

CAPITULO 2: TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN)

El funcionamiento del TLCAN, responde a las diversas jerarquías que cada país establece, respecto a las obligaciones y derechos derivados del Tratado. El TLCAN prevé mecanismos para la solución de controversias comerciales asimismo, el acuerdo establece un procedimiento de arbitraje, cuando una controversia comercial tiene lugar entre los Socios y no puede ser resuelta de común acuerdo, la disputa debe resolverse según ciertas reglas previstas..

La persistencia de ciertos conflictos (en especial los de las madereras, el acero, la carne de puerco, el trigo, el azúcar y otros productos alimenticios), ha sido objeto de requerimientos, a veces multilaterales, ante la Organización Mundial de Comercio (OMC), tal es el caso del conflicto que surgió entre México y Estados Unidos de Norteamérica, este país violó la Sección "C" Anexo 703.2 del TLCAN en materia agropecuaria por lo que México interpuso una controversia

La problemática está: en el incumplimiento de Estados Unidos al TLCAN en materia de Fructuosa que no permite a México enviar sus azúcares excedentes a los mercados norteamericanos y la acelerada penetración de alta fructuosa en el mercado mexicano. En este capítulo se abordara el TLCAN, así como los procedimientos de solución de controversias y los mecanismos de consulta para resolverlas y la intervención de los Paneles Arbitrales como medios de solución aplicando los principios del derecho Internacional.

2.1 INTRODUCCIÓN

El TLC se basa en principios fundamentales de transparencia, tratamiento nacional y de tratamiento como nación más favorecida, todo ello representa un compromiso firme para la facilidad del movimiento de los bienes y servicios a través de las fronteras, ofrecer la protección y vigilancia adecuadas que garanticen el cumplimiento efectivo de los derechos de propiedad intelectual; adoptar los procedimientos internos efectivos que permitan la aplicación e implementación del Tratado, establecer una regla de interpretación que exija la aplicación del TLC entre sus miembros y según los principios del derecho internacional, El TLCAN fue designado con el fin de brindar a los tres países miembros derechos comerciales casi idénticos para cada uno

Las negociaciones para el TLCAN iniciaron en el mes de junio de 1991 y concluyeron el 12 de agosto de 1992, el Secretario de Comercio y Fomento Industrial de México, Jaime Serra; el Ministro de Industria, Ciencia y Tecnología y Comercio Internacional de Canadá, Michael Wilson; y la Representante Comercial de EEUU, Carla Hills, concluyeron las negociaciones del TLC.

La rúbrica del texto negociado se presentó en septiembre de 1992 y el Ejecutivo lo firmó el 17 de diciembre de ese mismo año. La aprobación por la Cámara de Senadores de México se produjo el 22 de noviembre de 1993,¹ para entrar en vigor el 1o. de enero de 1994. El propósito fundamental fue el establecimiento de una zona de libre comercio.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o también TLC) más conocido como NAFTA por sus siglas en inglés (North American Free Trade Agreement), es un tratado económico entre Canadá, Estados Unidos y México que establece una zona de libre comercio. A diferencia de tratados o convenios similares (como el de la Unión Europea) no establece organismos centrales de coordinación política o social. Existe sólo una secretaría para administrar y ejecutar las resoluciones y mandatos que se derivan del tratado mismo. Tiene tres

¹ El TLCAN se publicó en el Diario Oficial de la Federación de fecha 20 de diciembre de 1993

secciones. La Sección Canadiense, ubicada en Ottawa, la Sección Mexicana, en México DF y la Sección Estadounidense, en Washington DC,

Los tres países confirman su compromiso de promover el empleo y el crecimiento económico, mediante la expansión del comercio y de las oportunidades de inversión en la zona de libre comercio. También ratifican su convicción de que el TLC permitirá aumentar la competitividad internacional de las empresas mexicanas, canadienses y estadounidenses se reitera el compromiso de los tres países del TLC de promover el desarrollo sostenible, proteger, ampliar y hacer efectivos los derechos laborales, así como mejorar las condiciones de trabajo en los tres países.

“El artículo 102 del TLCAN establece los objetivos del tratado que, incluidos el principio de trato nacional, la cláusula de nación más favorecida y la transparencia, sirven junto con el derecho internacional como criterio de interpretación y aplicación de las disposiciones del Tratado y que son:”²

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

² FERNÁNDEZ, Rozas, José Carlos (ed.), *Derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 75 y 76.

El TLCAN es sin duda "el tratado más importante en materia de comercio en la historia de los tres Estados"³, que permite a dos o más Estados otorgarse recíprocas concesiones comerciales sin tener que hacerlas extensivas al resto de los países parte en ese sentido, el TLCAN crea una zona de libre comercio, primer paso dentro de los niveles de integración económica, aunque en realidad, en el TLCAN se incorporan algunos elementos o características propias de niveles de integración más avanzados, como son, de acuerdo con Patiño Manfer, la eliminación de restricciones a la libre circulación de factores productivos diversos a las mercancías tales como el comercio de servicios, de capitales y la tecnología, la armonización de ciertas políticas económicas y la solución de controversias con decisiones obligatorias para los miembros.

“El Tratado de Libre Comercio establece la reglamentación y la posibilidad de inversiones, de la fundación de las instituciones financieras, y de otros servicios, que realizarán los nacionales de uno de los tres países miembros, en cualquiera de los otros dos países firmantes de este acuerdo, otorgando este último las mismas ventajas que para con sus nacionales.”⁴

El (TLCAN) es un acuerdo comercial que define derechos, obligaciones y disciplinas entre México, Estados Unidos y Canadá en lo relativo a inversiones, comercio de mercancías, servicios y propiedad intelectual. Las negociaciones se iniciaron en Toronto Canadá, en junio de 1991 y concluyeron en Washington DC Estados Unidos, en agosto de 1992 y entró en vigor en enero de 1994.

