

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA
DE
BARCELONA**

Departamento de Derecho Público y de Ciencias
Histórico-Jurídicas

Doctorado en Derecho Público Global

**LA NECESIDAD DE CREAR UN ÓRGANO DE APELACIÓN
PERMANENTE EN EL TLCAN**

Tesis presentada para aspirar al título de Doctor en Derecho por:

GERARDO ENRIQUE LUPIÁN MORFÍN

Realizada bajo la dirección del DR. ANTONI ABAT i NINET
y tutoría de la DRA. MONTSERRAT IGLESIAS LUCIA

Barcelona, España

ÍNDICE	PÁGINA
DEDICATORIAS Y AGRADECIMIENTOS.....	12
ABREVIATURAS Y SIGLAS.....	14
INTRODUCCIÓN.....	17
DESCUBRIMIENTO DEL PROBLEMA.....	22
PLANTEO PRECISO DEL PROBLEMA.....	23
HIPÓTESIS.....	23
OBJETO DE LA TESIS.....	23
BUSQUEDA DE CONOCIMIENTOS RELEVANTES AL PROBLEMA.....	23
OBJETIVOS PARTICULARES.....	23
DELIMITACIÓN DEL TRABAJO.....	24
METODOLOGÍA DEL TRABAJO.....	25

Capítulo 1

El sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio

1. La Globalización-americanización.....	31
1.1. La armonización entre Washington y los Estados.....	37
2. Del GATT a la OMC.....	39
3. La Organización Mundial del Comercio.....	47
3.1. Estructura.....	47
3.1.1. Órganos Principales.....	47

4. Entendimiento sobre Solución de Diferencias.....	57
5. Las Consultas.....	62
6. Órgano de Solución de Diferencias.....	65
7. Órganos resolutorios: los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación.....	68
7.1. Los Grupos Especiales.....	68
7.2. Órgano de Apelación.....	73
7.2.1. El examen en apelación; una innovación trascendental.....	76
7.2.2. Pasos de la fase de apelación: un procedimiento escrito y oral.....	83
7.2.3. Las audiencias de apelación: marcado contraste en relación con las audiencias del Grupo Especial.....	89
7.2.4. La decisión.....	90
7.2.5. ¿Cómo se mide la eficacia del sistema?.....	92
8. Requisitos de implementación y cumplimiento.....	96
8.1 Vías para lograr el debido cumplimiento.....	99
8.1.1. Procedimiento abreviado del artículo 21.5 del ESD.....	100
8.1.2. La solicitud de compensaciones o suspensión de concesiones.....	100
8.1.2.1.- Propuesta de México.....	105
9. Evaluación de la solución pronta en procedimientos ante el Órgano de Apelación.....	107
10. Propuestas con respecto a la etapa de revisión de la apelación.....	108
10.1. Participación en apelación de Miembros que no estaban Involucrados en la diferencia ante el Grupo Especial.....	109

10.2. Facultad de reenvío para el Órgano de Apelación.....	110
11. Buen gobierno y transparencia.....	112
12. Metas políticas de la solución internacional de diferencias.....	113
12.1. Solución amistosa de diferencias para restringir las tensiones internacionales y evitar el conflicto.....	114
12.2. Solucionar las diferencias en forma eficiente.....	114
12.3. Proveer jurisprudencia en pro de la previsibilidad y seguridad.....	116
12.4. Llenar vacíos y resolver ambigüedades en el texto de la OMC.....	118
12.5. Promover el cumplimiento de los resultados de la solución de diferencias y de las normas del tratado.....	119
12.6. Compensar asimetrías del poder: justicia para las entidades más débiles.....	120
13. Conclusión.....	122

Capítulo 2

Regulación jurídica del dumping y el zeroing

1. Terminología de dumping.....	128
2. Definición de dumping.....	129
3. Elementos del dumping.....	131
4. Retraso importante.....	133
5. Clasificación de dumping.....	134
5.1. Dumping a largo plazo.....	135
5.2. Dumping a corto plazo.....	135

5.2.1. El dumping intermitente.....	135
5.2.2. El dumping esporádico.....	136
5.2.3. El dumping depredador o depredatorio.....	136
6. Regulación jurídica del dumping.....	137
6.1. Legislación de EE.UU.....	138
6.1.1. Organismos participantes.....	140
6.2. Legislación de México.....	141
6.2.1. Organismo participante.....	142
6.3. Legislación de Canadá	142
6.3.1. Organismos participantes.....	143
6.4. Regulación Internacional.....	143
6.4.1. Artículo VI del GATT.....	143
6.4.2. El Acuerdo Antidumping.....	145
7. Coincidencias y discrepancias entre el Acuerdo Antidumping y la LCE.....	148
7.1. Coincidencias.....	148
7.2. Discrepancias.....	149
8. ¿Cómo transcurre una investigación y la vigencia de una medida antidumping?.....	149

9. Comunicado de la Secretaria de la OMC sobre el incremento de las nuevas investigaciones antidumping.....	152
9.1. Gráfico 1 Antidumping. Número de nuevas investigaciones (1995-2008).....	153
9.2. Gráfico 2. Antidumping número de medidas definitivas (1995 — 2008).....	155
10. Miembros adoptan medidas antidumping en el primer semestre de 2010.....	157
11. La Secretaría de la OMC informa sobre la disminución del número de investigaciones y medidas antidumping.....	158
12. El zeroing.....	164
12.1. Definición de zeroing.....	168
13. El cálculo de los márgenes de dumping y el zeroing.....	170
14. Miembros de la OMC vs zeroing.....	176
15. Análisis jurídico del informe del Órgano de Apelación de la OMC: EE.UU. - Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México WT/DS344/AB/R.....	187
15.1. Terminología.....	188
15.2. El procedimiento del zeroing.....	191
15.3. Antecedentes.....	192
15.4. Cuestiones jurídicas.....	195

15.4.1. Reseña de las constataciones pertinentes del Órgano de Apelación en anteriores diferencias de zeroing.....	199
15.4.2. Cuestiones planteadas en la apelación.....	206
15.4.3. Informe del Órgano de Apelación.....	207
15.4.4. Estudio.....	208
15.4.5. Respuestas a las cuestiones jurídicas.....	217
16. Evaluación de la jurisprudencia del zeroing en la OMC.....	219

Capítulo 3

Los mecanismos de solución de controversias en el TLCAN

A.- Antecedentes.....	222
B.- El Mecanismo General de Solución de Controversias en el TLCAN.....	225
1.- Antecedentes.....	225
2.- Énfasis en la solución por vía diplomática y consultas.....	228
3. La Comisión de Libre Comercio.....	230
4.- El Secretariado.....	234
5.- Ámbito de aplicación.....	235
6.- Procedimiento general de solución de controversias.....	237
6.1. Elección del foro.....	238
6.1.1. Casos de Forum Shopping.....	243
6.2. Cooperación mutua y consultas.....	247

6.3. Integración de paneles.....	248
6.4. La Tercera Parte o Tercer Participante.....	254
6.5. Recurso a especialistas.....	255
6.6. Presentación de informes preliminares.....	255
6.7. El informe final.....	256
6.8. Plazos ideales para la revisión de un panel del capítulo XIX del TLCAN, conforme a las reglas modelo de procedimiento con dos partes contendientes.....	256
6.9. Ausencia de un mecanismo de apelación.....	257
6.10. Implementación de los informes de los paneles.....	258
6.11. Incumplimiento y suspensión de beneficios.....	259
6.12. Intervención de la CLC en procedimientos internos.....	260
7. Casos.....	261
7.1. Evolución de las estadísticas del capítulo XX del TLCAN.....	261
7.2. Servicios transfronterizos de autotransporte.....	262
8. Comparación del capítulo XX del TLCAN con el ESD de la OMC.....	283
9. Comentarios.....	284
10.- Mecanismo General de Solución de Controversias-Capítulo 20 (Procedimiento).....	286
C. Revisión en materia de Derechos Antidumping y Compensatorios del capítulo XIX del TLCAN.....	288

11. Antecedentes.....	288
12. Negociaciones.....	289
13. Ausencia de disposiciones en materia de derechos antidumping o compensatorios.....	294
14. Los sistemas jurídicos estadounidense, canadiense y mexicano de defensa contra prácticas desleales de comercio internacional.....	296
14.1. Legislación y reglamentación interna.....	296
14.2. Procedimientos administrativos.....	296
15. Solicitud de instauración del panel.....	300
16. Integración de los paneles.....	301
17. Tipos de Paneles.....	303
17.1. Panel para la revisión de las reformas legislativas.....	303
17.2. Panel binacional para la revisión de las resoluciones definitivas sobre cuotas antidumping y compensatorias.....	304
17.3. Comité de Impugnación Extraordinaria.....	306
17.4. Comité Especial para la salvaguarda del sistema de revisión ante el panel.....	307
18. Análisis sobre el caso Manzanas originarias de los Estados Unidos. Decisión del Panel Binacional del Artículo 1904 del	

TLCAN, 15 de octubre de 2009.....	309
18.1. Representación Legal.....	311
18.2. Periodo de investigación utilizado por la UPCI.....	311
18.3. Plazo para publicar la resolución final.....	314
18.4. Cuestiones jurídicas que está por resolverse en asuntos futuros.....	315
18.5. Lo más reciente.....	317
19. ¿Cómo ha funcionado el capítulo XIX del TLCAN?.....	318
20. Plazos ideales para la revisión de un panel del capítulo XIX del TLCAN, conforme a las reglas de procedimiento.....	322
21. Evolución de las estadísticas del capítulo XIX del TLCAN.....	323
22. Comparación entre el capítulo XIX del TLCAN y el ESD de la OMC.....	324
23. Virtudes y debilidades del Sistema de Solución de Controversias del TLCAN.....	327
24. Resultados.....	330

Capítulo 4

La necesidad de crear un Órgano de Apelación en el TLCAN similar al de la OMC

1. Antecedentes.....	333
2. Marco jurídico general y solución de controversias.....	334
3. Medios alternativos de solución de conflictos.....	336

3.1. Mediación.....	337
3.2. Arbitraje.....	337
4. Marco institucional del TLCAN.....	339
5. La creciente importancia de las instituciones jurídicas.....	340
6. El TLCAN no es el marco más conveniente para resolver controversias comerciales.....	341
7. Manejo del factor político en los mecanismos de solución de controversias en el TLCAN.....	342
8. Falta de eficacia de los mecanismos de resolución de controversias del TLCAN.....	344
9. La necesidad de un Órgano de Apelación Permanente en el TLCAN.....	345
9.1. Órgano Permanente de Apelación en el TLCAN.....	349
9.2. La necesidad de un órgano de apelación en el capítulo XX del TLCAN.....	352
9.3. La necesidad de un órgano de apelación en el capítulo XIX del TLCAN.....	354
10. Características del Órgano Permanente de Apelación en el TLCAN.....	357
11. Composición y estructura del Órgano de Apelación en el TLCAN.....	358
CONCLUSIONES.....	362
PROPUESTA.....	372
Anexo I. Estructura de la OMC.....	373
Anexo II. Diferencias por país/territorio.....	374
Anexo III. Estadísticas de controversias en el TLCAN.....	383
FUENTES DE CONSULTA.....	388

DEDICATORIAS

A Dios por su infinita bondad.

Con todo mi amor y agradecimiento a mis queridos Padres: José Gerardo y Ana Leticia, quienes en todo momento me han impulsado a estudiar y porque son mi ejemplo de vida a seguir.

A mi amada esposa Alejandra, por su apoyo y paciencia y a mi hijo Gerardito.

A mis queridas hermanas Lety y Lulú que en todo momento me han motivado a seguir adelante.

A mi ahijado Israel por todo su apoyo.

AGRADECIMIENTOS

El primer agradecimiento es para mi amigo el Dr. Manuel Ballbé Mallol, por darme una magnífica orientación, quien me ha apoyado en todo momento especialmente en momentos extremadamente difíciles.

Al Dr. Antoni Abat i Ninet por su excelente dirección y extraordinarias aportaciones para poder realizar y culminar la presente tesis.

A la Dra. Montserrat Iglesias por ser mi tutora y por toda su gran ayuda.

A la Dra. Roser Martínez Quirante, por su apoyo.

A todo el Departamento de Derecho Público y de Ciencias Histórico-Jurídicas de la UAB por apoyarme en culminar mis estudios de Doctorado.

A la Universidad de Guadalajara, especialmente al Dr. Francisco Javier Peña Razo y al Lic. Alfredo Peña Ramos, por confiar en mi y por todo el apoyo que me han prestado.

A Ricardo Ramírez, miembro del Órgano de Apelación de la OMC y al Dr. Jorge Huerta Goldman miembro de la Misión de México ante la OMC por todo el apoyo y asesoría que me brindaron.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ACWL	Advisory Centre on WTO Law
ACUERDO	Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo
ANTIDUMPING	VI del GATT de 1994
AGCS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
AIF	Asociación Internacional de Fomento
ALC	Tratado de Libre Comercio entre EE.UU. y Canadá
BIRF	Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento
CCI	Corte de Comercio Internacional Estadounidense
CE	Comunidad Europea
CCEE	Comunidades Europeas
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión
CIE	Comité de Impugnación Extraordinaria
CISAN	Centro de Investigación sobre América del Norte
CLC	Comisión de Libre Comercio
CNC	Comité de Negociaciones Comerciales
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
DOF	Diario Oficial de la Federación
DS	Diferencias
EE.UU.	Estados Unidos de América
ESD	Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias o Entendimiento sobre Solución de Diferencias

FMI	Fondo Monetario Internacional
FTC	Comisión del Comercio Federal
GAO	United States General Accounting Office
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
IJJUNAM	Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
ICC	Comisión del Comercio Interestatal
JMAF	Jarabe de maíz con alta concentración de fructuosa
LCE	Ley de Comercio Exterior
MEPC	Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales
MGSC	Mecanismo General de Solución de Controversias
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NFE	Northwest Fruit Exporters
OMC	Organización Mundial del Comercio
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
P-P	Transacciones de exportación comparables
P-T	Transacciones de exportación individuales
PTEA	Procedimientos de trabajo para el examen en apelación
Reglas	Reglas Modelo de Procedimiento
RLCE	Reglamento de la Ley de Comercio Exterior
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación de México
SE	Secretaría de Economía
SECOFI	Secretaria de Comercio y Fomento Industrial
T-T	Transacción por transacción
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte

TPA	Trade Promotion Authority
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UNCIEPA	Unión Nacional de Comerciantes Importadores y Exportadores de Productos Agrícolas
UNIFRUT	Unión Agrícola Regional de Fruticultores del Estado de Chihuahua
UPCI	Unidad de Prácticas Comerciales Interna
U.S.	United States
USDOC	Departamento de Comercio de Estados Unidos
USTR	United States Trade Representative
WTO	World Trade Organization
ZEROING	Reducción a cero

INTRODUCCION

En nuestros días las relaciones comerciales internacionales se encuentran definidas por la globalización, siendo ésta un producto estadounidense, ya que el fenómeno del poderío económico de los EE.UU. y su influencia en todo el mundo ha provocado la liberalización de los intercambios y, con ello, su cultura, su sistema jurídico y administrativo, su técnica y su vocabulario se han internacionalizado¹.

Actualmente se producen varios fenómenos en el ámbito del derecho público como privado, en forma simultánea: por una parte el derecho internacional se transforma rápidamente y asume una función creciente y dominante sobre los sistemas jurídicos nacionales. Los sistemas jurídicos de los diversos Estados se interrelacionan cada vez más entre sí y con sistemas jurídicos internacionales de diversa importancia, que se orientan rápidamente a constituir un nuevo sistema, un nuevo orden constitucional mundial. En derecho público es claro, en derecho privado, es una teoría novedosa. En el foro de la ONU es donde por primera vez los Estados ceden a través de un Acuerdo global parte de su soberanía a un organismo supranacional con la finalidad de que éste se encargue de resolver asuntos tales como la paz y la seguridad del planeta. Los Estados, al ingresar al organismo renuncian a usar la fuerza en las relaciones internacionales y se comprometen a cooperar para resolver problemas comunes de índole económico, social, político y de respeto de los derechos humanos. Es así como surgen mecanismos y órganos especializados tales como el GATT, hoy la Organización Mundial del Comercio, entre otros².

En todo Acuerdo o Tratado Internacional las disposiciones que contienen las obligaciones entre los Estados son igual de importantes como las que

¹ BALLBÉ, M., *Revista de Administración Pública*, ISSN: 0034-7639, núm. 174, Madrid, septiembre/diciembre (2007), p. 216. Ballbé refiere el término “americanización” como “Estados Unidos de América”.

² RODRÍGUEZ, G., *Derecho Internacional y Globalización*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Octubre, 1999.

contienen las instituciones y los procedimientos necesarios para resolver futuras controversias.

El GATT de 1947 fue el primer instrumento internacional en materia de comercio multilateral que reguló las relaciones comerciales internacionales por 47 años, desde el 1 de enero de 1948 hasta el 31 de diciembre de 1994. Las dos disposiciones que disciplinaron el modo en que las Partes Contratantes³ tenían que proceder para la solución de sus diferencias fueron sus artículos XXII y XXIII. El artículo XXII se limitó a prever la celebración de consultas⁴, mientras que el artículo XXIII, titulado “Anulación o menoscabo”, fue la base sobre la que se construyó el sistema de arreglo de controversias del GATT de 1947. Fernández, señala que el sistema del GATT de 1947 evidenció lo fructífero que puede ser un mecanismo de arreglo de controversias que no se asiente a una jurisdicción obligatoria y que lo más característico fue el relativo éxito de su mecanismo de conciliación⁵.

La octava ronda de negociaciones comerciales multilaterales del GATT: la Ronda de Uruguay, se inició el 20 de septiembre de 1986 con la adopción de la Declaración de Punta del Este y finalizó el 15 de abril de 1994⁶ en Marrakech tras un largo y duro proceso de 8 años de negociaciones, siendo la más exitosa de las Rondas del Sistema Multilateral de Comercio y alcanzando acuerdos sustanciales⁷

³ A los países signatarios del GATT se les denominaba oficialmente “Partes Contratantes del GATT”.

⁴ Según el artículo XXII del Acuerdo General, titulado “Consultas”: “1. Cada parte contratante examinará con comprensión las representaciones que pueda formularle cualquier otra parte contratante, y deberá brindar oportunidades adecuadas para la celebración de consultas sobre dichas representaciones, cuando éstas se refieran a una cuestión relativa a la aplicación del presente Acuerdo. 2. Las partes contratantes podrán, a petición de una parte contratante, celebrar consultas con una o más partes contratantes sobre toda cuestión para lo que no haya sido posible hallar una solución satisfactoria por medio de las consultas previstas en el párrafo 1”.

⁵ FERNÁNDEZ, X., *La OMC y el Derecho Internacional, Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho Internacional general*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2006, p. 69.

⁶ Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (en inglés, *Marrakech Agreement Establishing the World Trade Organization*), 15 de abril de 1994, WTO Doc. LT/UR/A/2. En Textos RU.

⁷ Alcanzando acuerdos sustanciales en reglamentación de restricciones no arancelarias, así como en áreas novedosas para la reglamentación comercial internacional como es el comercio de servicios y la propiedad intelectual.

tanto en reducciones arancelarias al comercio así como tener un mayor control multilateral en la solución de diferencias. Por estas razones, se vio la imperiosa necesidad de reformar el sistema en el marco de una ronda de negociaciones multilaterales, por lo que a través de la Declaración de Punta del Este del 20 de septiembre de 1986 se sentaron los objetivos de la negociación en materia de solución de controversias. Estos fueron: asegurar la solución pronta y efectiva de las diferencias, que beneficie a las Partes Contratantes, con la elaboración de disposiciones que faciliten el cumplimiento de las recomendaciones⁸. Teniendo como resultados: la constitución de la OMC⁹ el 1 de enero de 1995 siendo pieza clave para la economía mundial, ya que se dedica a gestionar la liberalización de las transacciones mundiales y el establecimiento de un sistema de solución de diferencias¹⁰ más complejo.

⁸ Secretaría del GATT, Declaración Ministerial de Punta del Este, 20 de septiembre de 1986, IBDD, 33S/44.

⁹ MONTAÑA, M., *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT*, McGraw-Hill, Madrid, 1997; BERMEJO, R., SAN MARTÍN SANCHEZ DE MUNIAIN, L., *Del GATT a la Organización Mundial del Comercio: análisis y perspectivas del futuro*, Anuario de Derecho Internacional, núm. 12, 1996, pp. 147-200; BERMEJO, R., *La reestructuración del sistema comercial internacional tras la Ronda de Uruguay: la OMC*, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, Madrid, 1997, pp. 89-126.

¹⁰ Sacerdoti describió brevemente el proceso de solución de diferencias de la OMC. Explicó que el proceso comienza con consultas bilaterales entre el gobierno que plantea una cuestión y el gobierno acusado de violar las obligaciones impuestas por la OMC. Si no se llega a una solución mutuamente convenida, se establece un Grupo Especial de expertos elegidos específicamente para examinar la diferencia, que actúa con un plazo determinado y conforme a las normas del debido proceso. Al fin de la etapa del Grupo Especial, su informe o bien es adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias (el "OSD") o es apelado por las partes ante el Órgano de Apelación. El Órgano de Apelación está integrado por siete personas de diferentes jurisdicciones geográficas, expertos en asuntos jurídicos y comerciales, elegidos por los Miembros por mandatos de cuatro años, renovables una única vez. El informe del Órgano de Apelación se envía seguidamente al OSD y pasa a ser vinculante cuando los Miembros lo adoptan empleando la norma de consenso negativo o en contrario. Por último, se llega a la etapa de cumplimiento y aplicación, que no es habitual en otros marcos internacionales, en la que la parte obligada a cumplir indica la manera y el plazo en que prevé hacerlo. Esa etapa está sujeta a la supervisión multilateral de los Miembros y del OSD. Si la aplicación no resulta satisfactoria, el Grupo Especial puede ser convocado nuevamente para determinar el cumplimiento. El Miembro que no cumple la decisión del Grupo Especial puede verse enfrentado a contramedidas, en el sentido de la privación de los beneficios de la OMC. Sacerdoti manifestó que esa situación se ha dado muy pocas veces; la mera existencia de esa posibilidad induce al cumplimiento voluntario. OMC, Foro Público de la OMC, *¿Cómo puede contribuir la OMC a encauzar la globalización?*, Suiza, 2007, pp. 120 y 121.

Dentro de las principales novedades que se introdujeron al mecanismo de solución de controversias de la OMC principalmente se encuentra el Órgano de Apelación cuyo objetivo es otorgar mayor certeza y previsibilidad al sistema de solución de diferencias. En la presente tesis veremos que la eficacia del Órgano de Apelación se ha medido y se mide por su contribución al progreso del Derecho comercial internacional a través del desarrollo de un repertorio amplio de jurisprudencia.

Una importante razón de que se haya constituido el Órgano de Apelación es que, desde que se redactó el ESD, los informes de los Grupos Especiales han tratado de mejorar su técnica jurídica, por lo cual en el actual sistema de solución de diferencias, los Miembros de la OMC ya no pueden impedir por sí solos la adopción de los informes de los Grupos Especiales, salvo que dispongan por lo menos de la aprobación tácita de todos los demás Miembros presentes en el OSD.

Estados Unidos de América (en adelante, EE.UU.) por ser la primera potencia económica en el mundo tiene un gran poder económico y político en la OMC. Parte de su poder se ve reflejado en su ya cotidiana práctica del zeroing, que a pesar de que la mayoría de los Miembros de la OMC y las resoluciones del Órgano de Apelación están en contra de dicha práctica, en la actualidad no se ha podido retirar ni prohibir, por lo tanto para evitar dichos supuestos en la solución de controversias del TLCAN es necesario implementar un Órgano de Apelación Permanente en donde sus resoluciones tengan el carácter vinculante para las Partes y por ende haya mayor virtualidad y confianza en el futuro del TLCAN.

Entre los múltiples y complejos temas que enfrentaron en la negociación del TLCAN entre México, EE.UU. y Canadá, uno de los que más importancia tuvo para los tres países fue el de los mecanismos de solución de controversias que debían incluirse en el TLCAN. Dicha importancia se derivó de la conciencia de la negociación para que a final de cuentas se diera como resultado un cuerpo complejo de detalladas normas y reglas obligatorias para los tres socios por lo

que, era importante incluir mecanismos efectivos para resolver las controversias que surgieran como resultado de la implementación del mismo y que sirvieran para aclarar la ambigüedad en las normas o reglas negociadas, que forzaran al cumplimiento del marco normativo y que facilitaran la identificación de fórmulas para prevenir o minimizar conflictos, promoviendo los objetivos del TLCAN¹¹.

En el estudio de los mecanismos de solución de controversias del TLCAN, el interés en la presente tesis se centra en los mecanismos de los Capítulos XIX y XX por tratarse de mecanismos análogos a los de la OMC en materias comerciales.

En la actualidad se puede observar que entre más concretas y precisas son las obligaciones pactadas entre los países, los Tratados incluirán una mayor variedad de técnicas para resolver los problemas o controversias que se susciten en relación con lo pactado.

Al día de hoy el TLCAN no cuenta con un mecanismo de apelación permanente para la revisión de las decisiones de los paneles, dando lugar a que este sistema sea es menos judicial y vinculante, como cuestión de derecho, y por ende es más flexible y diplomático¹² que el sistema de la OMC¹³, es decir, en el

¹¹ VEGA, G., *México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, UNAM, México, 2005, p. XXV.

¹² Para TREBILCOCK y HOWSE, utilizar los términos “político” y “jurídico” para diferenciar entre los distintos medios es en cierto sentido desorientador, considerando que resulta más adecuado calificar a este conjunto de medios como medios de solución de diferencias conforme a normas jurídicas y subrayar que emplean procedimientos con diversos grados de formalización. TREBILCOCK, M. y HOWSE, R., *The regulation of International Trade. Political Economy and Legal Order*, Routledge, 1995, p. 386. El modelo diplomático se caracteriza por el uso de técnicas tales como la consulta, mediante la cual las propias partes intentan por sí mismas resolver cualquier controversia que surja; o la mediación o conciliación, que consiste en la aceptación por las partes de la acción de terceros a fin de que éstos ayuden a proponer una base de resolución que resulte mutuamente satisfactoria en caso de una controversia. VEGA, G., *México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte...op. cit.* p. XXVI.

¹³ STEGER, D., *La Solución de Controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)* en LACARTE, J. y GRANADOS, J., *Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales*, BID-INTAL, Buenos Aires, 2004, p. 194.

TLCAN se cuenta con un mecanismo de solución de controversias en donde pesa más el poder político que lo estrictamente jurídico¹⁴.

Vale la pena reiterar que la solución de controversias es un aspecto fundamental en los acuerdos comerciales internacionales. Sin embargo, a pesar de la importancia de los sistemas de solución de diferencias, hay relativamente poca literatura y poca jurisprudencia sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y los sistemas de solución de diferencias del TLCAN.

No es posible calificar de bueno o malo un sistema de solución de controversias sin tomar en cuenta el contexto en el cual está operando. Éste será positivo y cumplirá con sus objetivos en la medida en que evite generar las controversias que pongan en riesgo no sólo la observancia o cumplimiento de lo acordado o de las resoluciones emitidas en el sistema de solución de controversias, sino al Tratado en su conjunto, cuyo objetivo principal es el equilibrio entre los Miembros¹⁵.

DESCUBRIMIENTO DEL PROBLEMA

PREGUNTA:

¿Sí en los mecanismos de solución de controversias del TLCAN hubiera un Órgano de Apelación Permanente similar al de la OMC, habría un equilibrio entre sus Miembros caracterizándose por un proceso más transparente, objetivo y justo?

¹⁴ Tal y como afirma Zapatero, “utilizar los términos político y jurídico para diferenciar entre los distintos medios es en cierto sentido desorientador habida cuenta del límite de compatibilidad sustantiva impuesto por el artículo 3.5. ZAPATERO, P., *Derecho del Comercio Global*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2003, pie de página 18, pp. 43 y 44.

¹⁵ LEYCEGUI, B., FERNANDEZ DE CASTRO, R., *TLCAN ¿Socios Naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, D.F., 2000, pp. 576 y 577.

PLANTEO PRECISO DEL PROBLEMA.

HIPÓTESIS:

Sí en los mecanismos de solución de controversias del TLCAN hubiera un Órgano de Apelación Permanente similar al de la OMC, traería como consecuencia un equilibrio entre sus Miembros, caracterizándose un proceso más transparente, objetivo y justo y por ende le daría celeridad a las resoluciones para así poder facilitarles a las Partes la oportunidad de evitar los litigios que son largos y costosos.

OBJETO DE LA TESIS

En cuanto al objetivo específico de la presente tesis, este se centra en reforzar al TLCAN demostrando la necesidad de establecer un Órgano de Apelación Permanente en su mecanismo de solución de controversias, semejante al Órgano de Apelación de la OMC, para que haya un equilibrio entre sus Miembros y con el más estricto apego a derecho sean dirimidos los conflictos y posteriormente acatadas las resoluciones por las Partes litigantes, donde imperen principios y garantías iguales para las Partes, se fomente la independencia del TLCAN dotándolo de virtualidad.

BUSQUEDA DE CONOCIMIENTOS RELEVANTES AL PROBLEMA

OBJETIVOS PARTICULARES:

- 1.- Analizar los mecanismos de solución de controversias de la OMC.
- 2.- Analizar la incompatibilidad de las prácticas desleales del dumping y del zeroing.
- 3.- Analizar la jurisprudencia del Órgano de Apelación de la OMC.

4.- Analizar los mecanismos de solución de controversias del Capítulo XIX y XX del TLCAN.

5.- Justificar la necesidad del establecimiento de un Órgano de Apelación Permanente en el TLCAN.

