

LA REVISIÓN Y LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE *ANTIDUMPING* Y CUOTAS COMPENSATORIAS A LA LUZ DEL CAPÍTULO XIX DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE

Craig R. GIESZE

SUMARIO: *Introducción. I. Los conceptos fundamentales: definición del dumping y de los subsidios o subvenciones gubernamentales. II. El sistema jurídico internacional y nacional de defensa contra prácticas desleales de comercio internacional. III. La revisión de resoluciones definitivas sobre antidumping y cuotas compensatorias de conformidad con el artículo 1904 del TLC. IV. Los mecanismos que buscan asegurar el funcionamiento eficaz y adecuado del sistema de arbitraje binacional del artículo 1904 del TLC. V. Comentario y conclusiones.*

INTRODUCCIÓN

Hoy en día, las prácticas desleales de comercio internacional más conocidas son el *dumping* y las subvenciones o subsidios gubernamentales. El *dumping* consiste en la discriminación internacional de precios, por medio de la cual un exportador extranjero vende su mercancía a un *precio inferior y artificial* en un mercado de exportación, con relación al precio en que se vende la misma mercancía en el mercado de origen. Por otra parte, se entiende por “subvenciones o subsidios gubernamentales”, toda clase de apoyo económico otorgado por el Estado a los productores o exportadores nacionales, a fin de colocarlos *artificialmente* en condiciones competitivas en los mercados exteriores.

La ventaja comercial *artificial* de la que los exportadores extranjeros gozan gracias al *dumping* y a los subsidios gubernamentales, puede llegar a causar efectos muy negativos en los mercados exteriores. La venta de mercancía a *precios inferiores y artificiales* en esos mercados puede dañar o perjudicar la producción nacional de los países que

importan dicha mercancía, causando una disminución apreciada o potencial del volumen de producción, de las ventas, de las utilidades, de la productividad, del empleo y los salarios.

El remedio para contrarrestar tales efectos negativos es la imposición o la aplicación de derechos *antidumping* o impuestos compensatorios (cuotas compensatorias en México)¹ sobre las importaciones subvencionadas u objeto de *dumping*, de conformidad con el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y sus códigos de conducta relevantes. Las cuotas compensatorias son aplicables independientemente del arancel aduanero que corresponda a la mercancía de que se trata. Además, dichas cuotas tienen el carácter provisional o definitivo, y pueden determinarse en cantidad monetaria específica o en puntos porcentuales.

Después de que la autoridad investigadora competente del país importador dicta la resolución definitiva en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias e impone las cuotas compensatorias definitivas, casi siempre surgen controversias al respecto. Los exportadores implicados por las prácticas desleales de comercio internacional afirman que la aplicación de la cuota compensatoria es injusta; en cambio, la industria nacional del país importador asevera que la cuota no es suficiente para contrarrestar los efectos negativos del *dumping* o de los subsidios gubernamentales en el mercado nacional.

Normalmente, las partes interesadas acuden ante los tribunales nacionales del país importador para impugnar una resolución definitiva en materia de *antidumping* o cuotas compensatorias. Sin embargo, si surge una controversia al respecto entre los particulares canadienses y estadounidenses, o entre los gobiernos de Canadá y Estados Unidos, se podrá solicitar el establecimiento de un panel binacional de arbitraje, de conformidad con el capítulo XIX del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos (ALC). Por tanto, un panel arbitral, en lugar de un tribunal nacional, podrá revisar la resolución definitiva.

1 De acuerdo con su sistema jurídico, México aplica "cuotas compensatorias" a las importaciones objeto de prácticas desleales de comercio internacional, para garantizar condiciones de una competencia comercial leal en el mercado mexicano. Véanse los artículos 62 y 63 de la Ley de Comercio Exterior, *Diario Oficial de la Federación* del 27 de julio de 1993. En coordinación con la nueva Ley Aduanera, en la Ley de Comercio Exterior se definen las "cuotas compensatorias" como "aprovechamientos en los términos del artículo 3o del Código Fiscal de la Federación". Artículo 63 de la Ley de Comercio Exterior, *Diario Oficial de la Federación* del 27 de julio de 1993; los artículos 5o-D y 35o de la Ley Aduanera, *Diario Oficial de la Federación* del 26 de julio de 1993; Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Aduanera. Por lo tanto, las "cuotas compensatorias" tienen la naturaleza jurídica de "ingresos que percibe el Estado por funciones de derecho público", y no de "impuestos" o de "derechos". Véase el artículo 3o del Código Fiscal de la Federación; véase también el artículo 2, fracciones I y IV, del Código Fiscal de la Federación (definición de los términos "impuestos" y "derechos").

Asimismo, si surge, en un futuro, una controversia en materia de *antidumping* o cuotas compensatorias entre los particulares mexicanos, canadienses o estadounidenses, o entre los tres gobiernos, se podrá acudir ante los paneles binacionales de arbitraje del capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC) —siempre y cuando el TLC entre en vigor para el primero de enero de 1994. Cabe destacar que no existe realmente una diferencia material entre el mecanismo de revisión y de solución de controversias del artículo 1904 del TLC, y el del mismo artículo del ALC entre Canadá y los Estados Unidos.

El presente trabajo se divide en cinco apartados. En primer lugar, se hace una explicación breve de los conceptos de *dumping* y de subsidios gubernamentales. Posteriormente, se describe el sistema jurídico del GATT de defensa contra prácticas desleales de comercio internacional, y los de los Estados Unidos, Canadá y México. A continuación, se presenta un análisis detallado del mecanismo de solución de controversias en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias, por parte de los paneles binacionales de arbitraje del artículo 1904 del TLC. Como cuarto punto, se analizan las disposiciones del capítulo XIX del TLC que buscan asegurar el funcionamiento eficaz y adecuado del sistema de arbitraje del artículo 1904. Finalmente, se presenta un comentario sobre el capítulo XIX del TLC, señalando todas las disposiciones que puedan ser problemáticas para los futuros paneles.

I. LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES: DEFINICIÓN DEL *DUMPING* Y DE LOS SUBSIDIOS O SUBVENCIONES GUBERNAMENTALES

Como mencionamos anteriormente, las prácticas desleales de comercio internacional más conocidas hoy día son el *dumping* y los subsidios o subvenciones gubernamentales. En opinión del doctor Álvaro Baillet Gallardo, jefe de la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI), dichas prácticas son “finalmente un tema tan esotérico que muy poca gente lo conoce, solamente aquellos afectados han oído hablar de lo que es un impuesto compensatorio y realmente no [es] un tema muy conocido, aunque es un tema muy importante”.²

2 Audiencia de información sobre la negociación del Tratado de Libre Comercio para América del Norte con el tema: “Solución de controversias y prácticas desleales”, celebrada en el Salón “Presidente Sebastián Lerdo de Tejada” del Senado de la República, el 13 de noviembre de 1992, México, D. F., 8A, parte Irc., p. 3.

A pesar de que muchos tratadistas llegan a la conclusión de que el *dumping* y los subsidios gubernamentales constituyen un tema muy complicado, la definición de esos conceptos es realmente muy sencilla. Por consiguiente, todos los empresarios extranjeros y nacionales deben conocer las implicaciones negativas y nocivas de dichas prácticas comerciales, para defender eficazmente sus intereses económicos y jurídicos en los mercados exteriores y nacionales.

1. *El dumping*

Etimológicamente, el anglicismo *dumping* es el gerundio del verbo inglés *to dump*, que significa arrojar fuera, descargar con violencia y vaciar de golpe.³ Como señalan los maestros Jorge Witker y Ruperto Patiño, citando al doctor Martín Alonso, este término se refiere gramaticalmente a la "inundación del mercado con artículos de precios rebajados especialmente para suprimir la competencia".⁴

Para el economista clásico del siglo XX, Jacob Viner, "a quien se atribuye la paternidad de la expresión",⁵ existe el *dumping* cuando hay una discriminación de precios entre dos mercados nacionales o dos mercados regionales del mismo país.⁶ Actualmente, se entiende por *dumping* en el mercado internacional, el resultado de asignar precios diferentes en distintos mercados nacionales; es decir, se trata de una discriminación de precios, por medio de la cual un exportador extranjero (exportador estadounidense, por ejemplo) vende su mercancía a un *precio inferior y artificial* en un mercado de exportación (cincuenta nuevos pesos en México), con relación al precio en que se vende la misma mercancía, al mismo tiempo y bajo las mismas circunstancias de venta en el mercado de origen (cien nuevos pesos en los Estados Unidos), una vez que se hayan tomado en cuenta las diferencias en los gastos de transporte, aranceles y demás.⁷

3 Witker, Jorge y Patiño M., Ruperto, *La defensa jurídica contra prácticas desleales de comercio internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987, p. 19.

4 *Ibidem*.

5 *Ibidem*.

6 *Ibidem*.

7 Véase Powell, Stephen, Giesze, Craig, Jackson, Craig, "Current Administration of U.S. Antidumping and Countervailing Duty Laws: Implications for Prospective U.S.-Mexico Free Trade Talks", *Nw. J. Int'l. L. & Bus.*, vol. 11, núm. 2, otoño 1990, pp. 182-83. Se ha definido a menudo el *dumping*, tanto en México como en los Estados Unidos, como la venta en un mercado exterior por debajo de los costos de producción. *Ibidem*, p. 182, n. 25. Esta definición es inexacta porque, de conformidad con el GATT y su Código *Antidumping*, el *dumping* es la discriminación de precios entre dos mercados nacionales, y no se relaciona de ninguna manera con las ventas realizadas por debajo de sus *costos* de producción en un mercado extranjero. *Ibidem*.

Jacob Viner distingue entre tres categorías de *dumping*: el “*dumping* esporádico”; el “*dumping* intermitente”; y el “*dumping* depredatorio”.⁸ El “*dumping* esporádico” se refiere a las ventas externas realizadas a precios bajos como una forma de liquidar la producción excesiva de mercancías.⁹ El “*dumping* esporádico” no tiene el objeto de destruir o eliminar competidores.¹⁰ Por ende, no es necesario, según Viner, prohibir este tipo de *dumping* en los mercados internacionales.

Asimismo, el “*dumping* intermitente” se presenta cuando los mercados extranjeros pasan por momentos depresivos, y los exportadores tienen que rebajar sus precios en esos mercados, para vender su producción y evitar las existencias excesivas.¹¹ El “*dumping* intermitente” tampoco tiene el propósito de destruir a los competidores en los mercados exteriores. Por consiguiente, Viner llega a la misma conclusión de que esta forma de *dumping* no debe ser regulada por las normas jurídicas internacionales.

