

CAPÍTULO SEGUNDO

ALGUNOS TEMAS DE INTERÉS ESPECIAL: LAS PRÁCTICAS DESLEALES, LAS NORMAS QUE LAS COMBATEN, LAS SALVAGUARDAS Y LAS LEYES DE COMPETENCIA. LOS MECANISMOS DE REVISIÓN DE LAS DECISIONES NACIONALES

| | |
|--|----|
| I. Las prácticas desleales de comercio y los mecanismos para combatirlas establecidos en el TLCAN, el GATT y la OMC. | 49 |
| II. Las controversias, sus resoluciones y las negociaciones en la Ronda Uruguay | 59 |
| 1. México y el sistema de solución de diferencias de la OMC | 68 |
| 2. Las salvaguardas | 72 |
| 3. Las leyes de competencia | 74 |

CAPÍTULO SEGUNDO

ALGUNOS TEMAS DE INTERÉS ESPECIAL: LAS PRÁCTICAS DESLEALES, LAS NORMAS QUE LAS COMBATEN, LAS SALVAGUARDIAS Y LAS LEYES DE COMPETENCIA. LOS MECANISMOS DE REVISIÓN DE LAS DECISIONES NACIONALES

I. LAS PRÁCTICAS DESLEALES DE COMERCIO Y LOS MECANISMOS PARA COMBATIRLAS ESTABLECIDOS EN EL TLCAN, EL GATT Y LA OMC⁶⁴

Acorde con la doctrina del comercio internacional, y particularmente con el capítulo que se ocupa de los precios, se establece que un bien o mercancía, cualquiera que sea, requiere, para ser producida, el concurso de una serie de insumos, teniendo cada uno de ellos un costo determinado, cuya suma total nos arrojará su costo total.

Si a éste se le añade un porcentaje considerado del costo como utilidad legítima, se tendrá el precio al que deberá ofrecerse al usuario en el mercado correspondiente.

La venta del bien deberá observar varias condiciones propias de competencia, como son calidad, servicio, presentación, y otras más, y accederá a un mercado determinado si las observa. Eventualmente podrá provocar que un productor doméstico de un bien igual o similar sea desplazado.

Dicho resultado, obviamente, causará —al menos en teoría— daño al desplazado, que tendrá que mejorar su oferta, eficientar su sistema de producción o bien buscar otros mercados.

Dada la importancia que siempre ha tenido el tráfico comercial como intercambio de satisfactores a las necesidades reales y artificiales de los seres humanos, su presencia en el desarrollo de la humanidad ha ido de la

⁶⁴ Nos referimos a las transacciones comerciales internacionales que la doctrina y el derecho comprende bajo estas denominaciones, acorde con los conceptos expresados en los artículos VI y XVI del GATT, 1947, y asimismo del Acuerdo de aplicación de los artículos VI y 10. y demás del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias del GATT, 1994.

mano con la historia de la misma. Si trasladamos este intercambio al ámbito internacional, entenderemos la enorme importancia del comercio internacional, y de ahí derivamos por qué ocupa la atención de las naciones.

La creciente interdependencia de los países y el reciente fenómeno de la globalización mundial han subrayado y puesto en un primer lugar de importancia para la comunidad internacional dicho tema.

La manera de comunicarse entre las personas y los pueblos ha sido disímil y acorde con la evolución de las comunicaciones, elemento básico para el comercio.

La conquista y colonización de América dio una nueva y definitiva transformación a las relaciones mercantiles, y el Estado moderno, que surgió en paralelo, le dio al Estado el papel primordial en el fomento y desarrollo del comercio, de ahí los sistemas mercantilistas.

Los cambios posteriores y la apertura liberal constituirán otra forma distinta de concebir al comercio internacional.

Empero, dado el interés del Estado en tener una participación directa en dicho comercio por los beneficios y ventajas que le acarrea, siempre ha estado y estará presente en su desarrollo.

La reordenación de las relaciones económicas, financieras y comerciales a partir de 1945, como ya se ha dicho, tuvo que responder, como sostiene José Carlos Fernández Rozas,

...al reto de un cambio radical en las relaciones económicas internacionales. El régimen del comercio ya no respondía al esquema demoliberal de las economías estatales que en el plano internacional se traducía en tres principios básicos, los cuales, con mayor o menor intensidad, estuvieron presentes a lo largo de todo el pasado siglo en las disposiciones internas de los estados y en la generalidad de los convenios de comercio. En primer lugar, el principio del “libre cambio”... en segundo lugar el principio de “libertad de comercio”... Por último, el principio de la “igualdad de trato entre el extranjero y el nacional” en materia mercantil.⁶⁵

Por ello, la presencia activa y exitosa de la producción nacional individual en los mercados de terceros países se ha convertido en una tarea que se ha acelerado en la última década.

⁶⁵ Fernández Rozas, José Carlos, *Derecho del comercio internacional*, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, Editorial Eurodex, 1996, pp. 35 y 36.

Esto explica, entre otras razones, que la Comunidad Económica Europea decidiera en 1985, e iniciara dos años después, el programa de los 284 pasos contenidos en el Libro Blanco y en el Acta Única para alcanzar la última fase de la integración, iniciada el primero de enero de 1993, estableciéndose así la Unión Europea, como es conocido, y a la que más adelante nos referiremos.

También debemos incorporar en estas acciones globalizadoras, a la muy activa actitud de México, que ya hemos subrayado.

No basta para obtener buenos resultados que aporten beneficios a todas las partes involucradas, buena disposición y decisión política.

Se requiere negociar un acuerdo inter-partes claro, transparente y completo, que tome en cuenta el interés de las partes, las concilie y promueva resultados útiles y convenientes para todos. Sólo así se logrará el éxito deseado.

Deben considerarse, y de manera destacada por su importancia para asegurar larga vida al acuerdo, lo relativo a la prevención y solución de los conflictos y divergencias que surjan al aplicarse los términos del mismo.

La complejidad de los asuntos considerados, que serán mayores si se busca un acuerdo más amplio y sólido, es grande, por lo que los derechos y obligaciones que hayan surgido por su negociación deben estar siempre presentes sin menoscabo alguno.

Para que esto sea posible, los negociadores deben establecer los mecanismos amplios y suficientes que permitan lograr lo anterior.

La experiencia obtenida en la negociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte fue enorme y aleccionadora.

Este acuerdo estableció que un único sistema para atender los conflictos no era suficiente, y así se establecieron aproximadamente catorce formas de buscar salidas, según la materia de que se trate. De ellos ya me ocupé en detalle en un estudio recientemente publicado.⁶⁶

Decíamos que en la materia del tráfico de bienes se establecen unos parámetros para que la relación comercial se dé sin provocar mayores turbulencias pese a que puedan ocurrir desplazamientos de los productores nacionales.

Si son respetados se habla de comercio “leal”, si no, de comercio “desleal”. Estos calificativos nunca me han parecido pertinentes, pues la

66 Véase Cruz Miramontes, Rodolfo, *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos*, México, McGraw-Hill, 1997.

lealtad es un atributo del ser humano, pero la jerga de los especialistas, y tal vez, una traducción literal del inglés, se han impuesto lamentablemente, en el uso cotidiano de los términos, por lo que con esta salvedad los utilizaremos.

Al tratarse de una “práctica desleal” reflejada en la alteración de los precios como una “suma de insumos”, tal como ya lo explicamos, bien porque el vendedor haya disminuido el mismo o bien porque haya recibido un subsidio o ayuda especial (no permitido), por parte de su gobierno, se incurre bien en *dumping* o subsidio, lo que puede dar pie a que el productor doméstico dañado reclame su efecto.

Siendo una práctica antigua, llevada a cabo por los grandes países exportadores, como Gran Bretaña y los Estados Unidos de América, su regulación sólo fue interna (Ley de 1796 en los Estados Unidos de América) hasta la suscripción del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio.

En efecto, los artículos VI y XVI se ocupan de la forma en que los gobiernos pueden implementar medidas locales contra la importación de bienes procedentes del extranjero en forma desleal.

Sin duda que los negociadores del GATT estimaron que si bien era razón de ser del mismo promover, facilitar e incentivar el tráfico comercial entre sus signatarios, debía ser un comercio “leal”, “justo”, que respetase las reglas que integran las bases del comercio internacional, como son las de competitividad, las de los costos comparativos, la legitimidad de los precios y otras más, que han sido desarrolladas y analizadas por los especialistas de la materia.