6.- Proponer las bases de funcionamiento, composición, nombramiento del Órgano de Apelación Permanente en el TLCAN.

DELIMITACIÓN DEL TRABAJO

Por lo que se refiere a la delimitación del presente trabajo, hay que dejar claro que el tema de mecanismos de solución de controversias es amplio y complejo, lo cual sugiere que solamente el estudio general de los mecanismos de solución de controversias daría material suficiente para numerosos trabajos de investigación, por lo cual me limito a estudiar, los mecanismos de solución de controversias en la OMC y los mecanismos de solución de controversias de los capítulos XIX y XX del TLCAN por tratarse de mecanismos análogos a los de la OMC en materias comerciales.

El dumping y el zeroing como ejemplos de prácticas desleales de comercio, son temas en este contexto que justifican la necesidad de establecer un Órgano de Apelación Permanente, lo cual me llevó a dedicarles un capítulo en la presente tesis, capítulo que hice basado en que el zeroing, es una metodología que emplea el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América con el propósito de manipular el cómputo del margen promedio de dumping de los productos extranjeros, a fin de conseguir un resultado que les permita imponer medidas antidumping a dichos productos, por lo que dicha práctica es rechazada por los restantes 152 Miembros de la OMC. De la misma manera, es importante comentar que es poca la doctrina jurídica del zeroing y por ende el interés del jurista, debido a que es un tema desconocido, bastante técnico y complicado.

METODOLOGÍA DEL TRABAJO

Para dar un enfoque pertinente a esta investigación se aplicarán varios métodos como el científico, el jurídico, el analítico, el histórico y el comparativo soportados en técnicas de investigación bibliográfica e internet; todos estos métodos coadyuvarán a precisar el contenido y desarrollo de la presente tesis. El contenido del presente estudio se desarrolla en cuatro capítulos, conclusiones y una propuesta.

De la aplicación de dichos criterios metodológicos se ha deducido lo siguiente:

En el Capítulo Primero, se hace referencia al fenómeno del poderío económico de los EE.UU. que ha provocado la liberalización de los intercambios y la influencia de su cultura, su sistema jurídico y administrativo que ha tenido en todo el mundo.

De la misma manera, contiene un marco histórico del sistema de solución de diferencias de la OMC, incluyendo un panorama de la evolución de dicho sistema, desde sus orígenes hasta nuestros días. Partiendo de que en la actualidad las relaciones internacionales están definidas por el fenómeno de la globalización, entendiéndola como un producto estadounidense, donde el derecho internacional se transforma rápidamente y los sistemas jurídicos de los diversos Estados se interrelacionan cada vez más entre sí y con sistemas jurídicos internacionales de diversa importancia, que se orientan rápidamente a constituir un nuevo sistema jurídico mundial. En este sentido el estudio se ha hecho desde una perspectiva de la evolución del Derecho Internacional, concretamente en la figura de la OMC, centrandó el estudio en sus antecedentes, principios, objetivos, estructura, estadísticas, eficacia y figuras jurídicas importantes como el Órgano de Apelación. Así mismo se hace una reflexión sobre la propuesta de México presentada ante el OSD el 13 de julio de 2007 en relación a enmendar el ESD.

En el Segundo Capítulo se estudia la regulación del dumping y del zeroing, como ejemplos de prácticas desleales que justifican la necesidad de establecer un Órgano de Apelación Permanente en el TLCAN. El estudio se centró particularmente en lo regulado por EE.UU., México y Canadá, al igual que las disposiciones del Derecho internacional en el marco legal de las medidas antidumping en la OMC, abarcando el Artículo VI del GATT de 1994 y el Acuerdo Antidumping. Al respecto se realiza un estudio de las coincidencias y discrepancias entre el Acuerdo Antidumping y la Ley de Comercio Exterior mexicana.

De la misma manera se hace una referencia a las estadísticas de las investigaciones antidumping, ya que en la OMC, la invalidación del Órgano de Apelación de la práctica del zeroing, ha sido bastante radical, de manera más específica el Órgano de Apelación, ha constatado en varias ocasiones que el zeroing es incompatible con las normas de la OMC. Desafortunadamente no existe en la normatividad de la OMC una regulación vinculante que prohíba la práctica del zeroing. Por lo tanto ¿cómo puede el Órgano de Apelación delinear una conducta a seguir por los Miembros de la OMC cuando sus normas no regulan de forma clara dicho comportamiento?

Otro aspecto relevante en este capítulo es el estudio del asunto “DS344 Estados Unidos-Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México”, en el que el Órgano de Apelación de la OMC ha hecho público su informe. El fondo de este asunto no difiere de casos anteriores sobre el problema de la compatibilidad del método del zeroing utilizado por el USDOC de EE.UU. para obtener los márgenes de dumping. Lo interesante de este caso es que el Grupo Especial que emitió el informe apelado por México llegó a conclusiones contrarias a las que ya había llegado el Órgano de Apelación en casos anteriores, demostrándose por analogía para el TLCAN la necesidad de establecer un Órgano de Apelación Permanente con resoluciones vinculantes.

En relación con el problema en cuestión, el Órgano de Apelación prefirió no pronunciar una declaración específica de incompatibilidad con los Acuerdos, alegando que ya había corregido los razonamientos jurídicos que llevaron al Grupo Especial a conclusiones erróneas. Sin embargo, dedicó algunos párrafos a la cuestión del precedente, donde afirmó que si bien no existía una obligación jurídica de tal carácter, sí hay una expectativa de que los Grupos Especiales sigan las conclusiones del Órgano de Apelación en diferencias anteriores, sobre todo cuando las cuestiones son las mismas. Es más, el Órgano de Apelación sostuvo que esta regla sólo podía dejarse de lado cuando existan razones imperativas que lo justifiquen.

Para finalizar el estudio del capítulo, se hace una reseña de las constataciones pertinentes del Órgano de Apelación en anteriores diferencias de zeroing, así como una evaluación de la jurisprudencia del zeroing en la OMC.

El TLCAN ha sido considerado como uno de los Tratados más avanzados. Sus mecanismos de resolución de controversias comerciales han servido de inspiración a otros Acuerdos de gran importancia como la Ronda de Uruguay que culminó con la creación de la OMC.

El sistema de solución de controversias en el TLCAN se encuentra integrado por un conjunto de reglas, instituciones y procedimientos mediante el cual México, EE.UU. y Canadá buscaron prevenir, atender y resolver los problemas y diferencias que se fueran presentando, ya que de no haberse incluido dicho régimen o de carecer de efectividad, los socios comerciales no tendrían la posibilidad de exigir el cumplimiento de lo convenido.

En el Capítulo Tercero han sido objeto de estudio los mecanismos de los Capítulos XIX y XX del TLCAN, por tratarse de mecanismos análogos a los de la OMC en materias comerciales. El Capítulo XX se denomina “Disposiciones Institucionales y Procedimientos para la Solución de Controversias”, que instituye los llamados Paneles Arbitrales, para resolver controversias Estado contra Estado

sobre la interpretación y aplicación del Tratado. El Capítulo XIX se denomina “Revisión y Solución de Controversias en Materia Antidumping y Cuotas Compensatorias”, que instituye los llamados Paneles Binacionales, para resolver controversias entre los particulares contra el Estado sobre dicha materia.

Se destaca la importancia que en general el TLCAN no cuenta con un Órgano de Apelación, siendo este sistema menos judicial y vinculante, como cuestión de derecho, y por ende más flexible y diplomático que el sistema de la OMC.

De la misma manera se hace referencia a la evolución de las estadísticas del Capítulo XX del TLCAN, ya que el número de procedimientos iniciados de conformidad a este capítulo ha sido sorprendentemente bajo. Asimismo se analiza la controversia de “Servicios Trasfronterizos de Transportes” entre EE.UU. y México, por la atención pública y gubernamental que ha atraído, así como por su trascendencia política y económica e ilustra cómo se han manejado las controversias en el TLCAN. Se hace una comparación del Capítulo XX del TLCAN con el ESD de la OMC, destacando las ventajas y desventajas entre ambos mecanismos.

Asimismo se hace referencia a las negociaciones entre México, EE.UU. y Canadá, para contar con un mecanismo similar de resolución de controversias al que EE.UU. y Canadá habían negociado en el Capítulo XIX del ALC, teniendo México como objetivo un acceso seguro y estable al mercado estadounidense y canadiense, ya que el objetivo principal que tuvo Canadá en el Capítulo XIX del ALC, fue crear un mecanismo de solución de controversias que se caracterizara por un proceso más transparente, objetivo y justo.

De la misma manera se enfatiza en que el TLCAN no incluye disposiciones de fondo relativas a las investigaciones y medidas en materia de derechos antidumping y compensatorios y en cambio, reconoce el derecho de cada una de las Partes a aplicar su propia legislación interna al respecto, por ende se hace

referencia a los sistemas jurídicos estadounidense, canadiense y mexicano de defensa contra prácticas desleales de comercio internacional, siendo éstos en general similares y apegándose en gran parte a las normas de la OMC.

Se destaca la importancia que el procedimiento ante el CIE no constituye una instancia de apelación respecto a las resoluciones emitidas por los paneles binacionales, ya que las resoluciones de éstos son obligatorias y definitivas.

Asimismo se analiza el caso “Manzanas originarias de los Estados Unidos”, destacando el gran problema que se tiene para la conformación de un Panel y el hecho de que el Panel haya citado precedentes del Órgano de Apelación de la OMC, que además de novedoso, parece adecuado.

Se hace referencia a la evolución de las estadísticas del Capítulo XIX del TLCAN. Se presenta una comparación del Capítulo XIX del TLCAN con el ESD de la OMC, destacando las ventajas y desventajas entre ambos mecanismos, donde el mecanismo del TLCAN puede ser más expedito que el proceso de la OMC.

En el Capítulo Cuarto se propone la necesidad de establecer un Órgano de Apelación Permanente en el TLCAN similar al de la OMC, ya que en la actualidad el TLCAN por su falta de eficacia, no es el marco más conveniente para resolver controversias comerciales. Una especial referencia hacemos al manejo del factor político en los mecanismos de solución de controversias en el TLCAN.

En la actualidad se tiene la necesidad de establecer un mecanismo de solución de controversias en el ámbito del TLCAN, como el Órgano de Apelación de la OMC, para que haya un equilibrio entre los Miembros, el cual le dé celeridad a las resoluciones para así poder facilitarles a las Partes la oportunidad de evitar los litigios que son largos y costosos.

Para finalizar el capítulo, de manera general se establecen características que deberá tener el Órgano de Apelación Permanente en el TLCAN, así como su composición y estructura.

Como último apartado, se hace una valoración de los capítulo anteriores extrayendo conclusiones finales y en base a éstas, la propuesta de establecer un Órgano de Apelación Permanente en el TLCAN similar al de la OMC.

Capítulo 1

El sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio

1. La Globalización-americanización

La globalización es “*un proceso o conjunto de procesos que lleva consigo una transformación en la organización espacial de las relaciones y transacciones sociales evaluadas en términos de su extensión, intensidad, velocidad e impacto que genera flujos transcontinentales e interregionales y redes de actividad, interacción y ejercicio del poder*”¹⁶.

La globalización también ha sido definida como el proceso de desnacionalización de los mercados, las leyes y la política en el sentido de interrelacionar pueblos e individuos por el bien común. Aunque puede ser discutible que ello lleve al bien común¹⁷.

En nuestros días las relaciones internacionales están definidas por el fenómeno de la globalización¹⁸. Actualmente se producen varios fenómenos tanto

¹⁶ HELD, D. y MCGREW, A., *The Global Transformation Reader. An Introduction To The Globalization Debate*. Cambridge, 2001. Polity Press. Citado por LAPORTA, J., *Globalización e Imperio de la Ley*. Un texto provisional para el debate con algunas dudas y perplejidades de un viejo westfaliano, en derecho y justicia en una sociedad globalizada, Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Granada, España, Mayo 2005, p. 233.

¹⁷ GRUN, E., *La globalización del derecho: un enfoque sistémico y cibernético*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina, en <http://www.inter-mediacion.com/grun.htm>, consultada el 28 de mayo de 2010.

¹⁸ La globalización de los negocios genera importantes desafíos. El caso de la OMC es un ejemplo paradigmático y, muy en particular su mecanismo de solución de diferencias. Sin duda, es una institución internacional con decisivas repercusiones para nuestra sociedad. Esta innovadora organización se caracteriza por una universalización progresiva, la vocación expansiva de su regulación, su hiperlegalizada estructura institucional y un amplio conjunto de instrumentos multilaterales de carácter obligatorio. Sin embargo, es su mecanismo de solución de diferencias el que destaca con luz propia desde una óptica de diseño institucional. Este “guardian” del derecho de la OMC carece de precedentes en la historia del derecho internacional público: Dispone de una jurisdicción cuasi-universal vinculante para todos los Miembros de la organización (que abarca al día de hoy 153 (7 de noviembre de 2011)) y tiene competencia para resolver diferencias sobre la aplicación de más de 400 páginas de textos normativos. ZAPATERO, P., *Participación pública y privada en los litigios de la OMC*, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, núm. 16, 2008, p. 1, disponible en: <http://www.reei.org>; MONTAÑA I MORA, M., *A GATT with Teeth: Law Wins Over Politics in the Resolution of International Trade Disputes*, 31 Columbia Journal of Transnational Law 1, 1993, pp.103-180.

en el ámbito del Derecho Público como Privado, en forma simultánea: por una parte el Derecho internacional se transforma rápidamente y asume una función creciente y dominante sobre los sistemas jurídicos nacionales. Los sistemas jurídicos de los diversos Estados se interrelacionan cada vez más entre sí y con sistemas jurídicos internacionales de diversa importancia, que se orientan rápidamente a constituir un nuevo sistema jurídico mundial. Lo anterior encuentra algunos antecedentes, la creación de la Corte Internacional de Justicia¹⁹, después en el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas²⁰ (en adelante, ONU) en el que se establece un nuevo orden jurídico internacional basado en la multilateralidad. En el foro de la ONU donde por primera vez los Estados ceden a través de un Acuerdo global parte de su soberanía a un organismo supranacional con la finalidad de que éste se encargue de resolver asuntos tales como la paz y la seguridad del planeta. Los Estados, al ingresar al organismo renuncian a usar la fuerza en las relaciones internacionales y se comprometen a cooperar para resolver problemas comunes de índole económica, social, política y de respeto de los derechos humanos. Es así como surgen mecanismos y órganos

¹⁹ La Corte Internacional de Justicia (también llamada Tribunal Internacional de Justicia) es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas. Fue establecida en 1945, en La Haya (Países Bajos) siendo la continuadora, a partir de 1946, de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Sus funciones principales son resolver por medio de sentencias las disputas que le sometan los Estados (procedimiento contencioso) y emitir dictámenes u opiniones consultivas para dar respuesta a cualquier cuestión jurídica que le sea planteada por la Asamblea General o el Consejo de Seguridad, o por las agencias especializadas que hayan sido autorizadas por la Asamblea General de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas (procedimiento consultivo). El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia forma parte integral de dicha Carta, situada en su capítulo XXV. En virtud del artículo 30 del Estatuto, la Corte adoptó el 14 de abril de 1978 un Reglamento mediante el cual se determinó la manera de ejercer sus funciones y, en particular, sus reglas de procedimiento. Los idiomas oficiales de la Corte son el francés y el inglés. <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>, consultada el 16 de diciembre de 2010.

²⁰ Las Naciones Unidas es una organización internacional fundada en 1945 tras la Segunda Guerra Mundial por 51 países que se comprometieron a mantener la paz y la seguridad internacionales, desarrollar relaciones amistosas entre las naciones y promover el progreso social, mejores niveles de vida y los derechos humanos. Debido a su singular carácter internacional, y las competencias de su Carta fundacional, la Organización puede adoptar una decisión sobre una amplia gama de cuestiones, y proporcionar un foro a sus 192 Estados Miembros para expresar sus opiniones, a través de la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social y otros órganos y comisiones. <http://www.un.org/es/aboutun/>, consultada el 16 de diciembre de 2010.

especializados tales como el GATT²¹ (*General Agreement on Tariffs and Trade*) (Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio) hoy la Organización Mundial del Comercio, el Banco Mundial²², entre otros²³.

El fenómeno de la fuerza económica de los EE.UU. y su influencia en todo el mundo ha provocado la liberalización de los intercambios y, con ello, su cultura, su sistema jurídico y administrativo, su técnica y su vocabulario se ha globalizado. La participación de los EE.UU. en la Segunda Guerra Mundial también hizo lo suyo, los acontecimientos mundiales posteriores, y aun los actuales como la crisis económica mundial de 2007 originada en éste país, muestran su presencia en todo el mundo²⁴.

²¹ El GATT es un acuerdo multilateral, creado en la Conferencia de La Habana, en 1947, firmado en 1948, por la necesidad de establecer un conjunto de normas comerciales y concesiones arancelarias, y está considerado como el precursor de la Organización Mundial de Comercio. El GATT era parte del plan de regulación de la economía mundial tras la Segunda Guerra Mundial, que incluía la reducción de aranceles y otras barreras al comercio internacional. El origen del GATT se encuentra en la reunión de la comisión preparatoria de la Conferencia Internacional de Comercio, bajo el patrocinio de la ONU, tuvo lugar en Londres a finales de 1946. La segunda sesión se celebró en Ginebra en 1947 y en ella se elaboró un proyecto de Carta de Comercio Internacional, que se completó en la Conferencia de la Habana en noviembre de 1947. La primera versión del GATT, desarrollada en 1947 durante la Conferencia sobre Comercio y Trabajo de las Naciones Unidas en La Habana, es referida como "GATT 1947". En enero de 1948, el acuerdo fue firmado por 23 países. "Los años del GATT de la Habana a Marrakech" véase http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact4_s.htm, consultada el 16 de diciembre de 2010.

²² El Banco Mundial, creado en 1944, tiene su sede en la ciudad de Washington y cuenta con más de 10,000 empleados distribuidos en más de 100 oficinas en todo el mundo. El Banco Mundial es una fuente vital de asistencia financiera y técnica para los países en desarrollo de todo el mundo. Su misión es combatir la pobreza con pasión y profesionalidad para obtener resultados duraderos, y ayudar a la gente a ayudarse a sí misma y al medio ambiente que la rodea, suministrando recursos, entregando conocimientos, creando capacidad y forjando asociaciones en los sectores público y privado. No se trata de un banco en el sentido corriente; esta organización internacional es propiedad de 187 países miembros y está formada por dos instituciones de desarrollo singulares: el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) y la Asociación Internacional de Fomento (AIF). <http://web.worldbank.org>, consultada el 16 de diciembre de 2010.

²³ RODRÍGUEZ, G., *Derecho Internacional y Globalización...op. cit.*

²⁴ <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/bfla-americanizacion-del-derecho--empirismo-y-¿La-americanización-del-Derecho?Empirismo-y-Racionalismo-en-el-orden-jurídico> (El Sistema Angloamericano (Common law) y el Sistema Continental (Civil law) por OLSEN, A. G, consultada el 26 de mayo de 2010.

Para entender mejor la globalización jurídica²⁵, tal y como afirma Ballbé, es indispensable estudiar el modelo norteamericano de Estado administrativo y regulador, así como el funcionamiento y la armonización interna entre los 50 Estados y Washington²⁶.

Comenta Ballbé, que la globalización es en gran parte un producto de la americanización, que ha extrapolado su modelo administrativo y regulador a todo el mundo y que por lo tanto la globalización es sinónimo de americanización²⁷. Estoy de acuerdo con Ballbé debido a que en algunos aspectos, EE.UU. es la sociedad capitalista más avanzada del mundo, y sus instituciones representan el lógico desarrollo de las fuerzas del mercado. Por lo tanto si son las fuerzas de mercado las que empujan la globalización, es inevitable que la americanización acompañe a la globalización²⁸.

Ballbé señala que la globalización-americanización tiene aspectos positivos, ya que al analizar el sistema jurídico norteamericano se comprueba que ha sido pionero en los nuevos derechos conquistados durante las últimas décadas: derechos civiles, de la mujer, ambientales, laborales, sociales y de respeto y protección de las minorías, a la salud, a la seguridad alimentaria, a la seguridad vial. Y es que lo estadounidense y el Derecho norteamericano no han sido producto sólo de un enfoque neoliberal y neoconservador, sino que ha habido un trascendental activismo de los movimientos comunitarios, inigualable en Europa o en el resto del mundo²⁹.

²⁵ Los ejemplos más visibles y resonantes del fenómeno de la globalización jurídica, en los últimos tiempos, han sido el del juicio a Pinochet y la creación del Tribunal Penal Internacional. Porque es justamente en el campo de los derechos humanos donde comienza a notarse la aparición de mecanismos e instituciones jurídicas globales. ANDRICH, M., *Derechos humanos y globalización*, La Ley Actualidad 18-2-99, p. 2.

²⁶ BALLBÉ, M., *Revista de Administración Pública...op. cit.*, p. 216. El funcionamiento y la armonización entre los 50 Estados de los EE.UU. se encuentran ampliamente estudiados en BALLBÉ, M. y PADRÓS, C., *Estado competitivo y armonización europea*, Ariel, 2000, y en BALLBÉ, M. y MARTÍNEZ, R., *Soberanía Dual y Constitución Integradora. La reciente doctrina federal de la Corte Suprema norteamericana*, Ariel, Barcelona, 2003.

²⁷ BALLBÉ, M., *Revista de Administración Pública... op. cit.*, p. 216.

²⁸ <http://www.ciudadpolitica.com/modules/news/makepdf.php?storyid=396>, *Entrevista a FUKUYAMA, F., La globalización es aún muy superficial*, consultada el 26 de mayo de 2010.

²⁹ BALLBÉ, M., *Revista de Administración Pública... op. cit.*, p. 217.

De la misma manera Ballbé comenta que la americanización del Derecho de la Competencia se evidenció en Europa puesto que, con la derrota del nazismo, como señaló Garrigues, “*los soldados americanos llevaban en sus mochilas la Sherman Act³⁰ de 1890*”, porque siempre entendieron que el nazismo y la concentración del poder político no eran más que el resultado de una previa concentración de poder económico a través de los cárteles alemanes³¹.

Muchos de los principios constitucionales que constituyen lo que Ballbé llama la “americanización del derecho”, se recogen en la obra de los fundadores de la constitución americana, especialmente Madison. Con la *Administrative Procedure Act* de 1946 se materializa y concreta más el sistema constitucional federal. Ciertamente, *El Federalista* recoge las piezas esenciales del sistema de *checks and balances* articulado en tres pilares. En primer lugar, la separación horizontal de poderes, entendida como un sistema auténtico de contrapoderes. El ejemplo más palpable es el control constitucional de las leyes por el poder judicial, pero también el hecho de tener un sistema electoral separado y diferente el ejecutivo y el legislativo ha comportado un contrapoder real, ya que, en doscientos años, apenas durante unas pocas decenas se ha dado la misma mayoría en el

³⁰ La Ley Sherman Antitrust (en inglés, *Sherman Antitrust Act*), publicada el 2 de julio de 1890, fue la primera medida del Gobierno federal estadounidense para limitar los monopolios. El acta declaró ilegales los *trust*, por considerarlos restrictivos para el comercio internacional. Fue creada por el senador estadounidense John Sherman, de Ohio y aprobada por el presidente Benjamin Harrison. Su texto original dice: “*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal*”. En español: “*Todo contrato o combinación en la forma de confianza o de otra forma, o conspiración, en restricción del intercambio o comercio entre los diversos estados o con naciones extranjeras, es declarado ilegal*”. Esta ley contiene dos disposiciones principales: 1.- Se declara ilegal todo contrato, combinación en forma de trust o de otra clase, o conspiración restrictiva del tráfico o del comercio entre los Estados o con países extranjeros... (Sección 1). 2.- Considera reo de delito punible a toda persona que monopolice o trate de monopolizar cualquier parte de la actividad o el comercio entre o los diversos Estados o con naciones extranjeras y toda persona que se coaligue o entre en combinación con cualquier otra persona o personas para monopolizar cualquier parte del comercio entre los Estados federados o con otros países (sección 2). <http://www.eumed.net/libros/2008a/369/Sherman%20Act%20de%201890.htm>, consultada el 16 de diciembre de 2010.

³¹ GARRIGUES, J., *La defensa de la competencia mercantil*, Madrid, 1964. Véase también CASES, L., *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Marcial Pons-EAPC, 1995, en BALLBÉ, M., *Revista de Administración Pública... op. cit.*, p. 218.

poder legislativo y en el ejecutivo. En segundo lugar, la separación vertical (central-estatal y local) de poderes. En tercer lugar, es la vertebración de un activo sistema de grupos de representación de intereses para que una mayoría incluso electoral no pueda tiranizar a las minorías³².

Esta articulación de la representación de los grupos ya se concretó en el poder legislativo con el reconocimiento de los *lobbies* desde el principio. Es decir, que la representación parcial de los ciudadanos podía acceder a la antesala (*lobby*) del Parlamento para influenciarlo, así como mediante los *hearings* (audiencias públicas), para que los grupos pudieran exponer sus posicionamientos. Es de este procedimiento parlamentario y del judicial de donde provienen los principios del procedimiento administrativo de participación de los grupos. En este sentido se ha dicho que la garantía de los derechos fundamentales no se podía asegurar sólo con Constitución y leyes, sino estableciendo un equilibrio de poderes y de grupos en el proceso político y jurídico, tal y como Madison explica en *El Federalista*, núm. 10:

“cuanto más escasos son los distintos partidos y grupos de intereses, más frecuente es que la misma fracción tenga la mayoría. Ampliad la esfera de acción y admitiréis una mayor variedad de partidos e intereses; haréis menos probable que una mayoría del total tenga motivo para usurpar los derechos de los demás ciudadanos”.

Dado el poder, el impacto y la influencia global que ha tenido el derecho norteamericano, tal y como afirma Ballbé, es imprescindible incluso para combatirlo o para competir con él tener el máximo conocimiento de ese sistema jurídico y administrativo. Y, obviamente, podemos constatar que éste se basa en una amplia *regulatory law*, en unas potentes administraciones públicas reguladoras y en unos profesionales especializados³³.

Cabe señalar algunas de las agencias federales administrativas porque han proyectado el sistema administrativo y regulador global. Por ejemplo, la Comisión

³² BALLBÉ, M. y MARTÍNEZ, R., *Soberanía dual y constitución integradora...op. cit.*, p. 26.

³³ HEINZERLING, L. y TUSHNET, M., *The regulatory and administrative state*, Oxford, 2006, en BALLBÉ, M., *Revista de Administración Pública...op. cit.*, p. 245.

del Comercio Interestatal³⁴ (abreviadamente, ICC) y la Comisión del Comercio Federal³⁵ (abreviadamente, FTC) han inspirado lo que es hoy la Organización Mundial del Comercio³⁶.

1.1. La armonización entre Washington y los Estados

Otra cuestión del sistema federal norteamericano imprescindible para comprender la globalización-americanización es el sistema de armonización jurídica entre los 50 Estados y Washington y el Derecho federal. La primera cuestión a analizar es que los 50 Estados norteamericanos disponen de la mayoría de las competencias legislativas³⁷. Tal y como afirma Ballbé ésta es una

³⁴ La Comisión de Comercio interestatal (ICC), fue el primer organismo federal de regulación de EE.UU., se instituyó en 1887 para controlar los precios, las rutas y la calidad del servicio de la red ferroviaria interestatal. PARKIN M., *Economía*, Pearson, sexta edición, México, 2004, p. 392.

³⁵ Cuando se creó la Comisión del Comercio Federal (FTC) en el año 1914, su propósito fue el de prevenir los métodos desleales de competencia dentro del comercio como parte de la batalla “abajo los monopolios”. Con el paso de los años, el Congreso promulgó leyes adicionales otorgándole a la agencia una mayor autoridad para custodiar las prácticas anticompetitivas. En 1938, el Congreso promulgó una amplia prohibición contra las “prácticas o actos desleales y engañosos”. Desde entonces, a la Comisión también se le ha encomendado la administración de una amplia variedad de leyes de protección del consumidor que incluyen la Regla de Ventas de Telemarketing (*Telemarketing Sales Rule*), la Regla del Sistema de Pago por Llamada (*Pay-Per-Call Rule*) y la Ley de Igualdad de Oportunidad de Crédito (*Equal Credit Opportunity Act*). En el año 1975, el Congreso facultó a la FTC para que adoptara normativas de regulación para todo el sector comercial. La tarea de la FTC es desempeñada por el Buró de Protección del Consumidor, el Buró de Competencia y el Buró de Economía. Esta tarea es asistida por la Oficina del Consejo General y siete oficinas regionales. La FTC se ocupa de asuntos que conciernen la vida económica de cada uno de los estadounidenses. Es la única agencia federal que tiene jurisdicción tanto en el ámbito de la protección del consumidor como en el terreno de la competencia en amplios sectores de la economía. La FTC trabaja en pro de un cumplimiento de la ley vigoroso y efectivo; promueve el interés de los consumidores compartiendo su experiencia y conocimientos con las cámaras legislativas federales y con las legislaturas estatales, y con agencias gubernamentales de EE.UU. e internacionales; desarrolla políticas e investiga herramientas a través de audiencias, talleres y conferencias; y crea programas educativos prácticos elaborados en lenguaje corriente para consumidores y negocios que interactúan en un mercado global con tecnologías constantemente cambiantes, http://www.ftc.gov/ftc/about_es.shtml, consultada el 21 de diciembre de 2010.

³⁶ LIGHT, P., *Government's greatest achievements. From civil rights to Homeland Security*, Brookings, 2002, en BALLBÉ, M., *Revista de Administración Pública... op. cit.*, p. 245.