A diferencia del “*dumping* esporádico” y del “*dumping* intermitente”, el “*dumping* depredatorio” se hace casi permanente, con la finalidad de destruir a los competidores en los mercados exteriores.¹² Al principio, el exportador extranjero entra en un nuevo mercado y, luego, vende su producto a *precios inferiores y artificiales*, con objeto de eliminar toda la producción o la industria nacional. Después de aniquilar la competencia en ese mercado, el exportador estructura una posición monopólica en dicho mercado, para cobrar precios monopólicos y recuperar sus anteriores pérdidas.

Dado que el “*dumping* depredatorio” tiene como propósito la eliminación completa de la competencia libre, los economistas modernos están a favor de prohibirlo categóricamente. No obstante, estos economistas llegan a la conclusión de que ni el “*dumping* esporádico”, ni el “*dumping* intermitente”, ni la discriminación de precios entre dos mercados nacionales, deben ser regulados por la comunidad internacional.¹³ Según la teoría económica corriente, esas categorías de *dumping* no buscan destruir el comercio libre y, con respecto a la discriminación internacional de precios, pueden generar una mayor eficiencia en el mercado internacional.¹⁴

8 Witker, Jorge y Patiño M., Ruperto, *op. cit.*, nota 3, pp. 19-20.

9 *Ibidem.*

10 *Ibidem.*

11 *Ibidem.*

12 *Ibidem.*

13 Véase Powell, Stephen, Giesze, Craig, Jackson, Craig, *op. cit.*, nota 7, pp. 181-182, n.

14, 25.

14 *Ibidem.*

2. Las subvenciones o subsidios gubernamentales

Se entiende por “subvenciones o subsidios gubernamentales”, toda clase de apoyo, estímulo, incentivo, prima o beneficio económico otorgado, directa o indirectamente, por el Estado a los productores, manufactureros o exportadores nacionales, a fin de impulsar la industria nacional y colocarla *artificialmente* en condiciones competitivas (la *reducción artificial* de costos de producción, por ejemplo) en los mercados exteriores.¹⁵ Esos apoyos, estímulos o incentivos gubernamentales comprenden, entre otros, los apoyos fiscales, crediticios, financieros, monetarios y técnicos.¹⁶

Por lo tanto,

mientras el *dumping* es la práctica desleal llevada a cabo por sujetos de carácter *privado* consistente en la venta de productos en mercados internacionales a un precio menor al comparable en el mercado doméstico o de origen, las subvenciones son prácticas efectuadas por los *gobiernos* que, otorgando apoyos fiscales, financieros [...] a empresas de exportación, permiten que éstas puedan vender sus productos en los mercados externos a precios disminuidos, que no reflejan verazmente los costos de producción.¹⁷

Las subvenciones o subsidios gubernamentales se dividen en dos categorías distintas: 1) las subvenciones a la exportación y 2) las subvenciones internas (subvenciones a la producción).¹⁸ Se entiende por “subvenciones a la exportación”, toda clase de beneficio económico suministrado por un gobierno a los productores nacionales, a condición de que éstos exporten su mercancía a los mercados exteriores. En otros términos, las “subvenciones a la exportación” se definen como el “otorgamiento por los gobiernos de subvenciones directas a una em-

15 Véase el Anexo del Acuerdo para la Interpretación y Aplicación de los Artículos VI, XVI y XXIII del GATT (el Código de Subsidios del GATT); el artículo 11, párrafo 3, del Código de Subsidios del GATT; *Ciertos Productos de Madera de Canadá*, U.S.A. -92-1904-02, 6 de mayo de 1993, pp. 111-112 (fallo dictado por un panel binacional del capítulo XIX del ALC); Witker, Jorge y Patiño M., Ruperto, *op. cit.*, nota 3, pp. 33-39.

16 Véase el Anexo del Código de Subsidios del GATT (lista ilustrativa de subvenciones a la exportación); el artículo 11, párrafo 3, del Código de Subsidios del GATT (subsidios a la producción).

17 Hernández Puente, Cecilia Susana, *La regulación jurídica de las prácticas desleales de comercio internacional a la luz del capítulo XIX del Tratado Trilateral de Libre Comercio* (tesis profesional), México, UNAM, Facultad de Derecho, junio 1993, p. 3 (los subrayados son míos).

18 Véase el Anexo del Código de Subsidios del GATT (lista ilustrativa de subvenciones a la exportación); el artículo 11, párrafo 3, del Código de Subsidios del GATT (subsidios a la producción).

presa o producción *haciéndolas depender de su actuación exportadora*".¹⁹

Por ejemplo, si un exportador norteamericano recibiese del gobierno estadounidense un préstamo a tasas inferiores a las de los bancos privados estadounidenses (Chase Manhattan Bank) —a condición de que el empresario exporte su mercancía a los mercados exteriores— este otorgamiento gubernamental de crédito constituiría una subvención a la exportación. Por supuesto, si el empresario norteamericano no exportase su mercancía, no recibiría el préstamo preferente del gobierno estadounidense y, consecuentemente, no gozaría de ninguna subvención a la exportación.

Por otra parte, se entiende por "subsídios internos" o "subsídios a la producción", todo tipo de apoyo, estímulo o prima gubernamental pagado u otorgado directa o indirectamente a *la fabricación o la producción* de cualquier clase de mercancía. A diferencia de los "subsídios a la exportación", los "subsídios internos" o "subsídios a la producción" no dependen de la actuación exportadora de una empresa; sino al contrario, son aquellos suministrados por el Estado a una industria o una empresa nacional, con la finalidad de impulsar la fabricación de bienes nacionales, independientemente de que éstos se exporten.

Por ejemplo, si un exportador norteamericano recibiese del gobierno estadounidense la provisión de bienes o de servicios a tasas preferenciales, aun cuando aquél no exporte su producción a los mercados exteriores, esta provisión de bienes o de servicios constituiría un "subsidio interno" o un "subsidio a la producción" y no un "subsidio a la exportación".²⁰

19 Anexo del Código de Subsídios del GATT (lista ilustrativa de subvenciones a la exportación) (los subrayados son míos). Otros ejemplos de "subvenciones a la exportación" incluyen, entre otras: 1) las "tarifas de transporte interior y de fletes para las *exportaciones*, proporcionadas o impuestas por las autoridades, más favorables que las aplicadas a los envíos internos"; 2) la "exención, exoneración o aplazamiento total o parcial, concedidos específicamente en función de las *exportaciones*, de los impuestos directos o de las cotizaciones de seguridad social que paguen o deban pagar las empresas industriales y comerciales"; y 3) la "*concesión*, para el cálculo de la base sobre la cual se aplican los impuestos directos, de deducciones especiales directamente relacionadas con las *exportaciones* [...]". *Ibidem* (los subrayados son míos). Se entiende por el término "concesión", de acuerdo con las disposiciones del GATT y de su Código de Subsídios, el "otorgamiento" gubernamental de bienes o de servicios a los productores nacionales.

20 Otros ejemplos de "subvenciones internas" o "subvenciones a la producción" comprenden, entre otras, 1) la "prestación por el Estado, o con financiación estatal, de servicios públicos (teléfono) [...] u otros servicios o medios operacionales o de apoyo"; 2) la "suscripción o aportación por el Estado de capital social"; 3) la provisión por un gobierno de "capital, préstamos o garantías de préstamos en términos incompatibles con un criterio estrictamente comercial"; y 4) la "asunción de todo costo o gasto de fabricación, producción o distribución". Artículo 11, párrafo 3, del Código de Subsídios del GATT; artículo 771(5)(B) de la Ley Arancelaria de 1930 de los Estados Unidos, con todas sus enmiendas. Además, las escuelas y la salud públicas, la defensa

En general, los gobiernos otorgan subsidios a sus industrias nacionales por tres razones. Primero, por motivación política, los gobiernos de los países desarrollados a veces subvencionan a sus industrias nacionales ineficientes (industrias europeas de acero), para impedir el desempleo masivo que resulte de la apertura de la economía nacional. Segundo, éstos apoyan a menudo a sus industrias embrionarias de tecnología muy avanzada (semiconductores en Japón), a fin de que éstas puedan realizar superganancias o superbeneficios, cuando crezcan y sean maduras.

En fin, los países subdesarrollados tienen que subvencionar a sus industrias básicas simplemente para desarrollarse y proveer productos básicos a sus ciudadanos. Como señala Cecilia Hernández Puente en su tesis profesional, "las subvenciones internas se utilizan ampliamente como instrumentos importantes para promover la consecución de objetivos de política social y económica"²¹ en los países subdesarrollados.

II. EL SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL Y NACIONAL DE DEFENSA CONTRA PRÁCTICAS DESLEALES DE COMERCIO INTERNACIONAL

En 1897 los Estados Unidos promulgaron la primera ley para contrarrestar los efectos negativos de los subsidios gubernamentales, en el artículo V de la Ley Arancelaria de 1897. En 1921 se promulgó la primera ley en materia de *antidumping*, la Ley Antidumping de 1921 de los Estados Unidos. Posteriormente, el sistema jurídico internacional de defensa contra prácticas desleales de comercio internacional nació el 30 de octubre de 1947 cuando, entre otras naciones, Canadá y los Estados Unidos se suscribieron al GATT. México ingresó al GATT el 24 de agosto de 1986, a través del Protocolo de Adhesión de México al GATT.

El GATT —pilar del sistema comercial multilateral— dedica una parte importante de sus disposiciones a regular el *dumping* y los subsidios gubernamentales.²² Existen también dos códigos de conducta suplementarios del GATT —el Acuerdo sobre la Aplicación del Artículo VI del GATT (el Código *Antidumping* del GATT) y el Acuerdo para la Interpretación y Aplicación de los Artículos VI, XVI y XXIII del

n.º interior (policía) y exterior (ejército), las carreteras y los puentes, así como otros bienes públicos o sociales, constituyen subsidios internos. Véase Powell, Stephen, Giesze, Craig, Jackson, Craig, *op. cit.*, nota 7, p. 236.

21 Hernández Puente, Cecilia Susana, *op. cit.*, nota 17, p. 36.

22 Véanse los artículos VI, XVI y XXIII del GATT.

GATT (el Código de Subsidios del GATT)— que regulan el *dumping* y las subvenciones gubernamentales. Esas disposiciones jurídicas internacionales autorizan a los países importadores que son signatarios del GATT a gravar con cuotas compensatorias las importaciones subvencionadas u objeto de *dumping*.