En caso contrario procedería implementar medidas que eviten tales prácticas pese a que pudiera parecer que atentan contra los propósitos esenciales del GATT.

Esta posición confirma nuestra comunicación de que se deben establecer en los tratados que se ocupen del comercio internacional, mecanismos transparentes, objetivos y justos, para conocer y resolver los conflictos que se deriven de su aplicación.

Recordemos que en el caso del TLCAN, el capítulo XIX, que se ocupa de la revisión binacional de las resoluciones internas en la materia, a través de un tribunal arbitral *ad hoc*, fue el último de los negociados, pues los Estados Unidos no deseaban su inclusión en el TLCAN.

La razón es evidente, ya que más les convenía resolver los posibles conflictos a través de la negociación bilateral, en que siempre tendrían el carácter de más fuerte, que acogerse al derecho.

En la materia siempre se han destacado dos posiciones extremas divergentes: la que apoya la vía de la negociación diplomática y la que propone aplicar la norma jurídica.

El profesor Robert E. Hudec, experto en la materia, después de analizar los casos ventilados en el GATT entre 1980 y 1990, criticó la práctica seguida por el gobierno norteamericano.

Dicha actitud significó que utilizó su poder para diferir o aun bloquear la adopción de las resoluciones de los grupos de expertos llamados paneles, por el Consejo del GATT o Comité del Código *Antidumping*, y así implementar sus recomendaciones, que iban en contra de los intereses del gobierno norteamericano.

Se pregunta el doctor Hudec si esta actitud prepotente subsiste. ¿Qué futuro se puede vaticinar para el sistema de aplicar la regla de derecho?⁶⁷

Esta inquietud tan obvia ha sido compartida de seguro por diversos analistas, y por coincidencia, el suscrito planteó esta preocupación públicamente al director general del GATT, Arthur Dunkel, cuando, teniendo aún este carácter, participamos como ponentes en una reunión en Cali, Colombia, en agosto de 1994, al celebrarse la primera Cumbre Internacional de Comercio Exterior.

Utilicé como ilustración varios casos concretos de que pese a contar con una opinión favorable del panel de expertos del GATT, los Estados Unidos rehusaban cumplir la recomendación.

El ejemplo más evidente o, al menos, el que tenía para mí mayor interés, es el del procedimiento *antidumping* en contra de las exportaciones de cemento Portland mexicano al territorio norteamericano.

Es conveniente detenernos un momento en la historia de este caso, que iniciándose en 1989 aún permanece vigente.

Los hechos más relevantes son los siguientes:

1. En los últimos años de la década de los años ochenta, México incrementó sus exportaciones de *clincker* y cemento de manera notable.

67 Hudec, Robert E., *Enforcing International Trade Law. The Evolution of the Modern GATT Legal System*, 1993, p. 364. Sobre el tema de la solución de controversias conforme al capítulo XIX del TLCAN, véase Cruz Barney, Óscar, *Solución de controversias y antidumping en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, Porruá, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002.

En 1989 México representaba el casi cuarto proveedor de las importaciones de los Estados Unidos, lo que significaba 4 millones de toneladas de cemento y 500,000 toneladas de *clinker*.⁶⁸

2. Los Estados Unidos son deficitarios de producción nacional del producto, por diversas razones, entre otras, porque sus plantas son viejas, y, por ende, poco eficientes.

La industria mexicana, en cambio, es altamente competitiva, pues desde principios de 1980 ha renovado casi el 80% de su planta nacional merced a ciertos apoyos que el gobierno federal le otorgara.

3. Ante tal situación, la industria norteamericana del cemento, que por cierto en un casi 70% está integrada por capital suizo, inglés, francés, español y japonés, promovió un procedimiento *antidumping*, y logró que el 30 de agosto de 1990, la International Trade Administration (ITC) y el Department of Commerce (DOC), decretaran la imposición de un derecho *antidumping* en contra de las importaciones de producto (55 Federal Register 35,443 [1990]).
4. La decisión condenatoria fue dictada con graves irregularidades, pues de seis comisionados de la ITC, sólo tres se reunieron, y votaron dos a favor y uno en contra (Inv. 731-TA-451 USITC PUB. 2305, AUG.90).
5. El gobierno mexicano, estimando que era a todas luces improcedente e injusto el procedimiento seguido, y, por ende, el fallo, solicitó el 4 de octubre de 1991, el establecimiento de un “Panel” ante el GATT.

Se alegaron diversas deficiencias graves, como por ejemplo el concepto de industria regional, la falta de legitimación de los demandantes al no representar a la industria nacional, o la opinión de la ITC de que no había indicios de daño o su amenaza, así como el concepto de la acumulación de importaciones de diversos países para configurar el daño, y otras más que no estaban previstas en su propia ley.

6. El grupo de expertos que conformaron el panel del GATT dictaron su veredicto el 9 de julio de 1992 aceptando los alegatos del gobierno mexicano y coincidiendo en que de inicio no existían ele-

68 El *clinker* es el resultado de la fusión a muy altas temperaturas de varios insumos, como calizas y arcillas, en una proporción de 80% y 20%, respectivamente. Obtenido el *clinker* se muela con yeso u otros ingredientes, según el tipo que se busque, y de ahí se obtiene el cemento.

mentos suficientes que soportasen el caso, pues no había sido solicitada la investigación por el porcentaje mínimo que la ley norteamericana exige de la industria nacional.

Por lo tanto, concluyó que no se había aplicado correctamente la propia ley norteamericana y menos lo dispuesto por el GATT, por lo cual su decisión era nula, debiéndose declarar que no había *dumping* y devolverse a los exportadores mexicanos los depósitos y pagos que se hubiesen efectuado.

Lamentablemente, el gobierno norteamericano decidió no atender la recomendación, y cuantas veces el comité del GATT ha querido incluir el caso en el orden del día, para adoptar formalmente la opinión del panel, los Estados Unidos han bloqueado su presentación, ofreciendo que mediante negociaciones directas con el gobierno mexicano resolvería el diferendo.

Esto nunca ha sucedido, pese a la buena voluntad que se ha mostrado por la parte ofendida; hemos desarrollado todo un programa de acciones elaborado entre el gobierno mexicano y la Cámara Nacional del Cemento; nos hemos reunido en innumerables ocasiones durante los años pasados, e inclusive, mes tras mes, durante casi dos años, para agotar objeción tras objeción, habiendo participado en dichas tareas merced a la buena voluntad y apoyo de la Secofi, sin lograr el menor resultado.⁶⁹

Las negociaciones del TLCAN iniciadas a mediados de 1991 y concluidas en agosto de 1992, a las que siguió durante todo el año de 1993 el proceso de aprobación legislativa, detuvieron durante un lapso las tareas.

A partir de 1994 reforzamos las gestiones, y hemos venido promoviendo paneles conforme al capítulo XIX contra las revisiones que se han celebrado anualmente, opción que anteriormente no existía.

El 20 de noviembre de 1998 se celebró una audiencia pública en el Departamento de Comercio, en donde las empresas exportadoras mexicanas (Cementos de Chihuahua, S. A. de C. V. y Cementos Mexicanos, S. A. de C. V.) han planteado una tesis que de prosperar llevará el caso otra vez a Ginebra, ahora ante la OMC.

El argumento esgrimido por el gobierno norteamericano para no acatar la sugerencia del GATT, es que no le obliga por ser “Executive

69 El suscrito ha tenido la oportunidad de participar en este caso tanto como representante y abogado de Cementos de Chihuahua, S. A. de C. V. (GCC Cemento, S. A. de C. V.) y como presidente de la Cámara Nacional del Cemento durante los períodos que ha ocupado el cargo.

Agreement”, ficción jurídica del sistema legislativo norteamericano, que usan como excusa para evadirse por la puerta trasera.

Hasta ahora ha sido como caminar en una banda, sin arribar a ningún lado.

En contradicción a este argumento falaz y una vez examinados precedentes judiciales y opiniones doctrinarias del derecho norteamericano, esgrimimos ante el panel establecido para considerar la resolución de la tercera revisión, una serie de argumentos muy interesantes, para demostrar nuestra razón, pero el panel resolvió en contra.⁷⁰

Se ha continuado con las revisiones anuales de las cuotas compensatorias, e invariablemente se han establecido paneles conforme al capítulo XIX del TLCAN.