También es un acuerdo que crea los mecanismos para dar solución a las diferencias que siempre surgen en las relaciones comerciales entre las naciones. El Tratado consta de un preámbulo y 22 capítulos, agrupados en 8 partes.

³ ORTIZ, Ahlf, Loretta, **Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y sus acuerdos paralelos**, 2a. ed., México, Themis, 1998, Colección Ensayos Jurídicos, p. 3.

⁴ Ver Secretaría de Comercio y Fomento Industrial Tratado de Libre Comercio de América del Norte, SECOFI, T. I p.. 223.

Los tres países confirman su compromiso de promover el empleo y el crecimiento económico en la región, mediante la expansión del comercio y las oportunidades de inversión igualmente ratifican su convicción de que el Tratado permitirá aumentar la competitividad de las empresas mexicanas, canadienses y estadounidenses, sin descuidar la protección del medio ambiente. Y por último reiteran el compromiso de promover el desarrollo sostenible y proteger, ampliar y hacer cada día más efectivos los derechos laborales, así como mejorar las condiciones de trabajo en los tres países.

Con el propósito de asegurar que sólo se otorgue trato arancelario preferencial a los bienes que cumplan con las reglas de origen, y de que los importadores, exportadores y productores de los tres países obtengan certidumbre y simplificación administrativa, el TLC incluye disposiciones en materia aduanera que establecen: reglamentos uniformes que asegurarán la aplicación, administración e interpretación congruente de las reglas de origen; un certificado de origen uniforme, así como requisitos de certificación y procedimientos a seguir por los importadores y exportadores que reclamen trato arancelario preferencial; requisitos de certificación y procedimientos a seguir por los importadores y exportadores que reclamen un trato arancelario preferencial; requisitos comunes para la contabilidad de dichos bienes; reglas tanto para importadores y exportadores como para las autoridades aduaneras, sobre la verificación del origen de los bienes; resoluciones previas sobre el origen de los bienes emitidas por la autoridad aduanera del país al que vayan a importarse; que el país importador otorgue a los importadores en su territorio y a los exportadores y productores de otro país del TLC, sustancialmente los mismo derechos que los otorgados para solicitar la revisión e impugnar las determinaciones de origen y las resoluciones previas, un grupo de trabajo trilateral que se ocupará de modificaciones ulteriores a las reglas de origen y a los reglamentos uniformes; y plazos específicos para la pronta solución de controversias entre los tres países signatarios, en torno a reglas de origen.

El TLC se dispone a la eliminación progresiva de todas las tasas arancelarias sobre bienes que sean considerados provenientes de América del Norte, conforme a las reglas de origen. Para la mayoría de los bienes, las tasas arancelarias vigentes serán eliminadas inmediatamente, o de manera gradual, en cinco o diez etapas anuales iguales. Las tasas aplicables a unas cuantas fracciones arancelarias correspondientes a productos sensibles, se eliminarán en un plazo mayor hasta en quince reducciones anuales iguales. Para propósitos de la eliminación, se tomarán como punto de partida las tasas vigentes al 1° de julio de 1991 incluidas las del Sistema Generalizado de Preferencias (SGP) de Estados Unidos. Se prevé la posibilidad de que los tres países consulten y acuerden una eliminación arancelaria más acelerada a la prevista.

2.2 PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El sistema de solución de controversias de la OMC está integrado por diversas etapas. La primera fase del proceso inicia con una etapa de consultas y mediación. Estos recursos son utilizados para tratar de resolver el conflicto sin la intervención institucional de la OMC. Se trata de llegar a un acuerdo antes de que la OMC establezca un panel (un órgano colegiado que a partir de la acuerdos reconocidos por lo miembros de la OMC intentará resolver el conflicto).

Desde el punto de vista jurídico, la solución de controversias se relaciona con el conflicto de jurisdicciones y de leyes, que aparece en el momento en que dos, o tres sistemas jurídicos entran en contacto. En el caso del TLCN, encontramos que conviven, en primer término, dos niveles de sistemas jurídicos: el internacional y el nacional, éste último con tres ámbitos de jurisdicción, el de los Estados Unidos, el de Canadá y el de México.

“En el capítulo XX del TLC, que se conoce normalmente como el capítulo de solución de controversias, se encuentran las disposiciones sobre las instituciones que se encargan de vigilar el cumplimiento y el desarrollo del TLC.”⁵

El Capítulo XX del TLC está dividido en tres secciones: la sección A, relativa a las instituciones, que incluye a la Comisión de Libre Comercio y al Secretariado; la sección B (la más amplia) relativa al mecanismo genérico de solución de controversias; y la sección C referente a procedimientos internos y a la solución de controversias comerciales privadas.

⁵ AGUILAR, Álvarez, Guillermo, "*Solución de controversias y prácticas desleales*", celebrada en el salón Sebastián Lerdo de Tejada del Senado de la República, el 13 de noviembre de 1992. México.

Artículo 2001: La Comisión de Libre Comercio

Con relación a este Tratado, la Comisión deberá: resolver las controversias que pudiesen surgir respecto a su interpretación o aplicación;

Artículo 2004: Recurso a los procedimientos de solución de controversias Salvo por los asuntos que comprende el Capítulo XIX, Revisión y solución de controversias en materia de cuotas antidumping o impuestos compensatorios, y que se disponga otra cosa en este Tratado, las disposiciones para la solución de controversias de este capítulo, se aplicarán a la prevención o a la solución de todas las controversias entre las Partes relativas a la aplicación o a la interpretación de este Tratado, o en toda circunstancia en que una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte, es o podría ser incompatible con las obligaciones de este Tratado, o pudiera causar anulación o menoscabo, según el sentido del Anexo 2004

Anexo 2004: Anulación y menoscabo

Las Partes podrán recurrir al mecanismo de solución de controversias de este capítulo, cuando en virtud de la aplicación de una medida que no contravenga el Tratado, consideren que se nulifican o menoscaban los beneficios que razonablemente pudieron haber esperado recibir de la aplicación de las siguientes disposiciones:

Artículo 2005: Solución de controversias conforme al GATT

Excepto lo dispuesto en los párrafos 2, 3 y 4, las controversias que surjan con relación a lo dispuesto en el presente Tratado y en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, en los convenios negociados de conformidad con el mismo, o en cualquier otro acuerdo sucesor (GATT), podrán resolverse en uno u otro foro, a elección de la Parte reclamante.

