIS. *El Derecho Comercial ante el Libre Comercio y el Desarrollo Económico*, México, McGraw-Hill, 1996.

LACARTE MURÓ, JULIO A AND GAPPAH, PETINA. "Developing countries and the WTO legal and dispute settlement system: a view from the bench". *Journal of international economic law*, vol. 3, no. 3, septiembre de 2000.

LOUNGRANATH, VILAYSOUN AND STEHLY, CÉLINE. "The general dispute settlement mechanism in the North American Free Trade Agreement and the World Trade Organization system: is North American regionalism really preferable to multilateralism?" *Journal of world trade*, vol. 34, no. 1, febrero de 2000.

LÓPEZ AYLLÓN, SERGIO. *Los paneles binacionales del capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio no son autoridad para efectos del amparo (amparo en revisión número 280/98)*, en: "Revista Cuestiones Constitucionales", Núm. 2, enero-junio 2000
www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/2/cj/cj9.pdf

LÓPEZ-AYLLÓN, SERGIO Y VEGA CÁNOVAS, GUSTAVO. *Las prácticas desleales de comercio en el proceso de integración comercial en el continente americano: la experiencia de América del Norte y Chile*. México, Secretaría de Comercio y Fomento Industrial - UNAM, 2001.

MACRORY, PATRICK F.J. "Chapters 19 and 20 of NAFTA: an overview and analysis of NAFTA dispute settlement", *The first decade of NAFTA: The future of free trade in North America*. Kevin Kennedy Transnational Publishers, USA, 2004, 656 pp.

MALPICA DE LA MADRID, LUIS. *El Sistema Mexicano contra Prácticas Desleales de Comercio Internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, 2ª. ed., México, Porrúa-UNAM, 1998.

MANGAS MARTÍN, ARACELI, Y LIÑÁN NOGUERAS DIEGO J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, España, Mc Graw Hill, 1996.

MARGADANT, S. GUILLERMO F. *Panorama de los Sistemas Jurídicos Contemporáneos –con sus antecedentes*, 2ª. ed., México, UNAM, Facultad de Derecho, 1997.

MARZORATI, OSVALDO J. *Derecho de los negocios internacionales*, 3ª. ed., Argentina, Astrea, 2003.

MERCADO H., SALVADOR. *Comercio Internacional*, 2 Tomos, 3ª. ed., México, Limusa y Noriega Editores, 1999.

MONTERO ZENDEJAS, DANIEL. *La desaparición del Estado*. México, Ed. Miguel Ángel Porrúa, 1999.

MORENO CASTELLANOS, JORGE A., MORENO VALDEZ, HADAR, TREJO VARGAS, PEDRO. *Comercio Exterior sin Barreras*, 2ª. ed., México, Ediciones Fiscales ISEF, 2003.

MORENO VALDEZ, HADAR. *Régimen Jurídico del Comercio Exterior. Lecciones de Cátedra*, México, UNAM-Facultad de Derecho-SUA, 1998.

ORTINO, FEDERICO Y PETERSMANN, ERNST-ULRICH, *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, Great Britain, vol. 18, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2004.

ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, ANTONIO (Coordinador). *Legislación Comercial Internacional. El Sistema Multilateral de Comercio y su Incidencia en el Derecho Comunitario Europeo*, España, Tecnos, 1997.

PATIÑO MANFFER, RUPERTO. *Comentarios sobre el Procedimiento Alternativo de Solución de Controversias Previsto en el Artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)*
<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2301/16.pdf>

PETERSMANN, ERNST-ULRICH. *The Doha Development Round Negotiations on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding 2001-2003: An Overview*.

REMIRO BROTONS, ANTONIO, *et. al.*, *Derecho Internacional Público*, España, Mc. Graw Hill, 1997.

Revista Poder y Negocios, México, Año 2, Edición número 03, 30 de enero de 2006, p. 23.