³⁷ La Décima enmienda de la Constitución de los EE.UU., en 1791, precisó sin ambigüedad alguna la situación: “Los poderes que la Constitución no delegue a los EE.UU., y que no prohíbe a las entidades federativas ejercer, se reservan a cada uno de las entidades federativas respectivamente o al pueblo”. Este postulado jamás ha sido abandonado. La competencia legislativa de las entidades federativas es la regla general; la competencia de las autoridades

de las claves del dinamismo y la innovación política jurídica e institucional de los EE.UU. Los 50 Estados, como dijo el juez de la Corte Suprema Brandeis, son verdaderos laboratorios de democracia, de experimentación y de innovación:

*“Los Estados y la Nación deben tener la facultad de remodelar, a través de la experimentación, nuestras prácticas económicas e instituciones para satisfacer las cambiantes necesidades sociales y económicas. La negación del derecho a experimentar puede acarrear serias consecuencias para la Nación. Una de las mayores ventajas del sistema de Estado compuesto es que una sola comunidad valerosa, si sus ciudadanos lo deciden, puede servir como laboratorio y probar nuevos experimentos sociales y económicos sin riesgo para el resto del país”*³⁸.

El experimentar a nivel federal no es aconsejable debido a que un error sería desastroso para toda la Unión Americana, por lo que son los Estados y los poderes locales los únicos que pueden ejercer de locomotoras de experimentación e innovación, hechos que les ha dado resultados muy beneficiosos y esto explica en buena parte su dinamismo económico, jurídico y social. El protagonismo de las administraciones locales y regionales en esta mecánica de experimentación e innovación se está extendiendo al ámbito global³⁹.

El Estado de Delaware⁴⁰ es un claro ejemplo de la armonización de los derechos de los 50 Estados, ocupando un lugar destacado en la competencia entre Estados, ya que casi el 50% de las empresas importantes norteamericanas se registran en el Estado de Delaware. Las empresas van a Delaware porque es un Estado muy sensible a la creación de un derecho regulador societario y mercantil de calidad adaptable al dinamismo económico, así como de exenciones fiscales y facilidades legales. En efecto, sus leyes societarias son las más innovadoras de los 50 Estados norteamericanos. Además, la creación de

federales es la excepción, y esta excepción debe estar mencionada en texto expreso de la Constitución.

³⁸ Voto particular de Brandeis en la sentencia *New State Ice Co. v. Liebman*, de 1932, considerado ya como un principio constitucional pluralista.

³⁹ SINGH, A., *Brandeis's happy incident revisited: U.S. cities as the new laboratories of international law*, *George Washington International Law Review*, núm. 37, 2005. También, véase DORF, M. y SABEL, C., *A constitution of democratic experimentalism*, *Columbia Law Review*, núm. 98, 1998, en BALLBÉ M., *Revista de Administración Pública...* op. cit., p. 246.

⁴⁰ BALLBÉ, M. y PADRÓS, C., *Estado competitivo y armonización europea...* op. cit., pp. 84-89.

tribunales mercantiles especializados contribuyó a resolver los conflictos societarios con mayor rapidez, especialización y solidez jurídica. De esta forma, las empresas actúan en los 49 Estados restantes primordialmente con el derecho societario del Estado de Delaware, en el sistema habitual federal de reconocimiento mutuo de legislaciones entre Estados.

Tal y como afirma Ballbé, en este sistema interestatal ahora global se demuestra que la competitividad de un país no depende únicamente de sus empresas, sino de la competitividad y calidad de sus administraciones, de sus regulaciones y de su sistema judicial⁴¹.

2. Del GATT a la OMC

Montaña⁴², señala que el principal problema que se plantea al estudiar el procedimiento de solución de diferencias del GATT desde una perspectiva jurídica es que no hay ninguna definición oficial de lo que debemos entender por “diferencia” o “procedimiento de solución de diferencias”, por esta ausencia nos debemos de remitir al concepto de “diferencia internacional” formulada por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el asunto de las concesiones palestinas de *Mavrommatis*: “una diferencia es un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una contradicción de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas”⁴³.

Se Puede definir como “diferencia” en el marco de la OMC a “un desacuerdo basado en una acción u omisión de uno o varios Miembros que, con independencia de que se suponga o no un incumplimiento de una obligación, provoca una anulación o menoscabo de ventajas resultantes directa o indirectamente de las normas de la OMC, o compromete el cumplimiento de uno

⁴¹ BALLBÉ, M., *Revista de Administración Pública... op. cit.*, p. 246.

⁴² MONTAÑA, M., *La OMC y el Reforzamiento del Sistema GATT...op. cit.*, p. 53.

⁴³ Véase asunto de las Concesiones palestinas a Mavrommatis (Grecia vs Reino Unido), 1924, CPJI: Serie A, Núm. 2, p. 11.

de los objetivos del mismo⁴⁴. Al respecto, Reyes señala que el concepto de “diferencia” que se utiliza en el ámbito de la OMC se tradujo de “*dispute*”, lo que hace que la traducción no sea la adecuada, porque debería ser disputa, no diferencia. De la misma manera señala que el concepto de controversia⁴⁵ (término que se asocia con litigio) y diferencia, cada uno desde su perspectiva (en el TLCAN se utiliza el término de “controversia”, mientras que en la OMC se utiliza el término de “diferencia”) deben entenderse como “litigio” ante cualquiera de los dos foros mencionados, ya que desde su punto de vista la distinción es meramente gramatical⁴⁶.

En la Conferencia Internacional de La Habana de 1947 y 1948 se evaluó la conveniencia y la mejor forma de estructurar el sistema de comercio mundial. De la misma manera por primera vez se negoció multilateralmente la liberación de aranceles⁴⁷. El resultado de esta negociación fue la elaboración de La Carta de La Habana firmada el 30 de noviembre de 1947, en la que se negociaron los aspectos más significativos para el proceso de internacionalización del comercio a través de un marco jurídico común en áreas diversas: reglamentaciones sustantivas en materia comercial, normas en materia de empleo, convenios sobre

⁴⁴ MONTAÑA, M., *La OMC y el Reforzamiento del Sistema GATT... op. cit.*, p. 57; ROESSLER, F., *The concept of nullification and impairment in the legal system of the World Trade Organization*, en PETERSMANN, U. (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, The Hague, 1997, pp. 125-142.

⁴⁵ Para Carnelutti, “*el litigio es el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro*”. Al proceso por el que se ha de determinar la razón de uno o de otro de los pretenses se le conoce como litigio. REYES, C., *Comercio Internacional, jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales*, Porrúa, México, 2007, p. 39.

⁴⁶ REYES, C., *Comercio Internacional, jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales...op. cit.* p. 39.

⁴⁷ Con anterioridad a este intento de regulación multilateral comercial, las únicas negociaciones que se realizaban se hacían en forma bilateral o regional, generando las llamadas *desviaciones de comercio* en perjuicio de los países que no participaban en los acuerdos alcanzados. PIÉROLA entiende por *desviación de comercio* “el reemplazo de las importaciones de un origen por otro, no por razón de características comerciales más eficientes, sino debido a mayores concesiones comerciales, o mejores condiciones regulatorias de acceso al mercado en cuestión. O sea, significa optar por el producto menos eficiente en términos de costos gracias a las prerrogativas brindadas por el gobierno a determinado socio comercial”. Véase PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: Presente y Perspectivas*, Cameron May, London, 2008, p. 48. Respecto a la desviación de comercio, véase KRUGMAN, P. y OBSTFELD, M., *International Economics, Theory and Politics*, 5ta ed. Reading: Addison-Wesley, 2000, p. 243.

productos básicos, prácticas comerciales restrictivas, inversiones internacionales y servicios⁴⁸.

El Poder Ejecutivo de EE.UU. fue el principal propulsor de la Conferencia de La Habana, sin embargo por problemas políticos⁴⁹, el Poder Legislativo de EE.UU. se opuso a ratificar el documento, por lo tanto éste nunca entró en vigencia para este país, teniendo como resultado la falta de ratificación de las demás Partes y un rotundo fracaso. Ante la negativa estadounidense, de manera improvisada, con carácter principalmente arancelario y sin una organización de respaldo para velar por el cumplimiento de las obligaciones contraídas, surge el GATT de 1947, principal instrumento internacional en materia de comercio multilateral, que regiría las relaciones comerciales multilaterales por 47 años, desde el 1 de enero de 1948 hasta el 31 de diciembre de 1994. El GATT de 1947 está compuesto por 38 artículos de su Carta Constitutiva y por sus seis Códigos de Conducta. Los códigos que formaron parte del Derecho del GATT fueron: 1) Código sobre Licencias de Importación; 2) Código sobre Valoración Aduanera; 3) Código Antidumping; 4) Código sobre Subsidios y Derechos Compensatorios; 5) Código sobre Compras del Sector Público; 6) Código sobre Obstáculos Técnicos al Comercio internacional.

Para Bou, el GATT DE 1947 estableció en dos artículos (artículo XXII y XXIII) un mecanismo de arreglo de diferencias entre las Partes Contratantes⁵⁰

⁴⁸ Secretaría de la OMC, *Con el Comercio Hacia el Futuro: OMC, La Organización Mundial del Comercio*, Ginebra: División de Información y Relaciones con los Medios de Comunicación de la OMC, 1998, p. 8.

⁴⁹ El problema de los EE.UU. principal socio comercial mundial, era tener que someterse a una jurisdicción internacional, por encima de la jurisdicción estadounidense, véase PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: Presente y Perspectivas...op. cit.*, p. 49. COTTIER, T. MAVROIDIS, P. (eds), *The Role of the Judge in International Trade Regulation. Experience and Lessons for the WTO (Michigan, 2003)*, en BALLBE, M. and MARTINEZ R., *Law and Globalization: Between The United States and Europe in ROBALINO, J. and RODRIGUEZ, J., Global Administrative Law: Towards a Lex Administrativa*, Cameron May, 2010, p. 193.

⁵⁰ El 1º de enero de 1995, la OMC sustituyó al GATT, que llevaba en funcionamiento desde 1947, como organización encargada de supervisar el sistema multilateral de comercio. A los países signatarios del GATT se les denominaba oficialmente "Partes Contratantes del GATT". Con la firma de los nuevos acuerdos de la OMC (entre los que se incluye el GATT actualizado, conocido como

relativamente simple y poco eficaz, nos dice que era una sistema que consistía en un primer recurso a las consultas directas entre los Estados implicados en una diferencia y, posteriormente, el recurso a la Reunión de las Partes Contratantes, que era el único órgano, de carácter político, que se estableció para la gestión del acuerdo del GATT de 1947⁵¹.

En el GATT de 1947 precisa Fernández, las dos disposiciones que disciplinaron el modo en que las Partes Contratantes tenían que proceder para la solución de sus diferencias fueron sus artículos XXII y XXIII. El artículo XXII se limitó a prever la celebración de “consultas”⁵², mientras que el artículo XXIII, titulado “Anulación o menoscabo”, fue la base sobre la que se construyó el sistema de arreglo de controversias del GATT de 1947⁵³. Fernández, señala que el sistema del GATT de 1947 evidenció lo fructífero que puede ser un mecanismo de arreglo de controversias que no se asiente a una jurisdicción obligatoria y que lo más característico fue el relativo éxito de su mecanismo de conciliación⁵⁴.

Durante los primeros años de funcionamiento⁵⁵ del GATT, luego de las consultas entre las Partes, se encomendaba la solución de diferencias a grupos de

GATT desde 1994) se convirtieron oficialmente en “Miembros de la OMC”. 128 países habían firmado el Acuerdo General antes de finalizar 1994.

http://www.wto.org/spanish/thewto_s/gattmem_s.htm, consultada el 27 de enero de 2011.

⁵¹ BOU, V. (Coordinador), *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 281.

⁵² Según el artículo XXII del Acuerdo General, titulado “Consultas”: “1. Cada parte contratante examinará con comprensión las representaciones que pueda formularle cualquier otra parte contratante, y deberá brindar oportunidades adecuadas para la celebración de consultas sobre dichas representaciones, cuando éstas se refieran a una cuestión relativa a la aplicación del presente Acuerdo. 2. Las partes contratantes podrán, a petición de una parte contratante, celebrar consultas con una o más partes contratantes sobre toda cuestión para lo que no haya sido posible hallar una solución satisfactoria por medio de las consultas previstas en el párrafo 1”.

⁵³ Entre la numerosa bibliografía relativa al arreglo de controversias en el GATT de 1947 y su evolución, cabe destacar a: JACKSON, J. H., *World Trade and the Law of GATT*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1969; HUDEC, R., *Adjudication of International Trade Disputes*, Thames Essay, num. 16, London, 1978; JACOBS, G. y PETERSMANN, E-U., *The European Community and GATT*, Deventer, Kluwer, 1986, pp. 73-84.

⁵⁴ FERNÁNDEZ, X., *La OMC y el Derecho Internacional, Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho Internacional general...op. cit.* p. 69.

⁵⁵ MONTAÑA, M., *La OMC y el Reforzamiento del Sistema GATT... op. cit.*, p. 77.

expertos *ad hoc*, más conocido con por el término inglés *panel*⁵⁶ que las representaban. Dichos grupos se consideraban como comisiones conciliadoras, en las que la presencia de las Partes daba una dimensión muy importante a la técnica de negociación. Las diferencias se solucionaban de manera eficaz contando con el consenso de todos, debido a la cantidad reducida de Partes Contratantes⁵⁷, de la misma manera este mecanismo representó bajos costos en la administración de la solución de diferencias. El sistema de solución de diferencias sufrió durante los años 80 un período de crisis debido a los casos difíciles que le tocó afrontar⁵⁸ y que pusieron en peligro la integridad del sistema comercial multilateral⁵⁹.

Con base en el GATT de 1947, se llevaron a cabo ocho rondas de negociaciones, las cuales se realizaban de acuerdo a los artículos XXV⁶⁰ y XXVIII bis⁶¹ del mismo y fueron: primera ronda en Ginebra, Suiza en 1947: participaron

⁵⁶ El GATT empleó el término “panel” por primera vez cuando las Partes Contratantes empezaron a conformar un mecanismo para resolver diferencias de un modo informal en sus primeros períodos de sesiones. Estas prácticas son el embrión a partir del cual se construye y juridifica de forma progresiva el mecanismo de solución de diferencias del GATT. La historia de la judicialización de la OMC va modificando y convirtiendo de forma paulatina a los “panels” en elemento esencial del GATT. La voz “panel”, define en lengua inglesa la reunión de un grupo de expertos encargado de realizar un informe objetivo sobre cualquier cuestión propia de su ámbito de conocimiento técnico (panel of experts). No cuenta con un sinónimo preciso ni en español ni en francés. La versión española del GATT del 94 adopta, por ello, el término “Grupo Especial”. ZAPATERO, P., *Derecho del Comercio Global...op. cit.* pie de página 28, p. 46.

⁵⁷ Sólo si el informe en cuestión era aprobado mediante la regla del consenso positivo de las Partes Contratantes, entonces adquiriría la eficacia de ser vinculante jurídicamente. PESCATORE, P., *The GATT Dispute Settlement Mechanism, Its Present and Prospects*, Journal of World Trade Law, núm. 27, 1993, pp. 5-20; BOU, V., (Coordinador), *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución...op. cit.*, p. 282; PETERSMANN, U., *The Dispute Settlement System of the World Trade Organization and the Evolution of the GATT Dispute Settlement System since 1948*, Common Market Law Review, 1994, pp. 1157-1244.

⁵⁸ HUDEC, R., *Enforcing International Trade Law. The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem: Butterworth Legal Publishers, 1993, p. 206.

⁵⁹ Según HUDEC, la reforma del sistema de solución de diferencias del GATT no era sólo una cuestión prioritaria, sino una *conditio sine qua non* para la continuación de los EE.UU. en el GATT. La doctrina consideró que del refuerzo del procedimiento dependía la supervivencia del GATT. Citado por MONTAÑA, M., *La OMC y el Reforzamiento del Sistema GATT... op. cit.*, p. 85.

⁶⁰ GATT de 1947, artículo XXV, párrafo 1. Los representantes de las Partes Contratantes se reunirán periódicamente para asegurar la ejecución de las disposiciones del presente Acuerdo que requieran una acción colectiva y en general, para facilitar la aplicación del mismo y que se puedan alcanzar sus objetivos...”.

⁶¹ GATT de 1947, artículo XXVIII bis, párrafo 1. “Las Partes Contratantes reconocen que los derechos de aduana constituyen con frecuencia serios obstáculos para el comercio; por esta razón, las negociaciones tendientes, a base de reciprocidad y de ventajas mutuas, a reducir substancialmente el nivel general de los derechos de aduana y de las demás cargas percibidas

23 países, se pone en vigencia el GATT; la segunda en Annecy, Suiza de 1947 a 1949⁶²: participaron 13 países; la tercera ronda en Torquay, Inglaterra de 1950 a 1951: participaron 38 países; la cuarta ronda en Ginebra, Suiza de 1955 a 1956: participaron 26 países, hubo reducción de aranceles y se fija la estrategia para futuras políticas del GATT respecto a países en desarrollo, mejorando su posición como participantes del Tratado; la quinta ronda recibió el nombre de Ronda Dillon⁶³ realizada en Ginebra, Suiza de 1960 a 1962: participaron 26 países, hubo reducción de aranceles; la sexta ronda se llamó Ronda Kennedy y se realizó en Ginebra, Suiza de 1964 a 1967: participaron 62 países, hubo reducción de aranceles. Se dio por primera vez una reducción general en los aranceles en lugar de especificar producto por producto; la séptima ronda se celebró en Tokio de 1973 a 1979, se buscaron reducciones arancelarias, así como sobre las demás barreras del comercio⁶⁴, se logró un trato diferenciado a los países en desarrollo⁶⁵,

sobre la importación y la exportación, y en particular a la reducción de los derechos elevados que obstaculizan las importaciones de mercancías incluso en cantidades mínimas, revisten, cuando se efectúan teniendo debidamente en cuenta los objetivos del presente Acuerdo y las distintas necesidades de cada Parte Contratante, una gran importancia para la expansión del comercio internacional. Por consiguiente, las PARTES CONTRATANTES pueden organizar periódicamente tales negociaciones”.

⁶² Ingreso de 11 países. WITKER J. y HERNANDEZ L., *Régimen Jurídico del comercio exterior en México*, 3ª ed., UNAM, México, 2008, p. 56.

⁶³ Nombre tomado de un funcionario de los EE.UU. llamado Douglas Dillon.

⁶⁴ TAMAMES, R., *Estructura económica Internacional*, Alianza, España, 1999, p. 165. “Medidas derivadas de la participación de los poderes públicos en el comercio exterior, formalidades aduaneras, normas impuestas a productos de importación, restricciones cuantitativas y niveles de precios”.

⁶⁵ Trato Diferenciado y más Favorable, reciprocidad y Mayor Participación de los países en desarrollo. Decisión de 28 de noviembre de 1979, párrafos 1, 2 y 3: 1. No obstante las disposiciones del artículo primero del Acuerdo General, las Partes Contratantes podrán conceder un trato diferenciado y más favorable a los países en desarrollo, sin conceder dicho trato a las otras Partes Contratantes. 2. Las disposiciones del párrafo 1 se aplicarán: a) al trato arancelario preferencial concedido por partes contratantes desarrolladas a productos originarios de países en desarrollo de conformidad con el Sistema Generalizado de Preferencias; b) al trato diferenciado más favorable con respecto a las disposiciones del Acuerdo General relativas a las medidas no arancelarias que se rijan por las disposiciones de instrumentos negociados multilateralmente bajo los auspicios del GATT; c) a los acuerdos regionales o generales concluidos entre partes contratantes en desarrollo con el fin de reducir o eliminar mutuamente los aranceles y, de conformidad con los criterios o condiciones que puedan fijar las PARTES CONTRATANTES, las medidas no arancelarias, aplicables a los productos importados en el marco de su comercio mutuo; d) al trato especial de los países en desarrollo menos adelantados en el contexto de toda medida general o específica a favor de los países en desarrollo. 3. Todo trato diferenciado y más favorable otorgado de conformidad con la presente cláusula: a) estará destinado a facilitar y fomentar el comercio de los países en desarrollo y no a poner obstáculos o a crear dificultades indebidas al

se manejó el tema de las barreras no arancelarias⁶⁶ por primera vez de manera activa y explícita, lo que resultó en acuerdos paralelos que trataban sobre medidas no arancelarias específicas⁶⁷ y se aprobaron seis códigos de conducta: antidumping, valoración en aduana, salvaguardas y derechos compensatorios, obstáculos técnicos al comercio internacional, licencias y compras de gobierno⁶⁸. Los retos de esta ronda fueron el mayor reto a la idea tradicional de reciprocidad⁶⁹.

La octava ronda de negociaciones comerciales multilaterales del GATT: la Ronda de Uruguay, se inició el 20 de septiembre de 1986 con la adopción de la Declaración de Punta del Este y finalizó el 15 de abril de 1994⁷⁰ en Marrakech tras un largo y duro proceso de 8 años de negociaciones, siendo la más exitosa de las Rondas del Sistema Multilateral de Comercio y alcanzando acuerdos sustanciales⁷¹ tanto en reducciones arancelarias al comercio así como tener un mayor control multilateral en la solución de diferencias. Por estas razones, se vio la imperiosa necesidad de reformar el sistema en el marco de una ronda de negociaciones multilaterales, por lo que a través de la Declaración de Punta del Este del 20 de septiembre de 1986 se sentaron los objetivos de la negociación en materia de solución de diferencias. Estos fueron: asegurar la solución pronta y efectiva de las diferencias, que beneficie a las Partes Contratantes, con la

comercio de otras partes contratantes; b) no deberá constituir un impedimento para la reducción o eliminación de los aranceles y otras restricciones del comercio con arreglo al principio de la nación más favorecida.; c) deberá, cuando dicho trato sea concedido por Partes Contratantes desarrolladas a países en desarrollo, estar concebido y, si es necesario, ser modificado de modo que responda positivamente a las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de los países en desarrollo.

⁶⁶ Valoración en aduana, compras del sector público, licencias de importación, subsidios y cuotas compensatorias, obstáculos técnicos al comercio.

⁶⁷ JACKSON, J., *Symposium: The Boundaries of the WTO. Afterword: the Linkage Problem-Comments on five texts*. American Journal of International Law. Vol. 96, 2002, p. 121.

⁶⁸ WITKER, J. Y HERNANDEZ, L., *Régimen Jurídico del comercio exterior en México...op cit.* p. 62.

⁶⁹ JACKSON, J., *Symposium: The Boundaries of the WTO. Afterword: the Linkage Problem-Comments on five texts...op cit.* p. 121.

⁷⁰ Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (en inglés, Marrakech Agreement Establishing the World Trade Organization), 15 de abril de 1994, WTO Doc. LT/UR/A/2. En Textos RU.

⁷¹ Alcanzando acuerdos sustanciales en reglamentación de restricciones no arancelarias, así como en áreas novedosas para la reglamentación comercial internacional como es el comercio de servicios y la propiedad intelectual.

elaboración de disposiciones que faciliten el cumplimiento de las recomendaciones⁷².

Teniendo como resultados: la constitución de la OMC⁷³ el 1 de enero de 1995 siendo pieza clave para la economía mundial, ya que se dedica a gestionar la liberalización de las transacciones mundiales y el establecimiento de un sistema de solución de diferencias⁷⁴ más complejo.

Al respecto se concluye que mientras el GATT era un Acuerdo cuyo objeto era casi exclusivamente la reducción de las barreras comerciales, la OMC cada vez asume las funciones constitucionales en una economía globalizada⁷⁵.

⁷² Secretaría del GATT, Declaración Ministerial de Punta del Este, 20 de septiembre de 1986, IBDD, 33S/44.

⁷³ MONTAÑA, M., *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT...op cit.*; BERMEJO GARCIA, R., SAN MARTÍN SANCHEZ DE MUNIAIN, L., *Del GATT a la Organización Mundial del Comercio: análisis y perspectivas del futuro*, Anuario de Derecho Internacional, núm. 12, 1996, pp. 147-200; BERMEJO GARCIA, R., *La reestructuración del sistema comercial internacional tras la Ronda de Uruguay: la OMC*, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, Madrid, 1997, pp. 89-126.

⁷⁴ Sacerdoti describió brevemente el proceso de solución de diferencias de la OMC. Explicó que el proceso comienza con consultas bilaterales entre el gobierno que plantea una cuestión y el gobierno acusado de violar las obligaciones impuestas por la OMC. Si no se llega a una solución mutuamente convenida, se establece un Grupo Especial de expertos elegidos específicamente para examinar la diferencia, que actúa con un plazo determinado y conforme a las normas del debido proceso. Al fin de la etapa del Grupo Especial, su informe o bien es adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias (el "OSD") o es apelado por las partes ante una segunda instancia llamada Órgano de Apelación. El Órgano de Apelación está integrado por siete personas de diferentes jurisdicciones geográficas, expertos en asuntos jurídicos y comerciales, elegidos por los Miembros por mandatos de cuatro años, renovables una única vez. El informe del Órgano de Apelación se envía seguidamente al OSD y pasa a ser vinculante cuando los Miembros lo adoptan empleando la norma de consenso negativo o en contrario. Por último, se llega a la etapa de cumplimiento y aplicación, que no es habitual en otros marcos internacionales, en la que la parte obligada a cumplir indica la manera y el plazo en que prevé hacerlo. Esa etapa está sujeta a la supervisión multilateral de los Miembros y del OSD. Si la aplicación no resulta satisfactoria, el Grupo Especial puede ser convocado nuevamente para determinar el cumplimiento. El Miembro que no cumple la decisión del Grupo Especial puede verse enfrentado a contramedidas, en el sentido de la privación de los beneficios de la OMC. El profesor Sacerdoti manifestó que esa situación se ha dado muy pocas veces; la mera existencia de esa posibilidad induce al cumplimiento voluntario. OMC, Foro Público de la OMC, *¿Cómo puede contribuir la OMC a encauzar la globalización?...op. cit. pp. 120 y 121.*

⁷⁵ COTTIER, T., *The WTO and Environmental Law*, Trade and Development Center Essay Series, en BALLBE, M. and MARTINEZ R., *Law and Globalization: Between The United States and Europe in* ROBALINO, J. and RODRIGUEZ, J., *Global Administrative Law: Towards a Lex Administrativa...op. cit. p. 196.*

3. La Organización Mundial del Comercio

La OMC es un laboratorio de derecho internacional contemporáneo avanzado, pues combina un procedimiento de elaboración de reglas basado en una sucesiva ronda de negociaciones y un mecanismo de solución de diferencias que no sólo ofrece dos etapas de revisión, sino que monitorea su implementación y su cumplimiento, mezclando la toma de decisiones judiciales y políticas⁷⁶. Las dos etapas de revisión a las que hace referencia Ehlermann son: Los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación.

La OMC configura una clave del proceso de globalización orientado hacia EE.UU. en el que de acuerdo al principio de pesos y contrapesos, EE.UU. debe de tener un equilibrio con el resto de los demás Miembros de la OMC, en el que se tiene que dar lugar a la participación global de todos en las decisiones políticas y jurídicas de la OMC⁷⁷.

3.1. Estructura

La OMC está integrada por 153 países⁷⁸ y su estructura orgánica se expone a continuación, separando los órganos principales y subsidiarios.

3.1.1. Órganos Principales

a) La Conferencia Ministerial

Es el órgano de adopción de decisiones más importante de la OMC y habitualmente se reúne cada dos años. En ella están representados todos los Miembros de la OMC, los cuales son países o uniones aduaneras⁷⁹. La

⁷⁶ EHLERMANN, C., *Experiences from the WTO Appellate Body*, Texas International Law Journal Vol. 38, 2003, p. 469.

⁷⁷ BALLBE, M. and MARTINEZ R., *Law and Globalization: Between The United States and Europe in* ROBALINO, J. and RODRIGUEZ, J., *Global Administrative Law: Towards a Lex Administrativa...op. cit.* p. 200.

⁷⁸ Hasta el 7 de noviembre de 2011.

⁷⁹ Se le llama Unión Aduanera al “Acuerdo entre países que crea un territorio aduanero único dentro del cual se eliminan los aranceles y otras barreras al intercambio, mientras se mantienen aranceles comunes frente a terceros países”. Las uniones aduaneras requieren de cierta

Conferencia Ministerial puede adoptar decisiones sobre todos los asuntos comprendidos en el ámbito de cualquiera de los Acuerdos Comerciales Multilaterales⁸⁰. A continuación hay cuatro Consejos. En el nivel inmediatamente inferior está el Consejo General.

b) El Consejo General

Es el órgano decisorio de más alto nivel de la OMC, que normalmente está compuesto por embajadores y jefes de delegación en Ginebra, aunque a veces también por funcionarios enviados desde las capitales de los países Miembros, que se reúnen varias veces al año en la sede situada en Ginebra. El Consejo General también celebra reuniones en calidad de órgano de examen de las políticas comerciales y de órgano de solución de diferencias.

c) Los Consejos Sectoriales

En el siguiente nivel está el Consejo del Comercio de Servicios, el Consejo de Comercio de Mercancías y el Consejo de los Aspectos de los Derechos de

integración en las políticas fiscales y monetarias de los países miembros, por lo que obligan a establecer algunos compromisos políticos básicos. Las uniones aduaneras, en la práctica, no se producen sino progresivamente: los miembros de la misma van incorporando bienes y servicios a ciertas listas que se comprometen a ampliar a intervalos regulares, hasta que se consuma la unión. El ejemplo más conocido de unión aduanera la constituye la Unión Europea. Una unión aduanera crea y desvía comercio a la vez. Su principal ventaja es que favorece la especialización dentro de su territorio, pues al eliminar las restricciones al intercambio genera oportunidades para una más eficiente asignación de recursos. En este sentido todos los países miembros resultan favorecidos. Pero, por otra parte, cambia la demanda de las importaciones de países extranjeros por productos de mayor coste de las naciones miembros, que pueden superar a los competidores de los países fuera de la unión tan sólo gracias al arancel común que establece la misma. La creación de comercio será mayor cuanto más diferentes sean las economías de los países que la integran y, por lo tanto, menor la competencia entre ellos. Las ventajas de una unión aduanera se incrementan cuanto mayor es el número de los países que la integran; las desventajas están en directa relación con el nivel de protección que la unión establezca hacia afuera. Los acuerdos de este tipo producen también una ampliación del mercado que facilita las economías de escala en investigación y desarrollo, en la producción y en la comercialización de bienes y servicios. <http://www.eumed.net/dices/definicion.php?dic=1&def=120>, consultada el 26 de septiembre de 2011.