El que se ocupó de la quinta revisión devolvió a la autoridad estadounidense el expediente para que corrigiera algunas deficiencias y errores, pero en lugar de hacerlo promovió una impugnación extraordinaria acorde de con el párrafo 13 del artículo 1904 del TLCAN, en franco desacato al panel.⁷¹

Este caso constituye una muestra del más puro proteccionismo contra el cual se supone combaten y rechazan.

Por esta razón, los temores del profesor Hudec son fundados.

Nuestras experiencias similares a la relatada explican y apoyan la posición del sector privado mexicano al solicitarle al gobierno la inclusión en las negociaciones con la UE, de un mecanismo revisorio de las resoluciones en los casos de prácticas desleales.

Siendo ésta la historia y la existencia de un mecanismo de revisión en los acuerdos celebrados entre los Estados Unidos y Canadá (Free Trade Agreement), y entre dichos países y México (TLCAN), conviene ahora revisar la situación en el GATT y en la OMC.

Considerando las diversas estipulaciones que se refieren a los posibles conflictos derivados de la aplicación de las normas del GATT y si-

70 La tesis planteada consiste en que la decisión recurrida violó la Ley al no respetar el precedente sentado por la Suprema Corte norteamericana en el caso “*Murray vs. the Schooner Charming Betsy*, 6 US 64 (1804)”. Dicho precedente sostiene que ningún acto del Congreso debe jamás emitirse en violación al derecho internacional si hubiere otra forma de hacerlo. Por ello, la decisión atacada debió acatar la recomendación del GATT, entidad creada, impulsada y sostenida en forma importante por el gobierno norteamericano.

71 Véase *Article 1904 Extraordinary Challenge pursuant to the North American Free Trade Agreement in the matter of Gray Portland Cement and Clinker from Mexico*, Secretariat File No. ECC-2000-1904-01-USA.

guiendo la autorizada opinión del profesor John H. Jackson, existen 19 cláusulas que se refieren a la obligación de las partes para consultar los conflictos que surjan en determinadas materias.

El término “consultar” significa algo más que la búsqueda de una respuesta a una duda u opinión de quien formula la misma; es eso y más; propiamente puede considerar una negociación para acabar con el diferendo.

De manera específica podemos decir que el artículo XXIII es el que expresamente se refiere al tema, sin restarle su lugar a los artículos XXII y XXV del Acuerdo.

Ante tal deficiencia se nos facilita entender que en el TLCAN existan, en mi opinión, catorce referencias, al menos, al tema de las consultas o a los mecanismos de la resolución de los conflictos, según se trate de materias agrícolas, de inversiones, de migración, de la puridad de las reformas legislativas, de las prácticas desleales, de la salvaguarda, de la operatividad, eficiencia y respeto a los paneles, del cumplimiento exacto, puntual y debido del TLCAN, y otros más.

Las disposiciones del GATT que contienen referencias a los procedimientos de solución de diferencias son únicos, ya que sólo el artículo XXIII las contiene.

El desarrollo del sistema ha sido peculiar, ya que en su inicio solamente se concebía la negociación diplomática como fórmula.

Años después se introdujo el sistema de los tribunales especiales cuando el señor Eric Windham-White, en su carácter de director general del GATT, los auspiciara a inicios de los años cincuenta.

Notable fue que siendo las partes en disputa Estados soberanos, se admitiese que los árbitros fuesen personas físicas independientes, cuya sola razón de formar parte del Tribunal era su capacidad y prestigio profesionales, su experiencia en el derecho y el comercio internacional y su probidad moral.

El sistema concreto, como podemos derivar, fue de inicio muy limitado, tímido y sujeto a la respuesta del país afectado.

Sufrió algunas enmiendas y se fue resaltando una tendencia de aproximación a seguir la norma jurídica más que la negociación diplomática, tal como anteriormente consignamos como posiciones extremas.

Sin embargo, el término de la norma de derecho no se aprecia de la misma manera en los sistemas del derecho romano que en los del *common law*.

Por ello, merece un alto en el camino el desarrollo histórico que venimos siguiendo para consignar la distinción conceptual que existe en el terreno sajón de la *rule orientation* y de la *rule of law*.

En un curso impartido en el George Washington Law Center durante el mes de junio de 1998,⁷² el profesor John H. Jackson, autoridad indiscutible en la materia del derecho económico internacional y del comercio, enfatizaba la pertinencia de entender no solamente el concepto, sino su distinción con otros similares, ya que los abogados de formación de derecho civil que lo escuchábamos no teníamos este conocimiento.

Textualmente repitió lo que escribió en un libro aún no publicado en ese momento, que establece lo siguiente:

The phrase “rule orientation” is used here to contrast with phrases such as “rule of law”, and “ruled based system”. Rule orientation implies a less rigid adherence to “rule” and connotes some fluidity in rule approaches which seems to accord with reality (especially since it accommodates some a bargaining or negotiation).⁷³

Los exégetas del Acuerdo General de Aranceles y Comercio, al referirse a las normas reglamentarias del tema en cuestión, atraen la atención al hecho de que el asunto era propiamente para ser tratado en la carta fundatoria de la OIC, y no de un acuerdo relativo a la desgravación arancelaria.

En efecto, en el texto de la Carta de La Habana se establecieron mecanismos de solución de diferencias, y aun se previno en casos de cierta gravedad, que se remitiría a la Corte Internacional de Justicia.

Dado que no entró en vigor, hubo que ir modificando y ampliando las disposiciones específicas del GATT, o sean los artículos XXII y XXIII, aparte del sistema “panelista” ya mencionado de los años cincuenta.

Fue notable la inclusión de una fórmula discriminatoria entre países desarrollados y en vías de desarrollo, que estos últimos pidieron en 1966, estableciéndose así algunas normas procesales adecuadas a la diferencia.⁷⁴

No se pudo ir más lejos ampliando el mecanismo, pues previendo el sistema de la unanimidad en las votaciones, los bloqueos y los rechazos para adoptar formalmente las recomendaciones seguían presentes, tal como ya ilustramos con el caso del cemento mexicano.

72 *The WTO and the Regulation of International Trade*, Washington,Georgetown Institute in Legal Studies, junio de 1998.

73 *The World Trade..., op. cit.*, nota 14, p. 62.

74 Procedures under Article XXIII, decision of April 5, 1966, GATT BISD 145/18.

El esfuerzo más completo se intentó durante la celebración de la Ronda Tokyo, y así, se produjeron los documentos denominados “Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute”. Settlement and Surveillance “y su anexo”. “Agreed Description of Customary Practice”, sin desconocer que algunos de los códigos negociados establecieron sistemas adecuados a la materia (26th. Supp. BISD 210, 1980).

Posteriormente se acordaron otros cambios en el año de 1982 (GATT BISD295/13, 1983) y en 1984 (“Action on Dispute Settlement Procedures”, GATT BISD315/9 ST.SUPP.BISD.9, 1985).

Asimismo, en 1989: Improvements to the GATT Dispute Settlement Rules and Procedures, 36th Supp. BISD61(1190).

Sin duda que todo este bagaje facilitó la revisión cabal de todo el sistema y los cambios de fondo y forma que se negociarían en la Ronda Uruguay.

II. LAS CONTROVERSIAS, SUS RESOLUCIONES Y LAS NEGOCIACIONES EN LA RONDA URUGUAY

Es opinión compartida que el tema, pese a que el GATT le dio su lugar, no logró contar con un sistema realmente efectivo que facilitase la conclusión de los conflictos.

Ello explica que la preocupación se trasladase en el GATT a la “Ronda Uruguay”. Los ministros aceptaron el reto, y así lo consignaron en la declaración pertinente, al decir que:

Con el propósito de asegurar una resolución pronta y efectiva a los conflictos en beneficios de todas las partes contratantes, los negociadores deberán lograr una mejoría para fortalecer las reglas y los procedimientos de los sistemas de solución de conflictos sin dejar de admitir la contribución que puedan seguir dando en forma más efectiva y ejecutable, las disciplinarias y reglas del GATT.⁷⁵

En obsequio al mandato ministerial se creó un “Cuerpo Negociador de Solución de Diferencias”, que inmediatamente se puso a trabajar.

La tarea no era fácil ni cómoda, pues había una lista de pendientes que iban desde asuntos meramente procedimentales, hasta de fondo, o inclusive de propósitos del mecanismo, delineándose grupos bien definidos

75 Ministerial Declaration on the Uruguay Round (GATT, BISD 338/19025).

que sostenían una posición u otra, tal como estaban los Estados Unidos y Canadá en un extremo, y la CEE con Japón en el otro.