Antes de que una de las Partes inicie un procedimiento de solución de controversias contra otra Parte ante el GATT, esgrimiendo fundamentos

sustancialmente equivalentes a los que pudiera invocar conforme a este Tratado, notificará a la tercera parte su intención de hacerlo. Si respecto al asunto la tercera Parte desea recurrir a los procedimientos de solución de controversias de este Tratado, lo comunicará a la Parte notificadora lo antes posible y esas Partes consultarán con el fin de convenir en un foro único. Si las Partes consultantes no llegan a un acuerdo, la controversia normalmente se solucionará según los lineamientos de este Tratado.

En las, o en relación con el Capítulo IX, "Medidas relativas a normalización": sobre una medida que una Parte adopte o mantenga para la protección de la vida o la salud humana, animal o vegetal, o del medio ambiente; y que den lugar a cuestiones de hecho relacionadas con el medio ambiente, la salud, la seguridad o la conservación, incluyendo las cuestiones científicas directamente relacionadas, cuando la Parte demandada solicite por escrito que el asunto se examine conforme a este Tratado, la Parte reclamante sólo podrá recurrir en lo sucesivo, respecto de ese asunto, a los procedimientos de solución de controversias de este Tratado.

La Parte demandada entregará copia de la solicitud hecha conforme a los párrafos 3 ó 4 a las otras Partes y a su propia sección del Secretariado. Cuando la Parte reclamante haya iniciado el procedimiento de solución de controversias respecto de cualquier asunto comprendido en los párrafos 3 ó 4, la Parte demandada entregará la correspondiente solicitud dentro de los 15 días siguientes. Al recibir esa solicitud, la Parte reclamante se abstendrá sin demora de intervenir en esos procedimientos y podrá iniciar el procedimiento de solución de controversias según el Artículo 2007.

“El Artículo 2007 dispone que, si no fuera posible resolver la cuestión por medio de las consultas, cualquiera de las Partes consultantes podrá solicitar una reunión de la Comisión. El TLCAN hace hincapié en una solución amistosa de las controversias, e instruye a la Comisión para que procure solucionarlas rápidamente, recurriendo a los buenos oficios, la mediación, la conciliación o

cualquier otro medio viable de resolución que pueda facilitar una solución amistosa.”⁶

Una vez que se haya iniciado un procedimiento de solución de controversias conforme al Artículo 2007 o bien uno conforme al GATT, el foro seleccionado será excluyente del otro, a menos que una Parte presente una solicitud de acuerdo con los párrafos 3 ó 4.

Para efectos de este artículo, se considerarán iniciados los procedimientos de solución de controversias conforme al GATT cuando una Parte solicite la integración de un panel, por ejemplo de acuerdo con el Artículo XXIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947, o la investigación por parte de un Comité, por ejemplo como se dispone en el Artículo 20.1 del Código de Valoración Aduanera.

Artículo 2020: Procedimientos ante instancias judiciales y administrativas internas

Cuando una cuestión de interpretación o de aplicación de este Tratado surja en un procedimiento judicial o administrativo interno de una Parte y cualquier Parte considere que amerita su intervención, o cuando un tribunal u órgano administrativo solicite la opinión de alguna de las Partes, esa Parte lo notificará a las otras y a su sección del Secretariado. La Comisión procurará, a la brevedad posible, acordar una respuesta adecuada.

La Parte en cuyo territorio se encuentre ubicado el tribunal o el órgano administrativo, presentará a éstos cualquier interpretación acordada por la Comisión, de conformidad con los procedimientos de ese foro.

Cuando la Comisión no logre llegar a un acuerdo, cualquiera de las Partes podrá someter su propia opinión al tribunal o al órgano administrativo, de acuerdo con los procedimientos de dicho foro.

⁶ **Capítulo Veinte:** Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias, Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Artículo 2021: Derechos de particulares

Ninguna de las Partes podrá otorgar derecho de acción en su legislación interna contra cualquiera de las otras Partes con fundamento en que una medida de otra Parte es incompatible con este Tratado.

| Capítulo | Propósito | Composición del panel | Plazos | Apelación | Acatamiento |
|------------|--|--|---|--|--|
| XIX | El mecanismo opera con el fin de determinar si hubo dumping, subsidio o perjuicio en relación con las exportaciones de un país en detrimento del país importador. El Panel examina si dicha determinación se ciñe o no a las leyes en materia de | El Panel consta de cinco expertos, que deben ser nacionales de los países de la parte acusada y afectada. Cada parte nombra dos expertos de entre 25 panelistas de cada país miembro, los que deben ser en su mayoría magistrados. Una vez | La decisión del Panel deberá ser adoptada dentro de los 315 días de iniciado el proceso, sin aceptarse prórrogas. | La tramitación de los casos para analizar el adecuado cumplimiento de las disposiciones del acuerdo es igual al que se aplicaría en un tribunal local. Una vez tomada una determinación, no hay derecho a apelación. | La parte responsable debe compensar a la parte perjudicada. No obstante, si la decisión se considera inadecuada, para lo cual se requieren pruebas, se crea un Comité "extraordinario" de tres jueces que deben llegar a una decisión final. |