SALDAÑA PÉREZ, JUAN MANUEL. *Comercio Internacional. Régimen Jurídico Económico*. México, Porrúa-Instituto Internacional del Derecho y del Estado, 2005.

SANTOS BELANDRO, RUBÉN, *Arbitraje Comercial Internacional*, 3^a. ed., México, Oxford, Colección Estudios Jurídicos, 2000.

SEASTRUM, ELIZABETH C. AND GETLAN, MYLS S., "The globalization of international trade litigation: AD/CVD litigation – Which forum and which law?" *Brooklyn Journal of International Law*, vol. XXVI, no. 3, 2001.

SERRANO MIGALLÓN, FERNANDO, "Derecho constitucional y derecho internacional", en *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ – Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 1998.

-----, "El capítulo XX: disposiciones institucionales y procedimientos para la resolución de controversias", en Witker, Jorge (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y `propuestas jurídicas*, México, T. II, IIJ – UNAM, 1993.

SILVA SILVA, JORGE A. *Derecho Internacional sobre el Proceso*, México, McGraw-Hill, 1997.

SORENSEN, MAX. *Manual de Derecho Internacional Público*, México, FCE, Séptima reimpresión, 2000.

SPECHT, PATRICK. "The dispute settlement systems of WTO and NAFTA: analysis and comparison", *Georgia Journal of international and comparative law*, 1998, vol. 27, no. 1.

TORRES ESPINOSA, EDUARDO, "Integración Europea y Globalización. Una perspectiva institucional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, vol. V, 2005.

UGARTE ROMANO, LUIS Y ROQUE PAVÓN, ADRIÁN. *Valoración de mercancías en aduana y su relación con los impuestos interiores*, México, Espejo de Obsidiana Ediciones, 1997.

UGARTE ROMANO, LUIS, *Merceología. Teoría y Práctica*, México, Centro de Investigación Aduanera y de Comercio Internacional (CIACI), Editio postrema, 2002.

VARGAS MENCHACA, JOSÉ MANUEL, *Naturaleza Jurídica de las Cuotas Compensatorias*,
<http://legal.terra.com.mx/enlinea/articulos/articulo/0032/default.asp>

VÁZQUEZ TERCERO, HÉCTOR Y VÁZQUEZ BENÍTEZ, ADRIÁN. *Sistema Antidumping Mexicano. Normatividad y Práctica*, México, Centro de Investigación Aduanera y de Comercio Internacional, 2002.

VEGA CANOVAS, GUSTAVO; POSADAS, ALEJANDRO; WINHAM, GILBERT R.; MAYER, FREDERICK W., *México, Estados Unidos y el Canadá: resolución de controversias en la era post-TLCAN*, México, UNAM-Programa interinstitucional de Estudios sobre la Región de América del Norte, Administrado por El Colegio de México, 2004.

WILSON, S. BRUCE. "Can the WTO dispute settlement body be a judicial tribunal rather than a diplomatic club?", *Law and Policy in international business*, vol. 31, no. 3, 2000.

WITKER, JORGE. *Derecho Tributario Aduanero*, México, 2ª. ed., UNAM-IIJ, , 1999.

----- *Apuntes del curso sobre delitos informáticos*, (sin publicar).

WITKER, JORGE Y HERNÁNDEZ, LAURA. *Régimen Jurídico del Comercio Exterior en México*, México, UNAM-IIJ, 2000.

LEYES Y TRATADOS

Ley de Comercio Exterior. Comercio Exterior 2000. Instituto Superior de Estudios Fiscales (ISEF), Décima octava edición, México, DF, enero de 2000.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Porrúa, 143ª edición, 2003.

Instrumentos Jurídicos Fundamentales. Sistema Mexicano de Defensa contra Prácticas Desleales de Comercio Internacional, SECOFI. Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales, México, DF, 1998.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 2 Tomos, México, Gernika, 1994.