A mayor complicación, se debía tener presente que en forma expresa la OMC deseaba conservar y mantener como faro que guiese con su luz, al acervo histórico del GATT y lo que pudiere considerarse de alguna manera como jurisprudencia.

Se mencionan por algunos estudiosos varios temas, de los que entre sacamos algunos, como son:

1. La obligación o bien la opción de las partes, de someter sus diferencias al mecanismo de la OMC.
2. Ante la existencia de normas de derecho internacional público que eventualmente regulasen temas en disputa ¿cómo se podía establecer la relación con el sistema de la OMC?
3. La naturaleza obligatoria o no de la decisión de los tribunales de la OMC.

Durante los últimos años, en los que el GATT conoció de problemas de esta naturaleza, se presentó con claridad, aunque no hubo un número considerable de casos, una distinción entre dos tipos diversos, que llaman la atención.

El primero es cuando se presenta una acusación por una violación franca a una disposición expresa del GATT (artículo XXIII, a).

El segundo, en donde no existiendo dicha violación, se alega una “nulificación o menoscabo” (artículo XXIII, b y c).

Este concepto ha venido apareciendo en diversas negociaciones comerciales, y concretamente en el TLCAN lo podemos encontrar.

Un caso muy connotado se ocupó del problema, y sus argumentos disciernen entre las posturas antagónicas ya conocidas, en el que México fue parte apoyando a la CEE, y Canadá en contra de los Estados Unidos por la imposición de un impuesto a la importación del petróleo contemplado en la “US 1986 Tax Legislation”.

Aparentemente sólo tres han sido los casos en que ha prosperado la demanda que postula la nulidad o menoscabo sin que exista violación a disposición expresa de un precepto.

En ellos aparece la imposición de aranceles contra ciertos productos que dañan las legítimas expectativas de los proveedores; ellos son:

- A) El establecimiento de incentivos y subsidios por parte de la CEE, para producir y procesar semillas de oleaginosas.
- B) El caso de los fertilizantes planteado por la República de Chile contra Australia.
- C) El de Noruega contra Alemania por el cambio que ésta hizo en el tratamiento arancelario de ciertos tipos de sardinas, cuyo resultado fue negativo para Noruega en ventaja de sus competidores.

La relevancia del tema es manifiesta, y esto explica que el artículo XXIII del GATT-1947 lo haya recogido.

Oportunamente consignamos que la OMC se compone de una carta constitutiva y de un grupo de anexos que conforman su cuerpo legal.

Entre ellos está el llamado “Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por las que se rige la Solución de Diferencias” (ESD) (Anexo 2).

Será útil referirnos a su esquema para conocer los requisitos y los supuestos que se previenen para someter al órgano competente los problemas derivados de las relaciones entre los miembros de la OMC.⁷⁶

De inicio, el artículo 1o. nos delimita su ámbito de aplicación, que será el concerniente a todas las divergencias y consultas relativas a los acuerdos contenidos en el Apéndice 1 del propio Anexo 2, denominados “Acuerdos abarcados”.

Dichos “Acuerdos abarcados” son precisamente los que componen íntegramente a la OMC, a los que nos referimos en su oportunidad.

Se amplía también a los procedimientos y normas especiales o adicionales referidas en el apéndice 2, así como a las consultas y diferencias emanadas de sus derechos y deberes por la constitución de la OMC.

Para la aplicación y administración del ESD se crea un Órgano de Solución de Diferencias (OSD), que operará a través de una Secretaría, los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación (artículo 2o.).

Expresamente se declaran algunas posiciones de principios para especificar el marco de referencia del ESD, partiendo, como ya lo mencionamos anteriormente, de su acatamiento y respeto a los principios de solución de diferencias del GATT, contenidos en los artículos XXII y XXIII,

⁷⁶ Este mecanismo también se aplicará en otros conflictos derivados de la aplicación de otros acuerdos, como son los del GATS (artículo XXIII), *Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio* (artículos 13 y 14); *Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio* (MIC, artículo 8o.).

así como en sus posteriores cambios, incluyendo, desde luego, al presente acuerdo.

El objetivo básico del sistema es “...preservar los derechos y obligaciones de los miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del Derecho Internacional Público...” (artículo 3.3).

Se recalca el espíritu original del GATT de encontrar salidas consensadas a los conflictos, por lo que se invita a los afectados a intentar la solución del caso concreto antes de presentar una reclamación (artículo 3.4).

De acudirse al Grupo Especial, se entenderá que el primer objetivo será restablecer el orden perturbado mediante la supresión de la medida que ha provocado la diferencia siempre y cuando se demuestre que atenta contra los acuerdos abarcados.

Se previene la compensación, pero se enfatiza que solamente procederá cuando no sea posible eliminar inmediatamente la causa del problema.

Por último, y como recurso final, se acepta la retaliación por parte del afectado siempre y cuando el OSD autorice la toma de la medida en cuestión (artículo 3.7).

Hay dos supuestos importantes, que deben estar presentes en esta situación:

- a) Que la medida tomada por el demandado desconozca alguna obligación presente en los acuerdos abarcados (artículo 3.8).
- b) Que la decisión que tome el OSD en cualquier caso, será por “consenso” (artículo 2.4).

Es necesario precisar el concepto que determina la decisión, pues existirá el consenso si no hay oposición formal de algún miembro presente en la reunión del OSD en la que se tome el acuerdo.

La singularidad de este enfoque para agilizar y dar solidez a la toma de decisiones cuando deban adoptarse, es digna de reconocimiento.

Con evidente congruencia con las declaraciones y aclaraciones contenidas en los doce párrafos que componen el artículo 3o., antes de referirse a las normas procedimentales propias a la solución del caso, se presentan disposiciones sobre temas previos, como las referentes a las consultas, a los buenos oficios, a la conciliación y a la mediación.

De no operar se procederá al establecimiento de los cuerpos especiales.⁷⁷

La solicitud de una consulta que no es sino la invitación forzada a la conciliación, es obligatoria, y sólo después de transcurridos sesenta días de la presentación de la misma sin haber obtenido éxito se podrá pedir la integración de un grupo especial.

Dicho grupo se formará necesariamente en la segunda reunión posterior del OSD (obviamente porque en la primera se rehusó por la parte demandada), salvo que se acuerde por consenso no hacerlo (artículo 6.1).

Para incitar a la acción se previene que si las partes interesadas no le otorgan al Grupo Especial su mandato para estudiar el caso y formular las recomendaciones necesarias al OSD y a la vez las haga propias y sugiera lo que debe hacerse o bien tomar la decisión procedente, se hará de manera automática conforme el formato que aparece en el artículo 7.1. Para ello, el presidente del Grupo lo elaborará con base en lo manifestado por la reclamante, según lo previsto en varias disposiciones, como el párrafo 2 del artículo 40. y 2o. del artículo 60.

La composición de los grupos especiales será de tres personas, o si las partes interesadas lo acuerdan, de cinco, y la Secretaría los propondrá.

Si no hay acuerdo dentro de los siguientes veinte días a la aceptación de la petición para formar al grupo, el director general los nombrará dentro de los diez días que sigan.

Los integrantes del Grupo Especial deberán ser personas especialistas y expertos en lo referente al comercio, derecho y organismos internacionales reconocidas en el medio. Pueden ser funcionarios o particulares, y los miembros aceptarán permitirles, en su caso, que formen parte de los grupos especiales cuando lo soliciten.

“Los integrantes de los grupos especiales actuarán a título personal y no en calidad de representantes de un gobierno o de una organización” (artículos 8o. y 9o.).

Los grupos especiales tienen como tarea, evaluar en forma objetiva los hechos, de su relación con los acuerdos abarcados y, en consecuencia, formular las conclusiones que se deriven lógicamente para ayudar a que se formulen las recomendaciones que procedan o a dictar la resolución pertinente (artículo 11).

En diversos preceptos se establecen términos legales, particularmente en el apéndice 3 del anexo 2, pero de manera expresa se determina que la duración del procedimiento no deberá ser mayor, por regla general, a seis

77 Véase Palmeter, David y Marroidis, Petros C., *op. cit.*, nota 16.

meses; si hubiera impedimentos para hacerlo deberán explicarse las razones, y el plazo se ampliará hasta nueve meses en total (artículo 12.8).

Durante el procedimiento se podrán presentar escritos conformando la demanda y la contestación, réplicas, informes, observaciones, y celebrarse una o varias audiencias de alegatos.