⁸⁰ http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/minist_s.htm, consultada el 6 de enero de 2011.

Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio que rinden informe al Consejo General⁸¹.

La OMC cuenta con un importante número de comités y grupos de trabajo especializados que se encargan de los distintos acuerdos. Como se manifiesta en el organigrama de la estructura de la OMC⁸².

Para Zapatero⁸³ varias son las razones que convierten a la OMC en un avance sin precedentes en la liberalización del comercio internacional:

1. La constitución de una organización internacional.
2. La creación de un mecanismo de solución de diferencias⁸⁴ obligatorio e integrado al que se dota de automaticidad en la toma de decisiones.
3. La incardinación de un órgano de examen de las políticas comerciales dentro de su estructura orgánica.
4. El triunfo de la denominación técnica del paquete único, que hace obligatorio para los Miembros de la OMC el conjunto del derecho de la OMC a excepción de cuatro Acuerdos Comerciales Plurilaterales⁸⁵.
5. La extensión del *corpus* normativo a nuevos sectores como los servicios y la propiedad intelectual, así como la profundización en la liberalización del comercio de mercancías.

⁸¹ AGUILAR, R., *El Procedimiento de solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2009, pp. 563 y 564.

⁸² http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org2_s.htm, consultada el 7 de enero de 2011. Véase Anexo I de la presente tesis "Estructura de la OMC".

⁸³ ZAPATERO, P., *Derecho del Comercio Global...op. cit.* p.40.

⁸⁴ Respecto al mecanismo de solución de diferencias en la OMC, véase: KOHONA, B., *Dispute Resolution under the World Trade Organization. An Overview*, Journal of World Trade Law, núm. 28, 1994, pp. 447-488; PESCATORE, P., *Handbook of the WTO/GATT Dispute Settlement*, Transnational Publ., Ardsley-on-Hudson, NY, 1991; PIEROLA, F., *Solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002; PETERSMANN, U., *The GATT/WTO Dispute Settlement: International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, Kluwer Law International, Londres, 1997, p. 344; LOWENFELD, F., *Remedies along with Rights: Institutional Reform in the New GATT*, American Journal of International Law, 1994, pp. 477-488.

⁸⁵ Anexo 4(a) Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles, Anexo 4(b) Acuerdo sobre Contratación Pública, Anexo 4(c) Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos. Nota: este Acuerdo expiró a finales de 1997. Anexo 4(d) Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino. Nota: este Acuerdo expiró a finales de 1997. http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm

6. La conformación de esta organización como un foro de negociaciones multilaterales permanente⁸⁶.

El artículo I del Acuerdo de la OMC regula su establecimiento y el artículo VIII1 de dicho Acuerdo le otorga la personalidad jurídica y cada uno de sus Miembros le confiere la capacidad jurídica necesaria para el ejercicio de sus funciones. El artículo II del Acuerdo sobre la OMC le concede a la OMC el carácter de “*marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre los Miembros en los asuntos relacionados con los acuerdos e instrumentos jurídicos conexos incluidos en los anexos del Acuerdo sobre la OMC*”. Con la finalidad de cumplir con el rol de marco institucional común que los Miembros le han asignado a la OMC, el artículo III del Acuerdo sobre la OMC prevé cinco funciones específicas:

1.- La OMC facilitará la aplicación, administración y funcionamiento del presente Acuerdo y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales y favorecerá la consecución de sus objetivos, y constituirá también el marco para la aplicación, administración y funcionamiento de los Acuerdos Comerciales Plurilaterales.

2.- La OMC será el foro para las negociaciones entre sus Miembros acerca de sus relaciones comerciales multilaterales en asuntos tratados en el marco de los acuerdos incluidos en los Anexos del presente Acuerdo. La OMC podrá también servir de foro para ulteriores negociaciones entre sus Miembros acerca de sus relaciones comerciales multilaterales, y de marco para la aplicación de los resultados de esas negociaciones, según decida la Conferencia Ministerial⁸⁷.

⁸⁶ Los textos legales resultantes de la Ronda de Uruguay clarifican y refuerzan reglas preexistentes del GATT en varios ámbitos; los más relevantes: subvenciones, antidumping, medidas compensatorias, y salvaguardias. LEEBRON, D., *An Overview of the Uruguay Round Results*, Columbia Journal of Transnational Law, vol. 34, núm. 1, 1995, pp. 11-36 y WEISS, F., *From Havana to Marrakesh: Treaty Making for World Trade*, Essays on the Law of the Treaties. A Collection of Essays in honour of Bert Vierlag, Jan Klabbbers y René Lefeber (Eds.), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1998, pp. 155-170.

⁸⁷ La primera Conferencia Ministerial de la OMC se celebró en Singapur del 9 al 13 de diciembre de 1996. Los Ministros de Comercio, Relaciones Exteriores, Hacienda y Agricultura de más de 120

3.- La OMC administrará el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (denominado en adelante, "Entendimiento sobre Solución de Diferencias" o "ESD⁸⁸") que figura en el Anexo 2 del presente Acuerdo. Las principales novedades del ESD que introdujo en la solución de diferencias se encuentran dentro del sistema multilateral del comercio y son las siguientes:

a) se crea un sistema unificado de arreglo de las controversias para el conjunto de los acuerdos que integran el Derecho de la OMC;

gobiernos Miembros de la Organización Mundial del Comercio y de los países en proceso de adhesión a la OMC participaron en una Conferencia Ministerial en Singapur los días 9 a 13 de diciembre de 1996. Se trató de la primera Conferencia desde la entrada en vigor del Acuerdo por el que se establece la OMC, el 1 de enero de 1995, y en el transcurso de la misma se celebraron sesiones plenarias y diversas reuniones de trabajo a nivel multilateral, plurilateral y bilateral, en las que se examinaron cuestiones relacionadas con el trabajo realizado durante los dos primeros años de actividad de la OMC y con la aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay. El Gobierno de Singapur fue el anfitrión oficial de la Reunión Ministerial. La segunda Conferencia Ministerial de la OMC se celebró a Ginebra del 18 al 20 de mayo de 1998. La tercera Conferencia Ministerial de la OMC se celebró a Seattle del 30 noviembre al 3 de diciembre 1999. La Cuarta Conferencia Ministerial de la OMC se celebró en Doha, Qatar, del 9 al 14 de noviembre de 2001. La Quinta Conferencia Ministerial de la OMC se celebró en Cancún, México del 10 al 14 de septiembre de 2003. La tarea principal consistió en hacer un balance de los progresos realizados en las negociaciones y otros trabajos en el marco del Programa de Doha para el Desarrollo. La Sexta Conferencia Ministerial de la OMC se celebró en Hong Kong, China, del 13 al 18 de diciembre de 2005. La Conferencia Ministerial es el órgano supremo de adopción de decisiones de la OMC; se reúne por lo menos una vez cada dos años y traza la política a la organización. El séptimo período de sesiones de la Conferencia Ministerial de la OMC se celebró en Ginebra, Suiza, del 30 de noviembre al 2 de diciembre de 2009. El tema general de debate fue "La OMC, el sistema multilateral de comercio y el entorno económico mundial actual". <http://www.wto.org/indexsp.htm>, consultada el 8 de diciembre de 2010.

⁸⁸ El ESD está integrado por veintisiete artículos y cuatro apéndices. El contenido de los apéndices es el siguiente: el Apéndice 1 precisa los acuerdos abarcados por el ESD, que son el "Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio" y todos los acuerdos anexos al mismo; el Apéndice 2 enumera las "normas y procedimientos especiales o adicionales contenidos en los acuerdos abarcados", que prevalecerán en caso de discrepancia con las previsiones del ESD; el Apéndice 3 contiene los "procedimientos de trabajo" que seguirán los Grupos Especiales en sus actuaciones; y en el Apéndice 4 figuran las normas para el establecimiento de "grupo consultivos de expertos" y el procedimiento de actuación de los mismos, a los que los Grupos Especiales pueden solicitar, según el artículo 13.2 del ESD, que emitan un dictamen por escrito "sobre un hecho concerniente a una cuestión de carácter científico o técnico planteada por una parte en la diferencia".

b) se establece, dentro del organigrama de la OMC, un Órgano de Solución de Diferencias (en adelante, OSD⁸⁹) que se encarga específicamente de “administrar” el ESD y está compuesto por representantes de todos los Miembros de la Organización;

c) se definen con precisión las etapas del procedimiento, fijando plazos perentorios;

d) se reconoce plenamente el derecho de la parte reclamante a la constitución de un Grupo Especial⁹⁰ que conozca la controversia;

e) se crea un nuevo Órgano de Apelación, integrado por siete expertos elegidos por períodos de cuatro años que actúan a título personal y se pronuncian en formaciones de tres miembros, ante dicho órgano cualquiera de las Partes en la diferencia podrá recurrir el informe elaborado por el Grupo Especial por cuestiones de Derecho;

f) el informe del Grupo Especial y, en su caso, el del Órgano de Apelación se adoptan por el OSD en virtud de la nueva regla del consenso negativo⁹¹, haciéndolos casi automáticamente vinculantes;

⁸⁹ El OSD está integrado por todos los gobiernos Miembros, que están representados generalmente por embajadores o funcionarios de rango equivalente. La Presidente actual es Excm. Sra. Elin Østebø JOHANSEN (Noruega). (al 8 de noviembre de 2011). FERNANDEZ, al respecto señala que el OSD tiene la facultad para: establecer un Grupo Especial; adoptar su informe, dotándolo de carácter vinculante; adoptar el informe del Órgano de Apelación, en el caso de que el informe del Grupo Especial haya sido recurrido ante el mismo; y autorizar al Miembro reclamante una suspensión de concesiones u otras obligaciones con respecto al Miembro perdedor que se resista al cumplimiento del informe adoptado. FERNANDEZ, X., *La OMC y el Derecho Internacional... op. cit.*, p. 73.

⁹⁰ Según las estadísticas, menos de la mitad de las reclamaciones presentadas en el sistema de solución de diferencias de la OMC llegan a ser conocidas por un Grupo Especial, ya que gran parte de las reclamaciones llegan a ser abandonadas o se resuelven por otros medios, que la propia Secretaría de la OMC designa con la expresión “procedimientos alternativos” y compara, salvando las distancias, con lo que “*in domestic judicial systems*”, se conoce como “*the out of court solution of disputes*”. OMC, *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, 2004, p. 92.

g) se refuerza el mecanismo para vigilar y tratar de garantizar el cumplimiento de los informes adoptados, posibilitando que el Miembro reclamante vencedor sea autorizado por el OSD a la suspensión de concesiones u otras obligaciones con respecto al Miembro perdedor que no observe los informes adoptados⁹².

Tal y como afirma Piérola⁹³, el mandato para que la OMC administre estas normas responde a la afirmación del carácter multilateral del mecanismo y a un propósito de que la OMC tome un rol más activo en el desarrollo de los procesos de solución de diferencias para asegurar que, no sólo se preserven los derechos y obligaciones de las Partes en las diferencias, sino también los de todos los Miembros.

Para que la OMC realice la función encomendada de administrar el ESD, el artículo 2.1 de dicho Entendimiento regula lo siguiente: “...se establece el Órgano de Solución de Diferencias para administrar las presentes normas y procedimientos y las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos abarcados⁹⁴ salvo disposición en contrario de uno de

⁹¹ La regla del consenso negativo (o en contrario) significa que en último término el reclamante tiene la garantía de que el Grupo Especial se establecerá si lo desea. La única posibilidad de impedir el establecimiento es que el OSD llegue a un consenso en contra, pero esto no ocurrirá si el reclamante no está dispuesto a sumarse a dicho consenso. En otras palabras, siempre que el reclamante, aunque esté solo y haga frente a la oposición de todos los demás Miembros de la OMC, insista en que se establezca el Grupo Especial, el OSD no puede llegar a un consenso contra dicho establecimiento. Podemos decir que la decisión del OSD de establecer un Grupo Especial es prácticamente automática. BOU, V. (Coordinador), *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución...op. cit.*, pp. 306 y 307. Véase: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_settlement_cbt_s/c6s3p1_s.htm, consultada el 7 de abril de 2010.

⁹² FERNÁNDEZ, P. X., *La OMC y el Derecho Internacional... op. cit.*, p. 72.

⁹³ PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: Presente y Perspectivas...op.cit.*, pp. 64 y 65.

⁹⁴ Los “Acuerdos Abarcados” son los acuerdos internacionales que se mencionan en el Apéndice 1 del ESD. Engloban fundamentalmente a los “acuerdos comerciales multilaterales” y a los “acuerdos comerciales plurilaterales”. Entre los “acuerdos comerciales multilaterales” destacan los incluidos en el Anexo 1 del Acuerdo por el que se establece la OMC, que incluyen los Acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías (Anexo 1A), el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) (Anexo 1B) y el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (Anexo 1C). Los “acuerdos comerciales plurilaterales” son los incluidos en el Anexo 4 del Acuerdo por el que se establece la OMC, que son los siguientes

ellos. En consecuencia, el OSD estará facultado para establecer Grupos Especiales, adoptar los informes de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación, vigilar la aplicación de las resoluciones y recomendaciones y autorizar la suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados...”.

4.- La OMC administrará el Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales (en adelante, "MEPC") establecido en el Anexo 3 del presente Acuerdo⁹⁵.

5.- Con el fin de lograr una mayor coherencia en la formulación de las políticas económicas a escala mundial, la OMC cooperará, según proceda, con el Fondo Monetario Internacional y con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial) y sus organismos conexos.

La cooperación de la OMC con el FMI y el Banco Mundial se basa en la Declaración de Marrakech sobre la contribución de la OMC al logro de una mayor coherencia en la formulación de la política económica a escala mundial y en los acuerdos formales de cooperación entre la OMC, el FMI y el Banco Mundial. Este marco ofrece la oportunidad de potenciar los recursos comunes de las tres instituciones en las esferas en que se convergen sus actividades, en particular en la asistencia a los países en desarrollo y menos adelantados para que saquen mayor provecho de su participación en el comercio internacional y en el sistema multilateral de comercio⁹⁶. Hasta la fecha, los países en desarrollo tienen una

cuatro acuerdos: el Acuerdo sobre el comercio de aeronaves civiles, el Acuerdo sobre contratación pública, el acuerdo internacional de los productos lácteos y el Acuerdo internacional de la carne de bovino. La aplicación del ESD a los acuerdos comerciales plurilaterales” tiene rasgos peculiares, pues dependerá de que las partes en cada uno de esos acuerdos adopten una decisión en la que se establezcan las condiciones de aplicación del ESD a dicho acuerdo, con la posibilidad de incluir normas o procedimientos especiales o adicionales que deberán ser notificados al OSD. BOU, V. (Coordinador), *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución...op. cit.*, p. 286.

⁹⁵ El MEPC tiene por objeto promover la transparencia, aumentar la comprensión de las políticas adoptadas por los distintos países y evaluar su repercusión. Todos los Miembros de la OMC deben someterse a este escrutinio periódico; cada examen incluye el informe del país en cuestión y el de la Secretaría de la OMC. AGUILAR, R., *El Procedimiento de solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio... op. cit.*, pp. 563 y 564.

⁹⁶ OMC, *Informe Annual*, Ginebra, 2001, p. 7.

escasa participación en el sistema de solución de diferencias⁹⁷. En un importante número de casos, EE.UU.⁹⁸ y la Unión Europea⁹⁹ son partes o terceras partes en los procedimientos¹⁰⁰. Así, en los primeros 10 años de la OMC, han sido reclamantes en el 45% de los casos y demandados en el 47%¹⁰¹. Al tiempo, tienden con frecuencia a incorporarse como terceras partes en el resto de los casos para asegurar sus intereses en la evolución de la jurisprudencia de la OMC. De esta forma, durante la primera década, EE.UU. y la Unión Europea han sido terceras partes en un 94% y 64% de los casos respectivamente¹⁰².

Zapatero considera que *“el desequilibrio en la participación es por tanto un problema adicional, ya que la decisión de activar un caso por parte de un país en desarrollo está constreñida tanto por consideraciones políticas y económicas como por la simple escasez de recursos para el litigio internacional”*¹⁰³. Bown alude a un “sesgo institucional implícito” en detrimento de la participación de los países en desarrollo en el mecanismo: Así, entre los determinantes para participar y demandar destacarían: a) el volumen de las exportaciones, b) la capacidad de retorsión comercial¹⁰⁴, c) la capacidad legal, así como d) otros condicionantes políticos y económicos¹⁰⁵. En palabras de Shaffer: *“Los amplios recursos*

⁹⁷ Véase el Anexo II de la presente tesis. Se muestra la participación de cada país o territorio en el mecanismo de solución de diferencias de la OMC. http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_by_country_s.htm, consultada el 24 de febrero de 2011.

⁹⁸ Anexo II de la presente tesis. Los EE.UU. como Parte reclamante participa en 97 casos, como Parte demandada participa en 111 casos y como Tercera Parte participa en 80 casos.

⁹⁹ Anexo II. La Unión Europea, como Parte reclamante participa en 82 casos, como Parte demandada participa en 70 casos y como Tercera Parte participa en 98 casos.

¹⁰⁰ Véase Doc WT/DS/OV/33, *Situación de las diferencias en la OMC-Actualización-Novedades desde la última actualización (del 22 de enero al 30 de mayo de 2008)*.

¹⁰¹ LEITNER, K y LESTER, S., *WTO Dispute Settlement 1995-2004: A Statistical Analysis*, 8 Journal of International Economic Law 1, 2005, pp. 231 y 234.

¹⁰² SMITH, J., *Inequality in International Trade? Developing Countries and WTO Dispute Settlement*, 11 Review of International Political Economy 3, 2004, pp. 542 y 561.

¹⁰³ ZAPATERO, P., *Participación pública y privada en los litigios de la OMC...op. cit.* p. 11.

¹⁰⁴ Término internacional que se usa para denominar los medios de represalia utilizados contra las medidas de enemistad de un segundo país, mantenidos dentro de los marcos permitidos por el Derecho Internacional. OSMANCZYK, E.J., *Enciclopedia mundial de las relaciones internacionales y Naciones Unidas*, Fondo de Cultura Económica, 1976, México, p. 948.

¹⁰⁵ BOWN, C., *Participation in WTO Dispute Settlement: Complainants, interested parties, and free riders*, 19 *The World Bank Economic Review* 2, 2005, pp. 287-310.

desplegados en el litigio ante la OMC por las redes publico-privadas en EE.UU. y Europa exacerba las asimetrías de poder en el empleo del sistema legal de la OMC en detrimento de los países en desarrollo y sus representados. El sistema legal de la OMC es cada vez más costoso y favorece a las redes público-privadas legalmente astutas con amplios recursos”¹⁰⁶.

En este punto, existen escasos recursos de asistencia legal para países en desarrollo. Destaca de forma excepcional el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC¹⁰⁷, cuyas funciones son proveer de asistencia legal a bajo costo o libre

¹⁰⁶ SHAFFER, G., *Defending interests: Public-private partnerships in WTO litigation*. Brookings, 2003, p. 148.

¹⁰⁷ ACWL (en inglés, Advisory Centre on WTO Law). “Se trata de un centro de “asistencia jurídica” en forma de organización intergubernamental independiente, separado e independiente de la OMC. Su origen está en el Acuerdo Internacional firmado por 29 Miembros de la OMC en Seattle el 1º de diciembre de 1999 (Acuerdo por el que se establece el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC). Este Acuerdo entró en vigor el 15 de junio de 2001, y el 5 de octubre del mismo año se inauguró oficialmente el Centro. El Centro cuenta con unos 30 Miembros. Cada Miembro de la OMC, sea o no un país en desarrollo, así como los países y territorios aduaneros independientes en proceso de adhesión a la OMC, pueden ser miembros del Centro de Asesoría. El Centro de Asesoría funciona esencialmente como un estudio de abogados especializados en el derecho de la OMC. El Centro proporciona servicios jurídicos y capacitación a los países en desarrollo o a los países con economías en transición, así como a los países menos adelantados que son Miembros de la OMC o candidatos a la adhesión. Sus servicios jurídicos se dividen en dos categorías: en primer lugar, se presta asistencia jurídica en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC, para lo cual el Centro representa a los Miembros en todo el procedimiento (por ejemplo, redactando los documentos dirigidos al OSD, y las comunicaciones a los Grupos Especiales y al Órgano de Apelación y presentándose en nombre de estos Miembros ante los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación). El Centro de Asesoría viene representando regularmente desde julio de 2001 a países en desarrollo Miembros en las diferencias en la OMC. Por estos servicios, los “clientes” pagan tarifas (rebajadas) de niveles variables, que dependen del grado de desarrollo económico y de la condición de miembro del Centro de Asesoría. En segundo lugar, el Centro proporciona asesoramiento jurídico sobre cuestiones que son objeto de un procedimiento de solución de diferencias en la OMC, o van a serlo. Estos servicios son gratuitos para todos los países menos adelantados y para los miembros del Centro de Asesoría que son países en desarrollo o países con economías en transición, hasta un cierto número de horas. Asimismo, el Centro proporciona asistencia jurídica, a tarifas comerciales, a los países en desarrollo que no son miembros. El Centro organiza actividades de formación en la solución de diferencias en la OMC y proyecta la concesión de becas pagadas para contribuir a la creación de capacidad (mejorando los conocimientos sobre la OMC entre los funcionarios de los países en desarrollo). El Centro de Asesoría cuenta con un personal reducido, pero que incluye a expertos jurídicos, algunos de ellos con larga experiencia en cuestiones relacionadas con el derecho de la OMC en general y con la solución de diferencias en particular”.

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_settlement_cbt_s/c11s2p2_s.htm, consultada el 14 de enero de 2011.

de costos a países en desarrollo y Miembros con economías en transición. Por el momento, no existen organizaciones de interés público especializadas en asistir técnicamente a países en desarrollo en la defensa de sus intereses en el marco del sistema. En este sentido, hay todo un campo nuevo para el litigio, desde la abogacía de interés público y la actividad de despachos de abogados así como de organizaciones de la sociedad civil especializadas en cuestiones legales de comercio internacional¹⁰⁸.

El 4 de octubre de 2011, el Director General Lamy felicitó al Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC con motivo de su décimo aniversario y señaló que ha prestado asistencia a países en desarrollo y menos adelantados en unas 40 diferencias de la OMC, ha impartido formación a más de 200 delegados y ha atendido a una necesidad creciente de asesoría legal. Añadió que sin duda en los próximos años el Centro seguirá siendo fundamental para que todos los Miembros puedan beneficiarse de uno de los logros más duraderos de la OMC: un sistema de solución de diferencias seguro y previsible¹⁰⁹.

En el mismo sentido y en el terreno del TLCAN sería importante fomentar la creación de este tipo de organizaciones de interés público compuesta por los tres miembros del Tratado para asistir técnicamente en la defensa de sus intereses aportando eficacia, equidad, imparcialidad, seguridad y previsibilidad.

4. Entendimiento sobre Solución de Diferencias

Las cinco funciones del Acuerdo de la OMC comentadas en el apartado anterior reflejan una evolución en el marco institucional del sistema, sobresaliendo el ESD, ya que se constituye como el primer Acuerdo procesal que vincula a todos los Miembros del sistema multilateral. La práctica en la conducción del sistema de solución de diferencias está orientada hacia el objetivo de brindar garantías y

¹⁰⁸ ZAPATERO, P., *Participación pública y privada en los litigios de la OMC, ...op. cit.*, pp. 11 y 12.

¹⁰⁹ http://www.wto.org/spanish/news_s/sppl_s/sppl207_s.htm, consultada el 7 de octubre de 2011.

otorgar previsibilidad a los derechos y obligaciones de los Miembros del sistema¹¹⁰. Este objetivo sólo se puede materializar a través de la pronta¹¹¹ solución de las diferencias¹¹², para facilitar procedimientos y brindar soluciones rápidas para que disminuya el impacto de la anulación de ventajas. El artículo 3.4 del ESD prevé que los resultados del procedimiento deben tener por objeto lograr una solución satisfactoria de la cuestión y el artículo 3.7 señala que el objetivo principal del mecanismo es lograr una solución positiva a las diferencias¹¹³.

El Acuerdo de la OMC contiene el cuerpo normativo más extenso en materia de reglamentación del comercio multilateral tanto en el ámbito sustantivo comprendiendo acuerdos comerciales multilaterales sobre comercio de mercancías, servicios y temas de comercio vinculados a la propiedad intelectual, como en el ámbito procesal e institucional, comprendiendo al ESD¹¹⁴ y a las disposiciones procesales especiales de los acuerdos multilaterales y del mismo Acuerdo sobre la OMC.

El ESD de la OMC que es el Anexo 2 a la Carta de la OMC, contiene el texto convencional nuclear con una extensión de casi 25 páginas que gobierna el proceso de solución de diferencias de la OMC. Este proceso tiene básicamente cuatro etapas principales y el Órgano de Solución de Diferencias tiene la responsabilidad general de supervisar el proceso¹¹⁵.

¹¹⁰ Artículo 3.2 del ESD.

¹¹¹ El término “pronto” se define como “veloz, acelerado, ligero”, véase, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22da edición, Madrid, Real Academia Española, 2001, p. 1844.

¹¹² Artículo 3.3 del ESD.

¹¹³ PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: Presente y Perspectivas... op. cit.*, p. 66.

¹¹⁴ Para FERNÁNDEZ, X., *La OMC y el Derecho Internacional... op. cit.*, p. 18, el ESD vino a impulsar una mayor jurisdiccionalización del sistema, siendo concebido como un instrumento clave para tratar de garantizar la observancia de los compromisos asumidos, aportar seguridad y previsibilidad a las relaciones comerciales internacionales y limitar el recurso a medidas puramente unilaterales. Este entendimiento tiene carácter convencional dado que es uno de los instrumentos jurídicos conexos que figuran en el marco de los Anexos del acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio (anexo 2).

¹¹⁵ JACKSON, J., *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho Internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 226.

Este mecanismo multilateral de solución de controversias está sometido a todos los Miembros de la OMC, y tiene jurisdicción vinculante para todos los Miembros que les otorga legitimación activa que opera en un procedimiento de doble instancia: el Grupo Especial y el Órgano de Apelación. El artículo 23.1 del ESD señala al respecto: *“cuando traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados, los Miembros recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento que deberán acatar”*.

De la misma manera, el artículo 3.1 del ESD reconoce la adhesión de los Miembros de la OMC a su sistema de solución de diferencias, el mismo que constituye una continuación de su predecesor, al amparo del GATT de 1947: *“los Miembros afirman su adhesión a los principios de solución de diferencias aplicados hasta la fecha al amparo de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1947 y al procedimiento desarrollado y modificado por el presente instrumento”*¹¹⁶. Como se verá en el capítulo segundo de esta tesis en cuanto al dumping y el zeroing, sobresale la jurisprudencia del Órgano de Apelación, ya que evidencia el importante papel que un órgano con funciones jurisdiccionales puede desempeñar en un determinado régimen jurídico internacional.

Un marco institucional estable y previsible en materia comercial permite la promoción de oportunidades de inversión y actividades de desarrollo comercial. Como lo señala Piérola¹¹⁷, esto es factible porque, con dicha estabilidad sobre las reglas de comercio y sobre el comportamiento de las entidades gubernamentales que las establecen y las administran, los particulares pueden realizar intercambios comerciales en un ambiente de seguridad y previsibilidad, negociando los términos de dichos intercambios y planificando sus costos y beneficios sobre la base de factores inherentes a la transacción o al mercado en cuestión y no ajenos a las Partes, como lo es la actividad gubernamental. La estabilidad institucional en el comercio internacional requiere contar con reglas claras sobre los derechos y

¹¹⁶ PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: Presente y Perspectivas... op. cit.*, p.19.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 21.

obligaciones sustantivos de los Estados y territorios aduaneros implicados, así como mecanismos que permitan el planteamiento de reclamos e inquietudes sobre la observancia de las normas y los remedios adecuados para su cumplimiento efectivo.

Al sistema de solución de diferencias de la OMC le corresponde aportar seguridad y previsibilidad, por lo tanto los Miembros saben que el sistema de solución de diferencias de la OMC es un instrumento para preservar¹¹⁸ sus derechos y obligaciones derivados del Acuerdo sobre la OMC y de sus acuerdos comerciales multilaterales.

La preservación de los derechos y obligaciones se puede alcanzar a través de una negociación directa entre las Partes o a través de un proceso tendiente a eliminar la amenaza que ponga en peligro la vigencia de los derechos y obligaciones. Dichas opciones definen el objetivo del sistema de buscar una solución positiva a las diferencias¹¹⁹:

*“El objetivo del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución positiva a las diferencias. Se debe de dar siempre preferencia a una solución mutuamente aceptable para las Partes en las diferencias y que esté en conformidad con los acuerdos abarcados. De no llegarse a una solución de mutuo acuerdo, el primer objetivo del mecanismo de solución de diferencias será en general conseguir la supresión de las medidas de que se trate si se consulta que éstas son incompatibles con las disposiciones de cualquiera de los acuerdos abarcados...”*¹²⁰.