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)

Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo Antidumping)

Acuerdo Sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias

RESOLUCIONES DE INSTANCIAS INTERNACIONALES

Caso México - Investigación Antidumping sobre el Jarabe de Maíz con Alta Concentración de Fructosa (JMAF) Procedente de los Estados Unidos, Órgano de Apelación de la OMC, Informe **WT/DS132/AB/RW**, 22 de octubre de 2001, numeral.

Decisión Final del caso **MEX-USA-98-1904-01**, de 3 de agosto de 2001 en materia de Importaciones de jarabe de maíz de alta fructosa, originarias de los Estados Unidos de América

Importaciones de Productos de Placa de Acero en Hoja Originarios y Procedentes de los Estados Unidos de América. Expediente del Secretariado No. **MEX-94-1904-02**.

Caso Cemento Portland Gris y Clinker Proveniente de México, Archivo del Secretariado No. **ECC-2000-1904-01, USA**, Quinta Revisión Administrativa, (8/15/94 – 7/31/95), 30 de octubre de 2003.

Caso Live Swine From Canada, **ECC-93-1904-01, USA**.

Decisión del panel binacional conforme a lo dispuesto por el artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Expediente **MEX-USA-00-1904-02**, de 15 de marzo de 2004

S.8.1 Japón — Bebidas alcohólicas II, páginas 17-18 ([WT/DS8/AB/R](#), [WT/DS10/AB/R](#), [WT/DS11/AB/R](#))

Caso **WT/DS193**, 6 de noviembre de 2000, solicitud de establecimiento de un grupo especial por las Comunidades Europeas, ante la Organización Mundial de Comercio

Argentina-Derechos *antidumping* definitivos sobre los pollos procedentes de Brasil- Constitución del Grupo Especial establecido a petición de Brasil. Caso **WT/DS241/R**, de 22 de abril de 2003, ante la Organización Mundial de Comercio

MEX-USA-98-1904-01. Importaciones de Jarabe de Maíz de Alta Fructosa Procedente de Los Estados Unidos de América (Dumping), el 3 de agosto de 2001 y el 15 de abril de 2002.

ECC-2000-1904-01USA. Cemento Gray Pórtland y Clinker, procedentes de México. Proceso de Comité de Impugnación Extraordinaria (CIE) en relación al caso USA-97-1904-01.

USA-95-1904-02. Cemento Gray Pórtland y Clinker, procedentes de México. Resultados finales de la revisión administrativa de impuesto antidumping por parte del Departamento de Comercio.
Apelado por: Productores mexicanos.

ECC-2004-1904-01USA. Ciertos productos de madera suave procedentes de Canadá. Proceso de Comité de Impugnación Extraordinaria (CIE) en relación al caso USA-CDA-2002-1904-07.
Solicitado por: Gobierno estadounidense.

USA-95-1904-04. Productos tubulares de región petrolífera, procedentes de México. Determinación final por parte del Departamento de Comercio que los productos fueron vendidos por menos que su valor justo.
Apelado por: Productor mexicano.

USA-97-1904-01. Cemento Gray Pórtland y Clinker, procedentes de México. Resultados finales de la quinto revisión administrativa de impuesto antidumping por parte del Departamento de Comercio.
Apelado por: Productores mexicanos.

Resultado: El panel devolvió, con un voto parcialmente en contra, la resolución de la agencia. El 10 de febrero de 2000, el panel, por decisión unánime, confirmó el informe de devolución de la agencia. El 30 de octubre de 2003, un comité de impugnación extraordinaria (ECC-2000-1904-01USA) confirmó la decisión del Panel.

USA-97-1904-02. Cemento Gray Pórtland y Clinker, procedentes de México. Resultados finales de la 4 revisión administrativa de impuesto antidumping por parte del Departamento de Comercio.
Apelado por: Productores mexicanos.

Resultado: El panel, por decisión unánime, con una opinión parcialmente en contra, afirmó la determinación de la agencia.