De conformidad con el régimen del GATT, los Estados Unidos, Canadá y México aplican sus respectivas legislaciones y reglamentos nacionales, en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias, para contrarrestar los efectos perjudiciales de dichas prácticas comerciales en sus mercados nacionales. Conviene subrayar que esos sistemas jurídicos nacionales cumplen en gran parte con uno de los objetos del GATT: establecer condiciones justas y predecibles para la liberalización progresiva del comercio exterior, mientras se conserven disciplinas efectivas y transparentes sobre las prácticas desleales de comercio internacional.²³

1. *La regulación jurídica de las prácticas desleales de comercio internacional a la luz del GATT y de sus códigos de conducta relevantes*

Para imponer cuotas compensatorias, de conformidad con el GATT y sus códigos de conducta relevantes, un país importador que es un signatario del GATT tiene que probar tres elementos a través de un procedimiento administrativo: 1) la existencia del *dumping* o de la subvención gubernamental; 2) la existencia de “daño importante”, o de amenaza de “daño importante”, que sufren los productores nacionales del país importador, y 3) la relación directa de causalidad entre la práctica desleal de comercio internacional y el “daño importante” o la amenaza de “daño importante”.²⁴ Si un país importador no puede probar esos tres elementos, no le es permitida la imposición de cuotas compensatorias sobre las importaciones.

23 Véanse los artículos I (principio de la nación más favorecida), III (principio del trato nacional), VI (prácticas desleales de comercio internacional), XVI (subsidios gubernamentales) y XXIII (subsidios gubernamentales) del GATT.

24 A pesar de que no existan el “daño importante” o la amenaza de “daño importante”, que sufren los productores nacionales del país importador, éste podrá aplicar cuotas compensatorias, de conformidad con el GATT y sus códigos de conducta relevantes, si las importaciones objeto de prácticas desleales son responsables por el “retraso” de la producción de una industria nacional embrionaria (industria de tecnología muy avanzada). No obstante, en la práctica, los signatarios del GATT casi nunca utilizan esta disposición, porque es realmente difícil probar que las importaciones subvencionadas u objeto de *dumping* son la causa del retraso de la industria embrionaria. Otras causas, tales como la escasez de capital, puedan explicar el mal crecimiento de dicha industria.

Cabe acentuarse que ni el GATT ni sus códigos de conducta relevantes prohíben la práctica desleal de *dumping* o la del otorgamiento de subsidios a la producción.²⁵ Al contrario, el régimen de GATT sólo autoriza a los países importadores a aplicar cuotas compensatorias (derechos *antidumping* o impuestos compensatorios), sobre las importaciones objeto de prácticas desleales de comercio internacional.²⁶ No obstante, el Código de Subsidios del GATT prohíbe categóricamente las subvenciones a la exportación.²⁷

A. La existencia de las prácticas desleales de comercio internacional

a) El *dumping*

En el Código *Antidumping*, así como en el artículo VI del GATT, se considera que un producto es objeto de *dumping* cuando se vende en el mercado de otro país (México, por ejemplo) a un precio inferior (*precio de exportación*) de su valor normal.²⁸ Se entiende por la expresión “*valor normal* de la mercancía exportada a un mercado exterior”, el precio comparable de la mercancía idéntica o similar que se destine al mercado interno del país de origen (como los Estados Unidos), en el curso de operaciones comerciales normales.²⁹

Cuando no se realicen ventas de la mercancía idéntica o similar en el país de origen, o cuando tales ventas no permitan una comparación válida con el precio de exportación, se considerará como *valor normal*, en orden sucesivo: 1) el precio comparable de la mercancía idéntica o similar exportada del país de origen (Estados Unidos) a un tercer país (Canadá), en el curso de operaciones comerciales normales,³⁰ o 2) “el costo de producción” de la mercancía del país de origen, “más una cantidad razonable por concepto de gastos administrativos” y una utilidad determinada.³¹

Cuando no se puede obtener el precio de exportación en el mercado exterior, o cuando, a juicio de la autoridad investigadora competente

25 Véanse los artículos VI, XVI y XXIII del GATT; el Código *Antidumping* del GATT; el artículo 11 del Código de Subsidios del GATT.

26 *Ibidem*.

27 Véase el Anexo del Código de Subsidios del GATT (lista ilustrativa de subvenciones a la exportación).

28 Artículo 2, párrafo 1, del Código *Antidumping* del GATT.

29 *Ibidem*.

30 Artículo 2, párrafo 4, del Código *Antidumping* del GATT.

31 *Ibidem*.

del país exterior, el precio de exportación no sea “fiable por existir una asociación o un arreglo compensatorio entre el exportador y el importador [...], el precio de exportación podrá calcularse sobre la base del precio al que los productos importados se revenden por primera vez a un comprador independiente”.³²

Para realizar una comparación equitativa entre el precio de exportación y el valor normal de la mercancía, es necesario que la autoridad investigadora competente del país importador ajuste los precios, para compararlos “en el mismo nivel comercial, normalmente el nivel ‘*en fábrica*’, y sobre la base de ventas efectuadas en fechas lo más próximas posibles”.³³ En particular, se deberán considerar los términos y condiciones de venta, diferencias en cantidades, diferencias físicas y en cargas impositivas, que existan entre la mercancía vendida en el mercado exterior y el de origen.³⁴

Después de realizar dichos ajustes, si la autoridad investigadora competente determina que un exportador está discriminando entre dos mercados nacionales, verbigracia, que está vendiendo su mercancía a un *precio inferior* en un mercado de exportación (cincuenta nuevos pesos en México, por ejemplo), con relación al precio en que se vende la misma mercancía, al mismo tiempo y bajo las mismas circunstancias de venta en el mercado de origen (cien nuevos pesos en los Estados Unidos), entonces existe la práctica desleal de *dumping*, de conformidad con el artículo VI del GATT y su Código *Antidumping*.

b) Las subvenciones o los subsidios gubernamentales

Cabe destacar que ni en el GATT ni en el Código de Subsidios del GATT se definen los términos “subvención gubernamental” o “subsidio gubernamental”, la segunda práctica desleal de comercio internacional. En cambio, en la Lista Ilustrativa de Subvenciones a la Exportación del Anexo del Código de Subsidios del GATT, se establece una lista de *ejemplos* de los subsidios a la exportación, tales como:

- a) El otorgamiento por los gobiernos de *subvenciones directas* a una empresa o producción haciéndolas depender de su *actuación exportadora*.
- b) Sistemas de no retrocesión de divisas o prácticas análogas que aplican la concesión de una *prima a las exportaciones*.

32 Artículo 2, párrafo 5, del Código *Antidumping* del GATT (los subrayados son míos).

33 Artículo 2, párrafo 6, del Código *Antidumping* del GATT (el subrayado es mío).

34 *Ibidem*.

c) Tarifas de transporte interior y de fletes para las *exportaciones*, proporcionadas o impuestas por las autoridades, más favorables que las aplicadas a los envíos internos.

d) Suministro, por el gobierno o por organismos públicos, de productos o servicios importados o nacionales, para uso en la *producción de mercancías exportadas*, en condiciones más favorables que las aplicadas al suministro de productos o servicios similares o directamente competidores para uso en la producción de mercancías destinadas al consumo interior [...]

e) La exención, exoneración o aplazamiento total o parcial, concedidos específicamente en función de las *exportaciones*, de los impuestos directos o de las cotizaciones de seguridad social que paguen o deban pagar las empresas industriales y comerciales.

f) La concesión, para el cálculo de la base sobre la cual se aplican los impuestos directos, de deducciones especiales directamente relacionadas con las *exportaciones* [...].³⁵

Asimismo, en el artículo 11, párrafo 3, del Código de Subsidios del GATT, se establece una lista ilustrativa de subsidios internos (subsidios a la producción):

financiación por el Estado de empresas comerciales, incluso mediante donaciones, préstamos o garantías; prestación por el Estado, o con financiación estatal, de servicios públicos, de distribución de suministros u otros servicios o medios operacionales o de apoyo; financiación por el Estado de programas de investigación y desarrollo; incentivos fiscales, y suscripción o aportación por el Estado de capital social.³⁶

A diferencia de las subvenciones a la exportación, las cuales son incondicionalmente prohibidas por el Código de Subsidios del GATT, las subvenciones a la producción (subsidios internos) se sujetan a la aplicación de cuotas compensatorias, a condición de que sean “destinadas a dar una ventaja a *determinadas empresas*”.³⁷ Por ende, no se pueden imponer dichas cuotas, de conformidad con el GATT y su Código de Subsidios, en contra de los subsidios internos que se utilizan para mejorar las escuelas y la salud públicas, la defensa material interior (policía) y exterior (ejército), las carreteras y los puentes, debido a que éstos no se destinan “a dar una ventaja a *determinadas empresas*”, sino a todos los miembros de una sociedad.³⁸

35 Anexo del Código de Subsidios del GATT (lista ilustrativa de subvenciones a la exportación) (los subrayados son míos).

36 Artículo 11, párrafo 3, del Código de Subsidios del GATT.

37 *Ibidem*.

38 *Ibidem*; Powell, Stephen, Giesze, Craig, Jackson, Craig, *op. cit.*, nota 7, p. 236.

B. *La existencia de "daño importante" que sufren los productores nacionales del país importador*

Después de identificar la existencia de una práctica desleal de comercio internacional, o sea, la discriminación internacional de precios (el *dumping*) o el otorgamiento de subsidios gubernamentales, la autoridad investigadora competente del país importador (la SECOFI, en el caso de México) tiene que determinar si los productores nacionales sufren del "daño importante" en el mercado local. Para emprender este análisis, la autoridad investigadora tiene que evaluar varios factores e índices económicos pertinentes que influyan el estado de la producción nacional, tales como "la disminución actual y potencial del volumen de producción, las ventas, la participación en el mercado, los beneficios, la productividad, el rendimiento de las inversiones o la utilización de la capacidad".³⁹

Otros índices económicos comprenden "los factores que repercutan en los precios internos, los efectos negativos actuales o potenciales en el flujo de caja, las existencias, el empleo, los salarios, el crecimiento, la capacidad de reunir capital o la inversión".⁴⁰ Si existe una disminución apreciada o potencial de estos factores o índices económicos durante el periodo de investigación, es probable que la producción nacional sufra del "daño importante", el segundo elemento necesario para la aplicación de cuotas compensatorias.

C. *La relación directa de causalidad entre la práctica desleal de comercio internacional y el "daño importante", o la amenaza de "daño importante", que sufren los productores nacionales del país importador*

Después de identificar la existencia de una práctica desleal de comercio internacional, así como la existencia de "daño importante" que sufre la industria nacional del país de importación, es indispensable que la autoridad investigadora, de conformidad con el GATT y sus códigos de conducta relevantes, determine que existe la relación directa de causalidad entre la práctica desleal y el "daño importante". Sin esta determinación, no se pueden imponer cuotas compensatorias sobre las importaciones subvencionadas u objeto de *dumping*.