Con este bagaje, el Grupo Especial preparará un informe provisional, que dará a conocer a las partes, y éstas podrán solicitar que se reexamen algunos aspectos concretos del mismo, antes de preparar el definitivo; incluso podrá llevarse a cabo otra audiencia expresa para tratar las observaciones en cuestión. Para ello, la partes dispondrán de un término breve, y si no hubiera observaciones se convertirá en definitivo (artículo 15).

Dicho informe deberá circularse entre todos los miembros, y dentro de los sesenta días siguientes a su recepción,⁷⁸ podrá adoptarse por el OSD, salvo que:

- A. El OSD decida por consenso, no hacerlo.
- B. Que una de las partes manifieste su decisión de apelar.

Los miembros de la OMC pueden, si lo desean, tener una participación activa, además de que los intereses generales existentes en un acuerdo abarcado deberán tomarse en consideración.

Si el tercero tuviese un interés sustancial en el caso, lo hará saber al OSD, y podrá expresar sus argumentos al Grupo Especial tanto oralmente como por escrito.

La notificación de su interés, tanto al OSD como a las partes, podrá hacerse bien al formularse la consulta o ya al iniciarse la sustanciación del procedimiento (artículos. 4.11 y 10).

En diversos preceptos se protegen debidamente los intereses de los terceros tanto al llevarse a cabo el procedimiento como al dictarse la recomendación como la resolución.

Una vez concluido el caso y antes de que el OSD haga propia la recomendación citada, podrá ser apelada en virtud de que se establece un mecanismo impugnatorio denominado “examen de apelación” (artículo 17).

⁷⁸ El término de sesenta días no es obligatorio, es máximo, y en nuestra opinión constituye un derecho de las partes involucradas para estudiar si apelan en contra del reporte. En el caso de JMAF, al que enseguida nos referiremos, el Grupo Especial redujo el término a treinta días y nuestra misión oficial protestó logrando un *corrigendum*.

De entrada debemos consignar la novedad y lo poco usual de este recurso, pues tradicionalmente se ha estimado que las resoluciones de esta naturaleza son definitivas.

Surgen, lógicamente, varias interrogantes: ¿por qué se convino establecer el recurso, si el propósito declarado por los miembros fue eficientar y agilizar el sistema? ¿La apelación no estorba y en cierta manera contradice este propósito? ¿Hubo alguna presión de las grandes potencias, sobre todo los apoyadores de la tesis del arreglo negociado y no de la aplicación del derecho, para dar una posibilidad de enmienda de las resoluciones “inconvenientes” a sus particulares intereses y así tratar dos veces el asunto?

El procedimiento es sumario, y será conocido por el órgano permanente de apelación formado por siete personas, de las cuales tres serán adscritas a cada caso.

Su tarea será revisar las cuestiones de derecho del informe definitivo y las interpretaciones jurídicas realizadas (artículo 17.6).

El término para dictar su veredicto será de sesenta días, y en casos justificados hasta noventa días, y podrá confirmar, modificar o revocar las conclusiones jurídicas del Grupo Especial.

La resolución será adoptada sin condiciones por el OSD dentro de los treinta días posteriores a la distribución del mismo a los miembros. La única excepción se dará cuando dicho órgano, por consenso, decida lo contrario.

Si la recomendación final y definitiva es que la parte demandada elimine la medida, o bien que se ajuste en los aspectos pertinentes a las reglas de la OMC para lograr su consistencia, y no lo hiciere dentro del plazo “prudencial” señalado (artículo 22.1),⁷⁹ el mandante podrá imponer medidas retaliatorias previa la autorización del OSD, o bien suspenderle concesiones o preferencias otorgadas al rebelde.

El Órgano de Apelación establecerá su reglamento de trabajo, el que dio a conocer poco más de un año después que entrara en vigor la OMC.⁸⁰

La importancia adquirida por el OSD en el corto plazo transcurrido desde que entrara en vigor es evidente, y me atrevo a pensar que sobrepasó las expectativas más optimistas.

⁷⁹ Dicho “plazo prudencial” en principio deberá ser acordado entre las partes, lo que difícilmente sucede, y en su defecto se determinará mediante arbitraje (artículo 21, p. 3, a, b y c).

⁸⁰ Working procedures for appellate review, WT/AB/WP1.

Baste señalar que para el 1o. de enero de 1998, a tres años de estar operando, se presentaron cien casos, lo que comparativamente significó una tercera parte de los tramitados bajo el sistema del GATT en cincuenta años.

¿Qué causó tal entusiasmo?

Una primera respuesta puede ser que se estableció una norma general de que los miembros no deberán implementar ninguna medida en razón de anulación o menoscabo, o de violación de disposiciones de los acuerdos abarcados, si no se acudió previamente a los mecanismos del OSD.

Otra tal vez es que la tendencia manifiesta en los años anteriores a la creación de la OMC, de apoyar el sistema de la aplicación de la regla de derecho en lugar de la negociación directa, dio más confianza a los miembros para acudir al mismo.

Esta respuesta parece que alentó especialmente a los países de menor desarrollo, dándose el caso de que los usuarios más frecuentes han sido después de los países denominados “Quad” (EUA-UE-Japón y Canadá), México, India y Thailandia.

Asimismo, como otra razón adicional, en opinión de las abogadas Debra P. Steger y Susan M. Hainsworth, se puede citar que los terceros Estados miembros han aprovechado la facultad que se les brinda de participar activamente en los casos, alentando así y promoviendo su utilización.⁸¹

Cabe también estimar que la existencia del Órgano de Apelación da más confianza, seguridad y posibilidad de lograr un buen resultado.

Los casos sometidos a su consideración han sido resueltos (siete a principios de 1998) con claridad y en apego a la ley y a las reglas fundamentales de la interpretación de los tratados, según opina el profesor Ernst Ulrich Petersmann.⁸²

Este comentario honra a los siete integrantes del Órgano de Apelación nombrados el 11 de diciembre de 1995, quienes eran al año 2001 los siguientes:

- Claus-Dieter Ehlerman, de Alemania
- Said El-Naggar, de Egipto

81 Steger, Debra P. y Hainsworth, Susan M., “World Trade Organization Dispute Settlements: The First Three Years”, *Journal of International Economic Law*, Oxford, Oxford University Press, vol. 1, núm. 2, junio de 1998.

82 Ulrich Petersmann, Ernst, “From the Hobbesian International Law of Coexistence to Modern Integration Law: The Wto Dispute Settlement System”, *Journal of International Economic Law*, Oxford, Oxford University Press, vol. 1, núm. 2, junio de 1998, p. 208.

- James Bacchus, de los Estados Unidos de América
- Florentino P. Feliciano, de Filipinas
- Mitsuo Matsushita, de Japón
- Christopher Beeby, de Nueva Zelanda
- Julio Lacarte Muro, de la República Oriental del Uruguay.

Frente a este resultado positivo de la práctica en la aplicación y recurrencia de los miembros al sistema de los “grupos especiales”, paneles o tribunales especiales *ad hoc*,⁸³ se representan algunas interrogantes que habrá que despejar, por ejemplo, y entre otras muchas:

1) ¿Cuál es la naturaleza de los grupos especiales?

Se antojaría de inicio que fuesen arbitrales, pues sus recomendaciones son obligatorias si el OSD las adopta, y el miembro afectado resuelve acatarlas, lo que las acerca a los laudos.

A su vez, las resoluciones del cuerpo de apelación son obligatorias por disposición expresa del ESD (artículo 17, p. 14).

La ejecución o cumplimiento debe llevarse a cabo, so pena de la implementación de una sanción (retalización o retiro de beneficios).

Sin embargo, la existencia del artículo 25, intitulado “Arbitraje”, que las partes convengan en someter el asunto al arbitraje como medio alternativo de solución de diferencias, nos confunde, pues queda en el aire la respuesta inicial.

En nuestra opinión, lo que se pretende es que si los interesados acuerdan un mecanismo más ágil y rápido para resolver sus diferencias, podrán hacerlo, pero siempre y cuando sea de naturaleza arbitral.

2) Conocer con precisión su condición es muy importante, pues la existencia de cuestionamientos de constitucionalidad acorde con las leyes supremas de algunos países, es posible.

