

# Solución de controversias en el marco del capítulo XIX del TLCAN. Análisis de casos prácticos

Carlos H. Reyes Díaz\*

SUMARIO. 1. Las controversias multilaterales y regionales. 2. Tratado de Libre Comercio de América del Norte. 3. Diferencias entre procedimientos del Capítulo XIX del TLCAN y del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. 4. Análisis de casos. 4.1. El caso del Cemento. 4.2. El caso de la Fructosa. 4.3. El caso de la Madera blanda. 5. Conclusiones.

## 1. LAS CONTROVERSIAS MULTILATERALES Y REGIONALES

La solución de los conflictos ha constituido desde siempre el pilar esencial de las relaciones internacionales y las relacionadas con el comercio multilateral y regional cobran mayor relevancia por el elevado número de conflictos que se plantean anualmente en los diversos foros nacionales e internacionales.

A la fecha, el mecanismo establecido por la Organización Mundial del Comercio (OMC) para la solución de diferencias, es el más recurrido en el mundo para arreglar las disputas comerciales de los 153 Estados Miembros que al día de hoy la componen. Hasta hoy se han iniciado 380 diferencias ante la OMC desde el año de su creación en 1995 y hasta septiembre de 2008. En tanto, en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), desde 1948 y hasta 1994, se resolvieron en total 207 casos.

De los 380 Acuerdos Comerciales Regionales notificados a la OMC, "300 fueron notificados de conformidad con el artículo XXIV del GATT de 1947 o el GATT de 1994; 22 de conformidad con la Cláusula de Habilitación; y 58 de conformidad con el artículo V del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS, por sus siglas en inglés).

\* Doctor en Derecho por la UNAM, profesor de Carrera, Titular de Tiempo Completo Definitivo, de las materias Régimen Jurídico del Comercio Exterior y Derecho de la Integración Económica, ambas en la Facultad de Derecho de la UNAM.

## Seminario de Derecho Internacional

Si se tienen en cuenta los ACR que están en vigor pero no han sido notificados, los que se han firmado pero todavía no están en vigor, los que se están negociando y los que se encuentran en la fase de propuesta, el número de ACR cuya aplicación está prevista de aquí a 2010 asciende a cerca de 400. De éstos, los acuerdos de libre comercio (ALC) y los acuerdos de alcance parcial representan más del 90 por ciento y las uniones aduaneras menos del 10 por ciento”<sup>1</sup>.

De este número, de acuerdo con cifras proporcionadas por la propia OMC, sólo se han notificado 223 Acuerdos Comerciales Regionales (ACR) hasta el 15 de septiembre de 2008.

El esquema en el que se muestra la distribución de estos acuerdos es el siguiente:

### **Acuerdos Comerciales Regionales Notificados al GATT/OMC y su entrada en vigor**

Notificaciones/Proceso de Consideración  
Al 15 de Septiembre de 2008

Notificaciones de ACRS en vigor en el GATT/OMC			
	Adhesiones	Nuevos ACRs	Total
GATT Art. XXIV (Áreas de Libre Comercio)	2	126	<b>128</b>
GATT Art. XXIV (Uniones Aduaneras)	6	7	<b>13</b>
Cláusulas de Habilitación	1	25	<b>26</b>
GATS Art. V	3	53	<b>56</b>
<b>Total</b>	<b>12</b>	<b>211</b>	<b>223</b>

Fuente: [www.wto.org/](http://www.wto.org/)

En 1996, precisamente por la gran cantidad de foros alternativos para solucionar las controversias comerciales, el Consejo General de la OMC estableció el Comité de Acuerdos Comerciales Regionales, con la finalidad de llevar un control de los distintos acuerdos, además de que todos estos acuerdos deben tener congruencia con los principios generales de la OMC. A partir de la creación de este Comité, la OMC se ha dado a la tarea de mejorar paulatinamente el control, registro y seguimiento de todos estos acuerdos, y desde 2006, se creó el “Mecanismo de Transparencia para

<sup>1</sup> Ver [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/region\\_s/region\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/region_s.htm)

## Solución de controversias en el marco del capítulo XIX del TLCAN

los Acuerdos Comerciales Regionales” (WT/L/671), por el cual se ha revisado la labor del Comité.