Para realizar este análisis, la autoridad investigadora competente necesita tomar en cuenta el volumen de las importaciones subvencionadas

39 Artículo 3, párrafo 3, del Código *Antidumping* del GATT; artículo 6, párrafo 3, del Código de Subsidios del GATT.

40 *Ibidem*.

u objeto de *dumping*, y el efecto que este volumen tiene sobre los precios de productos idénticos o similares vendidos por la industria nacional en el mercado local.⁴¹ Con respecto al volumen de las importaciones, la autoridad investigadora tendrá en cuenta si ha habido un *aumento* considerable de las importaciones objeto de prácticas desleales, en *términos absolutos o en relación con la producción* del país importador.⁴²

Con respecto a los efectos de las importaciones objeto de prácticas desleales, la autoridad investigadora tendrá que tomar en cuenta si: 1) se ha puesto a las importaciones objeto de prácticas desleales a un precio considerablemente inferior al de un producto similar vendido por la industria nacional en el país importador, o 2) si el efecto de tales importaciones es hacer bajar los precios en medida considerable, o impedir en medida considerable la subida que, en otro caso, se hubiera producido en el precio del producto vendido por la industria nacional en el mercado interno.⁴³

Por ejemplo: 1) si la industria nacional mexicana estuviese en malas condiciones económicas, 2) si hubiese un *aumento* considerable de las importaciones estadounidenses objeto de prácticas desleales en términos absolutos o en relación con la producción o el consumo en México, y 3) si los precios de las importaciones estadounidenses fuesen *considerablemente inferiores* a los de los productos similares mexicanos, de tal suerte que el efecto de dichas importaciones fuese: *a) hacer bajar los precios mexicanos* en medida considerable o *b) impedir* en medida considerable *la subida* de los precios mexicanos, entonces, existiría la relación directa de causalidad entre la práctica desleal y el "daño importante" provocado en el país de importación.

Cabe señalar que el GATT y sus códigos de conducta relevantes prohíben la imposición de cuotas compensatorias, si no existe esta relación directa de causalidad entre las importaciones objeto de prácticas desleales y el "daño importante". En otras palabras, si existen otros factores económicos, que al mismo tiempo perjudiquen la producción nacional del país importador, la autoridad investigadora competente no podrá atribuir el daño causado por esos otros factores a las importaciones objeto de prácticas desleales.⁴⁴

41 Artículo 3, párrafo 1, del Código *Antidumping* del GATT; artículo 6, párrafo 1, del Código de Subsidios del GATT.

42 Artículo 3, párrafo 2, del Código *Antidumping* del GATT; artículo 6, párrafo 2, del Código de Subsidios del GATT.

43 *Ibidem*.

44 Artículo 3, párrafo 4, del Código *Antidumping* del GATT; artículo 6, párrafo 4, del Código de Subsidios del GATT.

Tales factores económicos comprenden, entre otros, "el volumen y los precios de las importaciones no vendidas a precio de *dumping*"⁴⁵ o "no subvencionadas",⁴⁶ la "contracción de la demanda o variaciones en la estructura del consumo"⁴⁷ en el país importador, "las prácticas comerciales restrictivas de los productores extranjeros y nacionales y la competencia entre ellos",⁴⁸ "la evolución de la tecnología" en el país exportador,⁴⁹ o "la productividad de la producción nacional"⁵⁰ en el país de importación.⁵¹

Conviene subrayar que, aunque las importaciones objeto de prácticas desleales no causen un "daño importante" a la producción nacional del país importador, la autoridad investigadora aun podrá imponer cuotas compensatorias si dichas importaciones *amenazan* causar un "daño importante" a la producción nacional. Sin embargo, los códigos de conducta relevantes del GATT obligan a que los países importadores fundamenten y motiven una determinación positiva de la existencia de amenaza de daño "en hechos" que sean claramente "previstos e inminentes", y que no sean simplemente "alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas".⁵²

2. Los sistemas jurídicos estadounidense, canadiense y mexicano de defensa contra prácticas desleales de comercio internacional

A. Legislación y reglamentación internas

En general, los regímenes jurídicos nacionales de los Estados Unidos, Canadá y México, en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias, son parecidos,⁵³ y se apegan en gran parte a las normas del GATT y

45 Artículo 3, párrafo 4, nota 5, del Código *Antidumping* del GATT.

46 Artículo 6, párrafo 4, nota 24, del Código de Subsidios del GATT.

47 Artículo 3, párrafo 4, nota 5, del Código *Antidumping* del GATT; el artículo 6, párrafo 4, nota 24, del Código de Subsidios del GATT.

48 *Ibidem*.

49 *Ibidem*.

50 *Ibidem*.

51 *Ibidem*.

52 Artículo 3, párrafo 6, del Código *Antidumping* del GATT. En una nota del Código *Antidumping* se dispone que un ejemplo de la existencia de "la amenaza de daño importante" es que "existan razones convincentes (capacidad excesiva en el país exportador) para creer que en el futuro inmediato habrá un aumento sustancial de las importaciones del producto a precios de *dumping*". Artículo 3, párrafo 6, nota 6, del Código *Antidumping* del GATT.

53 Una diferencia importante entre el sistema norteamericano y el de México, es que no se dispone explícitamente en la legislación mexicana el concepto de "subsidijs a la producción" (subsidijs internos). Véase el artículo 771(5)(B) de la Ley Arancelaria de 1930 estadounidense, con todas sus enmiendas; el artículo 37 de la Ley de Comercio Exterior. *Diario Oficial de la Federación* del 27 de julio de 1993.

de sus códigos de conducta relevantes. El sistema jurídico estadounidense está conformado actualmente por los artículos 303, 701 y 731 de la Ley Arancelaria de 1930 estadounidense, a través de la promulgación de la Ley de Acuerdos Comerciales de 1979,⁵⁴ y su reglamento correspondiente;⁵⁵ el régimen canadiense por la Ley de Medidas Especiales de Importación y su reglamento,⁵⁶ y el sistema mexicano por la nueva Ley de Comercio Exterior, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de julio de 1993,⁵⁷ y el reglamento correspondiente.⁵⁸

Cabe mencionar que, dado que el Protocolo de Adhesión de México al GATT, instrumento jurídico a través del cual México ingresó al GATT,⁵⁹ y el Código *Antidumping* del GATT, fueron suscritos por el presidente Miguel de la Madrid y aprobados por la H. Cámara de Senadores,⁶⁰ muchos tratadistas mexicanos llegan a la conclusión de que las disposiciones del GATT y de su Código *Antidumping* constituyen "la Ley Suprema de toda la Unión", de acuerdo con el sentido del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁶¹ En otras palabras, para estos tratadistas el texto del GATT y el

54 19 U.S.C. 1671, 1673 (1993).

55 19 Cfr. partes 353 y 355 (1993).

56 Hernández Puente, Cecilia Susana, *op. cit.*, nota 17, pp. 134-150.

57 Las disposiciones de *antidumping* y cuotas compensatorias de la nueva Ley de Comercio Exterior "abrogan la Ley Reglamentaria del Artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Comercio Exterior". Transitorios, primero, de la nueva Ley de Comercio Exterior.

58 *Diario Oficial de la Federación* del 25 de noviembre de 1986. *Diario Oficial de la Federación* del 19 de mayo de 1988 (posterior modificación del actual reglamento). El Reglamento contra Prácticas Desleales de Comercio Internacional, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de noviembre de 1986, conjuntamente con su posterior modificación, sigue en vigor hasta que se expida el nuevo reglamento al respecto. Véanse los transitorios, tercero, de la Ley de Comercio Exterior, *Diario Oficial de la Federación* del 27 de julio de 1993. ("En tanto se expiden las disposiciones reglamentarias de esta Ley, se seguirá en vigor el Reglamento contra Prácticas Desleales de Comercio Internacional [...]").

59 Véase Olea Sisniega, Miguel Ángel, "Las negociaciones de adhesión de México al GATT", *Foro Internacional*, núm. 3, enero-marzo de 1990, pp. 525-535.

60 Véase el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de octubre de 1986 (decreto por el cual la Cámara de Senadores aprueba el protocolo de adhesión al GATT); *Diario Oficial de la Federación* del 21 de abril de 1988 (decreto de promulgación del texto del Código *Antidumping* del GATT por la Cámara de Senadores). México no ha suscrito el Código de Subsídios del GATT, el *Diario Oficial de la Federación* del 21 de abril de 1988. (decreto de promulgación del texto del Código *Antidumping* del GATT por la Cámara de Senadores). México no ha suscrito al Código de Subsídios del GATT.

61 Véase el artículo 133 de la Constitución mexicana; Witker, Jorge, *El régimen jurídico del comercio exterior de México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, p. 33 ("las normas del [...] GATT, que en virtud del artículo 133 de la Constitución general de la República, se incorporan al derecho interno nacional"); Witker, Jorge, *Los códigos de conducta internacional del GATT suscritos por México: Comentados y relacionados con la legislación mexicana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, p. 12 (el Código *Antidumping* del GATT se incorpora a la legislación mexicana en virtud del artículo 133 de la carta magna de México).

de su Código *Antidumping* se incorporan a la legislación interna mexicana en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias.⁶²

B. Procedimientos administrativos

Actualmente, los procedimientos administrativos de los Estados Unidos, Canadá y México, en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias, son más o menos similares; no obstante, existe una diferencia muy importante entre los tres países acerca del número de dependencias federales que llevan a cabo las investigaciones y otros procedimientos administrativos al respecto.

En los Estados Unidos, la autoridad investigadora competente en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias, es la Administración de Comercio Internacional del Departamento de Comercio estadounidense, dependencia que pertenece al Poder Ejecutivo, y que se encarga de la determinación de la existencia de las prácticas desleales de comercio internacional. La Comisión de Comercio Internacional estadounidense, dependencia federal que es independiente del Poder Ejecutivo, a su vez, se encarga de la determinación de: 1) la existencia de “daño importante” o de amenaza de “daño importante”, y 2) la relación directa de causalidad entre la práctica desleal y el “daño” que sufren los productores nacionales.

En Canadá, la autoridad investigadora competente es el Ingreso Nacional para Impuestos Aduaneros y Ventas (*National Revenue for Customs and Excise*), que se encarga de la determinación de la existencia de *dumping* y de otorgamiento de los subsidios gubernamentales. También, esta dependencia puede dictar las resoluciones preliminares con respecto al “daño importante”. El Tribunal de Comercio Internacional canadiense, otra dependencia federal, se encarga de las resoluciones definitivas acerca del “daño importante”.