En México se planteó el problema por el maestro Ignacio Burgoa frente al TLCAN en cuanto a la operación y respecto al capítulo XX, que previene la existencia de los mal llamados “Paneles”. La solución se dio al definirse la naturaleza de los mismos en cuanto a que sus decisiones no son tales, sino meras recomendaciones.⁸⁴

83 Véase, asimismo, Montaña Llora, Miguel, *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

84 Véase el anexo 4 en Cruz Miramontes, Rodolfo, *op. cit.*, nota 66, pp. 145-148.

A mi ver, el tema adquiere de nuevo relevancia, ante la posibilidad de que las partes del Acuerdo México-Unión Europea remitan el conflicto posible interpartes al OSD, en lugar de establecer un mecanismo internacional similar al que se contempla en el capítulo XX del TLCAN.

Para concluir este apartado, será pertinente mencionar cuál ha sido la posición de México a este respecto.

1. México y el sistema de solución de diferencias de la OMC

Tal como consignamos con anterioridad, en el poco tiempo de operación del mecanismo comentado, México se ha convertido en un usuario importante, siguiendo así un camino señalado desde el GATT.

El número de asuntos y su peso evidencian la preocupación y la decisión de aprovechar este instrumento para defender los intereses nacionales. Baste recordar algunos de ellos:

- 1) Impuestos al petróleo y a otras sustancias fijadas por Estados Unidos —la CEE, Canadá y México promovieron el caso (BISD136(1988)).
- 2) Prohibición establecida por Estados Unidos en contra de la importación de atún mexicano (BISD155(1993)).
- 3) Las comunidades europeas impusieron una serie de medidas para la importación de plátanos, y fueron demandadas por Ecuador, Guatemala, Honduras, México y los Estados Unidos de América (AB-1997-3).
- 4) Guatemala ha sido demandada por México en dos ocasiones, por las exportaciones de cemento mexicano, alegando la violación de ciertas disposiciones del acuerdo *antidumping*. Por razones procesales, el Órgano de Apelación revocó la conclusión del Grupo Especial favorable a México, y se ha tenido que volver a plantear el caso.
- 5) México ha sido demandado por la UE debido a la forma de efectuar la valuación de ciertas prendas de vestir.
- 6) En dos ocasiones México ha sido demandado por los Estados Unidos en el caso de *antidumping* contra las importaciones de jarabe de maíz de alta fructosa.

La primera, contra la imposición de cuotas compensatorias provisionales, y la segunda, en contra de las definitivas.

Tal como se ve, somos tanto demandantes como demandados.

Este último caso, el del jarabe de maíz de alta fructosa (JMAF), presenta condiciones muy particulares, tanto desde el ángulo jurídico, como desde el social y económico; baste decir que actualmente hay cinco foros y uno en puerta, que se refieren al mismo o están estrechamente vinculados entre sí.

Consignaremos, dada su evidente importancia, algunos hechos.

1. En febrero de 1997 se inició por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, una investigación *antidumping* contra el JMAF procedente de los Estados Unidos.⁸⁵
2. La peticionaria es la Cámara Nacional de las Industrias Azucarera y Alcoholera (CNIAA), en representación de la industria nacional productora de azúcar de caña, como producto similar, no idéntico, al no existir producción nacional del producto igual durante el periodo de investigación y por estar vinculadas las exportadoras y las importadoras, una de las cuales es subsidiaria de una exportadora, y la otra tenía en su capital social un porcentaje muy elevado de capital norteamericano, ambas empresas productoras y exportadoras del jarabe en cuestión.
3. En junio de 1997 se impusieron cuotas provisionales.
4. En octubre de 1997 el gobierno norteamericano acudió ante la OMC y se efectuaron las reuniones de consulta solicitadas sin haber prosperado.
5. En enero de 1998 se decretaron las cuotas definitivas por la autoridad competente.
6. En mayo de 1998 el gobierno norteamericano solicitó, por segunda ocasión, consultas conforme al OSD.
7. En noviembre de 1998 se determinó establecer un grupo especial al no haberse resuelto el caso por las negociaciones interpartes.
8. A mediados de enero de 1999 se formalizó el Grupo Especial que ha conocido el caso.⁸⁶
9. En enero del año 2000, el Grupo Especial formuló su reporte, que al no haberseapelado por las partes, deberá cumplimentarse. Figuraron como terceros, Jamaica y Mauritius.

⁸⁵ Exp. 01/97. Este caso, en suerte, también nos ha tocado manejarlo a través del “Bufete Jurídico Rodolfo Cruz Miramontes y Asociados, S. C.”, en representación de la industria mexicana del azúcar.

⁸⁶ W.T./D.S. 132/2 OMC, 14 de octubre de 1998, fecha de la solicitud de las negociaciones.

10. El 15 de mayo del año 2000, la Secofi publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la resolución final del grupo especial de la OMC, y con ello su decisión de acatarla.
11. El 14 de septiembre del mismo año, la autoridad dictó la nueva resolución que revisa la anterior final de la investigación *antidumping*, con base en las recomendaciones mencionadas, que fue publicada en el *Diario Oficial* el 20 de septiembre siguiente.
12. El gobierno norteamericano estimó que el fallo no se apegaba a la susodicha recomendación, por lo que solicitó el 12 de octubre del 2000, que el asunto se remitiese *directamente* al Panel, con base en el artículo 21.5 del Entendimiento de Solución de Diferencias, lo que se hizo sin mayores trámites, habiéndose constituido el Grupo Especial el 23 de octubre.
13. Dicho grupo especial rindió su informe y recomendaciones el 22 de junio del 2001.⁸⁷
14. Por estimar que existen varias deficiencias de carácter estrictamente jurídico en dicho informe final, México resolvió apelarlo, lo que comunicó el 14 de julio del 2001 al OSD.
15. El 22 de octubre siguiente el grupo de apelación pronunció su informe confirmando en sus términos la resolución apelada.⁸⁸

Este procedimiento constituye un primer foro.

Al mismo tiempo, las partes interesadas solicitaron, conforme al capítulo XIX del TLCAN, la instauración del procedimiento revisorio de la resolución de Secofi, a que se refiere el artículo 1904.2.⁸⁹

Lo anterior viene a ser un segundo foro.

Adicionalmente, Secofi, de oficio, resolvió investigar por elusión a exportadores e importadores, y en septiembre de 1998 resolvió que sí se estaba cometiendo esta falta. Ha sido interpuesto el recurso de revocación, lo que constituyó un tercer foro.⁹⁰

Un cuarto foro lo constituye el hecho de que dos de las partes interesadas promovieron juicios de amparo en contra de las decisiones provisionales de las cuotas compensatorias.

87 *Panel Report on Mexico-Antidumping Investigation of High Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States.* WT/DG.132RW, junio 22 de 2001.

88 *Mexico-Antidumping Investigation of High Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States-Recourse to article 21.5 of the DSU by the United States.* WT/DS.132AB/RW, octubre 22 de 2001.

89 Exp. núm. MEX-USA-98-1904-01.

90 *Diario Oficial de la Federación*, 23 de enero de 1998, p. 79.

Fueron sobreseídos en su oportunidad, pero los afectados interpusieron sendos recursos de revisión, que están sustanciándose.

Al año calendario, algunas de las empresas afectadas han solicitado la revisión de la cuota compensatoria, pese a que también han impugnado su validez en el Panel del capítulo XIX, y ante la negativa para tramitarlas, dado que están “subjudice”, se han promovido dos juicios de nulidad fiscal.

Este quinto foro encierra una contradicción en los peticionarios, ya que al solicitar la revisión están admitiendo su validez.

Por otra parte, los productores norteamericanos de fructosa agrupados en la Corn Refiners Ass. solicitaron ante la USTR, la aplicación de la Sección 301 por supuestos acuerdos restrictivos a la importación de fructosa, y habiéndose sustanciado durante todo un año, de mayo de 1998 a mayo de 1999, la USTR lo dio por concluido al no haber encontrado nada. Por ser un procedimiento doméstico, ni el gobierno ni la industria azucarera participaron, pero no deja de constituir otro mecanismo contra México.⁹¹

El foro probable, que constituiría el sexto, consiste en la solicitud de negociaciones que México hiciera a los Estados Unidos, conforme al capítulo XX del TLCAN, en virtud de la obstinada negativa a incrementar la cuota azucarera que actualmente le otorga a México de 25,000 toneladas, alegando la existencia de dos cartas paralelas al TLCAN, lo que constituye un incumplimiento y menoscabo de una expectativa legítima que se tiene conforme al tratado.