| | | | | | |
|-----------|--|--|---|----------|---|
| | antidumping o salvaguardia aplicables en el país importador. | escogidos cuatro expertos, el quinto se designa de común acuerdo. | | | |
| XX | Cualquier tipo de reclamo se resuelve mediante consultas de expertos de las partes perjudicadas. Si no hay solución, el caso se lleva al Comité de Libre Comercio. De no resolverse, se convoca a un Panel de inmediato. | El Panel consta de dos expertos de la parte acusada y dos de la parte afectada. El quinto se escoge de común acuerdo. No se necesita ser ciudadano de un país del TLC y en su mayoría deben ser magistrados. | Máximo 150 días entre la constitución del Panel y adopción de la decisión final, o 220 días contados desde el inicio del reclamo. | Ninguna. | Debe acatarse la recomendación, de lo contrario la parte perjudicada puede suspender los beneficios por un monto equivalente al daño. |

Fuentes: Collen S. Morton (comp.), Outlook for Free Trade in the Americas. Report on the Hemispheric Policy Forum, Washington D.C., febrero de 1996, p.70.

2.3 MECANISMOS DE CONSULTA PARA RESOLVER LAS CONTROVERSIAS

Resulta verdaderamente importante analizar el mecanismo de solución de controversias en materia de servicios en el TLCAN, considerando que para los objetos tangibles, ya se tenían antecedentes desde el antiguo GATT ahora OMC. En efecto, poco a poco van teniendo relevancia los nuevos objetos del comercio internacional.

El objeto del mecanismo de Solución de Controversias consiste en que los Estados Parte del Tratado cuenten con un instrumento transparente y expeditivo mediante el cual puedan resolver las disputas que se generen por alguna disposición emitida o por emitirse por alguna de las mismas, la cual afecte o menoscabe alguno de los derechos obtenidos en virtud de los compromisos asumidos en el Tratado.

De tal manera que, los compromisos establecidos en los instrumentos con diverso valor jurídico para cada uno de los países miembros o partes, presuponen diferente aplicación y, por ende, diferente técnica de asimilación en los sistemas jurídicos de cada país miembro en sus derechos nacionales, hasta el incumplimiento, lo cual da lugar a conflictos.

Las Partes procurarán, en todo momento, llegar a un acuerdo sobre la interpretación y la aplicación de este Tratado y, mediante la cooperación y consultas, se esforzarán siempre por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de cualquier asunto que pudiese afectar su funcionamiento.

Artículo 2006: Consultas

Cualquiera de las Partes podrá solicitar por escrito a las otras la realización de consultas respecto de cualquier medida adoptada o en proyecto, o respecto de

cualquier otro asunto que considere pudiese afectar el funcionamiento de este Tratado.

La Parte solicitante entregará la solicitud a su sección del Secretariado y a las otras Partes.

En los asuntos relativos a bienes agropecuarios perecederos, las consultas se iniciarán dentro de un plazo de 15 días a partir de la fecha de entrega de la solicitud.

Mediante las consultas previstas en este artículo o conforme a cualesquiera otras disposiciones consultivas del Tratado, las Partes consultantes harán todo lo posible por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de cualquier asunto. Con ese propósito, las Partes consultantes: aportarán la información suficiente que permita un examen completo de la manera en que la medida adoptada o en proyecto, o cualquier otro asunto, podría afectar el funcionamiento de este Tratado; darán a la información confidencial o reservada que se intercambie en las consultas, el mismo trato que el otorgado por la Parte que la haya proporcionado; y procurarán evitar cualquier solución que afecte desfavorablemente los intereses de cualquier otra Parte conforme a este Tratado.

2. Agotamiento de Consultas antes de la Utilización de otros Mecanismos

Artículo 2007: La Comisión - buenos oficios, conciliación y mediación.

Cualquiera de las Partes consultantes podrá solicitar por escrito que se reúna la Comisión si no logran resolver un asunto conforme al Artículo 2006 dentro de un plazo de:

30 días después de la entrega de la solicitud para las consultas;

45 días después de la entrega de esa solicitud, cuando cualquier otra de las Partes haya solicitado consultas subsecuentemente o participado en las relativas al mismo asunto;

15 días después de la entrega de una solicitud de consultas en asuntos relativos a bienes agropecuarios perecederos; u otro que acuerden.

3. Derechos de Terceras Partes

Artículo 2005: Solución de controversias conforme al GATT

Antes de que una de las Partes inicie un procedimiento de solución de controversias contra otra Parte ante el GATT, esgrimiendo fundamentos sustancialmente equivalentes a los que pudiera invocar conforme a este Tratado, notificará a la tercera Parte su intención de hacerlo. Si respecto al asunto la tercera Parte desea recurrir a los procedimientos de solución de controversias de este Tratado, lo comunicará a la Parte notificadora lo antes posible y esas Partes consultarán con el fin de convenir en un foro único. Si las Partes consultantes no llegan a un acuerdo, la controversia normalmente se solucionará según los lineamientos de este Tratado.

Artículo 2006: Consultas

A menos que la Comisión disponga otra cosa en sus reglas y procedimientos establecidos conforme al Artículo 2001, la tercera Parte que considere tener un interés sustancial en el asunto, estará legitimada para participar en las consultas mediante entrega de notificación escrita a su sección del Secretariado y a las otras Partes.

Siempre se plantean controversias entre los países que comercian mutuamente, uno de los fines de un procedimiento de solución de controversias consiste en reducir al mínimo la práctica de una imposición comercial, como el caso que se abordará el capítulo 3 de esta tesis, que se refiere a la violación por parte de los Estados Unidos de Norteamérica no respetando la Sección C del Anexo 703.2 del sector agropecuario acordado en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

2.3.1 ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

Las Partes establecen la Comisión de Libre Comercio, integrada por representantes de cada Parte a nivel de Secretaría de Estado, o por las personas a quienes éstos designen.