A diferencia de los sistemas estadounidense y canadiense, en donde existen dos dependencias federales en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias, el régimen mexicano cuenta con una dependencia federal, la SECOFI, que se encarga de la determinación de la existencia de las prácticas desleales, de “daño importante” y de la relación directa de causalidad entre la práctica desleal y el “daño”. Específica-

62 Véase Witker, Jorge, *op. cit.*, nota 61, *El régimen jurídico del comercio exterior de México*, p. 33; Witker, Jorge, *op. cit.*, nota 61, *Los códigos de conducta internacional del GATT suscritos por México*, p. 12.

mente, la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la SECOFI se encarga de las responsabilidades administrativas relevantes.

En los tres países signatarios del TLC se pueden iniciar las investigaciones en materia de *antidumping* o cuotas compensatorias de oficio o a solicitud de la industria nacional; se dictan dentro de un plazo razonable las resoluciones preliminares con respecto a la existencia de prácticas desleales y la de "daño importante"; se imponen cuotas compensatorias provisionales después de la publicación de las resoluciones preliminares positivas en los respectivos diarios oficiales, y se aplican cuotas compensatorias definitivas con posterioridad a la publicación de las resoluciones definitivas positivas.

Las partes interesadas —los exportadores y los gobiernos extranjeros, así como los importadores y las industrias nacionales— tienen la plena oportunidad en los tres países, para presentar hechos y argumentos en apoyo de sus posiciones, ante las respectivas autoridades investigadoras competentes. Después de que las autoridades investigadoras dictan las resoluciones definitivas e imponen las cuotas compensatorias definitivas, casi siempre surgen controversias al respecto. Normalmente, las partes interesadas acuden ante los tribunales nacionales del país importador para impugnar la resolución definitiva.

En los Estados Unidos, se acude ante el Tribunal de Comercio Internacional estadounidense. Además, se puede apelar un fallo dictado por este tribunal federal ante el Tribunal de Apelaciones de Circuito Federal. En Canadá, se acude ante el Tribunal Federal de Apelaciones, para impugnar las resoluciones definitivas dictadas por la autoridad investigadora competente o el Tribunal de Comercio Internacional. Finalmente, en México, se impugnan las resoluciones finales emitidas por la SECOFI ante la Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación.

No obstante lo anterior, si en un futuro surge una controversia en materia de *antidumping* o cuotas compensatorias entre los particulares estadounidenses, canadienses o mexicanos, o entre los gobiernos de los tres países, se puede solicitar el establecimiento de un panel binacional de arbitraje, de conformidad con el capítulo XIX del TLC, siempre y cuando el TLC entre en vigor para el primero de enero de 1994. Por tanto, un panel arbitral, en lugar de un tribunal nacional, podrá revisar la resolución definitiva en controversia.

Cabe destacar que el origen del mecanismo de revisión y de solución de controversias en materia de *antidumping* o cuotas compensatorias, por parte de los paneles binacionales de arbitraje del capítulo XIX del TLC, se encuentra en el mismo capítulo del ALC entre Canadá y los Estados Unidos. Por consiguiente, no existe realmente una diferencia

material entre el mecanismo de revisión y de solución de controversias del artículo 1904 del TLC y el del mismo artículo del ALC.⁶³

III. LA REVISIÓN DE RESOLUCIONES DEFINITIVAS SOBRE ANTIDUMPING Y CUOTAS COMPENSATORIAS, DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 1904 DEL TLC

1. Principios generales

El tema central del capítulo XIX del TLC es el establecimiento de un mecanismo de revisión y solución de controversias —paneles independientes y binacionales de arbitraje—, al cual se acude para revisar las resoluciones definitivas en materia de prácticas desleales de comercio exterior, dictadas por las autoridades investigadoras de los signatarios del TLC.⁶⁴ Según se dispone en el artículo 1904 del TLC, cada una de las “Partes del Tratado” —los gobiernos de México, Canadá y los Estados Unidos— podrá optar por sustituir en una controversia específica entre ellos, “la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas sobre antidumping y cuotas compensatorias con la revisión que lleve a cabo un panel binacional”.⁶⁵ Por ende, los paneles del artículo 1904 del TLC no tendrán la naturaleza jurídica de tribunales.

No obstante lo anterior, los gobiernos y los particulares de los tres países siempre tendrán la opción de no utilizar el sistema binacional de arbitraje del capítulo XIX, y podrán acudir ante sus tribunales nacionales para resolver las controversias en materia de prácticas desleales de comercio internacional.⁶⁶ Si así es el caso, las disposiciones del capítulo XIX del TLC no se aplicarán a la controversia.⁶⁷

63 Las diferencias principales entre el capítulo XIX del ALC y el del TLC, es que se crea en el artículo 1905 del TLC, un nuevo mecanismo para salvaguardar el funcionamiento adecuado del sistema binacional de arbitraje del artículo 1904, y que se requiere en el TLC que la mayoría de los panelistas binacionales sean jueces, activos o retirados, de buena reputación. Véase el Anexo 1901.2 del TLC. Además, se extiende en el capítulo XIX de TLC, el plazo para solicitar la instalación de un comité de impugnación extraordinaria, de treinta a noventa días, y se cambia parcialmente el criterio de revisión para establecer dicho comité. Véase el Anexo 1904.13(2) del ALC; el Anexo 1904.13(2) del TLC; el artículo 1904.13(a) del ALC; el artículo 1904.13(a)(iii) del TLC. Finalmente, a diferencia del capítulo XIX del ALC, en el mismo capítulo del TLC no se prevé una fecha límite para el sistema binacional de arbitraje del capítulo XIX. Véanse los artículos 1906 y 1907 del ALC; el artículo 1907 del TLC.

64 Artículo 1904 del TLC.

65 Artículo 1904.1 del TLC. Las disposiciones del artículo 1904 del TLC “se aplicarán sólo a las mercancías que la autoridad investigadora competente de la parte importadora decida que son mercancías de otra parte, al aplicar sus disposiciones jurídicas en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias a los hechos de un caso específico”, artículo 1901 del TLC.

66 *Ibidem*.

67 Artículo 1904.12(a) del TLC.

Así, una resolución definitiva en materia de *antidumping* o cuotas compensatorias emitida por la autoridad investigadora competente —por ejemplo, la SECOFI o el Departamento de Comercio estadounidense— no se sujetará a la revisión judicial mexicana o norteamericana (Tribunal Fiscal de la Federación mexicano o Tribunal de Comercio Internacional estadounidense),⁶⁸ si uno de los gobiernos solicita por escrito la instalación de un panel binacional⁶⁹ dentro del plazo de treinta días posteriores a la publicación de la resolución definitiva en el respectivo diario oficial, el *Diario Oficial de la Federación* de México o el *Registro Federal* de los Estados Unidos.⁷⁰ De no solicitarse el establecimiento de un panel binacional dentro de este plazo de treinta días, “se prescribirá el derecho de revisión por un panel”.⁷¹

Únicamente los gobiernos de México, Canadá o los Estados Unidos “podrán solicitar, por iniciativa propia, que un panel binacional revise una resolución definitiva”, dictada por la autoridad investigadora competente de otro signatario del TLC.⁷² Asimismo, los gobiernos “deberán [...] solicitar”⁷³ el establecimiento de un panel binacional “a petición de una persona que de otro modo, conforme al derecho de la parte importadora, estaría legitimada para iniciar procedimientos internos de revisión judicial de la misma resolución definitiva”.⁷⁴ Se entiende por la expresión “persona legitimada”, los productores e importadores nacionales, así como los exportadores y gobiernos extranjeros.⁷⁵

Por ejemplo, si un exportador mexicano desea impugnar una resolución definitiva dictada por el Departamento de Comercio estadounidense, o si la industria nacional mexicana quiere impugnar una resolución definitiva emitida por la SECOFI, los particulares mexicanos tendrán que presentar su solicitud por escrito a la oficina adecuada de la SECOFI.⁷⁶ El gobierno de México, a su vez, solicitará *automáticamente*

68 Artículo 1904.11 (“Una resolución definitiva no estará sujeta a ningún procedimiento de revisión judicial de la parte importadora, cuando una parte implicada solicite la instalación de un panel con motivo de esa resolución dentro de los plazos fijados en [el artículo 1904 del TLC]”).

69 Artículo 1904.6 del TLC (“Cuando ambas partes implicadas soliciten que un panel revise una resolución definitiva, un solo panel revisará tal resolución”).

70 Véase el artículo 1904.4 del TLC; el artículo 1904.11 del TLC. Cuando la autoridad investigadora competente de la parte importadora “haya dictado medidas provisionales con motivo de una investigación, la otra parte implicada podrá notificar su intención de solicitar un panel”, de conformidad con el artículo 1904 del TLC, y “las partes lo instalarán a partir de ese momento”. Artículo 1904.4 del TLC.

71 Artículo 1904.4 del TLC.

72 Artículo 1904.5 del TLC.

73 *Ibidem*.

74 *Ibidem*.

75 Artículo 1911 del TLC (Definiciones).

76 Véase el artículo 1904.5 del TLC; el artículo 1908 del TLC (disposiciones especiales para el Secretariado).

el establecimiento de un panel binacional, de conformidad con las disposiciones del capítulo XIX del TLC, en nombre del particular mexicano.⁷⁷ Cabe mencionar que la SECOFI no tendrá la discreción de rechazar la solicitud de los particulares mexicanos.⁷⁸

Cada panel binacional establecido de acuerdo con el artículo 1904 del TLC estará integrado por cinco panelistas, la mayoría de los cuales serán "juristas de buena reputación" de nacionalidad mexicana, canadiense o estadounidense.⁷⁹ En el Anexo 1901.2 del capítulo XIX se establece que los panelistas "serán probos, gozarán de gran prestigio y buena reputación, y serán escogidos estrictamente sobre la base de su objetividad, confiabilidad, buen juicio y familiaridad general con el derecho comercial internacional".⁸⁰ Asimismo, se dispone que los panelistas "no tendrán filiación con ninguna de las partes y en ningún caso recibirán instrucciones de alguna de las partes", y que "ningún panelista podrá comparecer como asesor jurídico ante otro panel" durante "el tiempo de su encargo".⁸¹

Cabe señalar que los paneles estarán integrados por individuos de los países involucrados en la controversia; por tanto, serán paneles binacionales y no trinacionales. En otras palabras, si surgiera una controversia entre México y los Estados Unidos en materia de *antidumping* o cuotas compensatorias, el panel estaría integrado por mexicanos y estadounidenses y no canadienses.⁸² Los gobiernos mexicano y estadounidense seleccionarían dos panelistas⁸³ de una lista elaborada por los países signatarios del TLC.⁸⁴ El quinto panelista sería escogido por acuerdo entre los gobiernos contendientes o, de no llegar a un acuerdo, por sorteo.⁸⁵ De todos modos, el quinto panelista tendría que ser un nacional de México o de los Estados Unidos.

77 *Ibidem*.

78 *Ibidem*.