USA-MEX-98-1904-02. Cemento Gray Pórtland y Clinker, procedentes de México. Resultados finales de la sexta revisión administrativa de impuesto antidumping por parte del Departamento de Comercio.

Apelado por: Productor mexicano.

Resultado: El 26 de mayo de 2005, el panel, por decisión unánime, confirmó parte de la resolución de la agencia, devolviéndole otra parte. El 3 de noviembre de 2005, el panel, por decisión unánime, confirmó parte del informe de devolución de la agencia, devolviéndole otra parte. El 3 de abril de 2006, revisión del panel suspendida por consenso de los participantes.

USA-CDA-99-1904-03. Cemento Gray Pórtland y Clinker, procedentes de México. Resultados finales de la séptima revisión administrativa de impuesto antidumping por parte del Departamento de Comercio.

Apelado por: Productores mexicanos.

Resultado: El 30 de mayo de 2002, el panel, por decisión unánime, afirmó parte de la resolución de la agencia, devolviéndole otra parte. El 11 de abril de 2003, el panel, con tres opiniones en contra para algunas cuestiones, afirmó parte del informe de devolución de la agencia, devolviéndole otra parte. El 4 de septiembre de 2003, el panel, con dos opiniones en contra para una cuestión, afirmó parte del informe de la segunda devolución de la agencia, devolviéndole otra parte. El 25 de noviembre de 2003, el panel, con dos opiniones en contra, devolviéndole el informe de la tercera devolución de la agencia. El 22 de enero de 2004 se emitió un fallo final afirmando la nueva determinación.

USA-MEX-2000-1904-03. Cemento Gray Pórtland y Clinker, procedentes de México. Resultados finales de la octava revisión administrativa de impuesto antidumping por parte del Departamento de Comercio.

Apelado por: Productores mexicanos.

Resultado: La revisión del panel fue suspendida por consenso de los participantes.

USA-MEX-2000-1904-05. Cemento Gray Pórtland y Clinker, procedentes de México. Resultados finales de la revisión administrativa de impuesto antidumping por parte del Departamento de Comercio.

Apelado por: Productor y exportador mexicano.

Resultado: La revisión del panel fue suspendida por consenso de los participantes

USA-MEX-2001-1904-04. Cemento Gray Pórtland y Clinker, procedentes de México. Resultados finales de la novena revisión administrativa de impuesto antidumping por parte del Departamento de Comercio.

Apelado por: Productores y exportadores mexicanos.

Resultado: La revisión del panel fue suspendida por consenso de los participantes.

USA-MEX-2002-1904-01. Cemento Gray Pórtland y Clinker, procedentes de México. Desistimiento a la solicitud para instituir una investigación a la sección 751(b).

Apelado por: Productor y exportador mexicano.

Resultado: La revisión del panel fue suspendida por consenso de los participantes

USA-MEX-2002-1904-05. Cemento Gray Pórtland y Clinker, procedentes de México. Resultados finales de la décima revisión administrativa de impuesto antidumping por parte del Departamento de Comercio.

Apelado por: Productores y exportadores mexicanos.

Resultado: La revisión del panel fue suspendida por consenso de los participantes.

USA-CDA-2002-1904-07. Ciertos productos de madera suave procedentes de Canadá. Resolución final de daño emitido por USITC.

Apelado por: Productores canadienses.

Resultado: El panel devolvió la determinación a la agencia en tres ocasiones. El 12 de octubre de 2004 se emitió un fallo final confirmando el informe de la tercera devolución. El 10 de agosto de 2005, un comité de impugnación extraordinaria (ECC-2004-1904-01USA) confirmó la decisión del Panel.

USA-MEX-2003-1904-01. Cemento Gray Pórtland y Clinker, procedentes de México. Resultados finales de la undécima revisión administrativa de impuesto antidumping por parte del Departamento de Comercio.