¹¹⁸ Ibidem, p. 22. Para Piérola, el término “preservar” implica proteger algo de algún riesgo o daño y en el caso de los derechos y obligaciones de los Miembros significa proteger la vigencia de los derechos de algún Miembro de la acción u omisión por parte de otro.

¹¹⁹ Artículo 3.7 del ESD.

¹²⁰ El primer Director General con término completo, Renato Ruggiero, describió primero al Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC de esta manera en 1997 que ha sido repetida en muchas publicaciones y por parte de muchos oficiales de la OMC, véase Discurso del Director general de la OMC, PANITCHPAKDI, S., *Ten years after Marrakech: The WTO and Developing Countries*, en Marrakech, Marruecos, el 9 de julio de 2004, disponible www.wto.org/english/news_e/spsp_e/spsp29_e.htm, consultada el 11 de junio de 2010; MOORE, M., *The Post-Doha Multilateral Trading System*, comentarios del Director General de la OMC, en la Reunión Anual de la Comisión Trilateral, 7 de abril de 2002, en www.trilateral.org/Ann-Mtgs/trialog/trlgtxts/2002/pdf_folder/trade.pdf, consultada el 11 de junio de 2010.

Para el éxito del sistema las soluciones de las diferencias deben de ser prontas y expeditas, así lo establece el artículo 3.3 del ESD: *“Es esencial para el funcionamiento eficaz de la OMC y para el mantenimiento de un equilibrio adecuado entre los derechos y obligaciones de los Miembros la pronta solución de las situaciones en las cuales un Miembro considere que cualesquiera ventajas resultantes para él directa o indirectamente de los acuerdos abarcados se hallan menoscabadas por medidas adoptadas por otro Miembro”*.

Tal y como afirma Piérola¹²¹ la función del sistema de solución de diferencias se mide desde una perspectiva general, sobre la base del objetivo de preservar los derechos y obligaciones de los Miembros¹²²; y desde tres perspectivas específicas: a) desde una perspectiva legal, aclarando el alcance de los derechos y obligaciones en caso de ambigüedades¹²³, b) desde una perspectiva real, proveyendo una solución positiva a las Partes, entendida como la búsqueda de una solución directa, o a falta de ésta, la supresión de la medida o acción que ponga en tela de juicio derechos y obligaciones¹²⁴ y c) desde una perspectiva temporal, proveyendo una solución pronta a las diferencias¹²⁵.

A pesar de las grandes virtudes del sistema de solución de diferencias de la OMC, hay cuestiones que deben mejorarse. En una conferencia celebrada en la Universidad de Derecho de Minnesota en septiembre del 2000, Charnovitz hizo una declaración: *“La OMC podrá tener el mejor sistema de solución de diferencias de cualquier organización internacional, pero no tiene el mejor sistema de cumplimiento”*¹²⁶.

¹²¹ PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: Presente y Perspectivas...op. cit.*, p. 23.

¹²² Artículo 3.2 del ESD.

¹²³ Artículo 3.2 segunda oración del ESD.

¹²⁴ Artículo 3.7 del ESD.

¹²⁵ Artículo 3.3 del ESD.

¹²⁶ CHARNOVITZ, S., *Rethinking WTO Trade Sanctions*, American Journal of International Law, 95 (4), Octubre, 2000, p. 832 (traducción del autor).

5. Las Consultas

La primera fase de solución de una diferencia en la OMC, que puede llegar a alcanzar una solución definitiva, es la solución por medios pacíficos de carácter político conocidos con el nombre de “consultas”¹²⁷ éstas, son uno de los medios fundamentales para la solución de diferencias más utilizados en la OMC¹²⁸. En el derecho internacional público, el recurso a las consultas da pie a una negociación como medio de solución de controversias¹²⁹ y es voluntario, mientras que, en el ESD, al presentar una reclamación existe la obligación de solicitar consultas. A pesar de ello, la realización de las consultas como tal es voluntaria y existen circunstancias previstas en el ESD bajo las cuales la Parte reclamante puede prescindir de la realización de consultas cuando la Parte demandada renuncia por su propia actuación a las ventajas que le podrían reportar las consultas¹³⁰.

El requisito de que las Partes contendientes realicen consultas con miras a ajustar de manera satisfactoria un asunto se recoge en el propio artículo XXIII del GATT y se mantiene en el ESD. El ESD establece la obligación de realizar consultas preceptivas antes de solicitar la constitución de un Grupo Especial¹³¹:
“Cuando se formule una solicitud de celebración de consultas de conformidad con un acuerdo abarcado, el Miembro al que se haya dirigido dicha solicitud responderá a ésta, a menos que se convenga de mutuo acuerdo lo contrario, en un plazo de 10 días contados a partir de la fecha en que la haya recibido, y entablará consultas de buena fe dentro de un plazo de no más de 30 días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud, con miras a llegar a una

¹²⁷ BOU, V. (Coordinador), *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución...op. cit.*, p. 291.

¹²⁸ Las consultas pueden ser equiparables a la negociación, los buenos oficios, la conciliación, y la mediación. Véase BOU, V., *El mecanismo de solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio*, en BOU, V., *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución... op. cit.*, pp. 281-325. Para FERNÁNDEZ, es el procedimiento más utilizado como un procedimiento preliminar y como alternativo. FERNÁNDEZ, X., *La OMC y el Derecho Internacional... op. cit.*, p. 78.

¹²⁹ VAN DER BORGHT, K., *The review of the WTO understanding on dispute settlement: Some reflections on the current debate*, *American University International Law Review*, 1999, vol. 14, p. 1232; MERRILLS, J., *International Dispute Settlement*, Cambridge: Cambridge University Press, 1991, p. 3.

¹³⁰ Informe del Órgano de Apelación, *México-Jarabe de maíz*, (párrafo 5 del artículo 21- EE.UU.), párrafo 59.

¹³¹ Artículo 4.3 del ESD.

*solución mutuamente satisfactoria. Si el Miembro no responde en el plazo de 10 días contados a partir de la fecha en que haya recibido la solicitud, o no entabla consultas dentro de un plazo de no más de 30 días, u otro plazo mutuamente convenido, contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud, el Miembro que haya solicitado la celebración de consultas podrá proceder directamente a solicitar el establecimiento de un Grupo Especial*¹³².

Por lo tanto la opción de presentar una reclamación potencia la efectividad de las consultas y se podrían dar soluciones acordes con las normas jurídicas¹³². El derecho a establecer un Grupo Especial y la adopción casi automática de los informes de éstos y del Órgano de Apelación incentiva de forma directa que se alcance un arreglo bilateral en el marco de las consultas¹³³.

Durante las consultas, además de la obligación genérica de ambas Partes de actuar de buena fe, se han establecido dos obligaciones concretas. En primer lugar, existe la obligación de prestar atención a los problemas e intereses particulares de los países en desarrollo que sean Miembros de la OMC¹³⁴. En segundo lugar, se ha acordado que las consultas serán confidenciales¹³⁵ y no prejuzgarán los derechos de ningún Estado Miembro en otras posibles diligencias¹³⁶, a pesar de que se haya previsto un procedimiento de intervención

¹³² Esta razón es la que hizo que los países menos desarrollados estuvieran, durante la Ronda de Uruguay, entre los más activos promotores del perfeccionamiento y reforzamiento del mecanismo de solución de diferencias. Al respecto véase, KURUVILLA, P.E., *Developing Countries and the GATT/WTO Dispute Settlement Mechanism*, Journal of World Trade, vol. 31, núm. 6, December 1997, p. 192.

¹³³ ZAPATERO, P., *Derecho del Comercio Global... op. cit.*, p. 44.

¹³⁴ Artículo 4.10 del ESD.

¹³⁵ La cláusula de la confidencialidad está siendo relativizada en la práctica del ESD, ya que los órganos jurisdiccionales (Grupos Especiales y el Órgano de Apelación) acuden a las alegaciones formuladas en la fase de consultas como medio auxiliar, "porque las alegaciones que se formulan y los hechos que se establecen durante las consultas configuran en gran medida el fondo y el ámbito del posterior procedimiento del grupo Especial". Documento WT/DS50/AB/R, 19 de diciembre de 1997: Informe del Órgano de Apelación en el asunto *India-Protección mediante patentes de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*, párrafo 94. BOU, V. (Coordinador), *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución...op.cit.*, pp. 292 y 293; LOPEZ, E., *El sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio: funcionamiento y revisión en la Ronda del Milenio*, Revista Jurídica del Perú, núm. 49, 2003, pp. 95-117.

¹³⁶ Artículo 4.6 del ESD.

de terceros Estados en la celebración de dichas consultas, que las puede transformar de bilaterales en multilaterales¹³⁷.

La importancia de las consultas ha sido reconocida por el Órgano de Apelación, afirmando que mediante las mismas, las partes *“intercambian información, evalúan los puntos fuertes y débiles de sus respectivos argumentos, reducen el alcance de las diferencias existentes entre ellos y, en muchos casos, llegan a una solución mutuamente aceptable”*¹³⁸. De la misma manera el Órgano de Apelación ha considerado que la revelación de mayor información en las consultas se constituye en un requisito de debido proceso con implicaciones para las etapas posteriores del procedimiento. En India-Patentes (EE.UU.) DS50, el Órgano de Apelación afirmó:

“Todas las Partes que intervengan en la solución de diferencias con arreglo al ESD deben exponer plenamente desde el principio las alegaciones que configuran la diferencia y los elementos de hecho relacionados con esas alegaciones. Las alegaciones deben exponerse claramente. Los elementos de hecho deben exponerse con libertad. Así debe suceder en las consultas y en las reuniones más formales del procedimiento de los Grupos Especiales. De hecho, la exigencia de un proceso con todas las garantías que está implícita en el ESD hace que esto sea especialmente necesario durante las consultas. Porque las

¹³⁷ De acuerdo al artículo 4.11 del ESD: *“Cuando un Miembro que no participe en consultas que tengan lugar de conformidad con el párrafo 1 del artículo XXII del GATT de 1994, el párrafo 1 del artículo XXII del AGCS o las disposiciones correspondientes de los demás acuerdos abarcados, considere que tiene un interés comercial sustancial en las mismas, dicho Miembro podrá notificar a los Miembros participantes en las consultas y al OSD, dentro de los 10 días siguientes a la fecha de la distribución de la solicitud de celebración de consultas de conformidad con el mencionado párrafo, su deseo de que se le asocie a las mismas. Ese Miembro será asociado a las consultas siempre que el Miembro al que se haya dirigido la petición de celebración de consultas acepte que la reivindicación del interés sustancial está bien fundada. En ese caso, ambos Miembros informarán de ello al OSD. Si se rechaza la petición de asociación a las consultas, el Miembro peticionario podrá solicitar la celebración de consultas de conformidad con el párrafo 1 del artículo XXII o el párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1994, el párrafo 1 del artículo XXII o el párrafo 1 del artículo XXIII del AGCS o las disposiciones correspondientes de otros acuerdos abarcados”*.

¹³⁸ Informe del Órgano de Apelación en el asunto México-Investigación antidumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructuosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos (México-Jarabe de maíz)-Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, Doc. WT/DS132/AB/RW, de 22 de octubre de 2001, párrafo 54.

*alegaciones que se formulan y los hechos que se establecen durante las consultas configuran en gran medida el fondo y el ámbito del posterior procedimiento del Grupo Especial*¹³⁹.

Aunque no se ha señalado ningún plazo temporal concreto para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria, sin embargo sí se ha señalado el plazo en el que se puede dar por terminada la obligación de celebrar consultas: 60 días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud de celebración de consultas¹⁴⁰.

El recurso de la negociación o consultas, se mantiene vigente en las fases posteriores del procedimiento, por lo que es muy común que se desarrollen negociaciones paralelamente, al mismo tiempo en que se emplean otros medios de solución de diferencias más empleados en el ESD siendo el caso del establecimiento de Grupos Especiales y el Órgano de Apelación¹⁴¹.

6. Órgano de Solución de Diferencias

El Órgano de Solución de Diferencias (en adelante, OSD) está integrado por todos los gobiernos Miembros, que están representados generalmente por embajadores o funcionarios de rango equivalente y se erige como el órgano funcional de la OMC encargado de administrar el ESD. En ejercicio de esta función, el OSD no está supeditado jerárquicamente a ningún otro órgano de la OMC¹⁴². Cabe resaltar que el OSD tiene su propio presidente¹⁴³ y sus propias

¹³⁹ Informe del Órgano de Apelación, *India-Patentes (EE.UU.) DS50*, párrafo 94.

¹⁴⁰ Este plazo se reduce a 20 días "en casos de urgencia, incluidos los que afecten a productos perecederos". Artículo 4.8 del ESD.

¹⁴¹ El ESD contiene disposiciones en materia de buenos oficios, mediación, conciliación en su artículo 5 y arbitraje en su artículo 25. Es de gran importancia señalar que el arbitraje generalmente no se utiliza para resolver diferencias comerciales entre los Miembros de la OMC pero tiene importantes funciones en la determinación de las sanciones que resultan por el incumplimiento de los informes del SSD.

¹⁴² PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: Presente y Perspectivas... op. cit.*, p. 68

¹⁴³ El Presidente actual es le Excm. Sra. Elin Ostebo JOHANSEN de Noruega. A 8 de noviembre de 2011. http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_s.htm#dsb, consultada el 8 de noviembre de 2011.

normas de procedimiento¹⁴⁴. De conformidad con el artículo IV.3 del Acuerdo sobre la OMC, las funciones del OSD son desempeñadas por el Consejo General de la OMC. El OSD se encuentra a cargo de su presidente que es elegido cada año de entre los representantes de los Miembros. El OSD sesiona, por lo regular una vez al mes, a menos que se convoque a sesión extraordinaria en circunstancias especiales como la prevista en la nota de pie de página 5 del ESD en lo relativo al establecimiento de Grupos Especiales¹⁴⁵.

Basado en la función general de administrar el ESD, el OSD desempeña 4 funciones específicas en su intervención en el procedimiento de solución de diferencias:

1. Establecimiento de Grupos Especiales por el OSD a petición de Parte, después de haber agotado la instancia de consultas. Los Grupos Especiales examinan los fundamentos jurídicos, técnicos y fácticos de las reclamaciones.
2. La adopción de los informes de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación. Los informes de los Grupos Especiales se trasladan a las Partes en la diferencia para su aprobación. Antes de la adopción del informe, el sistema de solución de diferencias de la OMC prevé la posibilidad de que una de las Partes en la diferencia apele el informe del Grupo Especial y de que este informe se someta a un estudio por parte del Órgano de Apelación. Este recurso de apelación se constituye como una de las mayores innovaciones del sistema. Tanto los informes de los Grupos Especiales¹⁴⁶ como del Órgano de Apelación¹⁴⁷ deben ser aprobados por el OSD para generar derechos y obligaciones de cumplimiento para las Partes de la diferencia. La adopción de estos informes se realiza de acuerdo a

¹⁴⁴ Las normas de procedimiento del OSD se encuentran contenidas en el documento, Reglamentos de los Períodos de Sesiones de la Conferencia Ministerial y de las Reuniones del Consejo General, el Mecanismo de Examen de Políticas Comerciales y el Órgano de Solución de Diferencias, PC/IPL/9, 25 de noviembre de 1994.

¹⁴⁵ Pie de página 5 del ESD: "Si la parte reclamante así lo pide, se convocará a tal efecto una reunión del OSD dentro de los 15 días siguientes a la petición, siempre que se dé aviso con 10 días como mínimo de antelación a la reunión".

¹⁴⁶ Artículo 16.4 del ESD.

¹⁴⁷ Artículo 17.4 del ESD.

la regla del consenso negativo, por lo tanto debido a la improbabilidad de que se rechacen estos informes por consenso de los Miembros en el OSD se dice que se instauró en la práctica la cuasi automaticidad en la aprobación de los informes sobre diferencias¹⁴⁸.

3. La vigilancia de la aplicación de las resoluciones y recomendaciones del OSD basadas en los informes de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación. Cuando se adopta un informe por el OSD, si en dicho informe se constata la infracción de los acuerdos abarcados, la anulación o menoscabo de ventajas para el reclamante, el OSD deberá vigilar que las resoluciones y recomendaciones sean cumplidas, sea de manera inmediata o dentro de un plazo prudencial¹⁴⁹.

4. La autorización para la suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados una vez vencido el plazo prudencial de cumplimiento.

El OSD es el encargado de tomar las decisiones formales sobre el resultado de las diferencias, el cumplimiento de sus funciones de examen de la diferencia reposa sobre la actividad de los órganos resolutorios, conocidos como los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación¹⁵⁰.

El OSD ha sido establecido para garantizar la integridad de los derechos y obligaciones en el marco del sistema multilateral de comercio, resalta su importancia por ser el órgano encargado de administrar el ESD y por no estar supeditado jerárquicamente a ningún órgano de la OMC.

¹⁴⁸ JACKSON, J.H., *The WTO Dispute Settlement Understanding: Misunderstanding on the Nature of Legal Obligation*, en CAMERON, J y CAMPBELL, K., *Dispute Resolution in the World Trade Organization*, Cameron May, Londres, 1998, p. 125.

¹⁴⁹ Artículo 21 del ESD.

¹⁵⁰ PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: Presente y Perspectivas...* *op.cit.*, pp. 67 a 72.

7. Órganos resolutorios: los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación

Los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación constituyen las dos instancias que pueden realizar el análisis fáctico, técnico y jurídico de las controversias planteadas en la OMC de acuerdo a lo establecido en el ESD. El Órgano de Apelación sólo puede realizar análisis jurídico.

La creación del Órgano de Apelación surgió como una contrapartida a la eliminación del consenso positivo para la toma de decisiones importantes sobre diferencias¹⁵¹, ya que un proceso de apelación pretende minimizar errores por apreciación diferente de la materia controvertida¹⁵² y en el contexto de la OMC, este objetivo se hace más necesario con la eliminación del veto que de otra forma era percibido por los Miembros como un filtro para evitar decisiones desacertadas.

7.1. Los Grupos Especiales

En el procedimiento de solución de diferencias de la OMC, el Órgano de Solución de Diferencias establece un órgano independiente integrado por tres expertos para examinar una diferencia determinada y formular recomendaciones al respecto a la luz de las disposiciones de la OMC¹⁵³. El ESD establece con claridad la existencia del derecho de una Parte a que se cree un Grupo

¹⁵¹ JACKSON, J. H., *The WTO Dispute Settlement Understanding: misunderstanding on the nature of legal obligations*, en *The jurisprudence of the GATT and the WTO*, Cambridge, 2000, p. 125.

¹⁵² "...the primary for introducing appeal has been that of avoiding mistakes in the legal findings by panels...". Véase SACERDOTI. G., *Appeal and Judicial Review in International Arbitration and Adjudication: The Case of the WTO Appellate Review*, E.U. Petersmann (ed.), International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System, Studies In Transnational Economic Law, La Haya: Kluwer Law International, 1997, vol. 11, p. 247.

¹⁵³ Definición de "Grupo Especial": En el procedimiento de solución de diferencias de la OMC, el Órgano de Solución de Diferencias establece un órgano independiente integrado por tres expertos para examinar una diferencia determinada y formular recomendaciones al respecto a la luz de las disposiciones de la OMC. Definición tomada en el Glosario de términos de la OMC. http://www.wto.org/spanish/thewto_s/glossary_s/grupo_especial_s.htm, consultada el 7 de enero de 2011.

Especial¹⁵⁴. A diferencia de lo que se acontecía en el GATT, este derecho no puede ser bloqueado¹⁵⁵.

Los Grupos Especiales¹⁵⁶ se forman de manera *ad hoc* para las controversias concretas y están integrados generalmente por 3 miembros que las Partes de la controversia consideran idóneas pudiendo ampliarlos a 5 y cuando no se logran poner de acuerdo¹⁵⁷ los designa el Director General de la OMC¹⁵⁸ en

¹⁵⁴ Artículo 6 del ESD. Artículo 9.1 del ESD: "Es importante tener en cuenta que, si varios Estados Miembros solicitan el establecimiento de diversos Grupos Especiales en relación con un mismo asunto, se podrá establecer, siempre que sea posible, un único Grupo Especial para examinar las reclamaciones, tomando en consideración los derechos de todos los Estados Miembros interesados. Siempre que sea posible, se deberá establecer un Grupo Especial único para examinar tales reclamaciones". Rivera señala que, el carácter multilateral de las relaciones comerciales ha llevado a que en la práctica se haya superado notablemente la posibilidad de acumulación de acciones que, en el caso del ESD, sólo está prevista para el supuesto de pluralidad de reclamantes. RIVERA, G., *Desarrollos jurisprudenciales sobre procedimientos de solución de diferencias en la OMC*, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, núm. 6, 2003, pp. 6 y 7, disponible en: <http://www.reei.org>, consultada el 11 de enero de 2011. De esta manera, en el asunto *Comunidades Europeas-Clasificación aduanera de determinado equipo informático*, se acumularon en un único Grupo Especial las reclamaciones presentadas por los EE.UU. contra una pluralidad de demandados (Comunidades Europeas, Reino Unido, Irlanda, en los asuntos WT/DS62, WT/DS67 y WT/DS68); en el asunto "Chile-Impuestos a la bebidas alcohólicas, el OSD acumuló en un único Grupo Especial dos reclamaciones distintas, WT/DS87 y WT/DS110, presentadas separadamente por las Comunidades Europeas contra Chile; en el asunto *EE.UU.-Ley antidumping de 1916*, WT/DS136/AB/R; WT/DS162/AB/R, párrafo 7, la acumulación de acciones se produjo en la etapa de apelación. BOU, V. (Coordinador), *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución...op. cit.*, p. 298.

¹⁵⁵ JACKSON, J., *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho Internacional...op.cit.*, p. 227.

¹⁵⁶ SOREL, señala que "el pedido de conformación de un Grupo Especial es unilateral, pues emana del querellante. Se debe precisar si se realizaron consultas, cuál es el objeto del litigio, el fundamento jurídico de la denuncia (con exigencias de precisión, pues está en juego un papel esencial para determinar el objeto del litigio y la delimitación de la competencia del grupo) e indicar el mandato del Grupo Especial". Al respecto véase SOREL, M., *Resolución de litigios de la OMC...op. cit.*, p. 77.

¹⁵⁷ SHOYER, W., *Panel selection in WTO dispute settlement proceedings*, Journal of International Economic Law, núm. 6, 2003, pp. 203-209; DAVEY, J., *The case for a WTO permanent panel body*, Journal of international Economic Law, núm. 6, 2003, p. 178.

¹⁵⁸ Pascal Lamy es el quinto Director General de la OMC. Su nombramiento, para un mandato de cuatro años, se hizo efectivo el 1º de septiembre de 2005. En abril de 2009, los Miembros de la OMC volvieron a elegir al Sr. Lamy para un segundo mandato de cuatro años, a contar desde el 1º de septiembre de 2009.

consulta con los presidentes del OSD y de los Consejos o Comités correspondientes¹⁵⁹.

Los Grupos Especiales generalmente están compuestos por la lista de candidatos que posee la OMC nominados por sus Miembros¹⁶⁰ y por individuos que no están incluidos en la lista pero por su profesionalismo e historial curricular, son competentes para desempeñar las funciones de resolución de conflictos¹⁶¹. El ESD establece que los miembros del Grupo Especial están formados por *“personas muy competentes, funcionarios gubernamentales o no, a saber, personas que anteriormente hayan integrado un Grupo Especial o hayan presentado un alegato en él, hayan actuado como representantes de un Miembro o de una parte contratante del GATT de 1947 o como representantes en el Consejo o Comité de cualquier acuerdo abarcado o del respectivo acuerdo precedente o hayan formado parte de la Secretaría del GATT, hayan realizado una actividad docente o publicado trabajos sobre derecho mercantil internacional o política comercial internacional, o hayan ocupado un alto cargo en la esfera de la política comercial en un Miembro”*¹⁶².

Los miembros del Grupo Especial deberán actuar a título personal y los gobiernos se abstendrán de dar instrucciones o ejercer influencia sobre ellos¹⁶³. Se impide formar parte del Grupo Especial a los nacionales de Miembros parte en la diferencia o a aquellos ciudadanos de Estados miembros de una unión aduanera o mercado común cuando una de las Partes en la diferencia pertenezca a éstos¹⁶⁴, salvo que las partes en la diferencia acuerden lo contrario¹⁶⁵.

¹⁵⁹ Artículos 8.5 y 8.7 ESD.

¹⁶⁰ Aunque los Estados Miembros de la OMC pueden proponer a la Secretaría periódicamente nombres de personas, funcionarios gubernamentales o no, para su inclusión en la lista indicativa, la decisión de incluirlos o no en la lista depende exclusivamente de la Secretaría. BOU, V. (Coordinador), *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución...* op. cit., p. 302.

¹⁶¹ PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: Presente y Perspectivas...* op. cit., p. 73.

¹⁶² Artículo 8.1 del ESD.

¹⁶³ Artículo 8.9 del ESD.

¹⁶⁴ Artículo 8.3 del ESD.

El ESD ofrece a los Grupos Especiales un procedimiento de trabajo por defecto¹⁶⁶, pero pueden ser modificados hasta cierto punto por medio de un acuerdo entre el Grupo Especial y los contendientes, por el cual se formula un conjunto de procedimientos acordado, basado en formatos que recogen la práctica usual, que son facilitados por la Secretaría. Estos procedimientos prevén presentaciones escritas, y por lo general dos o más procedimientos orales para que se permita la formulación de réplicas. En ocasiones, los Grupos Especiales que afrontan complejas preguntas fácticas o científicas disponen de procedimientos especiales innovadores para permitir que se obtenga información y experiencia por fuera¹⁶⁷. El artículo 13 del ESD autoriza a los Grupos Especiales a recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estime conveniente¹⁶⁸.

La función de los Grupos Especiales es ayudar al OSD a cumplir las funciones que le incumben en virtud del ESD y de los Acuerdos Abarcados¹⁶⁹. En

¹⁶⁵ Existe una regla especial conforme a la cual: “*Cuando se plantee una diferencia entre un país en desarrollo Miembro y un país desarrollado Miembro, en el Grupo Especial participará, si el país en desarrollo Miembro así lo solicita, por lo menos un integrante que sea nacional de un país en desarrollo Miembro*”. Artículo 8.10 del ESD.

¹⁶⁶ Véase Apéndice 3 (Procedimientos de Trabajo) del ESD y el artículo 12.1 del ESD.

¹⁶⁷ CE-Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos, WTO Docs. WT/DS291/27, WT/DS292/21, WT/DS293/21. El “caso GMO” era una disputa continua. El Grupo Especial, establecido el 19 de agosto de 2003, estimó que emitiría su informe final a las partes a finales de diciembre de 2005.

¹⁶⁸ En el documento WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, 13 de febrero de 1998: Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, párrafo 147, el Órgano de Apelación declaró que el artículo 13 del ESD faculta “a los Grupos Especiales a recabar información y asesoramiento cuando lo estimen pertinente en determinado caso”. Véase los siguientes documentos: WT/DS58/AB/R, 6 de noviembre de 1998: Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos de camarón*, párrafo 104.224, consideró que “los Grupos Especiales también tienen la facultad de aceptar o rechazar cualquier información o asesoramiento que hayan recabado y recibido o de disponer de ellos de algún otro modo apropiado. La competencia y autoridad de un Grupo Especial comprenden particularmente la facultad de determinar la necesidad de información y asesoramiento en un caso concreto”.

¹⁶⁹ Artículo 11 del ESD. “...cada Grupo deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos y formular otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados”. En el documento WT/DS22/AB/R, 21 de febrero de 1997: Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Brasil-Medidas que afectan el coco desecado*, se señala que: “El mandato de un Grupo Especial es importante por dos motivos. En primer lugar, el mandato cumple un

caso de que las Partes no hayan llegado a ningún acuerdo satisfactorio, el Grupo Especial redactará un informe dirigido al OSD el cual contendrá: las constataciones de hecho, la aplicabilidad de las disposiciones pertinentes y las razones en que se basen sus conclusiones y recomendaciones. Cuando se haya llegado a un arreglo de la cuestión entre las Partes en la diferencia, el informe del Grupo Especial se limitará a una breve relación del caso, con indicación de que se ha llegado a una solución.

El informe del Grupo Especial será adoptado por el OSD salvo que una Parte en la diferencia le notifique su decisión de apelar, en cuyo caso su adopción queda en suspenso hasta que se tramite la apelación, o que el OSD decida por consenso no adoptar el informe. En el caso de que ninguna Parte en la diferencia notifique formalmente su decisión de apelar, entonces entra en juego una de las novedades más importantes establecidas en el mecanismo de solución de diferencias de la OMC frente al sistema previo del GATT de 1947, ya que el OSD adoptará el informe definitivo, que se convertirá jurídicamente en obligatorio¹⁷⁰, a menos que el OSD, por consenso, decida su no adopción.

Un caso que merece mención especial y que es objeto de nuestro estudio es cuando al Grupo Especial se le somete la evaluación de medidas realizadas por autoridades nacionales, por ejemplo, derechos antidumping. En tal caso, la evaluación del Grupo Especial recae sobre la investigación conducente a la imposición de la medida, y el Grupo Especial no puede realizar su propia investigación, suplantando a la realizada por la autoridad nacional, ni tampoco puede apearse a lo que realizó esta autoridad¹⁷¹. Este informe es adoptado a

importante objetivo en cuanto al debido proceso, a saber, proporciona a las partes y a los terceros información suficiente con respecto a las reclamaciones que se formulen en la diferencia con miras a darles la oportunidad de responder a los argumentos del reclamante. En segundo lugar, establece la competencia del Grupo Especial al definir las reclamaciones concretas planteadas en la diferencia”.