## 2. TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE

Uno de estos acuerdos regulados por la OMC lo constituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)<sup>2</sup>, constitutivo de la zona de libre comercio más grande del mundo, tanto por el número de habitantes como por el comercio que existe entre sus socios comerciales. Además, es el único tratado comercial suscrito por México que tiene un capítulo específico sobre la solución de controversias derivadas de prácticas desleales de comercio internacional. Otros acuerdos de esta naturaleza tienen capítulos específicos sobre prácticas desleales, pero no de solución de controversias en esta materia. Por último, existen tratados comerciales que no regulan ninguno de los dos temas antes mencionados y se limitan a remitir a las partes a los mecanismos establecidos en la Organización Mundial del Comercio cuando de su comercio bilateral derivan conflictos por la realización de prácticas desleales de comercio internacional.

El siguiente esquema sobre los tratados de libre comercio suscritos por México hasta esta fecha, muestra lo antes referido:

TLCS SUSCRITOS POR MÉXICO	CAPÍTULO DE PRÁCTICAS DESLEALES	CAPÍTULO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS POR PRÁCTICAS DESLEALES	SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ANTE LA OMC
NAFTA (Canadá y Estados Unidos)	No tiene	XIX Específico para prácticas desleales	Permite ambos foros
G3 <sup>3</sup> (Colombia y Venezuela)	Capítulo IX	XIX (No específico)	Permite a uno o a otro foro

<sup>2</sup> DOF, 20 de Diciembre de 1993, entró en vigor el 1 de Enero de 1994 y lo constituyen Canadá, Estados Unidos y México.

<sup>3</sup> 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.

## Seminario de Derecho Internacional

TLC's SUSCRITOS POR MÉXICO	CAPÍTULO DE PRÁCTICAS DESLEALES	Capítulo de Solución de Controversias por PRÁCTICAS DESLEALES	SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ANTE LA OMC
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 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 (AECL) (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

Los conceptos sustantivos relacionados por las así llamadas “prácticas desleales”, entiéndase por ellas al *dumping* o discriminación de precios, (conforme la Ley de Comercio Exterior mexicana) y a las subvenciones o subsidios, tienen su referente jurídico en los acuerdos respectivos derivados de la Ronda Uruguay de negociaciones del GATT, por la cual además se crea la OMC. En esta ocasión la descripción de estos conceptos deberá sobreentenderse para llegar directamente a la explicación del mecanismo de solución de controversias establecida en el Capítulo XIX del TLCAN, aunque para lograrlo, considero apropiado puntualizar las diferencias entre estos procedimientos y los de la OMC. No existe, desde luego, ninguna relación entre ambos, pero precisamente por ello las diferencias se hacen más evidentes y no hay que olvidar que ambos foros pueden revisar controversias sobre la misma materia.

## Solución de controversias en el marco del capítulo XIX del TLCAN

### 3. DIFERENCIAS ENTRE PROCEDIMIENTOS DEL CAPÍTULO XIX DEL TLCAN Y DEL ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC

	TLCAN Capítulo XIX	OMC Grupos Especiales
1.	No requiere consultas obligatorias	Requiere consultas
2.	Establece el derecho de las partes a un 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 fase de consultas
4.	Ambas partes en el procedimiento pueden solicitar el panel	Sólo la parte agravuada puede solicitarlo
5.	Propone lista de panelistas, que deben reunir ciertos requisitos	Igual
6.	Cada parte selecciona dos panelistas de su país, y ambas partes acuerdan sobre el quinto, o por mayoría de los panelistas	El Secretariado de la OMC propone los panelistas y las partes acuerdan su designación
7.	Panel de 5 miembros	Regla general: 3 miembros; por excepción: 5 miembros
8.	Los Panelistas deben ser de la nacionalidad de los contendientes	La nacionalidad de los Panelistas debe ser diferente de la de los contendientes
9.	Prevé la recusación de árbitros	Igual
10.	Contempla etapa escrita y oral	Igual
11.	Las actuaciones son confidenciales	Igual
12.	El tercer Estado del TLCAN puede participar como tercero interesado y participar en las audiencias y elaborar y recibir escritos	Los Estados Miembros de la OMC deben solicitar ser Terceros en la controversia
13.	El panel elabora sólo un reporte final	Reporte de inicio y otro final
14.	Permite opiniones disidentes de los panelistas (práctica común en el <i>common law</i> )	Permite opiniones disidentes (W.2.3A.1 Estados Unidos-Algodón americano (Upland), párrafo 631 (WT/DS267/AB/R))