Con relación a este Tratado, la Comisión deberá: supervisar su puesta en práctica; vigilar su desarrollo; resolver las controversias que pudiesen surgir respecto a su interpretación o aplicación; supervisar la labor de todos los comités y grupos de trabajo establecidos conforme a este Tratado, incluidos en el Anexo 2001.2; y conocer de cualquier otro asunto que pudiese afectar el funcionamiento del Tratado.

La Comisión podrá: establecer y delegar responsabilidades en comités permanentes, grupos de trabajo y de expertos; solicitar la asesoría de personas o de grupos sin vinculación gubernamental; y adoptar cualquier otra acción para el ejercicio de sus funciones, según lo puedan acordar las Partes.

La Comisión establecerá sus reglas y procedimientos; y a menos que la propia Comisión disponga otra cosa, todas sus decisiones se tomarán por consenso.

La Comisión se reunirá por lo menos una vez al año en sesión ordinaria, la cual será presidida sucesivamente por cada una de las Partes.

La aplicación de estos mecanismos demuestra que los mismos han servido para resolver las controversias particulares para los que fueron diseñados, tal y como lo demuestra el uso continuo de los mismos, sin entrar a discutir el resultado favorable o no para alguno de los gobierno en particular.

Independientemente de su positivo funcionamiento, la ventaja principal de estos mecanismos ha sido el que han permitido un eficaz funcionamiento de las relaciones comerciales y el que han salvaguardado los derechos y obligaciones de

los gobiernos en el tratado, coadyuvando a mantener en la medida que les corresponde el equilibrio comercial que persiguen los tratados.

2.4 LOS PANELES ARBITRALES COMO MEDIO ALTERNO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

Los paneles binacionales son mecanismos alternativos a los que pueden acudir los exportadores, los importadores e inclusive los productores nacionales que consideren que una resolución definitiva sobre medidas compensatorias emitida por la autoridad administrativa competente es contraria a la legislación nacional aplicable. Los paneles binacionales sustituyen, en este caso, a los tribunales nacionales competentes (en el caso de México, al Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa) y deben resolver, como hemos señalado, con base en los criterios de revisión previstos en el propio tratado y en los principios generales de derecho, tal como lo haría el tribunal nacional competente, por esta razón, el estudio de la composición y funcionamiento de estos mecanismos alternativos de solución de controversias resulta sumamente necesario.

Los países que se enfrentan a una apertura económica en sus inicios, revisten una serie de problemas muy fuertes sobre todo en razón de las economías asimétricas y los años que otras economías tienen de apertura respecto a la nuestra, en particular en relación con los mecanismos con que cada país cuenta para resolver las controversias, que sin duda alguna, obedecen directamente al parámetro del esquema al cual pertenecen, en este sentido, se puede presentar desde la integración de grupos de arbitraje hasta el establecimiento de un tribunal permanente de justicia.

En este sentido, el derecho es el instrumento que regula los intercambios económicos para conferirles a éstos la permanencia y seguridad que le son propios a un proceso de integración, por ello los procedimientos y reglas jurídicas que los Estados adopten dependerán del grado, complejidad y amplitud de sus

objetivos, “a mayor complejidad del intercambio, mayor necesidad de reglas jurídicas que permitan la operación previsible del sistema y los mecanismos eficientes de solución de controversias”⁷

El TLCAN es un acuerdo comercial en el cual dos de los Estados Parte pertenecen a las economías más desarrolladas del mundo, y un tercer miembro con un grado de desarrollo menor, plasmándose en el acuerdo un plano de igualdad jurídica para los signatarios materializando un supuesto que diversas teorías económicas no consideraban viables: la incipiente integración de economías con diferentes niveles de desarrollo.

Los paneles binacionales previstos en el TLCAN como medios de revisión alternos de solución de controversias constituyen un mecanismo independiente a las partes, toda vez que se trata de órganos creados por el derecho internacional que revisan si las autoridades internas de un país han aplicado correctamente sus disposiciones, puesto que los Estados incurren en excesos ante la falta de seguridad arancelaria.

El término “panel es de origen anglosajón pues de acuerdo a nuestra tradición legal se acude a tribunales especiales cuando se va a llevar a cabo un procedimiento arbitral”.⁸

“Así, el arbitraje es un método por medio del cual las partes en una disputa convienen en someter sus diferencias a un tercero, o a un tribunal especialmente constituido para tal fin, con el objeto de que sea resuelto conforme a normas de derecho internacional, y en el entendido de que la decisión debe ser aceptada por los contendientes como arreglo final”.⁹

⁷ LOPEZ Ayllón, Sergio, *El futuro del Libre Comercio en el Continente Americano, análisis y perspectivas*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p.216.

⁸ CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, *Prácticas desleales de comercio internacional Antidumping*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, p. 68

⁹ SEPULVEDA AMOR, César, *Derecho internacional*, 6 ta edición, México, Porrúa, 1991, p. 395-396.

Los paneles binacionales previstos en el capítulo XIX tienen características que los asemejan más a una instancia jurisdiccional aunque también comparten características de un órgano arbitral, tales como las siguientes:

Los estados contratantes del TLCAN se comprometen a que sus respectivas autoridades investigadoras se someterán a la jurisdicción de dicho panel en el caso de que una de las partes o alguna de las reclamantes eligieran el mecanismo alternativo de solución de controversias.

En el procedimiento seguido por el panel binacional, a diferencia de lo que ocurre en el arbitraje común, las reglas procesales que deben ser aplicadas fueron establecidas con anterioridad por las partes contratantes del TLCAN, por lo que la parte interesada no tiene otra opción más que sujetarse a ellas.