¹⁷⁰ JACKSON, J., *The WTO Dispute Settlement Understanding: misunderstanding on the nature of legal obligations...* op. cit., p. 163.

¹⁷¹ PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: Presente y Perspectivas...* op. cit., p. 74.

menos que una parte notifique su decisión de apelar o que se decida por concesión negativa no adoptar el informe¹⁷².

7.2. Órgano de Apelación

Durante la Ronda de Uruguay se insistió en la creación de una sólida protección institucionalizada contra errores de derecho e interpretaciones jurídicas en torno a una segunda instancia: el Órgano de Apelación¹⁷³. Tal y como afirman Ballbé y Martínez, el Órgano de Apelación ha reproducido el modelo de la Corte Suprema de los EE.UU., ya que el “Órgano de Apelación es una Corte en todo menos en el nombre”¹⁷⁴. De hecho se ha convertido en un tribunal mundial constitucional ya que en la práctica anula o no aplica las leyes expedidas por los

¹⁷² Artículo 16.4 ESD.

¹⁷³ ZAPATERO, P., *Derecho del Comercio Global... op. cit.*, p. 52. La composición del primer Órgano de Apelación fue la siguiente: James Bacchus de Estados Unidos (un abogado especialista en cuestiones de comercio internacional, Miembros de la Cámara de Representantes de 1991 a 1994 y nombrado en la Comisión Especial de Coordinación de Política Comercial); Christopher Beeby de Nueva Zelanda (un diplomático de carrera especializado en casos económicos y jurídicos, y que fue embajador de Nueva Zelanda en Francia y Representante Permanente en la OCDE); Claus-Dieter Ehlermann de Alemania (un ex funcionario de la Comisión Europea- Director General de la Competencia y titular de la cátedra de Derecho Internacional Económico en el Instituto Internacional Europeo de Florencia); Said El-Naggar de Egipto (un catedrático universitario en Economía, Director Adjunto de Investigación en la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo CNUCED y luego Administrador del Banco Mundial); Florentino Feliciano de Filipinas (un juez de la Corte Suprema de Filipinas, que participa en numerosos arbitrajes comerciales internacionales); Julio Lacarte-Muró de Uruguay (un diplomático de carrera que participó en todas las Negociaciones Comerciales Multilaterales NCM en el marco del GATT, Secretario Ejecutivo Adjunto del GATT en 1947-1948, representante de Uruguay de 1961 a 1966 y de 1982 a 1992); Mitsuo Matsushita de Japón (un catedrático de Derecho especialista en Derecho Internacional Económico). Véase SOREL, M., *Resolución de litigios de la OMC...op. cit.*, pp. 99 y 100; SACERDOTI, G., *Appeal and judicial in international arbitration and adjudication: the case of the WTO Appellate Review*, en PETERSMANN, U. (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System ...op. cit.* p. 275; FELICIANO, P., VAN DEN BOSSCHE, P., *The dispute settlement system of the World Trade Organization: institutions, process and practice*, en BLOKKER, M., SCHERMERS, G.(eds.), *Proliferation on International Organizations*, Kluwer international Law, The Hague, 2001, p. 321; PALMETER, *The WTO Appellate Body Needs Remand Authority*, *Journal of World Trade Law*, num. 32, 1998, pp. 41-44; STEGER, D., *The appellate body and its contribution to WTO dispute settlement*, en *The political economy of international law: essays in honour of Robert E. Hudec*, Cambridge, 2002, p. 491.

¹⁷⁴ WEILER, J., *The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats: Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement*, *Am. Rev. Int'l. Arb.*, 13, 2002, p. 177. En BALLBE, M. and MARTINEZ R., *Law and Globalization: Between The United States and Europe in ROBALINO, J. and RODRIGUEZ, J., Global Administrative Law: Towards a Lex Administrativa...op. cit.* p. 195.

Estados que infringen los derechos del comercio mundial contenidos en los Acuerdos de la OMC¹⁷⁵.

El Órgano de Apelación está compuesto por siete miembros, de los cuales solo tres actúan para cada diferencia y conforman una sección. Se selecciona, para conocer de cada apelación, una sección integrada por tres miembros del Órgano de Apelación; cada sección elige a su presidente. El procedimiento de selección de las secciones está destinado a garantizar los principios de la selección aleatoria, imprevisibilidad de la selección y oportunidad de actuar de todos los Miembros con independencia de su origen nacional¹⁷⁶. Con objeto de garantizar la uniformidad y coherencia en la adopción de decisiones, las secciones intercambian opiniones con los demás miembros del Órgano de Apelación antes de finalizar los informes de este Órgano. La conducta de sus miembros se rige por las normas de conducta para la aplicación del ESD¹⁷⁷.

Los miembros tienen un mandato de cuatro años, el cual puede ser renovado una sola vez. Hasta el día de hoy¹⁷⁸ está compuesto por: Jennifer

¹⁷⁵ FISCHER, M., *Is the WTO Appellate Body a Constitutional Court? The Interaction of the WTO Dispute Settlement System with Regional and National Actors*, *Georgetown Journal of International Law*, 40, 2008 en BALLBE, M. and MARTINEZ R., *Law and Globalization: Between The United States and Europe in* ROBALINO, J. and RODRIGUEZ, J., *Global Administrative Law: Towards a Lex Administrativa...op. cit.* p. 195.

¹⁷⁶ Procedimientos de Trabajo, WT/AB/WP/6, Regla 6(2). Además, las directivas relativas a conflictos de intereses se aplicarán para determinar quién resuelve una apelación, porque los Miembros no pueden participar en ningún asunto en el que tengan un conflicto directo de intereses. Véase el párrafo 3 del artículo 17 y Normas de conducta para la aplicación del Entendimiento Relativo a las Normas y procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias, WT/AB/WP/7, Anexo II. Los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, WT/AB/WP/6, este documento reemplaza a los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación distribuidos el 4 de enero de 2005. Es una versión revisada y refundida, e incorpora las modificaciones del párrafo 3 de la Regla 6, los párrafos 1, 2 y 4 de la Regla 18, el párrafo 1 de la Regla 21, el párrafo 1 de la Regla 22, los párrafos 1, 3 y 4 de la Regla 23, los párrafos 1 y 2 de la Regla 24, el párrafo 1 de la Regla 27, los párrafos 1 y 2 de la Regla 32 y los anexos I y III, explicadas en los documentos WT/AB/WP/W/10 y WT/AB/WP/W/11. Los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación refundidos en el presente documento se aplicarán a las apelaciones iniciadas el 15 de septiembre de 2010 o posteriormente.

¹⁷⁷ www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/ab_members_descrp_s.htm, consultada el 11 de junio de 2010.

¹⁷⁸ http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/ab_members_descrp_s.htm, consultada el 3 de noviembre de 2011.

Hillman (EE.UU.) siendo ésta la presidenta, Lilia R. Bautista (Filipinas), Peter Van den Bossche (Bélgica), Ricardo Ramírez Hernández (México), Shotaro Oshima (Japón), David Unterhalter (Sudáfrica), y Yuejiao Zhang (China). El 18 de noviembre de 2011, el OSD nombró para formar parte del Órgano de Apelación, a las dos personas siguientes: Ujal Singh Bhatia, de la India, y Thomas R. Graham, de los EE.UU., por un período de cuatro años a contar desde el 11 de diciembre de 2011. Bhatia y Graham reemplazarán a Bautista y a Hillman a partir del 11 de diciembre de 2011¹⁷⁹.

El expresidente del Órgano de Apelación Ehlermann aportó una visión acerca de la cuestión del número de miembros del Órgano de Apelación, así como de la duración del mandato de sus integrantes, manifestando lo siguiente: *“Sin embargo, no comparto la opinión de que un número mayor de integrantes del Órgano de Apelación sea la respuesta más acertada al creciente número de apelaciones y al consiguiente incremento del volumen de trabajo. Admito que en 1995 me sobrecogía el verme integrado un reducido grupo de siete personas que representaba a la totalidad de los Miembros de la OMC. Pero pronto aprendí a valorar la enorme sabiduría de aquellos que decidieron limitar a siete el número de integrantes del Órgano de Apelación. Ese número reducido ha tenido en mi opinión efectos extremadamente positivos sobre la intimidad y colegialidad de las liberaciones del OSD. Lo que en una primera impresión parecía poco menos que una anomalía demostró ser un bien preciado. Este número de miembros debería mantenerse por todos los medios durante todo el tiempo posible. Desde nuestro*

¹⁷⁹ Bautista había informado al Presidente del OSD que no buscaría la reelección para un segundo mandato, y Hillman había informado al Presidente del OSD de que no estaba solicitando al OSD a su cuenta para un nuevo mandato.

http://www.wto.org/spanish/news_s/pres11_s/pr647_s.htm, consultada el 19 de noviembre de 2011.

*punto de vista el número de siete miembros del Órgano de Apelación debe de mantenerse, ya que ha demostrado en la práctica su eficacia*¹⁸⁰.

A diferencia del carácter *ad hoc* de los Grupos Especiales, el Órgano de Apelación establecido por el OSD tiene un carácter permanente, así lo regula el artículo 17.1 del ESD. Por el carácter permanente, no existen problemas análogos a los que acontecen con la composición de los Grupos Especiales en cuanto a la elección de aquellos que deben decidir la controversia, o a las posibles exclusiones por razones de nacionalidad entre las Partes en la diferencia y los miembros del Órgano de Apelación¹⁸¹.

7.2.1. El examen en apelación; una innovación trascendental

Una innovación introducida por el sistema de solución de diferencias de la OMC es la posibilidad de apelar, ya que en los tiempos del GATT no era posible apelar el informe de un Grupo Especial. La incorporación de la instancia de apelación constituyó una innovación porque dicho recurso no es común en los mecanismos de solución de diferencias entre Estados. Un ejemplo de ello se muestra en el sistema del TLCAN donde no se contempla la instancia de apelación. La incorporación de la instancia de apelación al sistema de la OMC se debió a la aceptación de la norma del “consenso negativo”¹⁸², que aumentó las probabilidades de adopción de los informes de los Grupos Especiales, en comparación con el sistema del consenso positivo que se aplicaba de acuerdo con el GATT. Se consideró necesario disponer de una seguridad que evitara que los

¹⁸⁰ EHLERMANN, C., *Six years on the Bench of the World Trade Court, Some Personal Experiences as a Member of the Appellate Body of the World Trade Organization*, Journal of World Trade, Vol. 36, N° 4 (2002), p. 610.

¹⁸¹ PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: Presente y Perspectivas... op. cit.*, p. 78.

¹⁸² La regla del consenso negativo (o en contrario) significa que en último término el reclamante tiene la garantía de que el Grupo Especial se establecerá si lo desea. La única posibilidad de impedir el establecimiento es que el OSD llegue a un consenso en contra, pero esto no ocurrirá si el reclamante no está dispuesto a sumarse a dicho consenso. En otras palabras, siempre que el reclamante, aunque esté solo y haga frente a la oposición de todos los demás Miembros de la OMC, insista en que se establezca el Grupo Especial, el OSD no puede llegar a un consenso contra dicho establecimiento. Podemos decir que la decisión del OSD de establecer un Grupo Especial es prácticamente automática.

informes de los Grupos Especiales no estrictamente jurídicos pasaran a revestir la categoría de leyes o que la parte a la que el informe había sido adverso se viera obligada a darle cumplimiento¹⁸³.

La importancia del examen en apelación radica en la garantía de doble instancia y de debido proceso que se otorga para los casos individuales¹⁸⁴. “La apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste”¹⁸⁵. No es simple determinar la frontera entre cuestiones de derecho y de hecho, lo que induce un margen de maniobra del Órgano de Apelación, no significando esto que los casos se analicen en su totalidad¹⁸⁶. Por lo tanto, se puede decir en cierta manera que el Órgano de Apelación ejerce un control sobre los Grupos Especiales, ya que la función del Órgano es “entender en los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones de los Grupos Especiales”¹⁸⁷, sin embargo, en el transcurso de la presente tesis veremos que no siempre el órgano de Apelación ejerce ese poder ante los Grupos Especiales. Como consecuencia del examen de apelación, el Órgano de Apelación está facultado para confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del Grupo Especial¹⁸⁸.

¹⁸³ LACARTE, J. y GRANADOS, J., *Solución de Controversias Comerciales Inter-gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales...op. cit.* p. 74

¹⁸⁴ SWACKER, F., REDDEN, K., WENGER, B., *World Trade Without Barriers. Comparative Dispute Resolution Public and Private*, Charlottesville: Michie Butterworth, 1996, p. 33. BHALA señala que el Órgano de Apelación actúa como una Corte Americana en el que los precedentes son muy importantes: “...the fact that the World Trade Organization’s (“WTO”) Appellate Body increasingly functions not simply like a court, as distinct from an arbitral tribunal, but like an American court, is one aspect of this more general trend in the global economy of the new millennium... A most obvious symptom of this decay is the Appellate Body’s use of precedent”. BHALA, R., *The Myth of Stare Decisis and International Trade Law*, American University International Law Review, 1999, vol. 14, n.º 4, pp. 847-849.

¹⁸⁵ Artículo 17.6 del ESD. MAVROIDIS, *The WTO Legal System: Sources of Law*, American Journal of international Law, num. 92, 1998, pp. 398-413.

¹⁸⁶ SOREL, M., *Resolución de litigios de la OMC*, traducción de: María Valeria Battista, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004, p. 103.

¹⁸⁷ Artículo 17.1 del ESD.

¹⁸⁸ Artículo 17.13 del ESD. En el documento WT/DS58/AB/R, 6 de noviembre de 1998: Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, párrafo 97, el Órgano de Apelación deberá

La revocación de constataciones o conclusiones jurídicas puede dar lugar a problemas cuando de dicha revocación surge la necesidad de evaluar otros asuntos con cierta vinculación. Si al evaluar dichos asuntos, el Órgano de Apelación constata que el Grupo Especial no estudió los hechos, o no lo hizo adecuadamente, el Órgano de Apelación se encontraría en una gran dificultad dado que, sus limitaciones en competencia le impiden realizar el trabajo que el Grupo Especial no realizó y por otra parte, tampoco puede reenviar el asunto al Grupo Especial para que realice la tarea incompleta¹⁸⁹. Por lo tanto quedaría como alternativa la posibilidad de dejar el asunto sin resolver, lo cual contradice los objetivos del ESD de preservar los derechos y obligaciones de los Miembros, de proveer una solución positiva a las Partes que aclare sus derechos y obligaciones y, de ser el caso, permitir la supresión de la medida ilegal o que genera el efecto desfavorable, y de proveer una solución pronta a la diferencia¹⁹⁰.

Por lo tanto, en la práctica, cuando el Órgano de Apelación revoca las constataciones del Grupo Especial recurre a lo que se llama “completar el análisis jurídico”. A través de esta práctica, el Órgano de Apelación ha procedido a reformar por su propia cuenta las consideraciones del Grupo Especial y se ha pronunciado sobre el fondo del asunto. Esto ha ocurrido en diversas ocasiones¹⁹¹. Según Yanovich y Voon, hasta julio de 2006, el Órgano de Apelación ha señalado que ha completado el análisis en 11 de sus 67 apelaciones¹⁹². En ningún caso el

“conferir al derecho de apelación todo su significado y efecto y brindar a la parte que se considera perjudicada por alguna constatación o interpretación jurídica contenida en el informe de un Grupo Especial una oportunidad real y efectiva de demostrar el error contenido en tal constatación o interpretación”.

¹⁸⁹ Para un análisis de las posibilidades de implementar reenvío para el Órgano de Apelación, véase PIEROLA, F., *The Question of Remand Authority for the Appellate Body*, A. Mitchell (ed.), Challenges and Prospects for the WTO, Londres: Cameron May, 2005 y PAUWELYN J., *Appeal Without Remand, A Design Flaw in WTO Dispute Settlement and How to Fix it*; document n° 1, International Centre for Trade and Sustainable Development, junio de 2007.

¹⁹⁰ PIEROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: Presente y Perspectivas... op. cit.*, p. 136.

¹⁹¹ Para un análisis de las posibilidades de implementar reenvío para el Órgano de Apelación, véase PIEROLA, F., *The Question of Remand Authority for the Appellate Body*, A. Mitchell (ed.), Challenges and Prospects for the WTO, Londres: Cameron May, 2005 y PAUWELYN J., *Appeal Without Remand, A Design Flaw in WTO Dispute Settlement and How to Fix it*; document n° 1, International Centre for Trade and Sustainable Development, junio de 2007.

¹⁹² YANOVICH, A. y VOON, T., *Completing the analysis in WTO Appeals: The Practice and its Limitation*, Journal of International Economic Law, 2006, vol. 9, n° 4, p. 993.

Órgano de Apelación ha señalado que la posibilidad de revocación permita reenviar el asunto al Grupo Especial¹⁹³.

Cabe la pena señalar que en la OMC no se contempla la figura de la “casación de origen francés”, la cual consiste en un recurso extraordinario que se interpone ante el juez de casación quien se pronuncia sobre la legalidad de la resolución recurrida y no sobre el fondo del asunto. No se le somete el litigio, sólo se le somete la decisión pronunciada en primera instancia o en apelación y en consecuencia, si el recurso está justificado, puede anular la resolución recurrida y remitir el asunto ante un tribunal de instancia, a quien corresponderá resolver el nuevo litigio¹⁹⁴. La diferencia entre el tribunal de casación con el Órgano de Apelación radica en que éste tiene facultades para confirmar, modificar o revocar las constataciones jurídicas del Grupo Especial pero no para reenviar los informes a éste. El Órgano de Apelación constituye una instancia, mientras que la casación no.

Tal y como afirma Zapatero, el Órgano de Apelación constituye un “filtro jurídico” que da forma a una de las grandes innovaciones del ESD y que opera como un contrapeso de la eliminación de la posibilidad de bloqueo de los Grupos

¹⁹³ PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: Presente y Perspectivas...* op. cit., p. 136.

¹⁹⁴ “La justicia civil francesa se presenta bajo la forma de una pirámide que incluye tres niveles: el primer nivel corresponde a los tribunales de primera instancia que conocen del conjunto de los litigios que no han sido objeto de arreglo extrajudicial; el segundo nivel corresponde a los tribunales de apelación ante quienes se someten a los fallos de primera instancia pronunciados en primera instancia. Estos tribunales de primera y segunda instancia se denominan tribunales de instancia. El tercer y último nivel corresponde a la “Cour de cassation” que es por ello el más alto tribunal en materia civil y penal. En cambio, no tiene ninguna competencia en materia constitucional, que compete al Consejo constitucional, ni en materia administrativa, que corresponde al Consejo de Estado. No es, por tanto, correctamente hablando, una corte suprema. Además, no se trata tampoco de un tribunal ordinario porque, en efecto, no conoce, en principio del fondo de los asuntos como así pueden hacerlo los tribunales de primera instancia y de apelación”. CAIDIET, L., *El Sistema de la Casación Francesa*, Membre de l’ Institut Universitaire de France, Professeur a l’Université Panthéon-Sorbonne Paris 1, Directeur du Centre de Recherche sur la Justice et le Procés (Francia), traducción al castellano por Gascón, F. y Fernández C., pp. 1 y 4.

Especiales¹⁹⁵. Su creación ha generado una jurisprudencia más sistematizada que la creada por los Grupos Especiales¹⁹⁶.

El Órgano de Apelación no puede realizar trabajo de investigación sobre las cuestiones de hecho de la controversia, sólo que sea para revisar si el Grupo Especial cumplió con la obligación de realizar una evaluación objetiva de los hechos, en estos casos se entiende que la supervisión de esta función procesal se califica como una cuestión de derecho. Por lo tanto el Órgano de Apelación se debe remitir a constatar si se ha dado dicha evaluación objetiva¹⁹⁷. ¿Cuál es la actitud del Órgano de Apelación frente las constataciones de los Grupos Especiales? Ruiz, ha destacado que, en su actividad, el Órgano de Apelación se muestra director y protector. Director por su papel integrador de derecho y protector de las facultades y la autonomía de los Grupos Especiales¹⁹⁸. En sus primeros casos el Órgano de Apelación señaló que una infracción al artículo 11 del ESD¹⁹⁹ “*constituye una alegación muy grave, que afecta al fundamento mismo de la integridad del proceso de solución de diferencias de la OMC*” y constituye “*no solamente un error de juicio en la apreciación de las pruebas sino más bien un error monumental que pone en duda la buena fe del grupo de expertos*”²⁰⁰.

¹⁹⁵ PETERSMANN, U., *How to Promote the International Rule of Law? Contributions by the World Trade Organization Appellate Review System*, Journal of International Economic Law, vol. 1, núm. 1, 1998, p. 48.

¹⁹⁶ ZAPATERO, P., *Derecho del Comercio Global...op. cit.*, p. 53.

¹⁹⁷ PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: Presente y Perspectivas... op. cit.*, p. 76.

¹⁹⁸ RUIZ F., *Appel et reglement des différends*, Revue Générale de Droit International Public, 1999, p. 119. Citado por PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: Presente y Perspectivas... op. cit.*, p. 77.

¹⁹⁹ Artículo 11 del ESD. “*Función de los Grupos Especiales. La función de los Grupos Especiales es ayudar al OSD a cumplir las funciones que le incumben en virtud del presente Entendimiento y de los acuerdos abarcados. Por consiguiente, cada Grupo Especial deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos y formular otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados. Los Grupos Especiales deberán consultar regularmente a las partes en la diferencia y darles oportunidad adecuada de llegar a una solución mutuamente satisfactoria*”.

²⁰⁰ Informe del Órgano de Apelación, DS26 Comunidades Europeas — Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas) (Reclamante: Estados Unidos), párrafo 133.

Piérola destaca los problemas que se plantean con motivo de las limitaciones de competencia que tiene el Órgano de Apelación, y son los que surgen cuando se revocan constataciones legales del Grupo Especial que conducen a la necesidad de examinar otras cuestiones sobre las cuales podrían faltar constataciones del Grupo Especial. Si las constataciones fácticas del Grupo Especial permiten continuar con el análisis jurídico, el Órgano de Apelación completará el análisis jurídico sobre las reclamaciones que no pudieron ser resueltas por el Grupo Especial²⁰¹. Se destaca el gran problema que se da cuando no existen constataciones de hecho en el informe del Grupo Especial que permitan al Órgano de Apelación completar el análisis. Recordando que el Órgano de Apelación tiene facultades para confirmar, modificar o revocar las constataciones jurídicas del Grupo Especial pero no para reenviar los informes del Grupo Especial, da como resultado una falta de seguridad y previsibilidad que el sistema de solución de diferencias debería proveer a los Miembros. Esta deficiencia estructural afecta la función del mecanismo de solución de diferencias de proveer una solución pronta que mantenga el equilibrio de los derechos y deberes de las Partes.

En cuanto a las diferencias en las funciones de los Grupos Especiales con la del Órgano de Apelación. A los Grupos Especiales les corresponde de acuerdo al artículo 11 del ESD, la doble misión de hacer una “evaluación objetiva del asunto” que incluya “una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos” y de “consultar regularmente a las Partes en la diferencia y darles oportunidad adecuada de llegar a una solución mutuamente satisfactoria”. Tal y como afirma Fernández, mientras que la primera misión es jurisdiccional, la segunda tiene una aproximación de una labor conciliatoria o de mediación. Lo que permite afirmar que los Grupos

²⁰¹ PIÉRLOA, F., *The Question of Remand Authority for the Appellate Body... op. cit.*, pp. 193-215.

Especiales combinan el procedimiento jurisdiccional con procedimientos de arreglo político²⁰².

La diferencia entre los Grupos Especiales con el Órgano de Apelación, es que éste sólo tiene la función jurisdiccional, así lo dispone el artículo 17.6 del ESD, al señalar que la apelación “*tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe el Grupo Especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste*”.

Los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación se han convertido en una parte muy importante del sistema de la OMC. Los plazos aproximados establecidos para cada etapa del procedimiento de solución de diferencias son indicativos: el acuerdo es flexible. Además, los países pueden resolver su diferencia por sí solos en cualquier etapa. A continuación presentamos los tiempos aproximados que se llevan en la solución de diferencias²⁰³.

60 días	Consultas, mediación, etc.
45 días	Establecimiento del Grupo Especial y designación de sus Miembros
6 meses	El Grupo Especial da traslado de su informe definitivo a las partes
3 semanas	El Grupo Especial da traslado de su informe definitivo a los Miembros de la OMC
60 días	El Órgano de Solución de Diferencias adopta el informe (de no haber apelación)
Total = 1 año	(sin apelación)
60-90 días	Informe del examen en apelación

²⁰² FERNÁNDEZ, X., *La OMC y el Derecho Internacional... op. cit.*, p. 83.

²⁰³ www.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/disp1_s.htm, consultada el 14 de abril de 2010.

30 días	El Órgano de Solución de Diferencias adopta el informe del examen en apelación
Total = 1 año y 3 meses	(con apelación)

7.2.2. Pasos de la fase de apelación: un procedimiento escrito y oral

Las actuaciones en la fase de apelación están contenidas en los procedimientos de trabajo para el examen de apelación, redactados por el Órgano de Apelación²⁰⁴. Con estos procedimientos de trabajo, el Órgano de Apelación se ha fijado como objetivos tener en cuenta *“la necesidad de velar por la protección de los derechos fundamentales de todas las partes en los procedimientos; la necesidad de garantizar una rotación en la conformación de las secciones,*

²⁰⁴ El documento WT/AB/WP/7 del 1° de mayo de 2003 contenía las reglas. El párrafo 9 del artículo 17 del ESD dispone que el Órgano de Apelación, en consulta con el Presidente del OSD y con el Director General, establecerá los procedimientos de trabajo y dará traslado de ellos a los Miembros para su información”. El 12 de enero de 2010, el Órgano de Apelación distribuyó una carta de su Presidente al Presidente del Órgano de Solución de Diferencias y al Director General en relación con tres propuestas de modificación de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación. En primer lugar, sugirieron que la comunicación escrita del apelante sea presentada en el momento en que se inicia la apelación, es decir, el mismo día en que se presenta el anuncio de apelación, y que todos los demás plazos aplicables a las comunicaciones escritas, al anuncio de otra apelación y a las notificaciones de los terceros sean adelantados en consecuencia. En segundo lugar, propusieron que se autorice explícitamente, con sujeción a determinadas condiciones, la presentación y notificación de documentos por medios electrónicos. En tercer lugar, propusieron que se introduzca un procedimiento que permita acumular los procedimientos de apelación en los casos en que dos o más diferencias tengan muchos elementos en común y estén estrechamente relacionadas desde un punto de vista temporal. La finalidad de esas propuestas es lograr una distribución del tiempo más eficaz durante la apelación modificando los plazos para la presentación de las comunicaciones escritas, autorizar explícitamente la presentación por correo electrónico de las comunicaciones escritas e introducir una norma sobre la acumulación de los procedimientos de apelación en determinadas circunstancias.

Véase http://www.wto.org/spanish/news_s/news10_s/wrk_proc_12jan10_s.htm, consultada el 11 de junio de 2010. Los Procedimientos de Trabajo para el Examen en Apelación, WT/AB/WP/6, este documento reemplaza a los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación* distribuidos el 4 de enero de 2005. Es una versión revisada y refundida, e incorpora las modificaciones del párrafo 3 de la Regla 6, los párrafos 1, 2 y 4 de la Regla 18, el párrafo 1 de la Regla 21, el párrafo 1 de la Regla 22, los párrafos 1, 3 y 4 de la Regla 23, los párrafos 1 y 2 de la Regla 24, el párrafo 1 de la Regla 27, los párrafos 1 y 2 de la Regla 32 y los anexos I y III, explicadas en los documentos WT/AB/WP/W/10 y WT/AB/WP/W/11. Los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación* refundidos en el presente documento se aplicarán a las apelaciones iniciadas el 15 de septiembre de 2010 o posteriormente.

conjugada con las ventajas de la colegialidad; la necesidad de preservar la independencia y la imparcialidad de la toma de decisiones; la necesidad de observar estrictamente las reglas de conducta en la realización de la tarea”²⁰⁵. Los procedimientos establecen los plazos para el cumplimiento de las diferentes etapas del proceso, definen los contenidos del anuncio de apelación y de las comunicaciones escritas del apelado y del apelante, reglamentan la participación de terceros y disponen de un calendario de trabajo y una audiencia oral. Al igual que en la fase de los Grupos Especiales, las actuaciones del Órgano de Apelación son de carácter confidencial²⁰⁶.

Sólo los Estados terceros que ya intervinieron ante el Grupo Especial podrán presentar comunicaciones por escrito ante el Órgano de Apelación, que podrá darles la oportunidad de ser oídos. Aunque la práctica del Órgano de Apelación ha desarrollado una posibilidad que no está expresamente prevista en el ESD, como es la participación de terceros en condición de *amicus curiae*. El Órgano de Apelación ha reconocido que, a través de esta vía, tanto los particulares como algunas organizaciones internacionales que, en principio, no podrían intervenir en condiciones de terceros en la controversia, por no ser Miembros de la OMC, pueden llegar a participar en la condición de *amicus curiae*²⁰⁷. Al justificar dicha competencia implícita del Órgano de Apelación de

²⁰⁵ SOREL, M., *Resolución de litigios de la OMC*, traducción de: María Valeria Battista, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004, p. 107.

²⁰⁶ Artículo 17.10. del ESD. LACARTE, J. y GRANADOS, J., *Solución de Controversias Comerciales Inter-gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales... op. cit.* pp. 77 y 78.