79 Anexo 1901.2(2) del TLC. En el primer párrafo del Anexo 1901.2 del TLC, se requiere explícitamente que todos los candidatos sean "nacionales de Canadá, Estados Unidos o México". Anexo 1901.2(1) del TLC.

80 Anexo 1901.2(1) del TLC.

81 Anexo 1901.2(11) del TLC.

82 *Ibidem*.

83 Véase el Anexo 1901.2(1),(2) del TLC ("Dentro del plazo de 30 días a partir de la solicitud de integración de un panel, cada una de las partes implicadas, en consulta con la otra parte implicada, nombrará dos panelistas").

84 Anexo 1901.2 del TLC. A la fecha de entrada en vigor del TLC, los tres gobiernos elaborarán y conservarán una lista de individuos que actúen como panelistas en las controversias. Dicha lista incluirá, en lo posible, "individuos que sean jueces o lo hayan sido [...] y cuando menos 75 candidatos, de los cuales cada una de las partes seleccionará al menos 25". *Ibidem*.

85 Véase el Anexo 1901.2(3) del TLC ("Dentro de un plazo no mayor a 55 días a partir de la solicitud de integración de un panel, las partes implicadas deberán convenir en la selección del quinto panelista. Si las partes implicadas no llegan a un acuerdo, decidirán por sorteo [...]") (el subrayado es mío).

2. La tarea de un panel binacional de acuerdo con el artículo 1904 del TLC

De conformidad con los requisitos del artículo 1904, un panel binacional revisará una resolución definitiva en controversia con base en el "expediente administrativo",⁸⁶ y dictaminará si esa resolución "estuvo de conformidad con las disposiciones jurídicas de la parte importadora en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias".⁸⁷ Para los efectos del artículo 1904, se consideran "disposiciones jurídicas en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias", todas las "leyes aplicables (la Ley de Comercio Exterior de México), antecedentes legislativos, reglamentaciones, práctica administrativa y precedentes judiciales, en la medida en que un tribunal de la parte importadora (Tribunal Fiscal de la Federación en el caso de México, por ejemplo) podría basarse en tales documentos, para revisar una resolución definitiva de la autoridad investigadora competente".⁸⁸

Únicamente para efectos de la revisión por los paneles binacionales, tal como se dispone en el artículo 1904 del TLC, "se incorporan al Tratado las leyes sobre *antidumping* y cuotas compensatorias" de México, de Canadá y de los Estados Unidos, conjuntamente con "las reformas que ocasionalmente se les hagan".⁸⁹ Por ende, las disposiciones en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias de la nueva Ley de Comercio Exterior de México, la Ley de Medidas Especiales de Importación de Canadá y la Ley Arancelaria de 1930 de los Estados Unidos, se incorporan al capítulo XIX del TLC.⁹⁰

El panel binacional aplicará los "criterios de revisión" señalados en el Anexo 1911 del Tratado y los "principios generales de derecho" que, de otro modo, un tribunal de la parte importadora aplicaría para revisar una resolución de la autoridad investigadora competente. En el caso de México, la expresión "criterio de revisión" significa el criterio

86 Para los efectos del capítulo XIX del TLC, el término "expediente administrativo" significa, a menos que las partes y otras personas que comparezcan ante un panel acuerden otra cosa, la siguiente información: 1) "toda la información documental o de otra índole que se presente a la autoridad investigadora competente", o que ésta obtenga, en el curso de un procedimiento administrativo, incluyendo todos los documentos oficiales; 2) "una copia de la resolución definitiva de la autoridad investigadora competente, que incluya la *fundamentación y motivación* de la misma"; 3) "todas las transcripciones o actas de las reuniones o audiencias ante la autoridad investigadora competente", y 4) "todos los avisos publicados en el diario oficial de la parte importadora en relación con el procedimiento administrativo". Artículo 1911 del TLC.

87 Artículo 1904.2 del TLC.

88 *Ibidem*.

89 *Ibidem*.

90 *Ibidem*.

establecido en el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación,⁹¹ en el caso de los Estados Unidos y Canadá, significa el de la sección 516A(b)(1)(A),(B) de la Ley Arancelaria de 1930 estadounidense,⁹² y el de la sección 18.1(4) de la Ley del Tribunal Federal canadiense.⁹³

Por otra parte, los "principios generales de derecho" incluyen, entre otros, "la legitimación del interés jurídico, el debido proceso, reglas de interpretación de la ley, la contradictoriedad y el agotamiento de los recursos administrativos".⁹⁴ Es conveniente hacer mención que los "principios generales de derecho" pueden ser muy diferentes en cada uno de los tres países signatarios del TLC.⁹⁵

91 Según las disposiciones del artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, "se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales": 1) "incompetencia del funcionario que la haya dictado u ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva dicha resolución"; 2) "omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso"; 3) "vicios del procedimiento que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada"; 4) "si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas"; o 5) "cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades". Artículo 238 del Código Fiscal de la Federación.

92 Anexo 1911 del TLC; 19 U.S.C. 1516a(b)(1)(A),(B) (1993) (disposición estadounidense). Según el "criterio de revisión" estadounidense, se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales: 1) la omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación o la ausencia de pruebas o evidencia positivas en el expediente administrativo; 2) las conclusiones de hecho y de derecho de la resolución definitiva que no sean razonables; o 3) cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades. 19 U.S.C. 1516a(b)(1)(A),(B) (1993).

93 Anexo 1911 del TLC; Ley del Tribunal Federal canadiense, R.S.C., capítulo F-7, 28(1) (1985) (disposición canadiense). En términos muy generales, se declarará que una resolución administrativa es ilegal, según el "criterio de revisión" canadiense, cuando las conclusiones de hecho y de derecho de la resolución definitiva no sean razonables. Véase *National Corn Growers contra C.I.T.*, 74 D.L.R. 4th 448 (SCC 1991). Cabe mencionar que muchos tratadistas llegan a la conclusión de que el "criterio de revisión" canadiense es mucho menos estricto que los de México y de los Estados Unidos. Véase Smith, James F., "Confronting Differences in the United States and Mexican Legal Systems in the Era of NAFTA", *U.S.-Mexico Law Journal, University of New Mexico Law School*, Symposium 1993, vol. 1. Núm. 1. 85, nota 6. De hecho, es posible que el "criterio de revisión" mexicano sea lo más estricto del TLC. *Ibidem*.

94 Artículo 1911 del TLC.

95 Cabe mencionar que la autoridad investigadora competente que haya dictado la resolución definitiva en controversia "tendrá el derecho de comparecer y ser representada por abogados ante el panel", artículo 1904.7 del TLC. Además, cada uno de los tres gobiernos "dispondrá que las personas que por otro lado, de conformidad con el derecho de la parte importadora, estarían legitimadas para comparecer y ser representadas en un procedimiento interno de revisión judicial de la resolución de la autoridad investigadora competente, tengan el derecho de comparecer y ser representadas por abogados ante el panel". *Ibidem*.

El panel tendrá trescientos quince días, siguientes a la fecha en que se presente la solicitud de integración de un panel, para dictar su fallo definitivo.⁹⁶ Si el panel binacional determina que la resolución definitiva en controversia "estuvo de conformidad con las disposiciones jurídicas de la parte importadora en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias", el panel confirmará la resolución.⁹⁷

Sin embargo, si éste determina que la resolución definitiva no "estuvo de conformidad con las disposiciones jurídicas de la parte importadora", o que dicha resolución fue fundamentada en pruebas, evidencia o documentos administrativos que no forman parte del "expediente administrativo", el panel *devolverá* la resolución a la autoridad investigadora (una "devolución"),⁹⁸ "con el fin de que se adopten medidas no incompatibles" con el fallo del panel.⁹⁹

Cuando el panel devuelva la resolución definitiva, éste "fijará el menor plazo razonablemente posible, para el cumplimiento de lo dispuesto en la devolución, tomando en cuenta la complejidad de las cuestiones de hecho y de derecho implicadas y la naturaleza del fallo del panel".¹⁰⁰ Si se requiere revisar la medida adoptada en cumplimiento de la devolución por la autoridad investigadora competente, "esa revisión se llevará a cabo ante el mismo panel, el que normalmente emitirá un fallo definitivo dentro de los noventa días siguientes a la fecha en que dicha medida le haya sido sometida".¹⁰¹

Un fallo dictado por un panel binacional tiene el carácter "*obligatorio*" no sólo para los gobiernos contendientes, sino también para los particulares que participaron en la revisión binacional.¹⁰² No obstante, el fallo de un panel binacional *no* constituye *jurisprudencia obligatoria*, es decir, *no es un precedente judicial*, y *no* tiene efectos *erga omnes*, para las futuras controversias litigadas ante los paneles binacionales

96 Artículo 1904.14 del TLC.

97 Véase el artículo 1904.8 del TLC; véase también el Anexo 1901.2 (5) del TLC ("El panel adoptará sus decisiones por mayoría, sobre las bases de los votos de todos los miembros del panel. El panel emitirá un fallo escrito motivado, junto con cualquier opinión disidente o coincidente de los panelistas").

98 El término "devolución" significa "la remisión (de la resolución definitiva a la autoridad investigadora) para que se expida (otra) resolución no incompatible con el fallo de un panel [...]", artículo 1911 del TLC.

99 Artículo 1904.8 del TLC.

100 *Ibidem*. En el artículo 1904 del TLC se dispone que en ningún caso dicho plazo excederá el periodo máximo "para que la autoridad investigadora competente en cuestión emita una resolución definitiva en una investigación", de conformidad con su legislación nacional en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias. *Ibidem*.

101 *Ibidem*.

102 Artículo 1904.9 del TLC ("El fallo de un panel en los términos de este artículo será *obligatorio* para las partes implicadas con relación al asunto concreto entre esas partes que haya sido sometido al panel") (el subrayado es mío).

o los tribunales nacionales de México, de Canadá o de los Estados Unidos.¹⁰³

Además, el fallo emitido por un panel establecido de acuerdo con el capítulo XIX del TLC tiene el carácter final y definitivo y, por tanto, resuelve la controversia entre los gobiernos y los particulares contendientes. En consecuencia, los gobiernos de México, Canadá y los Estados Unidos normalmente no podrán apelar un fallo dictado por un panel binacional.