## Seminario de Derecho Internacional

	TLCAN Capítulo XIX	OMC Grupos Especiales
15.	Las decisiones del panel no tienen que ser aceptadas por otro órgano, son obligatorias para las partes (excepto Impugnación Extraordinaria)	El OSD es el que adopta la resolución por consenso negativo, no las partes, quienes no tienen posibilidad de alterarlo
16.	La única forma de apelar la decisión del panel es por el Comité de Impugnación Extraordinaria, pero es excepcional	Existe el Órgano de Apelaciones del OSD, que opera de forma regular, no como excepción
17.	Prevé la suspensión de beneficios por incumplimiento de las resoluciones del panel	Igual, con alternativa de compensación voluntaria
18.	Las partes pueden solicitar la revisión del monto de la suspensión de beneficios	Igual
19.	Las partes supervisan el cumplimiento de la resolución por la contraparte	Igual, pero el OSD puede ejercer esta acción de manera excepcional
20.	Prevé un plazo de no más de 315 días para la resolución final del panel, más otros 210 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
21.	Las partes no pueden modificar el procedimiento del panel por simple acuerdo	Es flexible porque las partes pueden acordar los términos de referencia del Panel, pero no pueden modificar nada más (incluyendo límites de tiempo)
22.	Este capítulo se encarga de revisar un procedimiento anterior (igual que el Órgano de Apelaciones del OSD)	Es el procedimiento inicial
23.	El Panel no está influenciado por cuestiones políticas	Puede haber influencia política, pero se limita por el consenso negativo de los miembros
24.	Prevé conclusiones obligatorias, impone la duplicitud 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

## Solución de controversias en el marco del capítulo XIX del TLCAN

### 4. ANÁLISIS DE CASOS

Desde la entrada en vigor del TLCAN, a octubre de 2008 se han iniciado 124 controversias en el marco del Capítulo XIX, de las cuales 112 ya fueron concluidas y 12 siguen pendientes. De los casos resueltos, 22 fueron iniciados por informes emitidos por las Agencias canadienses, 75 por informes de Agencias estadounidenses y 15 por informes de la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la Secretaría de Economía de México. Sólo para el registro, en casi 15 años del TLCAN se han interpuesto 3 casos de Impugnación Extraordinaria, todos ellos por los Estados Unidos de América, mismos que confirmaron lo resuelto por el panel, es decir, fueron contrarios a los intereses estadounidenses<sup>4</sup>.

Dejando a un lado el rigor numérico de los casos, es necesario referir algunos de ellos que pueden vincularse de manera simultánea con procedimientos planteados ante paneles del Capítulo XIX y ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Algunas discusiones han iniciado recientemente acerca de la concurrencia o no de estas controversias a la luz de ambos mecanismos internacionales. El planteamiento que se presenta ahora contiene argumentos a favor de la posible concurrencia.

#### 4.1. EL CASO DEL CEMENTO

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

<sup>4</sup> Cfr. [www.nafta-sec-alena.org/](http://www.nafta-sec-alena.org/)

## Seminario de Derecho Internacional

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.

## Solución de controversias en el marco del capítulo XIX del TLCAN

### *Comité de Impugnación Extraordinaria<sup>5</sup>*

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

<sup>5</sup> Cfr. Archivo del Secretariado No. ECC-2000-1904-01USA. Quinta Revisión Administrativa (8/15/94-7/31/95).

## Seminario de Derecho Internacional

Comercial de los Estados Unidos y el Departamento de Comercio de los Estados Unidos de América”<sup>6</sup>.

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”<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Cfr. [www.economia.gob.mx](http://www.economia.gob.mx)

<sup>7</sup> El mismo Acuerdo, en el numeral I.H, conceptualiza la elusión como:

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”.

## Solución de controversias en el marco del capítulo XIX del TLCAN

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 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”<sup>8</sup>. 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 re-

<sup>8</sup> “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.

## Seminario de Derecho Internacional

presenta 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.