Las normas que regulan a los paneles binacionales y las normas que éstos aplican presentan dos ámbitos de regulación: el internacional, que se conforma por las disposiciones contenidas en el propio tratado, relacionadas con las reglas multilaterales como las previstas en el GATT-OMC y sus códigos de conducta, y el nacional que se integra por las disposiciones jurídicas en la materia, cuya observancia irrestricta debe ser vigilada por los paneles binacionales al emitir sus decisiones.

Sus decisiones tienen carácter vinculatorio para las partes y la autoridad investigadora.

El carácter jurisdiccional del panel binacional le dota de características de exclusión porque la presencia del panel binacional es tal que al ser elegida por el particular excluye cualquier, también tiene la característica de unicidad pues un panel binacional puede revisar una determinada resolución definitiva sometida al procedimiento del capítulo XIX del TLCAN.

Los paneles binacionales presentan características de los órganos arbitrales en dos aspectos fundamentales:

Los panelistas no son miembros permanentes de los paneles, sino que son designados caso por caso, tal y como en los órganos arbitrales y pertenecen a distintas profesiones.

Las decisiones de los paneles no pueden ser invocadas como precedentes de otros paneles, sólo sirven como referencia para resolver cuestiones específicas, el TLCAN incorpora este medio alternativo de solución de controversias pues representa más ventajas que el propio arbitraje al ser éste relativamente más corto y por tanto el laudo o resolución se emitirá en un plazo más breve, además de ser más flexibles las reglas del proceso, por otro lado los árbitros son peritos en la materia y su decisión es inapelable.

El capítulo XIX del TLCAN reconoce el establecimiento de un panel arbitral independiente y binacional. El panel se integrará por cinco miembros y funcionará únicamente para el asunto que sea sometido a su consideración. Su función consiste en determinar si las autoridades nacionales efectúan su decisión cumpliendo con los requisitos establecidos por la legislación interna.

Las partes pueden acudir al panel del capítulo XIX en los siguientes supuestos:

Cuando los productores nacionales de un Estado miembro del TLCAN se vean afectados por la importación de mercancías en condiciones de prácticas desleales, por exportadores de otro Estado Parte, ellos solicitarán ante la autoridad nacional correspondiente la investigación e imposición de cuotas compensatorias o antidumping a dichas importaciones. La resolución de la autoridad interna puede ser en dos sentidos:

- imponiendo cuotas compensatorias o
- negándose a aplicarlas.

En lo que refiere a la imposición de las cuotas compensatorias, aquellas personas que desearán impugnar la imposición de las mismas solamente pueden

ser los exportadores extranjeros o los importadores que residan en el territorio de la autoridad que impuso la cuota compensatoria, para lo cual tienen la opción de acudir ante las instancias de derecho interno, a través del recurso de revisión o de revocación o bien el juicio de nulidad ante el Tribunal de Justicia Fiscal Federal y Administrativa, o ante un panel binacional.

En lo que respecta a la negativa de aplicar cuotas, la autoridad interna puede decidir no aplicar cuotas compensatorias ni imponer derechos antidumping contrariamente a los intereses de los productores nacionales, quienes sólo pueden acudir a los medios de impugnación ordinarios previstos en la ley interna sin tener la misma oportunidad que el panel binacional, porque este medio solo puede revisar resoluciones que establezcan cuotas y no así contra aquéllas que nieguen la imposición de las mismas.

Es necesario remarcar que las decisiones emitidas por un panel no son vinculatorias para otro y no existe obligación de proceder conforme a una obligación dictada por un panel anterior, toda vez que para que exista una interpretación que un órgano realice de una disposición debe existir una norma que expresamente le otorgue la facultad específica al órgano y conceda a su observancia fuerza obligatoria. Asimismo, el panel binacional del TLCAN no tiene más competencia que la que el propio tratado le otorga de manera expresa.

2.5 FACULTADES DEL PANEL Y APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL

“Dentro de la primera categoría de órganos, es decir, la de los tribunales arbitrales, los suscritos coinciden con quienes conciben al arbitraje como una institución destinada a la solución de los conflictos internacionales que se caracteriza por el hecho de que dos Estados (o particulares) en conflicto, someten su diferencia a la decisión de una persona (árbitro) o varias personas (comisión arbitral) libremente designadas por ellos, que deben resolver apoyándose en el Derecho o en las normas que las partes acuerden señalarles.”¹⁰

Por otra parte, se advierte que tratadistas de la calidad intelectual de César Sepúlveda, sostienen que aunque para algunos el arbitraje es en esencia diferente a los tribunales de justicia, no existe apoyo para semejante afirmación, pues el arbitraje entraña una decisión obligatoria sobre bases jurídicas como resultado de un compromiso aceptado voluntariamente por los litigantes. Es un proceso de naturaleza jurisdiccional, ya que implica dirimir una posición legal entre las partes.

Los árbitros decidores pueden ser uno o varios, según lo hayan determinado libremente las partes que aceptan someter una diferencia al arbitraje. Para formalizar el acuerdo de someter una diferencia al arbitraje internacional es menester hacerlo a través de un tratado de arbitraje, o bien, de una cláusula compromisoria que puede abarcar controversias entre Estados o entre particulares, en la inteligencia de que se pueden establecer excepciones sobre cuestiones que no se someterían al arbitraje y que en la práctica se conocen como reservas.

Panel Binacional, fue establecido para dirimir un conflicto interpartes respecto de una materia especializada, por lo que aún y cuando sus integrantes son designados exprofeso y no requieren ser todos juristas, su misión consiste en

¹⁰ SEARA Vázquez, Modesto, *Derecho Internacional Público*. México, Porrúa, 1994, pág. 321.

aplicar el Derecho a un caso concreto y decidir a quién le asiste la razón en un asunto contencioso.