No obstante, existe una excepción muy estrecha y limitada a esta norma, siempre y cuando haya circunstancias extraordinarias. El gobierno de un país involucrado en la controversia puede apelar un fallo dictado por un panel binacional, y acudir ante un comité de impugnación extraordinaria, si: 1) "un miembro del panel ha sido culpable de una falta grave"; 2) "el panel se ha apartado de manera grave de una norma fundamental de procedimiento", o 3) "el panel se ha excedido ostensiblemente en sus facultades, autoridad o jurisdicción establecidos en este artículo, *por ejemplo por no haber aplicado el criterio de revisión adecuado*", y que cualquiera de esas acciones "haya afectado materialmente el fallo del panel y amenace la integridad del proceso de revisión por el panel binacional".¹⁰⁴

El comité de impugnación extraordinaria estará integrado por tres jueces, activos o retirados, de los países del TLC.¹⁰⁵ Después de realizar "un análisis de hecho y de derecho sobre el que se funden el fallo y las conclusiones del panel binacional para conocer si se satisface una de las causas" mencionadas, y "una vez que compruebe la existencia de dicha causa", el comité extraordinario "anulará el fallo original del panel o lo devolverá al panel original para que adopte una medida que no sea incompatible con la resolución del comité".¹⁰⁶ Si el comité extraordinario anula el fallo original del panel binacional, se establecerá un nuevo panel.¹⁰⁷ Sin embargo, si no proceden las causas mencionadas, el comité extraordinario "confirmará el fallo original del panel".¹⁰⁸

Un dictamen emitido por un comité de impugnación extraordinaria, así como un fallo del panel binacional, tiene el carácter "*obligatorio*"

103 Véase el artículo 1904.9 del TLC.

104 Artículo 1904.13 del TLC.

105 Véase el Anexo 1904.13 del TLC. Los jueces "se seleccionarán de una lista integrada por 15 jueces, o personas que lo hayan sido, de un tribunal federal de los Estados Unidos o un tribunal de jurisdicción superior de Canadá o de un tribunal judicial federal de México". Anexo 1904.13(1) del TLC.

106 Anexo 1904.13(3) del TLC.

107 *Ibidem*.

108 *Ibidem*.

no sólo para los gobiernos contendientes, sino también para los particulares que participaron en el procedimiento extraordinario.¹⁰⁹ Al igual que el fallo del panel binacional, un dictamen del comité de impugnación extraordinaria *no constituye jurisprudencia obligatoria y no tiene efectos erga omnes*, para las futuras controversias litigadas ante los paneles binacionales o los tribunales nacionales de México, Canadá o los Estados Unidos.¹¹⁰

IV. LOS MECANISMOS QUE BUSCAN ASEGURAR EL FUNCIONAMIENTO EFICAZ Y ADECUADO DEL SISTEMA DE ARBITRAJE BINACIONAL DEL ARTÍCULO 1904 DEL TLC

1. *La reforma a la legislación y reglamentación internas*

En el artículo 1902 del capítulo XIX del TLC, los gobiernos de México, Canadá y los Estados Unidos reservaron explícitamente el derecho de aplicar sus disposiciones jurídicas nacionales, en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias, a los bienes importados del territorio de los países del TLC.¹¹¹ Se consideran "disposiciones jurídicas nacionales en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias" para efectos del artículo 1902, "las leyes pertinentes, los antecedentes legislativos, las reglamentaciones, la práctica administrativa y los precedentes judiciales."¹¹²

No obstante el pleno derecho de aplicar sus disposiciones jurídicas nacionales en materia de prácticas desleales, los tres países se comprometieron en el artículo 1904.15 del TLC, a llevar a cabo ciertas reformas jurídicas y reglamentarias específicas en sus legislaciones internas al respecto, "para alcanzar los objetivos"¹¹³ del artículo 1904; es decir, asegurar la revisión efectiva por parte de los paneles binacionales independientes para la fecha de entrada en vigor del TLC.¹¹⁴ En particular, México se comprometió a llevar a cabo veintiuna reformas específicas

109 Anexo 1904.13(3) del TLC ("Las resoluciones del comité [extraordinario] serán *obligatorias* para las partes respecto a la controversia [...]") (el subrayado es mío).

110 Véanse los artículos 1904.9 y 1904.13 del TLC; véase también el Anexo 1904.13(3) del TLC.

111 Artículo 1902.1 del TLC ("Cada una de las partes se reserva el derecho de aplicar sus disposiciones jurídicas en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias a los bienes que se importen de territorio de cualquiera de las otras partes").

112 Artículo 1902.1.

113 Artículo 1904.15 del TLC ("Para alcanzar los objetivos" del artículo 1904 del TLC, "las partes [...] reformarán sus leyes y reglamentaciones en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias").

114 Véase el artículo 1906(a) del TLC.

con respecto a “sus disposiciones jurídicas en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias”.¹¹⁵

Tales reformas incluyen, entre otras, la “eliminación de la posibilidad de”¹¹⁶ que la SECOFI imponga “cuotas compensatorias en el periodo de cinco días posteriores a la aceptación de una solicitud”¹¹⁷ presentada por la industria nacional mexicana; la garantía de la “plena participación de las partes interesadas en el procedimiento administrativo”;¹¹⁸ la creación del “derecho de las partes interesadas de acceso inmediato a la revisión de resoluciones definitivas ante paneles binacionales [...]”;¹¹⁹ y el establecimiento de “plazos explícitos y adecuados para que [la SECOFI] expida sus resoluciones [...]”.¹²⁰

En consecuencia, las disposiciones de *antidumping* y cuotas compensatorias de la nueva Ley de Comercio Exterior —las cuales “abrogan la Ley Reglamentaria del Artículo 131 de la Constitución”¹²¹— conjuntamente con las disposiciones del nuevo reglamento al respecto, constituyen los vehículos por medio de los cuales México busca cumplir con sus obligaciones internacionales establecidas en el capítulo XIX del TLC.

Cabe subrayar que en el capítulo XIX del TLC se confirma el derecho de los tres países para modificar su legislación y reglamentación en materia de prácticas desleales de comercio internacional *con posterioridad* a la entrada en vigor del Tratado.¹²² Debe destacarse que todas las reformas llevadas a cabo *después* de la entrada en vigor del TLC

115 Véase la Lista de México de las Reformas a la Legislación Interna del Anexo 1904.15 del TLC.

116 El párrafo 1 de la Lista de México de las Reformas a la Legislación Interna del Anexo 1904.15 del TLC.

117 *Ibidem*.

118 El párrafo 3 de la Lista de México de las Reformas a la Legislación Interna del Anexo 1904.15 del TLC.

119 El párrafo 5 de la Lista de México de las Reformas a la Legislación Interna del Anexo 1904.15 del TLC.

120 *Ibidem*.

121 Transitorio, primero de la Ley de Comercio Exterior, *Diario Oficial de la Federación* del 27 de julio de 1993.

122 Véase el artículo 1902.2 del TLC. Dichas modificaciones tendrán que cumplir con los siguientes procedimientos: “Cada una de las partes se reserva el derecho de cambiar o reformar sus disposiciones jurídicas en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias, siempre que, de aprobarse una reforma a las leyes respectivas de una parte:

(a) la reforma se aplique a las mercancías de otra de las partes, sólo si en la reforma se especifica que tendrá vigencia para los bienes de esa *Parte* o *Partes* de este Tratado;

(b) la parte que lleve a cabo la reforma la notifique por escrito con la mayor anticipación posible a la fecha de su aprobación legislativa a las *Partes* a las que se aplique;

(c) después de (hacer) la notificación, la parte que lleve a cabo la reforma, a solicitud de cualquier parte a la cual ésta se aplique, lleve a cabo consultas con esa parte, previas a la aprobación de la misma [...]”, artículo 1902.2(a),(b),(c) (el subrayado es mío).

tienen que ser, en la medida en que se apliquen a las importaciones de otro país del Tratado, compatibles no sólo con el objeto y la finalidad del TLC¹²³ sino también con las disposiciones del GATT, el Código *Antidumping* del GATT y el Código de Subsidios del GATT.¹²⁴

Además, hay que señalar que dichas reformas podrán ser revisadas por otra instancia arbitral —o sea, un panel binacional establecido según las disposiciones del artículo 1903 del TLC.¹²⁵ Si este panel determina que existe un conflicto entre la reforma legislativa nacional y el TLC, el GATT o sus códigos de conducta relevantes, o si éste determina que *“la reforma tiene la función y el efecto de revocar una resolución previa de un panel, dictada de conformidad con el artículo 1904”*,¹²⁶ el panel dictará una *“opinión declarativa”* y no obligatoria que pueda recomendar modificaciones a la reforma legislativa para eliminar el conflicto.¹²⁷

Si el panel establecido, según las disposiciones del artículo 1903 del TLC, recomienda una modificación legislativa, y si los gobiernos contendientes no llegan a una solución mutua después de la celebración de consultas, el país reclamante, de acuerdo con el artículo 1903, podrá: 1) adoptar medidas legislativas o administrativas equivalentes, o 2) denunciar el TLC.

Las disposiciones del Tratado son muy claras al respecto:

En caso de que el panel recomiende modificaciones a la reforma para eliminar discrepancias que en su opinión existan:

(a) las dos partes iniciarán de inmediato consultas y procurarán una solución mutuamente satisfactoria al asunto dentro de un plazo de noventa días a partir de que el panel emita su opinión declarativa final. La solución puede considerar la propuesta de legislación correctiva a la ley de la parte que haya promulgado la reforma;

123 El objeto y la finalidad del Tratado es el establecimiento de condiciones justas y predecibles para la liberalización progresiva del comercio exterior entre los tres países, mientras se conserven disciplinas efectivas y transparentes sobre las prácticas desleales de comercio internacional. Artículo 1902.2(d)(ii) del TLC.

124 Véase el artículo 1902.2(d)(i)(iii) del TLC; el artículo 1906(b) del TLC.

125 Véase el artículo 1903 del TLC. En el primer párrafo del artículo 1903 se dispone expresamente que la “parte a la cual se aplique una reforma en la legislación en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias de otra parte, podrá solicitar por escrito que tal reforma se someta a un panel binacional, para que éste emita una *opinión declarativa* sobre: a) si la reforma no se apeg a las disposiciones del (TLC, del GATT o de sus códigos de conducta en materia de prácticas desleales); o b) *si la reforma tiene la función y el efecto de revocar una resolución previa de un panel, dictada de conformidad con el Artículo 1904 [...]*”, artículo 1903.1 del TLC (los subrayados son míos).