### 4.2. EL CASO DE LA 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.

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

## Solución de controversias en el marco del capítulo XIX del TLCAN

### *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.

## Seminario de Derecho Internacional

### 4.3. EL CASO DE LA MADERA BLANDA

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 separado<sup>9</sup>.

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.

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.

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.

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

<sup>9</sup> 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.

## Solución de controversias en el marco del capítulo XIX del TLCAN

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.

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, quizás 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

## Seminario de Derecho Internacional

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 ente 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.

## Solución de controversias en el marco del capítulo XIX del TLCAN

El 1º 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.

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 preveía 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. Este convenio tiene una vigencia de siete años, con posibilidad de extenderse dos años más. Asimismo, el convenio no tuvo que ser aprobado por el congreso estadounidense<sup>10</sup>. El 12 de octubre de 2006,

<sup>10</sup> Cfr. [www.iqom.com.mx](http://www.iqom.com.mx)

## Seminario de Derecho Internacional

Canadá y EE.UU. implementaron el acuerdo que dará acceso al mercado estadounidense a las importaciones procedentes de Canadá de madera suave.

### 5. CONCLUSIONES

Los elementos principales para identificar a dos controversias como jurídicamente concurrentes, —lo cual implica que dos foros distintos están resolviendo una misma disputa— son los siguientes: a) mismas partes en conflicto; b) mismos puntos litigiosos; y c) mismos puntos petitorios.

En los casos analizados en este trabajo se identifican claramente los foros que han resuelto las aparentemente mismas controversias: paneles del Capítulo XIX del TLCAN y Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. La conclusión preliminar se obtiene de manera casi inmediata al analizar los elementos descritos en el párrafo anterior:

- a) Mientras en las controversias del TLCAN intervienen particulares (importadores, exportadores y productores nacionales), en la OMC sólo Estados.
- b) En el TLCAN se revisa el apego del análisis que hizo la autoridad nacional en su resolución, a los ordenamientos jurídicos del Estado al que pertenece la misma autoridad investigadora; en tanto que en el marco de la OMC se realiza un análisis del apego de los actos de las autoridades de un país con los acuerdos abarcados de dicho organismo, sean éstos multilaterales o plurilaterales de la OMC que obligan al Estado Miembro.
- c) Lo que se le solicita a los paneles del Capítulo XIX del TLCAN, de conformidad con lo dispuesto por su artículo 1904 párrafo 8, es que, el Panel devuelva a la Autoridad que emitió la resolución impugnada la resolución definitiva para que adopte las medidas compatibles con la Resolución del Panel; en tanto que al OSD de la OMC, de conformidad con el Artículo 11 del Entendimiento de Solución de Diferencias, se le solicita que emita recomendaciones al Estado que hubiere incumplido para tomar las acciones conducentes a poner en conformidad los actos del Estado que hubieren vulnerado las disposiciones contenidas en los Acuerdos Abarcados.

Como puede verse, en ningún caso parece haber coincidencia entre lo revisado por ambos foros, sin embargo la conclusión hasta este punto sería demasiado simplista. Es de sobra sabido que los actos que toman los gobiernos, sean derivados de políticas internas o del cumplimiento de resoluciones nacionales o internacionales,

## Solución de controversias en el marco del capítulo XIX del TLCAN

siempre tendrán un efecto directo sobre los gobernados. No puede analizarse una resolución en el marco del TLCAN o de la OMC como si el Estado afectado fuera un sujeto pasivo y corpóreo que debe cumplir la resolución. Aún en los casos en los que un Estado, al cumplir con lo dispuesto por el OSD de la OMC, debe modificar algún ordenamiento interno para ponerlo en concordancia con los Acuerdos Abarcados, su modificación traerá consecuencias para importadores, exportadores y productores nacionales. En los casos estudiados, son las empresas mexicanas, estadounidenses y canadienses las que ven afectados sus intereses para poder exportar o importar mercancías en (o de) el territorio del país en el que tienen socios comerciales. Como empresarios, si un foro condena la violación de disposiciones de un acuerdo internacional, la repercusión será el pago o la exención de pago de aranceles o cuotas compensatorias a los mismos empresarios. El país puede contabilizar su situación particular como una estadística favorable o no en su historial de solución de conflictos, pero difícilmente repercutirá en un demérito de su patrimonio, como sucede irremediablemente con los particulares.