Se anuncia que se incluirá en la consulta el tema de las llamadas “Cartas Paralelas” o “Técnicas”, que han provocado confusiones.

Se trata de dos cartas cruzadas entre los entonces secretarios de Comercio, el 3 de noviembre de 1993, que pretenden modificar el texto acordado y firmado por Canadá, los Estados Unidos y México (TLCAN), un día antes de que el presidente Clinton solicitara casi finalizando el término del *fast-track*, a su Congreso, la aprobación del propio texto del acuerdo.⁹²

Llama la atención que el presidente Clinton, al solicitar el 4 de noviembre a su Congreso la aprobación del texto del TLCAN, enviara ane-

91 301-V/18/98 USTR.

92 Sobre estas Cartas Paralelas véase Cruz Miramontes, Rodolfo, “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y las denominadas Cartas Paralelas”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, vol. I, 2001.

xos al mismo sólo dos documentos necesarios para implementarlo, y horas después volviera al asunto con seis documentos “paralelos sólo para su información”, pese a que conforme al *fast-track* no estaba obligado a hacerlo.⁹³

Obviamente, su pretendida intención de cambio al texto negociado formalmente mediante simples cartas sin respetar las mismas formalidades, en perjuicio de México y en desconocimiento a lo acordado por los negociadores, es nulo de pleno derecho.

De no alcanzar una resolución de fondo y total al problema en las consultas, el gobierno mexicano estaría en posibilidades de solicitar la instalación de un panel, pues los Estados Unidos no rechazaron este foro, lo que ya hizo el 17 de agosto de 2000, pero aún no ha sucedido por la rebeldía del gobierno norteamericano.

Esta grave falta no es la única que presenta el caso en cuestión, pues como ya consigné, se ha llegado a ventilar el mismo asunto con base en las mismas argumentaciones en dos foros internacionales de naturaleza arbitral, como son el del capítulo XIX del TLCAN y el grupo especial a que se refiere el ESD, lo que constituye, como es fácil entender, una aberración jurídica.

Deseamos que en la primera ocasión que surja para revisar el TLCAN, se incluya una disposición excluyente de foros.

Como se ve, la relevancia del caso es enorme, y la determinación de las interrogantes anteriormente planteadas es crucial. Evidentemente, rebasa los límites de un caso más de conflicto de intereses comerciales y plantea fuertes retos jurídicos y políticos; la definición que se dé a algunos puntos y conceptos marcará pautas a seguir en el futuro.

2. *Las salvaguardas*

De manera muy breve, me referiré al mecanismo denominado “salvaguarda”, que también se aplica en el tráfico de mercancías, pero solamente cuando la operación es correcta; es decir, que se respetan todos los requisitos que la doctrina exige para calificar la operación de “leal”.⁹⁴

93 Vol. 139, núm. 153-P.M. 65 y 66, Letter from President William J. Clinton, 3-XI-93, Implementation Act, Statement of Administrative Action, otros documentos, 4-XI-1993. En opinión fundada en las normas legales aplicables y en los precedentes norteamericanos, carecen de validez dichos documentos tanto en México como en los Estados Unidos de América.

94 Para conocer más en detalle sobre el tema, véase mi trabajo “Aspectos legales del intercambio comercial internacional. Su regulación y efectos en particular a las relaciones entre México y los

Sin embargo, puede suceder que a resultas de algún trato especial, preferente, el bien que la recibe se incremente de manera brusca e inusitada causando un daño serio al productor doméstico.

Para protegerse puede acudir ante su gobierno y solicitar la aplicación de la salvaguarda que está permitida en el GATT, y, desde luego, en la OMC.

Los elementos que se deben comprobar son dos: el daño y la causalidad.

Si el gobierno decide favorablemente a la petición antes de aplicarla deberá informar a su homólogo y negociar un “pago” por la medida, generalmente en beneficio de algún producto similar.

La salvaguarda deberá ser temporal y preferentemente arancelaria; generalmente se vuelve a imponer el mismo arancel que se había disminuido.

Existen disposiciones en algunas leyes nacionales, como en Estados Unidos, en donde las secciones 201 y 203 de la Trade Act of 1974 permiten utilizar otros medios de control, como cuotas, restricciones, cierre total de frontera o, inclusive, su manejo conjunto.

El GATT nunca consideró pertinente el sistema, y, en general, se sugiere usar otros dispositivos.

A dichos medios se les llama “cláusulas de escape” o “alivio”.

El propósito es apoyar al productor doméstico afectado para que pueda ser competitivo, pues en muchas ocasiones la razón de fondo estriba en la falta de capacitación de su personal, ubicación inadecuada de la planta productiva, maquinaria obsoleta, entre otras.

Atacando estas deficiencias el problema se puede resolver, los empleos se conservan y, sobre todo, el usuario no tiene que pagar el pato por los problemas de su productor doméstico.

El TLCAN creó fórmulas muy originales, pues distingue entre las bilaterales, que se aplicarán durante el término de transición del tratado, y los globales, que son generales.

Estimo que el capítulo VIII, que se ocupa del tema, fue un magnífico logro de nuestros negociadores, por lo que su estudio es recomendable de manera expresa.

Nuestra Ley actual de Comercio Exterior las contempla y regula, en contraste con la primera ley, la Ley Reglamentaria del artículo 131, llamada torpemente “Nueva Ley de Comercio Exterior”, sin que hubiese

Estados Unidos de Norteamérica”, *La nueva Ley sobre Comercio Exterior*, México, Porrúa, 1987, pp. 183-191.

existido una vieja ley, la que enunciaba la salvaguarda, pero nunca la reglamentó.

En alguna ocasión, con motivo del incremento inusitado de harina de pescado procedente de la República de Chile, la invocamos ante nuestras autoridades, pero no prosperó la petición por esta deficiencia gubernamental.

Existen otras disposiciones protectoras del producto doméstico que se dan en los países integrados o en vías de hacerlo, en donde se han sustituido disposiciones contra prácticas desleales por las llamadas normas de “competencia”; es una fuerte tendencia que cada vez se presenta con mayor fuerza y que empujan los países desarrollados.

3. Las leyes de competencia

Ante la nueva condición que enfrentan los 15 países miembros de la Unión Europea, dado el proceso de integración total en que están inmersos, cabe consignar cuáles son las nuevas reglas de juego relacionadas con el ejercicio de la libertad del tráfico comercial.

La legislación correspondiente comprendida en el Tratado de Roma en sus artículos del 85 al 90, limita las facultades de los miembros que actúan de manera unilateral con fines protecciónistas.

El artículo 85 prohíbe aquellos acuerdos que puedan afectar el comercio entre los estados miembros y que tengan como objeto o efecto producir un impedimento, restricción o distorsión de la competencia en el interior del mercado común. Ello incluye, en particular, la fijación de precios, el reparto del mercado, las restricciones a la producción o al desarrollo tecnológico, así como la imposición de condiciones discriminatorias de abastecimiento o cualquier otro condicionamiento no razonable. Dichos acuerdos son automáticamente invalidados, a menos que hayan sido objeto de una exención por la Comisión Europea, órgano ejecutivo de la UE.

Dichas exenciones, previstas en el artículo 85, párrafo 3, que tienen como fuente de inspiración la forma de aplicación de la “regla de la razón” estadounidense, solo podrán ser concedidas en el caso de que el acuerdo contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos o fomentar el progreso económico, o asimismo que permita a los consumidores una participación razonable en los beneficios y concomitantemente no imponga restricciones que no sean indispensables u ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia. La comisión puede conceder una exención individual a un acuerdo, en caso de que este haya sido notifi-

cado, al igual que puede conceder una exención en bloque para ciertas categorías de acuerdo.

El artículo 86 prohíbe el abuso de posición dominante, en la medida en que ella puede afectar el comercio entre los estados miembros. El referido artículo contiene una lista no excluyente de prácticas que podrían ser consideradas constitutivas de abusos, tales como la imposición de precios desleales de compra y de venta u otras condiciones comerciales desleales.