Apelado por: Productor y exportador mexicano.

Resultado: La revisión del panel fue suspendida por consenso de los participantes.

USA-MEX-2003-1904-03. Cemento Gray Pórtland y Clinker, procedentes de México. Resultados finales de la duodécima revisión administrativa de impuesto antidumping por parte del Departamento de Comercio.

Apelado por: Productores y exportadores mexicanos.

Resultado: La revisión del panel fue suspendida por consenso de los participantes.

USA-MEX-2004-1904-03. Cemento Gray Pórtland y Clinker, procedentes de México. Resultados finales de la decimotercia revisión administrativa de impuesto antidumping por parte del Departamento de Comercio.

Apelado por: Productores y exportadores mexicanos.

Resultado: La revisión del panel fue suspendida por consenso de los participantes.

USA-CDA-2005-1904-02. Ciertos productos de madera suave procedentes de Canadá. Aviso por el Departamento de Comercio bajo la sección 129 de la ronda de Uruguay - Cuotas compensatorias.

Apelado por: Productores canadienses

Resultado: La revisión del panel fue suspendida automáticamente por el único peticionario.

USA-MEX-2006-1904-03. Cemento Gray Pórtland y Clinker, procedentes de México. Resultados finales de la decimocuarto revisión administrativa de impuesto antidumping por parte del Departamento de Comercio.

Apelado por: Productores y exportadores mexicanos.

Resultado: La revisión del panel fue suspendida por consenso de los participantes.

[DS281](#) Estados Unidos — Aplicación de medidas antidumping al cemento procedente de México (Reclamante: México). 31 de enero de 2003.

[DS132](#) México — Investigación antidumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa procedente de los Estados Unidos (Reclamante: Estados Unidos). 8 de mayo de 1998.

[DS101](#) México — Investigación antidumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa procedente de los Estados Unidos (Reclamante: Estados Unidos). 4 de septiembre de 1997.

[DS311](#) Estados Unidos — Exámenes del derecho compensatorio sobre la madera blanda procedente del Canadá (Reclamante: Canadá). 14 de abril de 2004.

[DS277](#) Estados Unidos — Investigación de la comisión de comercio internacional respecto de la madera blanda procedente del Canadá (Reclamante: Canadá). 20 de diciembre de 2002.

[DS264](#) Estados Unidos — Determinación definitiva de la existencia de dumping respecto de la madera blanda procedente del Canadá (Reclamante: Canadá). 13 de septiembre de 2002.

[DS257](#) Estados Unidos — Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá (Reclamante: Canadá). 3 de mayo de 2002.

[DS247](#) Estados Unidos — Medida antidumping provisional sobre las importaciones de determinada madera blanda procedente del Canadá (Reclamante: Canadá). 6 de marzo de 2002.

[DS236](#) Estados Unidos — Determinaciones preliminares con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá (Reclamante: Canadá). 21 de agosto de 2001.

[DS221](#) Estados Unidos — *Artículo 129 c) 1) de la ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay* (Reclamante: Canadá). 17 de enero de 2001.

[DS194](#) Estados Unidos — *Medidas que tratan como subvenciones las limitaciones de las exportaciones* (Reclamante: Canadá). 19 de mayo de 2000.

INTERNET

Organización Mundial del Comercio:

www.wto.org.mx

Secretariado del Tratado de Libre Comercio de América del Norte:

www.nafta-sec-alena.org

Sección Canadiense del Secretariado del NAFTA:

http://www.nafta-sec-alena.org/canada/index_e.aspx

International Trade Administration/U.S. Department of Commerce:

<http://www.trade.gov/td/tic/>

Secretaría de Economía:

www.economia.gob.mx

Lexis Nexis:

www.lexisnexis.com.mx

Inteligencia Comercial IQOM:

www.igom.com.mx

Asociación Latinoamericana de Integración:

www.aladi.org