²⁰⁷ El Órgano de Apelación ha señalado en el documento WT/DS231/AB/R, 26 de septiembre de 2002: Informe del Órgano de Apelación en el asunto Comunidades Europeas-Denominación comercial de las sardinas, párrafo 156: “Recordamos que en el asunto Estados Unidos-Camarones, aceptamos tres escritos *amicus curiae* que se habían adjuntado como pruebas documentales a la comunicación del apelante en aquella apelación. Llegamos a la conclusión de que esos escritos formaban parte de la comunicación del apelante y observamos que corresponde al participante en la apelación decidir por sí mismo qué es lo que va a incluir en la comunicación. PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: Presente y Perspectivas... op. cit.*, p. 196. UMBRICH, G. C., *An Amicus Curiae Brief, en Amicus Curiae Briefs Before the WTO: Much Ado About Nothing*, Jean Monnet Working Paper, 2/01, disponible en: www.worldtradelaw.net/articles/mavroidisamicus.pdf, consultada el 11 de junio de 2010; ZONNEKYN, G., *The Appellate Body’s Communication on Amicus Curiae Briefs in the Asbestos Case-An Echemnach Procession?*, *Journal of World Trade*, 35, 2001, p. 553.

aceptar escritos *amicus curiae*²⁰⁸, ha establecido una distinción entre, por un lado, las Partes en la diferencia y los terceros intervinientes en la diferencia, que tienen un derecho reconocido legalmente a participar en los procedimientos de solución de diferencias²⁰⁹. De esta forma, el Órgano de Apelación opina que:

“Deseamos destacar que en el sistema de solución de diferencias de la OMC, el ESD prevé la participación en las actuaciones de los Grupos Especiales o del Órgano de Apelación, como un derecho, únicamente en el caso de las partes y los terceros en una diferencia; y, de conformidad con el ESD, sólo los Miembros de la OMC pueden legalmente ser partes o terceros en una diferencia determinada.

*Las personas y organizaciones que nos son miembros de la OMC no tienen derecho a presentar comunicaciones o ser oídos por el Órgano de Apelación. El Órgano de Apelación no está legalmente obligado a aceptar o tener en cuenta comunicaciones *amicus curiae* no solicitadas presentadas por personas o por organizaciones que no son miembros de la OMC. El Órgano de Apelación sólo está legalmente obligado a examinar las comunicaciones presentadas por*

²⁰⁸ La “competencia implícita” del Órgano de Apelación fue enunciada por primera vez en el documento WT/DS138/AB/R, 7 de junio de 2000: Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos-Establecimiento de derechos compensatorios sobre determinados productos de acero al carbono aleado con plomo y bismuto y laminado en caliente originarios del Reino Unido (EE.UU.-Plomo y bismuto II*, párrafo 39 de la siguiente manera: “Al examinar esta cuestión, observamos en primer lugar que no hay en el ESD ni en los Procedimientos de trabajo ninguna disposición que establezca expresamente que el Órgano de Apelación podrá aceptar y tener en cuenta comunicaciones procedentes de fuentes distintas de los participantes y terceros participantes en la apelación. Por otra parte, ni el ESD ni los Procedimientos de trabajo prohíben expresamente admitir o tener en cuenta esas comunicaciones, por lo tanto se desprende claramente que el Órgano de Apelación tiene amplias facultades para adoptar reglas de procedimiento que no estén en conflicto con las normas y procedimientos del ESD o de los acuerdos abarcados. Por consiguiente, opinamos que, en la medida en que actuemos de manera compatible con las disposiciones del ESD y de los acuerdos abarcados estamos legalmente facultados para adoptar una decisión acerca de si aceptamos y examinamos o no cualquier información que consideremos pertinente y útil en una apelación”.

²⁰⁹ BOU, V. (Coordinador), *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución...op. cit.*, pp. 308-315.

*Miembros de la OMC que sean partes o terceros en una diferencia determinada*²¹⁰.

La implicación más importante que se deriva de la aceptación de las comunicaciones *amicus curiae* es que el sistema de solución de controversias se expanda lentamente desde el esquema de controversias entre gobiernos a uno en el que el sector privado y la sociedad civil tengan un papel más destacado en la solución de conflictos²¹¹.

A continuación se presenta una referencia a los Procedimientos de Trabajo para el examen en apelación.

a) Referencia de los Procedimientos de Trabajo para el examen en apelación

Calendario de las apelaciones

<u>Apelaciones en general</u>	<u>Apelaciones relacionadas con subvenciones prohibidas</u>
Día	Día

²¹⁰ Documento WT/DS138/AB/R, 7 de junio de 2000: Informe del Órgano de Apelación en el asunto Estados Unidos-Establecimiento de derechos compensatorios sobre determinados productos de acero al carbono aleado con plomo y bismuto y laminado en caliente originarios del Reino Unido (EE.UU.-Plomo y bismuto II, párrafos 40 y 41.

²¹¹ PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: Presente y Perspectivas...* op. cit., p. 196.

Anuncio de apelación ²¹²	0	0
Comunicación del apelante ²¹³	0	0
Anuncio de otra apelación ²¹⁴	5	2
Comunicación del otro apelante ²¹⁵	5	2

²¹² Regla 20 de los Procedimientos de Trabajo para el examen en apelación, (en adelante PTEA): “Inicio de la apelación. 1) Toda apelación se iniciará mediante una notificación por escrito al OSD de conformidad con el párrafo 4 del artículo 16 del ESD y la presentación simultánea de un anuncio de apelación ante la Secretaría. 2) El anuncio de apelación incluirá la siguiente información: a) el título del informe del grupo especial objeto de la apelación; b) el nombre de la parte en la diferencia que presenta el anuncio de apelación; c) la dirección a efectos de notificación y los números de teléfono y facsímil de la parte en la diferencia; y d) un breve resumen del carácter de la apelación, con inclusión de: i) la identificación de los supuestos errores en las cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste; ii) una lista de las disposiciones jurídicas de los acuerdos abarcados respecto de las cuales se alega que el Grupo Especial ha incurrido en error al interpretarlas o aplicarlas; y iii) sin perjuicio de la facultad del apelante para referirse a otros párrafos del informe del grupo especial en el contexto de su apelación, una lista indicativa de los párrafos del informe del grupo especial que contienen los supuestos errores”.

²¹³ Párrafo 1 de la Regla 21 de los PTEA. Comunicación del apelante. : “*El apelante presentará por escrito a la Secretaría, el mismo día de la presentación del anuncio de apelación, una comunicación preparada de conformidad con el párrafo 2 y hará entrega de una copia de dicha comunicación a las demás partes en la diferencia y a los terceros*”.

²¹⁴ Párrafo 1 de la Regla 23 de los PTEA. Apelaciones múltiples. : “*En un plazo de cinco días contados a partir de la fecha de la presentación del anuncio de apelación, cualquier parte en la diferencia distinta del apelante original podrá sumarse a esa apelación o apelar sobre la base de otros supuestos errores en las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste. Esa parte notificará por escrito al OSD su apelación y al mismo tiempo presentará a la Secretaría un anuncio de otra apelación*”.

²¹⁵ Párrafo 3 de la Regla 23 de los PTEA. Apelaciones múltiples. “*El otro apelante presentará por escrito a la Secretaría, en un plazo de cinco días contados a partir de la fecha de presentación del anuncio de apelación, una comunicación preparada de conformidad con el párrafo 2 de la Regla 21 y entregará copia de dicha comunicación a las demás partes en la diferencia y a los terceros*”.

Comunicación del apelado ²¹⁶	18	9
Comunicación del tercero participante ²¹⁷	21	10
Notificación del tercero participante ²¹⁸	21	10

²¹⁶ Regla 22 y párrafo 4 de la Regla 23 de los PTEA. Regla 22: Comunicación del apelado. “Las partes en la diferencia que deseen responder a las alegaciones planteadas en la comunicación presentada por el apelante de conformidad con la Regla 21 podrán presentar a la Secretaría, en un plazo de 18 días contados a partir de la fecha de la presentación del anuncio de apelación, una comunicación por escrito preparada de conformidad con el párrafo 2 y harán entrega de una copia de la comunicación al apelante, las demás partes en la diferencia y los terceros. 2) Las comunicaciones por escrito a que hace referencia el párrafo 1a) se presentarán fechadas y firmadas por el apelado; y b) incluirán i) una exposición precisa de los motivos para oponerse a las alegaciones específicas de errores en las cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y en las interpretaciones jurídicas formuladas por éste que se planteen en la comunicación del apelante, y los argumentos jurídicos en que se basan; ii) la aceptación de cada uno de los motivos alegados en la comunicación del apelante o la oposición a ellos; iii) una exposición precisa de las disposiciones de los acuerdos abarcados y otras fuentes jurídicas en las que se ampara el apelado; y iv) el carácter de la decisión o el fallo que se pretende”. Párrafo 4 de la Regla 23 de los PTEA: Apelaciones múltiples: “El apelante, todo apelado y cualquier otra parte en la diferencia que desee responder a una comunicación presentada de conformidad con el párrafo 3 podrá presentar comunicaciones por escrito en un plazo de 18 días contados a partir de la fecha de la presentación del anuncio de apelación, y esas comunicaciones se adaptarán al modelo previsto en el párrafo 2 de la Regla 22”: “2) Las comunicaciones por escrito a que hace referencia el párrafo 1a) se presentarán fechadas y firmadas por el apelado; y b) incluirán i) una exposición precisa de los motivos para oponerse a las alegaciones específicas de errores en las cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y en las interpretaciones jurídicas formuladas por éste que se planteen en la comunicación del apelante, y los argumentos jurídicos en que se basan; ii) la aceptación de cada uno de los motivos alegados en la comunicación del apelante o la oposición a ellos; iii) una exposición precisa de las disposiciones de los acuerdos abarcados y otras fuentes jurídicas en las que se ampara el apelado; y iv) el carácter de la decisión o el fallo que se pretende”.

²¹⁷ Párrafo 1 de la Regla 24 de los PTEA: Terceros participantes: “Cualquier tercero podrá presentar una comunicación escrita que contenga los motivos y argumentos jurídicos en que se apoye su posición. Esa comunicación se presentará en un plazo de 21 días contados a partir de la fecha de presentación del anuncio de apelación”.

²¹⁸ Párrafo 2 de la Regla 24 de los PTEA: Terceros participantes: “Todo tercero que no presente una comunicación escrita notificará a la Secretaría por escrito, en el mismo plazo de 21 días, si tiene intención de comparecer en la audiencia y, en tal caso, si tiene intención de pronunciar una declaración oral”.

Audiencia ²¹⁹	30-45	15-23
Distribución del informe de la apelación	60-90 ²²⁰	30-60 ²²¹
Reunión del OSD para la adopción del informe	90-120 ²²²	50-80 ²²³

7.2.3. Las audiencias de apelación: marcado contraste en relación con las audiencias del Grupo Especial

De acuerdo a la experiencia de Hughes²²⁴, las audiencias ante el Órgano de Apelación son muy diferentes de las audiencias ante los Grupos Especiales. Ante éstos, las Partes en la diferencia comúnmente tienen la posibilidad de leer extensas exposiciones, que duran desde treinta minutos hasta una hora o más.

²¹⁹ Regla 27 de los PTEA: Audiencia: “1) La sección celebrará una audiencia que, por norma general, tendrá lugar entre 30 y 45 días después de la fecha de presentación de un anuncio de apelación. 2) La Secretaría notificará, si es posible en el plan de trabajo o, si no, lo antes posible, la fecha de la audiencia a todas las partes en la diferencia, participantes, terceros y terceros participantes. 3) a) Cualquier tercero que haya presentado una comunicación de conformidad con el párrafo 1 de la Regla 24, o haya notificado a la Secretaría de conformidad con el párrafo 2 de dicha Regla que tiene intención de comparecer en la audiencia, podrá comparecer en la audiencia, pronunciar una declaración oral en la misma y responder a las preguntas formuladas por la sección. b) Cualquier tercero que haya notificado a la Secretaría de conformidad con el párrafo 4 de la Regla 24 que tiene intención de comparecer en la audiencia podrá comparecer en ella. c) Cualquier tercero que haya hecho una solicitud de conformidad con el párrafo 4 de la Regla 24 podrá, con sujeción a las facultades discrecionales de la sección que entienda en la apelación, teniendo en cuenta los requisitos del debido proceso, pronunciar una declaración oral en la audiencia y responder a las preguntas formuladas por la sección. 4) El Presidente de la sección podrá establecer límites de tiempo para presentar oralmente argumentos”.

²²⁰ Párrafo 5 del artículo 17 del ESD.

²²¹ Párrafo 9 del artículo 4 del Acuerdo sobre Subvenciones.

²²² Párrafo 14 del artículo 17 del ESD.

²²³ Párrafo 9 del artículo 4 del Acuerdo sobre Subvenciones.

²²⁴ Hughes ha sido Directora de la Secretaría del Órgano de Apelación de la OMC. Anteriormente perteneció al estudio jurídico de Ogilvy Renault en Ottawa, Canadá. Hughes también estuvo durante 19 años al servicio del Gobierno de Canadá, ocupando, durante ese período, varios puestos: Directora de la División de Derecho Mercantil del Ministerio de Asuntos Exteriores y Comercio Internacional, Directora de la División de Servicios Jurídicos Generales del Ministerio de Finanzas, y Consejera Jurídica Superior de la División de Derecho Internacional del Ministerio de Justicia. Hughes ha actuado como asesor jurídico de Canadá ante varias cortes y tribunales internacionales, entre ellos la Corte Internacional de Justicia, paneles constituidos en virtud del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Grupos Especiales de la OMC y el Órgano de Apelación de la OMC.

Luego sigue un interrogatorio por parte del Grupo Especial, pudiendo las Partes formularse preguntas mutuamente. En lo que respecta a las respuestas, son normalmente de carácter preliminar, porque se suele permitir a las Partes presentar sus respuestas por escrito una o dos semanas después²²⁵.

Por el contrario, una audiencia ante el Órgano de Apelación, es mucho más agotadora. Hughes, comenta que las partes cuentan con entre cinco y treinta minutos para exponer sus argumentos iniciales, según la cuestión y el número de participantes; si estos últimos se exceden en los tiempos asignados, muy probablemente son interrumpidos. Luego comienzan los interrogatorios, los miembros del Órgano de Apelación se turnan para formular como cincuenta y ocho o más preguntas de un minucioso y complejo interrogatorio relativo a las cuestiones que son objeto de la apelación. De la misma manera nos comenta que en esta etapa, las Partes comprueban que los miembros del Órgano de Apelación han leído las comunicaciones escritas con gran detenimiento y están absolutamente familiarizados con el caso. Explica que las respuestas de las Partes no son preliminares ya que no existe la opción de presentar posteriormente las respuestas por escrito y así las actuaciones se prolongan durante todo un día y a veces continúan al día siguiente y quizás hasta dos días más²²⁶. Hace saber que al final de la audiencia, las Partes tienen la posibilidad de exponer brevemente sus alegatos finales y que en la mayoría de los casos, las Partes no hacen uso de esta opción²²⁷.

7.2.4. La decisión

Si bien en la sección encargada de resolver una apelación sólo sesionan tres miembros del Órgano de Apelación y sólo esos tres miembros suscriben el informe del Órgano de Apelación para esa apelación, los siete miembros del

²²⁵ LACARTE, J. y GRANADOS, J., *Solución de Controversias Comerciales Inter-gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales...op. cit.* p. 78

²²⁶ Hughes comenta que por lo general, la mayoría de las audiencias duran entre siete y ocho horas, sin contar el receso para el almuerzo y que sólo en contadas oportunidades han durado tres días.

²²⁷ LACARTE, J. y GRANADOS, J., *Solución de Controversias Comerciales Inter-gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales... op. cit.*, p. 78

Órgano de Apelación participan en cada decisión que se toma. Hughes comenta que este aspecto del proceso de apelación se denomina “colegialidad” y se encuentra establecido en los procedimientos de trabajo²²⁸ y su finalidad es la de:

“...garantizar la uniformidad y coherencia en la adopción de decisiones y... aprovechar la competencia individual y colectiva de los Miembros²²⁹”.

Resulta conveniente que para cada apelación se reúnan los siete miembros del Órgano de Apelación para realizar un intercambio de opiniones, en el que todos los miembros expongan sus opiniones, acerca de la decisión que consideran procedente. Los miembros que no están encargados de la resolución de la apelación examinan todas las comunicaciones escritas presentadas y la transcripción de la audiencia. Es acertado citar al expresidente del Órgano de Apelación Ehlermann, quien efectúa la siguiente ponderación de esta manera de decidir las apelaciones:

“El sistema de intercambio de opiniones entre todos los miembros ha demostrado ser de enorme utilidad para la tarea del Órgano de Apelación. Tal como fueron concebidos, los intercambios han permitido a las secciones aprovechar la competencia individual y colectiva de todos los miembros. Asimismo, han contribuido significativamente a garantizar la uniformidad y coherencia en la adopción de decisiones. De este modo, los intercambios de opiniones han ayudado a aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio, que es, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 3 del ESD, el objetivo fundamental del sistema de solución de diferencias de la OMC. (...) El

²²⁸ Anteriormente WT/AB/WP/7, Regla 4(1), actualmente WT/AB/WP/6. Los Procedimientos de Trabajo para el Examen en Apelación, WT/AB/WP/6, este documento reemplaza a los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación distribuidos el 4 de enero de 2005. Es una versión revisada y refundida, e incorpora las modificaciones del párrafo 3 de la Regla 6, los párrafos 1, 2 y 4 de la Regla 18, el párrafo 1 de la Regla 21, el párrafo 1 de la Regla 22, los párrafos 1, 3 y 4 de la Regla 23, los párrafos 1 y 2 de la Regla 24, el párrafo 1 de la Regla 27, los párrafos 1 y 2 de la Regla 32 y los anexos I y III, explicadas en los documentos WT/AB/WP/W/10 y WT/AB/WP/W/11. Los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación del presente documento se aplicarán a las apelaciones iniciadas el 15 de septiembre de 2010 o posteriormente.

²²⁹ Regla 4 de los PTEA.

sistema de intercambio de opiniones combina los beneficios de la liberación de la totalidad de los siete miembros del Órgano de Apelación con las ventajas de la toma de decisiones por parte de secciones integradas por tres miembros²³⁰.

7.2.5. ¿Cómo se mide la eficacia del sistema?

El elevado índice de apelaciones es revelador de la confianza que los Miembros de la OMC tienen depositada en el Órgano de Apelación y la desconfianza a los Grupos Especiales. Tal y como afirma Hughes, sería incorrecto suponer que un alto índice de apelaciones significa que los Grupos Especiales realizan una tarea deficiente o que un menor índice de apelaciones revela que los Grupos Especiales han mejorado su desempeño, o que ha disminuido la confianza en el Órgano de Apelación²³¹, ya que no siempre los Grupos Especiales realizan una tarea deficiente.

De la misma manera explica que hay muchos motivos por los cuales puede apelarse los informes de los Grupos Especiales, si una de las Partes cree que un Grupo Especial ha cometido un error en alguna cuestión de derecho, lo más seguro es que apelará para obtener un resultado más favorable. Pero no siempre éste es el caso; a veces un Miembro prefiere no correr el riesgo de someter una cuestión delicada a la consideración del Órgano de Apelación y que éste afiance aún más la constatación de un Grupo Especial²³².

Aunque en el sistema de solución de diferencias de la OMC formalmente no hay *stare decisis*²³³, resulta conveniente remarcar que las Partes generalmente

²³⁰ EHLERMANN, D., *Six Years on the Bench of the World Trade Court, Some Personal Experiences as a Member of the Appellate Body of the World Trade Organization*, Journal of World Trade. Vol. 36, No 4, 2002, pp. 612, 613.

²³¹ LACARTE, J. y GRANADOS, J., *Solución de Controversias Comerciales Inter-gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales...op. cit.* p. 81.

²³² Idem.

²³³ El *stare decisis* es un concepto que, por lo general, sólo se aplica en jurisdicciones del *common law* (las que derivan sus sistema jurídico, al menos en gran parte del inglés). El *stare decisis* es una forma de precedente bastante fuerte, y en ocasiones estos términos se usan como si fueran equivalentes, véase JACKSON, J., *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho Internacional...op. cit.*, pp. 254-260; SWACKER, F., REDDEN, K., WENGER, L.B., *World Trade Without Barriers. Comparative Dispute Resolution- Public and Private*, Charlottesville: Michie Butterworth, 1996, p. 33. BHALA señala que el Órgano de Apelación actúa como una Corte

citan y fundamentan sus argumentos en informes del Órgano de Apelación y de la misma manera éste cita sus decisiones anteriores en las fundamentaciones de sus constataciones y conclusiones. En el capítulo segundo de la presente tesis se verá como se lleva a la práctica la fundamentación en los argumentos de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación.

Por lo tanto, la eficacia del Órgano de Apelación se mide por su contribución al progreso del derecho comercial internacional a través del desarrollo de un repertorio de jurisprudencia que abarca una gran variedad de cuestiones. El Órgano de Apelación ha resuelto cuestiones que se encuadran dentro de catorce²³⁴ Acuerdos de la OMC e interpretado numerosas disposiciones de esos Acuerdos. Las materias que han sido objeto de su examen han sido a veces extremadamente técnicas, a menudo controvertidas y muy raramente de sencilla resolución. Lacarte expresó este concepto con mayor claridad en su discurso de despedida ante el OSD, al término de su segundo y último mandato en el Órgano de Apelación:

“El Órgano de Apelación ha sido caracterizado como resuelto y decidido en sus resoluciones. Creo que ésto se logró. Somos todos conscientes de que probablemente ninguna de nuestras decisiones reciba aprobación universal. Pero

Americana en la que los precedentes son muy importantes: “...the fact that the World Trade Organization’s (“WTO”) Appellate Body increasingly functions not simply like a court, as distinct from an arbitral tribunal, but like an American court, is one aspect of this more general trend in the global economy of the new millennium... A most obvious symptom of this decay is the Appellate Body’s use of precedent”, BHALA, R., *The Myth of Stare Decisis and International Trade Law...op. cit.* pp. 847-849.

²³⁴ Acuerdo sobre la Agricultura, artículo 19; Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, párrafo 1 del artículo 11; Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido, párrafo 4 del artículo 8; Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, párrafo 1 del artículo 14; Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio, artículo 8; Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994, párrafo 2 del artículo 17; Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del GATT de 1994, párrafo 2 del artículo 19; Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición, artículo 7; Acuerdo sobre Normas de Origen, artículo 7; Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación, artículo 6; Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, artículo 30; Acuerdo sobre Salvaguardias, artículo 14; Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, párrafo 1 del artículo 64; y las correspondientes disposiciones en materia de consultas de los Acuerdos Comerciales Plurilaterales que los órganos competentes de cada acuerdo determinen y notifiquen al OSD.

no es esa nuestra función; nuestra función es ser independientes, imparciales y objetivos en todo momento. Y creo que ésto también se logró²³⁵.

Los siguientes cuadros contienen la información que publica la OMC de estadísticas sobre las apelaciones²³⁶.

Número de informes adoptados del Órgano de Apelación

Año de adopción	Todos los informes del Órgano de Apelación	Informes del Órgano de Apelación distintos de los emitidos respecto de los informes de grupos especiales establecidos de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD (1)	Informes del Órgano de Apelación emitidos respecto de informes de grupos especiales establecidos de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD
1996	2	2	0
1997	5	5	0
1998	8	8	0
1999	7	7	0
2000	10	8	2
2001	12	9	3
2002	7	6	1
2003	7	5	2
2004	6	6	0
2005	9	8	1
2006	6	3	3
2007	5	1	4
2008	8	5	3
2009	6	4	2
2010	2	2	0
2011	5	2	0
Total⁽²⁾	105	81	21

1. Los grupos especiales establecidos de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (el “ESD”) se refieren al “desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones [del Órgano de Solución de Diferencias (el “OSD”)] o a la

2. Informes adoptados del Órgano de Apelación al 5 de octubre de 2011.

²³⁵ Palabras del miembro saliente del Órgano de Apelación, LACARTE Julio, en su discurso de despedida, al término de la Reunión del OSD celebrada el 19 de diciembre de 2001.

²³⁶ www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/stats_s.htm, consultada el 3 de noviembre de 2011.

compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado”.

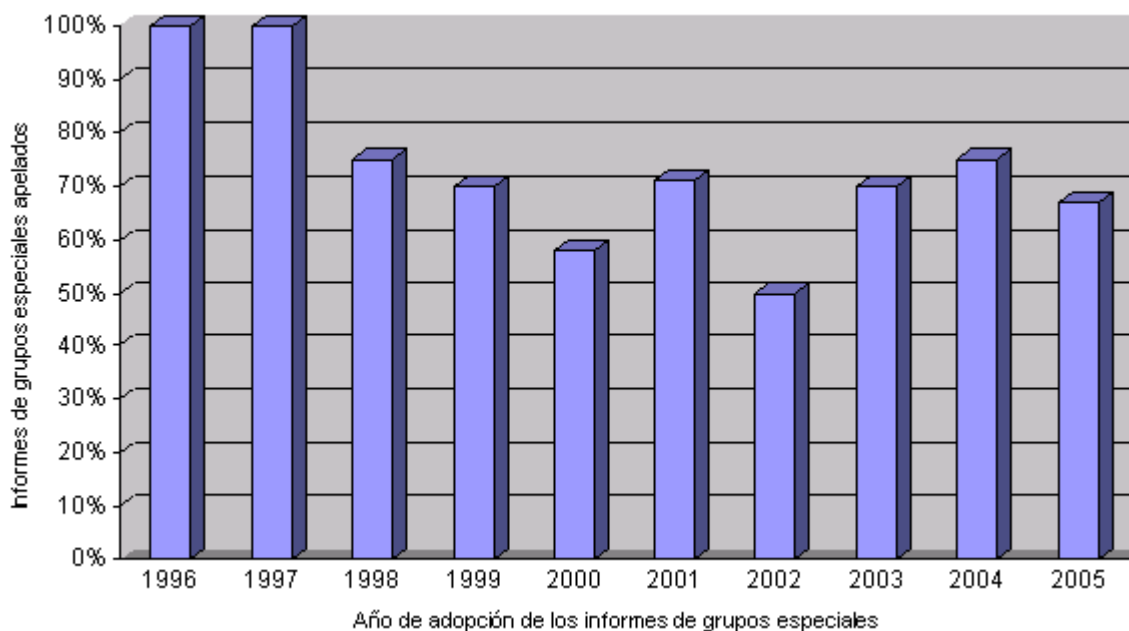
Porcentaje de informes de grupos especiales que han sido apelados

Año de adopción	Todos los informes de grupos especiales			Informes de grupos especiales distintos de los establecidos de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD ⁽³⁾			Informes de grupos especiales establecidos de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD		
	Informes de grupos especiales adoptados	Informes de grupos especiales apelados ⁽⁴⁾	Porcentaje de informes de grupos especiales apelados ⁽⁵⁾	Informes de grupos especiales adoptados ⁽⁶⁾	Informes de grupos especiales apelados	Porcentaje de informes de grupos especiales apelados	Informes de grupos especiales adoptados	Informes de grupos especiales apelados	Porcentaje de informes de grupos especiales apelados
1996	2	2	100%	2	2	100%	0	0	-
1997	5	5	100%	5	5	100%	0	0	-
1998	12	9	75%	12	9	75%	0	0	-
1999	10	7	70%	9	7	78%	1	0	0%
2000	19	11	58%	15	9	60%	4	2	50%
2001	17	12	71%	13	9	69%	4	3	75%
2002	12	6	50%	11	5	45%	1	1	100%
2003	10	7	70%	8	5	63%	2	2	100%
2004	8	6	75%	8	6	75%	0	0	0%
2005	20	12	60%	17	11	65%	3	1	33%
Total	115	77	67%	100	68	68%	15	9	60%

3. Supra, nota 1.
 4. Los informes de grupos especiales se contabilizan como apelados cuando han sido adoptados tal como un informe del Órgano de Apelación los ha confirmado, modificado o revocado. El número de informes de grupos especiales que han sido apelados puede diferir del número de informes del Órgano de Apelación porque, por ejemplo, algunos informes del Órgano de Apelación se refieren a más de un informe de Grupo Especial.

5. Los porcentajes se han redondeado al número entero más próximo.
 6. Los informes del Grupo Especial CE — Banano III (Ecuador), CE — Banano III (Guatemala y Honduras), CE — Banano III (México) y CE — Banano III (Estados Unidos) se contabilizan como un solo informe de grupo especial. Los informes del Grupo Especial que examinó el asunto Estados Unidos — Savaguardias sobre el acero también se cuentan como un único informe de Grupo Especial.

Porcentaje de informes de grupos especiales que han sido apelados



Al 3 de noviembre de 2011, hay tres apelaciones en curso²³⁷. El 23 de septiembre de 2011 Filipinas presentó un anuncio de apelación sobre el asunto “Filipinas — Impuestos sobre los aguardientes” (WT/DS396, WT/DS403). El 31 de agosto de 2011: China presentó un anuncio de apelación sobre el asunto “China — Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas” (WT/DS394, WT/DS395, WT/DS398). El 1° de abril de 2011: Las Comunidades Europeas presentó un anuncio de apelación sobre el asunto “Estados Unidos — Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (Segunda reclamación)” (WT/DS353).

8. Requisitos de implementación y cumplimiento

Otro aspecto original del mecanismo de solución de diferencias de la OMC consiste en que, además de prever los medios de arreglo de la diferencia, establece diversas garantías²³⁸ en normas²³⁹ para asegurar el correcto

²³⁷ http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/appellate_body_s.htm#current_appeals, consultada el 3 de noviembre de 2011.