El Panel debe aplicar las disposiciones jurídicas en la materia, en la medida en que un tribunal de la parte importadora podría basarse en tales documentos, así como el criterio de revisión respectivo y los principios generales del Derecho, que de otro modo un tribunal de la parte importadora aplicaría, es decir, si los preceptos aludidos no reconocieran una naturaleza jurisdiccional a la función del Panel Binacional, no tendrían por qué obligarlo a comportarse procesalmente como un tribunal jurisdiccional del país en que se hubiese llevado a cabo la investigación. Esto último es aceptado por la doctrina, la cual en voz de Gilbert R. Winham, asevera que la obligación del Panel consiste en estudiar el expediente administrativo del caso apelado y resolver, de manera general, si la resolución administrativa se sujeta a las leyes nacionales y tiene pruebas suficientes que la sustenten.

Una diferencia sustancial del procedimiento seguido por el Panel Binacional respecto del arbitraje común, es que mientras en éste las partes participan en la selección o elaboración de las reglas procesales que deben ser aplicadas, en aquél dichas reglas son establecidas con anterioridad por las partes contratantes del TLCAN, por lo cual el particular no tiene más opción que la de sujetarse a ellas. Tales normas presentan cuando menos dos diferentes ámbitos de regulación: el internacional, que se conforma por las disposiciones contenidas en el propio tratado, que se encuentran relacionadas con reglas multinacionales como las previstas en el GATT y sus Códigos de Conducta; y el nacional, que se integra por las disposiciones jurídicas en la materia, cuya observancia irrestricta debe ser vigilada por los Paneles Binacionales al emitir sus decisiones.

Consideramos que la doctrina es también contundente cuando concluye que los Paneles no tienen facultades para crear leyes independientes, sino que deben actuar con apego a las del país importador, por tanto, si bien la resolución de dumping o subsidio puede variar de uno a otro país, esa decisión será respaldada siempre que la autoridad administrativa la haya emitido con apego a la

legislación nacional. Sin lugar a dudas, debido a la concurrencia de los elementos citados anteriormente, se satisface en forma muy peculiar una situación de equidad en este tipo de procedimientos, en virtud de que la Autoridad Investigadora está obligada a participar en este mecanismo alternativo de solución de controversias cuando el particular lo elige, pero éste no participa en la selección de las reglas por haber correspondido ello a las partes contratantes del TLCAN.

Es evidente que el Panel Binacional carece de facultades para ejecutar sus decisiones finales, lo cual no necesariamente significa que dicha particularidad lo reafirme como un órgano típicamente arbitral, pues debe recordarse que la falta de esa facultad ejecutiva puede ser una nota característica atribuible a cualquier tribunal, ello desde luego, en función del tipo de atribuciones que la ley respectiva le confiera, ya sea de simple anulación o de plena jurisdicción.

“En el caso del Panel Binacional, cuando el párrafo 8 del artículo 1904 del TLCAN, establece que al emitir su decisión final podrá confirmar la resolución definitiva o devolverla a la instancia anterior con el fin de que se adopten medidas no incompatibles con su decisión, es incuestionable que está reconociendo dos aspectos jurídicos muy importantes con relación al Panel Binacional: a. que el fallo correspondiente está dotado de obligatoriedad, esto es, que para las partes resulta imperativo e ineludible su acatamiento,”¹¹

El Panel Binacional dado su carácter mixto presenta dificultades particulares para su análisis, pues no ha sido abundantemente tratado por la doctrina. Ahora bien, podemos identificar otros tribunales mixtos de arbitraje como es el caso del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), este tipo de tribunales de arbitraje, tienen la característica de mixtos debido a la participación de un Estado y un particular como partes en el procedimiento; ello origina problemas de naturaleza peculiar respecto a la forma en que los tribunales de arbitraje mixtos son establecidos, la manera en que

¹¹ López Ayllón, Sergio. *El Futuro del Libre Comercio en el Continente Americano. Análisis y Perspectivas*. México, UNAM, 1997, p. 280)

emiten sus decisiones y la fuente de Derecho a la que deben acudir para resolver, así como el carácter de las partes litigantes que ante ellos intervienen.

“En la revisión ante el Panel Binacional pueden intervenir todas aquellas personas, nacionales o extranjeras y Estados, que tengan algún interés jurídico y hayan sido afectados por la imposición de cuotas antidumping o compensatorias en una resolución emitida por la autoridad investigadora de un gobierno determinado.”¹²

2.6 APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO.

Las controversias comerciales constituyen una vertiente esencial en los compromisos que los Estados asumen relativos a respetar las normativas pactadas, deben reflejarse en las políticas públicas que ayudan a implementar el libre comercio. Así se busca asegurar una adecuada comunicación entre las autoridades y los agentes económicos sujetos de las regulaciones comerciales. Tratados de Libre Comercio a nivel global.

El ámbito de los escenarios mercantiles globales, en la actualidad ha superado los intercambios de mercancías, para incorporar servicios, inversiones, propiedad intelectual, compras gubernamentales, rubros todos de gran complejidad y que hasta ayer eran competencia exclusiva de las regulaciones internas.

El tránsito de los tratados de libre comercio impacta las normativas nacionales y las diferencias y controversias se multiplican comprometiendo incluso la responsabilidad internacional de los gobiernos.

¹² Hay quienes prefieren catalogar a los Paneles Binacionales como órganos arbitrales intermedios o híbridos, explicando el motivo de su origen y evolución por la necesidad de los particulares de acudir a sus gobiernos para la defensa de sus intereses derivados de tratados internacionales, ante violaciones de otro Estado, sin que puedan hacerlos valer por sí mismos, lo que ha provocado la aparición, relativamente reciente de procedimientos intermedios o híbridos, cuyos sujetos activo y pasivo, respectivamente, son los particulares y el Estado.