En relación a los actos de concentración, el Reglamento Europeo de Control de Fusiones del 21 de septiembre de 1990 prevé que la Comisión Europea controlará las fusiones que tengan dimensión comunitaria. Ello es definido como una fusión en que las partes tengan una facturación mundial global que exceda los 5,000 millones de ecus, o que por lo menos una de las partes detenga una facturación comunitaria superior a los 250 millones de ecus, o que la menos que cada una de las firmas alcance más de dos tercios de su facturación en un único estado miembro. Reglas especiales son aplicadas a instituciones bancarias, financieras y aseguradoras. Cualquier fusión englobada en estos montos deben ser notificadas a la Comisión Europea en el plazo de una semana.⁹⁵

Las medidas contra prácticas desleales, pese a que pueden parecer ociosas, se contemplan sin embargo en dicho Tratado de Roma en sus artículos 91 y 92, ya que siguen siendo objeto de preocupación para los Estados, pese a que hipotéticamente ya no deberían existir dichas prácticas.

En opinión del doctor Armando di Filippo,⁹⁶ la razón que aparentemente puede explicar su subsistencia es que: "...Las normas de la Unión Europea (UE) no sancionan automáticamente una situación de *dumping* pues la misma puede contribuir a aumentar la competencia interna en mercados monopólicos".

Los retos que enfrentan los sistemas de libre mercado son muy complejos y cada día presentan nuevas fases de complicación.

La existencia de una convicción de que la mejor forma de regular el comercio internacional es afianzando el precepto de libertad de cambio

95 Pereira, José Matías, *Regímenes de competencia y políticas de competencia en América Latina: el caso del Mercosur*. Documento presentado en el curso de formación, competencia y competitividad en áreas económicas integradas: Proceso y Experiencias en la Unión Económica y en América Latina, Centro de Formación para la Integración Regional, Grupo de Río y Unión Europea, Piriápolis, Uruguay, 6 a 10 de marzo de 1995.

96 Di Filippo, Armando, *Políticas de integración, competencia y competitividad en América Latina: el caso del Mercosur*, ponencia presentada en Piriápolis, Uruguay, en el Seminario organizado por el Centro de Formación para la Integración Regional (CEFIR) del 6 al 10 de marzo de 1995. Instituto Europeo de Administración Pública, Montevideo, 1995, p. 4.

nos plantea, entre otras cosas, la necesidad de tener bien clara la distinción entre competencia y concurrencia.

La primera es el intento de igualar una cosa a otra análoga, lo que nos lleva a estimar que compiten las mercancías respecto a sus cualidades.

Cuando llegan a darse de manera general en un mercado concreto se establece la homogeneidad de mercancías, y algunos especialistas lo califican de “perfectos”.

La concurrencia, por su parte, es cuando existe la posibilidad de que acudan a un mercado determinado todos los proveedores que lo deseen.

Éstos y otros elementos más son los que aparecen en los tráficos habituales de comercio, y desde luego, sería erróneo sostener que la competencia libre se da en todas las circunstancias, en todos los sectores industriales o en cualquier otra esfera de concurrencia; pero la aceptación de ésta es la única que puede permitir que la política de libre mercado suceda.

Es común en las nuevas reglas de competencia, que se busque regular el llamado precio “depredatorio”, y de alguna manera intentar así superar las disposiciones tradicionales contra prácticas desleales.

Esto explica en cierta manera que durante la vida de la Comunidad Europea se buscara eliminar gradualmente la aplicación de derechos *anti-dumping* entre los miembros de la misma, pero conservándolos para las importaciones de terceros países.

Este hecho es muy significativo.

No falta algún académico que haya planteado la conveniencia per se de cambiar las disposiciones contra prácticas desleales por las de competencia.

En el caso del *dumping* existe una concurrencia de opiniones en que solamente se debe perseguir cuando éste es depredatorio, y esto nos lleva a preguntarnos si son suficientes las normas de competencia para evitar las distorsiones al comercio y realmente controlar esta situación en bien de las industrias nacionales.

Resulta evidente que la situación que existe en un caso de integración total que hasta ahora únicamente se da en la Unión Europea, es diferente a cuando no existe tal hecho.

Lo anterior nos lleva a plantear como una hipótesis lógica que para que se pretenda desaparecer los mecanismos contra prácticas desleales debe existir ya una integración total.

Si no existe en los hechos tal condición se producirán efectos muy negativos; si se hace este cambio legislativo acabará produciendo injusticia para todos.

Históricamente, al intentar cualquier aproximación a una integración aun en su forma más incipiente, como puede ser el establecimiento de zonas de libre comercio, se requiere que ciertos elementos metaeconómicos tengan cierta similitud y que mientras no se den y haya diferencias grandes en áreas sociales, culturales, políticas y demás, el proceso integracionista no podrá avanzar a sistemas más complejos.

Si a esto añadimos, como ya se advirtió al inicio de estas notas, que existe un fenómeno que denominamos “cultural”, esto es, una preparación y educación básica para entender las instituciones propias a la libre concurrencia que se exige para tener éxito, que se preparen profesionales sobre el particular y los propios industriales entiendan el fenómeno, sería incomprendible pretender que de un día para otro desaparezcan unas y se sustituyan por las otras.

En diversos estudios elaborados por especialistas universitarios y por técnicos de los organismos comerciales multilaterales se ha sostenido que el cambio debe ser gradual, y que el camino por recorrer es largo y complicado.⁹⁷

La adopción de una legislación similar, ya no se diga común, tiene por supuesto elemental que haya autoridades e instituciones supranacionales.

Como catedrático universitario, asesor de varios organismos del sector privado y litigante en asuntos de prácticas desleales, puedo afirmar que la falta de familiaridad y de comprensión de nuestros industriales y del foro en general, con estos mecanismos, es muy grande.

Estamos avanzando en este campo desde hace algunos años, pero aún falta mucho camino por recorrer.

Avala esta afirmación el estudio que la doctora Zlata Drnas hiciera sobre la falta de cursos especializados en la materia del derecho comercial internacional, en las universidades de nuestros países latinoamericanos, consignando algunas excepciones, como el que imparto en la Universidad Iberoamericana en la ciudad de México.⁹⁸

97 En un seminario celebrado en el Centre d’Études Pratiques de la Negotiation Internationale (CASIN) en Ginebra, del 11 al 12 de julio de 1996, se consideró el tema por destacados especialistas como Clarisse Morgan, Patrick A. Messerlin, Terence D. Stewart y Jorge Miranda, nuestro compatriota. Asimismo, la CCI tiene una comisión que se ocupa del tema.

98 Zlata Drnas de Clement, “La enseñanza-aprendizaje del derecho comunitario en América”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional V*, Córdoba, República Argentina, Asociación Argentina de Derecho Internacional, 1992-1993, p. 271.

Por ello carecerá de toda lógica imponer un cambio de sistema por actuar como si fuésemos un país desarrollado sin reparar el daño que se causaría al país.

En varias ocasiones hemos hecho saber nuestra opinión a las autoridades competentes.

El sector industrial nacional se ha pronunciado así públicamente en el “IV Foro Empresarial de las Américas”, que precedió a la Reunión de Secretarios y Ministros del Comercio de ALCA, y a su vez previa a la de Presidentes, celebrada en San José de Costa Rica en marzo de 1998.

Tuve el honor de representar a la Confederación de Cámaras Industriales de los Estados Unidos Mexicanos y de fungir como vocero, habiendo entregado una ponencia de la que derivé los comentarios sobre el particular.⁹⁹

Cabe mencionar que Canadá, al negociar su Acuerdo de Libre Comercio con los Estados Unidos, intentó —en vano— que se aceptara esta sustitución, pues la oposición del gobierno norteamericano, por diversas razones, fue tajante.

Inexplicablemente, México, al iniciar las pláticas sobre el TLCAN, pretendió apoyar esta tesis. Estimo que es un error, pues aún no estamos preparados para ello; aquí el gobierno norteamericano jugó a favor de quienes opinamos de esta manera, por razones distintas, pese a que se hubiera esperado que dada la relativa cercanía de las economías de Estados Unidos y Canadá, lo hubiese aceptado.

Hemos recibido otra invitación para el mismo baile, y ésta provino de la República de Chile con motivo de la ampliación del Acuerdo de Complementación Económica de 1991.

Afortunadamente se consultó al sector privado, y rechazamos naturalmente la sugerencia.

En el reciente Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Chile, como era de esperarse, acordaron la inclusión de las Leyes de Competencia. Cabe señalar que este último país no ha tenido leyes contra las prácticas desleales; en cambio, Canadá cuenta con una legislación en la materia bastante vieja.

⁹⁹ Cruz Miramontes, Rodolfo, *La regulación legal de las relaciones de competencia y las disposiciones contra las prácticas desleales de comercio*, San José de Costa Rica, IV Foro Empresarial de las Américas, marzo de 1998.