126 Artículo 1903.1 del TLC.

127 Véase el artículo 1903 del TLC.

(b) si la legislación correctiva no es aprobada en un plazo de nueve meses, a partir del fin del periodo de consultas de noventa días mencionado en el inciso (a), y no se ha alcanzado ninguna otra solución mutuamente satisfactoria, la parte que haya solicitado la integración del panel podrá:

(i) adoptar medidas legislativas o administrativas equiparables, o

(ii) *denunciar el Tratado respecto a la Parte que hace la reforma*, 60 días después de notificarlo por escrito a la parte.¹²⁸

2. *El establecimiento de un comité especial para salvaguardar el sistema arbitral del artículo 1904 del TLC*

En el capítulo XIX del TLC se dispone explícitamente que ninguno de los tres países del Tratado establecerá en su legislación interna la posibilidad de impugnar ante sus tribunales nacionales un fallo definitivo dictado por un panel binacional o un comité de impugnación extraordinaria del artículo 1904 del TLC.¹²⁹ Para evitar esta posibilidad, se crea un nuevo mecanismo en el Tratado que no existe en el capítulo XIX del ALC entre Canadá y los Estados Unidos, para salvaguardar el sistema arbitral del artículo 1904 del TLC.¹³⁰

En el artículo 1905 del Tratado se establece un sistema *sui generis* que busca garantizar que la aplicación de la legislación interna de México, de Canadá o de los Estados Unidos no menoscabe el funcionamiento adecuado del mecanismo arbitral del artículo 1904 del TLC. El sistema de salvaguarda del artículo 1905 comprende la celebración de consultas entre las partes del Tratado, la instalación de un comité especial y, si es necesario, la suspensión del proceso arbitral binacional del artículo 1904. Por ejemplo, si los gobiernos estadounidense o canadiense alegan que la aplicación de la legislación mexicana perjudica el sistema arbitral del artículo 1904, éstos “podrán solicitar por escrito consultas” con el gobierno de México “respecto a las afirmaciones”, para llegar a una solución mutua.¹³¹ Cabe señalar que sólo cuatro eventos específicos pueden poner en marcha la celebración de consultas, de conformidad con las disposiciones del artículo 1905 del TLC:

128 Artículo 1903.3 del TLC (los subrayados son míos).

129 Véase el artículo 1905 del TLC.

130 *Ibidem*.

131 Artículo 1905.1 del TLC.

a) (que la aplicación de la legislación interna de una parte) ha impedido la integración de un panel (según las disposiciones del artículo 1904) solicitado por la parte reclamante;

b) (que la aplicación de la legislación de la parte demandada) ha impedido que el panel solicitado por la parte reclamante dicte un fallo definitivo;

c) (que la aplicación de la legislación interna de una parte, verbigracia, el *juicio de amparo* en el caso de México) ha impedido que se ejecute el fallo del panel solicitado por la parte reclamante, o una vez dictado le *ha negado fuerza y efecto obligatorios respecto al asunto particular examinado por el panel*; o

d) (que la aplicación de la legislación de la parte demandada) no ha concedido *la oportunidad de revisión* de una resolución definitiva *por un tribunal o panel con jurisdicción, independiente de las autoridades investigadoras competentes*, que examine los fundamentos de la resolución de estas autoridades y [...] que emplee el criterio de revisión relevante señalado por el artículo 1911.¹³²

Debe subrayarse que si el alegato o la afirmación del gobierno reclamante no se relaciona con estas cuatro disposiciones específicas, el país demandado no tendrá la obligación de celebrar consultas con el país reclamante. Asimismo, éste no tendrá tampoco la autoridad a suspender el sistema binacional de arbitraje del artículo 1904, de acuerdo con las disposiciones del artículo 1905 del TLC.

Por otro lado, si el alegato del gobierno reclamante está dentro del ámbito de las cuatro disposiciones específicas mencionadas, y si éste solicita por escrito consultas, el país demandado tendrá que celebrar consultas con el país reclamante. Si los gobiernos no pueden resolver el asunto dentro de un plazo de cuarenta y cinco días posteriores a la fecha de la solicitud de consultas, o en cualquier otro plazo que los países consultantes convengan, “la *parte reclamante* podrá solicitar la instalación de un comité especial” integrado por tres miembros.¹³³

Si el comité especial formula un dictamen positivo respecto a una de las causales mencionadas en el primer párrafo del artículo 1905 del TLC, las dos *partes del Tratado* tendrán que iniciar otra ronda de consultas.¹³⁴ Si los países contendientes aún no logran llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio, el país reclamante podrá suspender el sistema de paneles arbitrales binacionales del artículo 1904 con respecto al país demandado.

132 *Ibidem* (los subrayados son míos).

133 Artículos 1905.2 y 1905.5 del TLC.

134 Artículo 1905.7 del TLC.

En el párrafo 8 del artículo 1905 se dispone explícitamente:

Si dentro del plazo de 60 días, las partes no llegan a una solución mutuamente satisfactoria, o la parte demandada no ha demostrado, a satisfacción del comité especial, haber corregido el problema o los problemas respecto a los cuales el comité ha formulado un dictamen positivo, la parte reclamante podrá suspender respecto de la parte demandada:

(a) *el funcionamiento del artículo 1904; o*

(b) la aplicación de aquellos beneficios derivados del Tratado que las circunstancias ameriten.¹³⁵

Si el país reclamante suspende el sistema de paneles arbitrales del artículo 1904, el país demandado podrá adoptar medidas recíprocas, incluyendo la suspensión del funcionamiento del artículo 1904 del TLC.¹³⁶

El comité especial podrá reunirse de nuevo, a solicitud del país demandado, para determinar si la suspensión de beneficios por el país reclamante "es ostensiblemente excesiva",¹³⁷ o para determinar si el país demandado ha corregido los problemas respecto a los cuales el comité formuló su dictamen positivo.¹³⁸ Salvo que los países involucrados resuelvan el asunto, o que el país demandado demuestre al comité especial que ha adoptado las medidas correctivas necesarias, la suspensión de beneficios hecha por el país reclamante continuará en vigor.

V. COMENTARIO Y CONCLUSIONES

La experiencia del actual sistema de solución de controversias, por parte de paneles binacionales de arbitraje, en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias, del capítulo XIX del ALC entre Canadá y los Estados Unidos, nos permite tratar de predecir la futura experiencia bajo el sistema semejante del capítulo XIX del TLC. Actualmente, el sistema de arbitraje del capítulo XIX del ALC se caracteriza por las revisiones binacionales muy rápidas y los fallos muy bien razonados y redactados. Sobre todo, los fallos son imparciales, de tal manera que no existe una relación observable entre la nacionalidad de los panelistas y el resultado del fallo definitivo.

En pocas palabras, los panelistas binacionales del capítulo XIX del ALC son la médula del sistema arbitral de solución de controversias

¹³⁵ Artículo 1905.8 del TLC.

¹³⁶ Artículo 1905.9 del TLC.

¹³⁷ Artículo 1905.10(a) del TLC.

¹³⁸ Artículo 1905.10(b) del TLC.

en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias. Éstos son los verdaderos peritos, abogados que tienen mucha experiencia al respecto. Como resultado, algunos abogados norteamericanos especialistas en prácticas desleales de comercio internacional llegan a la conclusión de que los fallos dictados por los paneles binacionales del capítulo XIX del ALC son superiores a los de los jueces especiales del Tribunal de Comercio Internacional estadounidense.

La futura experiencia bajo el sistema del capítulo XIX del TLC debe ser aún mejor, siempre y cuando éste entre en vigor. Dado que los paneles binacionales del capítulo XIX del TLC tienen que dictar sus fallos definitivos dentro de un plazo de trescientos quince días, siguientes a la fecha en que se presenta la solicitud de integración de un panel, el futuro sistema de solución de controversias entre México, Canadá y los Estados Unidos tiene que mantener la misma rapidez del actual sistema entre Canadá y los Estados Unidos. Además, puesto que los futuros panelistas del capítulo XIX del TLC serán jueces de tribunales judiciales federales y abogados de prácticas desleales de los tres países, los futuros fallos definitivos deben ser muy bien redactados y razonados, así como imparciales.

No obstante lo anterior, existirán algunos desafíos muy importantes para el futuro sistema arbitral de solución de controversias, en materia de prácticas desleales de comercio internacional, de acuerdo con el artículo 1904 del TLC. Por ejemplo, en el capítulo XIX del TLC se considera que las "disposiciones jurídicas en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias", para efectos del artículo 1904 del TLC, comprenden todas las "leyes aplicables, los antecedentes legislativos, las reglamentaciones, la práctica administrativa y los precedentes judiciales" del país importador.

Hay varias cuestiones legales que debemos apuntar: ¿cuáles son las "disposiciones jurídicas en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias mexicanas", para efectos del artículo 1904 del TLC? ¿Comprenden solamente las disposiciones al respecto de la nueva Ley de Comercio Exterior de México y las de su reglamento correspondiente? ¿No se pueden incluir también las disposiciones relevantes del GATT y de su Código *antidumping*, debido a que muchos tratadistas mexicanos creen que esos instrumentos jurídicos internacionales son tratados que constituyen la "Ley Suprema" en México, de conformidad con su carta magna?

Es muy importante saber cuáles son las disposiciones jurídicas mexicanas al respecto, porque los futuros panelistas del capítulo XIX del TLC tendrán que interpretar dichas disposiciones, para determinar si la

SECOFI las aplicó correctamente en un caso específico en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias. Se predice que esta cuestión legal surgirá y se resolverá durante una de las primeras revisiones binacionales, de acuerdo con el artículo 1904 del TLC.

Otro desafío para los futuros panelistas estadounidenses y canadienses del TLC será el "criterio de revisión" que se utiliza en México, para revisar las resoluciones definitivas en materia de prácticas desleales de comercio internacional; es decir, el criterio establecido en el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación. Para estos panelistas, el criterio de revisión mexicano puede ser totalmente novedoso dado que, a diferencia de los sistemas norteamericano y canadiense, el sistema jurídico mexicano se fundamenta en la tradición romano-canónica.

En otras palabras, el significado exacto de algunas disposiciones del artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, puede ser bastante problemático para esos panelistas, cuando revisen las resoluciones definitivas dictadas por la SECOFI. Sin saber exactamente el ámbito jurídico de dicho criterio de revisión, los panelistas estadounidenses y canadienses no podrán revisar correctamente las resoluciones definitivas en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias.

Lo que complicará los desafíos del futuro sistema de solución de controversias, por parte de paneles binacionales de arbitraje del capítulo XIX del TLC, es que hay realmente muy pocos abogados y jueces estadounidenses y canadienses, incluyendo los futuros panelistas, que conocen lo suficiente el derecho mexicano. De hecho, la gran mayoría de éstos conocen solamente los principios jurídicos de derecho anglosajón.

Para que el futuro mecanismo de arbitraje del capítulo XIX del TLC funcione eficazmente entre los países de sistemas jurídicos tan diferentes, los panelistas norteamericanos y canadienses tendrán que conocer mejor el derecho mexicano, y los panelistas mexicanos tendrán que conocer mejor los sistemas jurídicos de los Estados Unidos y de Canadá. Sin este intercambio intelectual, el futuro sistema de solución de controversias, por parte de paneles binacionales de arbitraje, en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias, del capítulo XIX del TLC, no tendrá éxito en América del Norte.