Los tratados de libre comercio y otros instrumentos de integración establecen un número importante de puntos de contactos u organismos (comités, grupos de trabajo, comisiones técnicas, informe de expertos, etc.) En estos instrumentos internacionales se establecen además disciplinas que derivados de los acuerdos de la OMC, inducen a que los procedimientos administrativos internos se armonicen y articulen encargados de coordinar la administración de dichos instrumentos.

“Un aspecto fundamental del párrafo 3 del artículo 1904 del TLCAN, es el relativo a la atribución que se le confiere al Panel Binacional de aplicar no sólo el criterio de revisión correspondiente, sino también los Principios Generales de Derecho que de otro modo un tribunal de la parte importadora aplicaría para revisar una resolución de la autoridad investigadora competente; máxime cuando las decisiones finales que hasta la fecha han emitido otros Paneles, no han realizado un estudio profundo sobre esta cuestión, posiblemente dada la dificultad que reviste el abordar un tópico que se encuentra muy vinculado con la Filosofía del Derecho y que en México no ha sido abundantemente tratado ni por la doctrina ni por la jurisprudencia”.¹³

Sin embargo, a juicio de los suscritos, el esclarecimiento de este punto es de una importancia realmente notable, ya que permite establecer otra diferencia sustancial entre las facultades que tienen los Paneles Binacionales respecto de las otorgadas a los órganos jurisdiccionales en México, los cuales de conformidad con lo previsto por el último párrafo del artículo 14 constitucional y su interpretación tanto legal como jurisprudencial, sólo pueden acudir a los referidos principios en

¹³ En efecto, el Panel que decidió el caso MEX-94-1904-01, sólo se limitó a sostener que el criterio de revisión que tiene que aplicar un Panel "comprende dos partes", la primera consistente en el criterio establecido en el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, o cualquier ley que lo sustituya, basado solamente en el expediente, y la segunda, que se refiere a los Principios Generales de Derecho que de otro modo un tribunal de la parte importadora aplicaría para revisar una resolución de la autoridad investigadora competente, sin embargo, en ningún momento explica por qué los mencionados principios deben entenderse como una "segunda parte del Criterio de Revisión"; el Panel que decidió el caso MEX-94-1904-02, se concretó a afirmar que "para un caso mexicano de antidumping, los Paneles Binacionales deberán aplicar los criterios de revisión y los principios generales de derecho que el Tribunal Fiscal aplicaría al revisar la misma resolución definitiva emitida por la SECOFI.

caso de ausencia de norma aplicable, es decir, en el sistema jurídico mexicano los Principios Generales del Derecho solamente son aplicables ante lo que se conoce como laguna de la ley, por lo que a través de ellos se integra el Derecho más no se interpreta, pues sólo se puede interpretar la norma existente.

En el caso de un Panel Binacional, lo primero que se debe tener presente es que los Principios Generales de Derecho a que se refiere el párrafo 3 del artículo 1904 del TLCAN, no pueden ser considerados como una "segunda parte" del criterio de revisión aludido en ese mismo párrafo y precisado en el Anexo 1911 del propio tratado, es decir, el criterio de revisión tiene un carácter único y no admite divisiones de ninguna especie, toda vez que según se ha sostenido en esta misma opinión concurrente, pretender incluir dentro de dicho criterio otros preceptos o principios no previstos expresamente en el referido Anexo 1911, sería apartarse totalmente del sentido corriente atribuible a los términos en que el propio TLCAN fue redactado, lo cual implicaría faltar a la regla de interpretación que impone el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En otras palabras, para los Paneles que se forman en México, la única referencia normativa válida que a título de criterio de revisión debe ser aplicada, es precisamente la contenida en el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, pues consagrarlo de manera exclusiva fue el propósito de las partes negociantes del TLCAN, ya que se trata de un criterio de revisión más no de resolución, o sea, la base sobre la cual el Panel debe analizar la resolución de la autoridad investigadora para emitir su propio fallo.

“El artículo 102 del TLCAN establece los objetivos del tratado que, incluidos el principio de trato nacional, la cláusula de nación más favorecida y la transparencia, sirven junto con el derecho internacional como criterio de interpretación y aplicación de las disposiciones del Tratado y que son”¹⁴

1. Eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y servicios entre las partes;

¹⁴ FERNÁNDEZ, Rozas, José C., *Derecho del comercio internacional*, Eurolex, Madrid 1996, pp. 75 y 76.

2. Promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio;
3. Aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las partes;
4. Proteger y hacer valer, de manera efectiva los derechos de propiedad intelectual en territorio de cada parte;
5. Establecer procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento del Tratado, su administración conjunta y la solución de controversias;
6. Fijar los lineamientos para la ulterior cooperación trilateral, regional y multilateral encaminada a ampliar y mejorar los beneficios del Tratado.

La solución de controversias entre Estados, pretende salvaguardar la integridad del tratado. Consiste en la realización de consultas entre las partes en caso de diferendo, con el objeto que la reclamación no tenga que llegar a un Panel Arbitral. Si las consultas fracasan cualquiera de las Partes pueden convocar a la Comisión de Libre Comercio, que es la última instancia decisoria del Tratado. Si la Comisión no atiende la petición en un tiempo determinado, cualquiera de las Partes podrá solicitar la constitución de un Panel Arbitral, esta comisión se constituye como un foro idóneo para ventilar los problemas comerciales que afecten a estas naciones.

Conocer los procedimientos por los cuales se pueden resolver las disputas comerciales entre los estados, surgidas por la violación a los principios reconocidos del comercio internacional, resulta trascendental para un país que apuesta en las exportaciones su futuro desarrollo económico. Tal es la situación en la que se encuentra nuestro país.

En el próximo capítulo se tratará la violación de Estados Unidos de América a la Sección "C" Anexo 703 en materia Agropecuaria del TLCAN Y la correspondiente controversia que presento México anta la OMC, la cuál no fue favorable a nuestro país.