²³⁸ MONNIER, P., *The time to comply with an adverse WTO ruling*, Journal of World Trade, núm. 35, 2001, p. 835; PALMETER, D., *The WTO Dispute Settlement Mechanism. Compliance with*

cumplimiento de las obligaciones que se contengan en los informes definitivos de los Grupos Especiales, en los informes del Órgano de Apelación o en los laudos arbitrales²⁴⁰.

En el ESD, la implementación o cumplimientos significa la supresión o modificación de una medida de un Miembro de la OMC que viola una disposición de un Acuerdo Abarcado. La implementación consiste en poner la medida incompatible en conformidad con las disposiciones específicas del acuerdo abarcado, mediante la supresión total de la medida o mediante su modificación.²⁴¹

Tal y como se ha analizado en la presente tesis, el OSD asume la función de vigilar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la solución de la diferencia. Para ello, el Miembro afectado por la adopción de un informe de un Grupo Especial o del Órgano de Apelación o por un laudo arbitral, informará al OSD en un plazo máximo de 30 días de cómo y cuándo cumplirá las obligaciones que emanan de la solución de la diferencias. Si no fuera posible cumplirlas inmediatamente, entonces el Miembro afectado dispondrá de un plazo prudencial para cumplir el informe o laudo²⁴². Este plazo prudencial será el propuesto por el Miembro afectado si así lo aprueba el OSD. En caso contrario, deberán fijarlo de común acuerdo las Partes en la diferencia dentro de los 45 días siguientes a la fecha de adopción de las recomendaciones y resoluciones y, a falta de acuerdo,

WTO ruling and other procedural problems, *Journal of World Intellectual Property*, num. 4, 2001, p. 294; KEARNS, E. CHARNOVITZ, S., *Adjudicating compliance in the WTO: a review of DSU article 21.5*, *Journal of International Economic Law*, núm. 5, 2002, p. 341.

²³⁹ Artículos 21, 22 y 26 del ESD.

²⁴⁰ BOU, V. (Coordinador), *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución...op. cit.*, p. 318.

²⁴¹ YUKA FUKUNAGA, Y., *Securing Compliance Through the WTO Dispute Settlement System: Implementation of DSB Recommendations*, 9 *Journal of International Economic Law*, 2006, pp. 383-426.

²⁴² Artículo 21.3 del ESD. En el documento WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, 16 de enero de 1998: Informe del Órgano de Apelación en el asunto Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), párrafo 26, se definió al plazo prudencial como: "el plazo más breve posible, en el marco del ordenamiento jurídico del Miembro, para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD. En un caso normal, no debe ser superior a 15 meses, aunque puede ser inferior".

se fijará mediante el recurso al arbitraje vinculante en los 90 días siguientes a la aprobación del informe o laudo²⁴³.

Existen una serie de pasos complejos, sobre el periodo de plazo prudencial dentro del cual debe efectuarse la implementación que normalmente es de quince meses²⁴⁴ y una norma que permite al reclamante ganador demandar medidas compensatorias²⁴⁵ liberalizadoras del comercio que casi nunca se conceden o introducir restricciones comerciales como una especie de represalia compensatoria. También existen normas cuya inadecuada redacción e inconsistencia ha sido puesta de manifiesto, por medio de las cuales las medidas de implementación y las restricciones comerciales pueden seguir siendo litigadas²⁴⁶.

Si el Estado Miembro afectado no cumple plenamente con las obligaciones que le imponen los informes o laudos dentro del plazo prudencial, cualquier Estado que haya sido Parte en la diferencia le puede solicitar la celebración de negociaciones bilaterales antes de que termine el plazo prudencial para convenir una compensación mutuamente aceptable. Si 20 días después de terminado el plazo prudencial no se ha logrado convenir una compensación satisfactoria, cualquier Parte en la diferencia podrá solicitar unilateralmente la autorización del OSD para suspender la aplicación al Estado Miembro afectado de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados²⁴⁷. El OSD autorizará tal suspensión dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial, a

²⁴³ BOU, V. (Coordinador), *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución...op. cit.*, pp. 318 y 319. Artículo 21.3 del ESD.

²⁴⁴ El artículo 21.3 c) del ESD permite un plazo más corto o más largo, según las circunstancias del caso.

²⁴⁵ Definición de "cuotas compensatorias": "Son las que toma un país importador, generalmente en forma de un aumento de los derechos, con objeto de contrarrestar las subvenciones concedidas en el país exportador a los productores o a los exportadores." Definición tomada en el Glosario de términos de la OMC, http://www.wto.org/spanish/thewto_s/glossary_s/glossary_s.htm, consultada el 10 de enero de 2011.

²⁴⁶ JACKSON, J., *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho Internacional...* op. cit., pp. 234 y 235.

²⁴⁷ Artículo 22.2 del ESD.

menos que decida por consenso desestimar la petición²⁴⁸. Si el Miembro afectado impugna el nivel de la suspensión propuesta, la cuestión de someterá a arbitraje.

El ESD exige un cumplimiento completo al indicar de manera expresa que las diversas medidas compensatorias o de represalia son sólo temporales y proceden mientras se da el cumplimiento completo²⁴⁹. Las medidas compensatorias son de carácter voluntario y debe acordarse a través de negociaciones entre la Parte que incurrió en incumplimiento y el Miembro que resultó favorecido con la decisión²⁵⁰. Sin embargo se pueden dar casos de que los gobiernos defiendan la posición contraria, argumentando que tienen la facultad de usar medidas compensatorias o de tolerar medidas de represalia como alternativa al cumplimiento. Esta última posición conlleva desventajas políticas considerables y contraviene las obligaciones del ESD²⁵¹.

8.1. Vías para lograr el debido cumplimiento

Si una vez transcurrido el plazo prudencial, el Estado Miembro afectado no ha cumplido las obligaciones del informe o laudo, o en caso de incumplimiento parcial, la Parte perjudicada en la diferencia tiene dos vías para lograr el debido cumplimiento: el procedimiento abreviado del artículo 21.5 del ESD o la solicitud de compensaciones o suspensión de concesiones regulada en el artículo 22.

Uno de los aspectos más criticados del ESD es que no se ha establecido ningún orden temporal obligatorio entre ambas opciones, no estando claro si se tiene que utilizar o no el recurso al procedimiento abreviado antes de solicitar compensaciones o la suspensión de concesiones, ni si, en el caso de utilizarlo, se suspende o no tal solicitud. En la práctica, esta posibilidad supone que se concede

²⁴⁸ Artículo 22.6 del ESD. En todo caso debe tenerse en cuenta que el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones autorizado por el OSD será equivalente al nivel de la anulación o menoscabo (artículo 22.4) y que el OSD no autorizará la suspensión de concesiones u otras obligaciones si un acuerdo abarcado prohíbe tal suspensión. (artículo 22.5)

²⁴⁹ Artículo 22.1 del ESD.

²⁵⁰ LACARTE, J. y GRANADOS, J., *Solución de Controversias Comerciales Inter-gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales...op. cit.* p. 82.

²⁵¹ JACKSON, J., *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho Internacional...op. cit.*, pp. 234 y 235.

al Estado Miembro lesionado un auténtico derecho de adoptar unilateralmente medidas de retorsión en el marco institucionalizado y con la sanción del OSD²⁵². Problemas que se tienden a evitar mediante acuerdos entre las Partes en la diferencia, en los que se suele convenir el compromiso de no invocar el plazo de 30 días del artículo 22.6 del ESD hasta que termine el procedimiento abreviado del artículo 21.5 del ESD²⁵³.

8.1.1. Procedimiento abreviado del artículo 21.5 del ESD

Al procedimiento abreviado del artículo 21.5 del ESD puede recurrir cualquiera de las Partes a la diferencia en caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir los informes o laudos o la compatibilidad de dichas medidas en un Acuerdo Abarcado. De este desacuerdo entenderá el denominado Grupo Especial sobre el cumplimiento que, siempre que sea posible, estará integrado por las mismas tres personas que compusieron el Grupo Especial que resolvió la diferencia. Es un procedimiento abreviado porque, al recurrir al mismo, el Grupo Especial sobre el cumplimiento deberá emitir su informe en un plazo máximo de 90 días, lo que es un plazo temporal mucho más breve que si se decidiera solicitar un nuevo Grupo Especial para entender de la nueva controversia surgida sobre el cumplimiento del informe o laudo²⁵⁴.

8.1.2. La solicitud de compensaciones o suspensión de concesiones

La segunda opción que garantiza el correcto cumplimiento del informe o laudo arbitral consiste en la posibilidad de negociar compensaciones o solicitar la

²⁵² BOU, V. (Coordinador), *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución...op. cit.*, pp. 320 y 321.

²⁵³ Véase el documento WT/DS108/12: Entendimiento entre las Comunidades Europeas y los EE.UU. con respecto a los procedimientos previstos en los artículos 21 y 22 del ESD y el artículo 4 del Acuerdo SMC (asunto EE.UU.-Empresas de ventas en el extranjero) o el documento WT/DS141/11: Entendimiento de la India y las comunidades Europeas con respecto a los procedimientos previstos en los artículos 21 y 22 del ESD asunto India-Ropa de cama). BOU, V. (Coordinador), *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución...op. cit.*, p. 319.

²⁵⁴ BOU, V. (Coordinador), *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución...op. cit.*, p. 320.

suspensión de concesiones u otras obligaciones²⁵⁵. Debe tenerse en cuenta que esta es una medida temporal y sólo se aplicará hasta que el Estado Miembro afectado adapte su legislación interna plenamente al informe o laudo arbitral²⁵⁶.

El concepto de “suspensión de concesiones u otras obligaciones” también es identificado con el concepto de “retaliación²⁵⁷”: consiste en una contramedida discriminatoria aplicada por el Miembro reclamante en contra del demandado, para incentivarlo a que ponga la medida incompatible en conformidad con las recomendaciones del OSD. La cual se aplicará siempre que así lo solicite el reclamante, en caso de que no se haya convenido una compensación mutuamente aceptable dentro de los 20 días siguientes a la expiración del plazo prudencial. Dicha retaliación es el último recurso que prevé el sistema de solución de diferencias de la OMC para lograr incentivar al perdedor de la disputa a que cumpla con las recomendaciones del OSD²⁵⁸.

La compensación es voluntaria y en caso de otorgarse, será compatible con los Acuerdos Abarcados²⁵⁹. De la misma manera el artículo 3.7 del ESD, establece que no se debe recurrir a la compensación sino en el caso de que no sea factible suprimir inmediatamente las medidas incompatibles con el Acuerdo Abarcado y como solución provisional hasta su supresión.

²⁵⁵ La suspensión de concesiones u otras obligaciones fue la única contramedida contemplada en la era del GATT. Se trata de una contramedida que fue solicitada únicamente en dos casos, en uno de ellos el grupo de trabajo autorizó la retaliación pero dicha autorización nunca fue ejercida por parte de los Países Bajos. (Países Bajos-Acción bajo el artículo XXIII:2 para suspender obligaciones a los Estados Unidos, Documento GATT/BISD/1S/62, adoptado el 8 de noviembre de 1952. En dicho caso, el grupo de trabajo autorizó a Países Bajos la retaliación en contra de EE.UU. Sin embargo los Países Bajos nunca ejerció su derecho

²⁵⁶ Artículo 22.1 y 8 del ESD. BOU, V. (Coordinador), *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución...op. cit.*, p. 320.

²⁵⁷ A la acción de suspenderle concesiones u otras obligaciones a un Miembro, se le ha denominado “retaliación”, palabra que según el diccionario de la Real Academia Española, significa “represalia” (respuesta de castigo o venganza). www.rae.es, consultada el 02 de febrero de 2011.

²⁵⁸ SANCHEZ M. M., *Cumplimiento e implementación de las resoluciones y recomendaciones del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC*, p. 34. http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/SanchezDiferencias.pdf, consultada el 3 de marzo de 2011.

²⁵⁹ Artículo 22.1 del ESD.

El objeto fundamental de la suspensión de concesiones u otras obligaciones es de inducir el cumplimiento. El concepto de “inducción al cumplimiento” se formuló por primera vez en el arbitraje *CE. Banano III (Estados Unidos)* (Artículo 22.6-CE) y desde entonces otros arbitrajes se han referido al mismo²⁶⁰. El inducir al cumplimiento es uno de los diversos fines que tienen las contramedidas, pero no el único²⁶¹.

También el ESD fija los principios y procedimientos que debe aplicar la Parte reclamante para determinar la intensidad de las concesiones u otras obligaciones que va a suspender. Los requisitos para las peticiones de suspensión y arbitraje se expresan de una manera muy sutil en el artículo 22 del ESD.

Respecto a la petición de suspensión, el principio general²⁶² es que la Parte reclamante deberá en primer lugar tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en el mismo sector o sectores en el que el informe o laudo arbitral haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo. Si esta medida es impracticable o insuficiente, la Parte reclamante podrá extender la suspensión a otros sectores en el marco del mismo acuerdo abarcado. Si ello resulta a su vez impracticable o insuficiente y siempre que las circunstancias sean suficientemente graves, la Parte reclamante podrá ampliar estas suspensiones a otros acuerdos abarcados²⁶³. El objetivo principal de la suspensión de concesiones, es dar a la Parte que trata de efectuarla, la facultad de asegurarse de que la suspensión tenga una repercusión fuerte y produzca el resultado deseado, siendo esto, inducir al cumplimiento²⁶⁴.

²⁶⁰ CE-Bananos III (EE.UU.) (Artículo 22.6-CE), decisión de los árbitros, párrafo 6.3; EE.UU. –Ley de 1916 (Artículo 22.6-EE.UU), párrafos 5.4-5.8; Canadá-Créditos y garantías para las aeronaves (Artículo 22.6-Canadá), párrafo 3.105.

²⁶¹ Por ejemplo, el artículo 22.4 establece el requisito importante de que el nivel de la suspensión sea equivalente al nivel de la anulación o menoscabo.

²⁶² Artículo 22.3 del ESD.

²⁶³ Idem.

²⁶⁴ CE-Bananos III (Ecuador) (Artículo 22.6-CE), Decisión del Árbitro, párrafo 72. CONDON, B., J., *El derecho de la Organización Mundial de Comercio, Tratados, jurisprudencia y práctica*, Cameron May, London, 2007, p. 175.

Algunas veces la suspensión de determinadas concesiones u algunas otras obligaciones podría ocasionar efectos para la Parte que trata de efectuar la suspensión que para la otra Parte cuando: 1) la Parte reclamante depende mucho de las importaciones procedentes de la otra Parte y 2) cuando exista un gran desequilibrio, en cuanto al volumen de comercio y el poder económico, entre la Parte reclamante que trata de efectuar una suspensión y la otra Parte. En tales circunstancias, si la Parte reclamante considera en qué sector o en el marco de cuál acuerdo la suspensión le resultaría menos perjudicial, es suficiente para cumplir con el criterio de eficacia en el artículo 22.3 del ESD²⁶⁵. En ninguno de los apartados del artículo 22.3 se dispone que una suspensión alternativa dentro del mismo sector o en el marco del mismo acuerdo ha de ser tan impracticable como ineficaz para que la Parte en cuestión proceda a tratar de efectuar la suspensión en el marco de otro sector o acuerdo²⁶⁶.

La Parte reclamante afectada tiene cierto margen de apreciación para decidir si es practicable y eficaz la suspensión en el mismo sector o en el marco del mismo acuerdo y si las circunstancias son graves, dicho margen de apreciación de la Parte reclamante está sujeto al examen de los árbitros. De esta manera, los árbitros están facultados para juzgar si la Parte reclamante ha considerado objetivamente los hechos necesarios y si, sobre la base de estos hechos, podría creíblemente llegar a la conclusión de que sería ineficaz buscar una suspensión dentro del mismo sector en el marco de los mismos acuerdos, o únicamente en el marco de otro acuerdo a condición de que las circunstancias fueran suficientemente graves²⁶⁷.

En general, los observadores sugieren que el acatamiento de los informes finales de solución de diferencias ha sido bastante bueno, pero existe una serie de casos famosos, que en su mayoría culminan en decisiones contrarias a los EE.UU. o a la Unión Europea, cuya ejecución no ha sido adecuada, ofreciendo así

²⁶⁵ Ibidem párrafo 73. *El derecho de la Organización Mundial de Comercio, Tratados, jurisprudencia y práctica. op. cit.*, p. 175.

²⁶⁶ Ibidem, párrafo 74.

²⁶⁷ CE-Bananas III (Ecuador) (Artículo 22.6-CE), decisión del Árbitro, párrafo 52.

un trasfondo problemático al panorama general del cumplimiento. Sin embargo, hay una amplia evidencia de que se presta atención considerable a las medidas de cumplimiento del ESD, que han sido persuasivas en algunos casos, haciendo que líderes políticos nacionales adopten medidas para cumplir con las decisiones contrarias a su país²⁶⁸. De la misma manera al no llegarse a un acuerdo, el Miembro favorecido con la decisión puede solicitar al OSD la autorización para suspender la aplicación al Miembro al cual la decisión le resultó adversa de las concesiones u otras obligaciones resultantes del ESD²⁶⁹. En algunos casos, los gobiernos reclamantes ganadores han desarrollado medidas de represalias, que podrían afectar en mayor medida a ciudadanos y esta presión política ha motivado acciones legislativas de otra índole que procuran un cumplimiento total²⁷⁰.

Por su parte, los países en desarrollo han señalado que la suspensión de concesiones no es una solución práctica para los países en desarrollo que resultan favorecidos en un procedimiento de solución de controversias contra países desarrollados, ya que los países en desarrollo se perjudican aún más al aplicar las medidas de retorsión. De la misma manera sostienen que la aplicación de elevados aranceles aduaneros sobre las importaciones provenientes de países desarrollados Miembros infractores puede ocasionar un perjuicio al país en

²⁶⁸ GUZMÁN, T., *The Design on International Agreements*, UC Berkeley Public Law Research Paper, núm. 487,772, 2004; KNOX, H., *Separated at birth: The North American Agreements on Labor and the Environment*, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, 26, 2004, disponible en: <http://ssrn.com/abstract551602>, consultada el 7 de junio de 2010; HO, E., *Compliance and international soft law: Why do countries implement the basle accord?*, Journal of International Economic Law, 5, 2002. p. 647; VAN DEN BROEK, N., *Power paradoxes in enforcement and implementation of World Trade Organization Dispute Settlement Reports*, Journal of World Trade, 37, febrero de 2003, p. 127; HONGJU KOH, H., *Review essay: Why do Nations obey international law?*, Yale Law Journal, 106, 1997, p. 2599; PAULSON, C., *Compliance with final judgments of the International Court of Justice since 1987*, AJIL, 98, Julio de 2004, p. 434.

²⁶⁹ Artículo 22.2 del ESD.

²⁷⁰ Véase los desarrollos tras las decisiones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en *EE.UU.- Trato fiscal aplicado a las empresas de ventas en el extranjero*, (FSC) WTO Docs. WT/DS108/R & WT/DS108/AB/R, adoptado el 20 de marzo de 2000 y FSC – Recurso al artículo 21.5 del ESD por parte de las CE, WTO Doc. WT/DS108/AB/RW, adoptado el 29 de enero de 2002, el FSC- Recurso de EE.UU. al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC, WTO Doc. WT/DS108/ARB, circulado el 30 de agosto de 2002 (adjudicando a la CE el derecho de bloquear cuatro billones de dólares en exportaciones desde EE.UU. Véase CHO, S., *The nature of remedies in international trade law*, University of Pittsburgh Law Review, 65, 2004, p. 763.

desarrollo, mientras que es poco factible que el nivel de volumen comercial afectado sea tal que ocasione un perjuicio al país desarrollado, y en consecuencia no existe un incentivo suficiente para adecuar una medida infractora al marco jurídico de la OMC²⁷¹.

8.1.2.1.- Propuesta de México

Es de gran utilidad destacar la propuesta de México para enmendar el ESD, presentada ante el OSD el 13 de julio de 2007²⁷². Según México, el problema fundamental del sistema de solución de diferencias de la OMC se encuentra en el plazo durante el cual se puede mantener una medida incompatible sin consecuencia alguna. Tal y como afirma México, esto se debe a que los incentivos al cumplimiento efectivo no son lo suficientemente poderosos. En dicha propuesta, se destaca que en el sistema de solución de diferencias de la OMC “no existe mecanismo alguno para que un Miembro que impugne una medida incompatible con la OMC pueda reparar²⁷³ las pérdidas que resulten de dicha medida, incluso después de que en los informes del Grupo Especial o el Órgano de Apelación se haya verificado su incompatibilidad.” Lo anterior “permite que las medidas ilegales se mantengan por más de tres años antes de que la Parte reclamante pueda obtener una compensación o ejercer la suspensión de concesiones u otras obligaciones.^{274»275}. Además, se destaca²⁷⁶, que el plazo prudencial es una de las

²⁷¹ Véase, Negociaciones relativas al ESD. Propuesta del Grupo Africano, TN/DS/W/15, 25 de septiembre de 2002, p. 3; Texto para las propuestas del Grupo Africano sobre las negociaciones relativas al ESD, Comunicación de Kenia en nombre del Grupo Africano, TN/DS/W/42, 24 de enero de 2003, pp. 3 y 4; negociaciones relativas al ESD, Propuesta del Grupo de los Países Menos Adelantados, (en adelante, PMA), TN/DS/W/17, 9 de octubre de 2002, p. 4; Texto de la propuesta de los PMA en el ámbito de las Negociaciones relativas al ESD, Comunicación de Haití en el nombre del Grupo de los PMA, TN/DS/W/37, 22 de enero de 2003, pp. 2 y 4.

²⁷² Documento TN/DS/W/91, distribuido a los Miembros el 16 de julio de 2007.

²⁷³ PAUWELYN, señala que el sistema de solución de diferencias carece del remedio jurídico de la reparación, al menos en el sentido tradicional de una compensación por los daños ocasionados en el pasado. PAUWELYN, J., *Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules-Toward a More Collective Approach*, *American Journal of International Law*, 94 (2), Abril, 2000, p. 339 en MAVROIDIS, P. y SYKES, A. (Compiladores), *The WTO and International Trade Law/Dispute Settlement: Critical perspectives on the global trading system and the WTO*, Edward Elgar Publishing Limited, Reino Unido/EE.UU., 2005, p. 428

²⁷⁴ Se calcula que, en promedio, desde que se compone un Grupo Especial hasta que se concede la autorización para suspender ventajas pueden transcurrir de tres a cuatro años. (En el asunto sobre la Enmienda Byrd transcurrieron tres años y un mes hasta que un país como México obtuvo

etapas más largas en el procedimiento de solución de diferencias, con una duración promedio de 11.82 meses por caso²⁷⁷. Durante este período, el reclamante sufre un daño que no se repara, a pesar de que, para ese entonces, la medida ya fue declarada incompatible con la OMC.

Así, México propone una enmienda al artículo 22 del ESD en el sentido de que el reclamante pueda solicitar una compensación inmediatamente después de que las resoluciones y recomendaciones sean adoptadas por el OSD, en sustitución a la regla de que sólo podrá solicitarse una compensación al demandado si éste no ha cumplido las resoluciones y recomendaciones dentro del plazo prudencial. De la misma manera, México propone que la anulación o el menoscabo sufridos por el reclamante durante el plazo prudencial sean considerados para el cálculo final del nivel de anulación o menoscabo y consecuentemente para el cálculo del nivel de suspensión de concesiones u otras obligaciones, en aquellos casos en que el reclamante no haya otorgado una compensación dentro del término legal propuesto por México, es decir, inmediatamente después de que las resoluciones y recomendaciones hayan sido adoptadas o que, habiéndose otorgado una compensación, esto no haya sido en los términos acordados²⁷⁸.

Por lo tanto, la propuesta de México a enmendar el artículo 22 del ESD enriquece la relevancia de la compensación dentro del sistema de solución de diferencias de la OMC, ya que los Miembros que violen sus obligaciones tendrán mayores incentivos para cumplir las resoluciones y recomendaciones del OSD rápidamente y para no negociar extensiones al plazo prudencial, como en muchos

esa autorización.) (cálculo basado en información procedente de estadísticas de www.worldtradelaw.net), consultada el 02 de febrero de 2011 .

²⁷⁵ Documento TN/DS/W/91.

²⁷⁶ Idem.

²⁷⁷ Los arbitrajes para establecer el plazo prudencial de tiempo han otorgado, como promedio, 11,82 meses; sin embargo, cuando el plazo prudencial de tiempo es fruto de un acuerdo, el promedio es de 9,22 meses. Fuente: estadísticas del sitio de red www.worldtradelaw.net., consultada el 02 de febrero de 2011

²⁷⁸ Propuesta de enmienda al artículo 22.7 del ESD (Documento TN/DS/W/91).

casos sucede, ya que esto sólo aumentaría el nivel de sanciones comerciales que el Miembro reclamante pudiera imponerle²⁷⁹.

De la misma manera considero que la propuesta de México de reformar el artículo 22 del ESD, enriquece al sistema de solución de diferencias de la OMC en el sentido de que habrá mayor eficacia y eficiencia para cumplir las resoluciones y recomendaciones del OSD.

9. Evaluación de la solución pronta en procedimientos ante el Órgano de Apelación

En lo que respecta a la duración promedio de los procedimientos con apelación, el promedio es de 549 días desde la fecha de establecimiento de los Grupos Especiales hasta la fecha de adopción de los informes de éste y del Órgano de Apelación. Este procedimiento equivale aproximadamente a un poco más de 18 meses, y es mayor al plazo previsto en el ESD para los supuestos más extensos de 16 meses, incluso asumiendo que hubiera apelación y que en este caso tampoco las soluciones han sido prontas²⁸⁰.

Procedimiento	Duración formal según el OSD y práctica	Duración promedio en los hechos	Exceso
Procedimiento de grupo especial desde el establecimiento del grupo especial hasta la adopción de su informe sin apelación	9 meses	458 días (15 meses aproximadamente)	6 meses
Procedimiento de grupo especial desde el	12 meses	549 días (18 meses)	6 meses

²⁷⁹ SANCHEZ, M., *Cumplimiento e implementación de las resoluciones y recomendaciones del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC*, p. 26. http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/SanchezDiferencias.pdf, consultada el 3 de marzo de 2011.

²⁸⁰ PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC... op. cit.*, pp. 170, 171.

establecimiento del grupo especial hasta la adopción de su informe con apelación		aproximadamente)	
--	--	------------------	--

Con la inclusión del procedimiento de apelación el exceso de 6 meses no ha variado, lo cual indica claramente que el Órgano de Apelación ha respetado sus plazos máximos previstos en el ESD. Dado que la respuesta del sistema a las controversias jurídicas no es tan pronta como la prevé el ESD, se debe reflexionar sobre la manera de cómo alcanzar ese objetivo, sea a través de una reformulación de las instancias de procedimiento que toman más tiempo, o a través del otorgamiento de mayores recursos a la Secretaría de la OMC para facilitar su labor. Por lo tanto, tal y como lo afirma México: *“en lugar de abreviar los plazos sobre el papel debería estudiarse la posibilidad de abreviarlos en la práctica”*²⁸¹.

Un caso a mencionar son los dos arbitrajes sobre el arancel de las CCEE para el banano en los asuntos *CE- Acuerdo de Asociación ACP-CE*. En dichos procedimientos, a pesar de la alta complejidad de los asuntos sometidos, el árbitro fue capaz de emitir su decisión, asistido por la Secretaría, dentro de los plazos previstos de 90 y 30 días respectivamente²⁸². Como podemos apreciar, esta experiencia es una indicación de que la complejidad de la materia no es siempre la razón para el retraso²⁸³.

10. Propuestas con respecto a la etapa de revisión de la apelación

En lo que se refiere al examen en apelación, se han presentan dos propuestas con implicaciones importantes en el funcionamiento del sistema de solución de diferencias: la propuesta relativa a la participación en apelación de

²⁸¹ Diagnóstico de los problemas que afectan al mecanismo de solución de diferencias, algunas ideas de México, TN/DS/W/90, 16 de julio de 2007, p. 21.

²⁸² Laudos del árbitro, CE – Acuerdo de Asociación ACP-EC, CE-Acuerdo de Asociación ACP-EC II.

²⁸³ PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC... op. cit.*, pp. 170, 171.

Miembros que no estaban involucrados en la diferencia ante el Grupo Especial y la propuesta relativa a los poderes de reenvío para el Órgano de Apelación²⁸⁴.

10.1. Participación en apelación de Miembros que no estaban involucrados en la diferencia ante el Grupo Especial

Al resolver diferencias específicas, algunas veces, los informes de los Grupos Especiales contienen interpretaciones del derecho de la OMC que interesan a Miembros que por no estar al pendiente de los posibles alcances de la decisión del Grupo Especial al momento de su establecimiento no consideran pertinente su participación.

Una propuesta reciente ha sugerido que en apelación se permita la participación de Miembros que no fueron terceros, bajo los alcances del artículo 10.2 del ESD²⁸⁵, en los procedimientos ante el Grupo Especial. De acuerdo a esta propuesta, estos nuevos terceros tendrían la oportunidad de presentar comunicaciones escritas y presenciar las audiencias del Órgano de Apelación de la misma manera en que lo hacen los terceros participantes²⁸⁶.

Para Piérola, *“la propuesta es una respuesta a una tendencia que se confirma con el desarrollo de la casuística: la mayor influencia de la jurisprudencia en el desarrollo de la OMC y el deseo de los miembros de ser partícipes en ese proceso, incluso en aquellos asuntos sobre los que podrían no tener un interés directo. La respuesta da cuenta de una situación real: al momento del establecimiento de un Grupo Especial muchas veces es difícil prever las implicaciones reales que podrían surgir de la resolución de una diferencia”*. No

²⁸⁴ Ibidem, pp. 205.

²⁸⁵ Artículo 10.2 del ESD: *“Todo Miembro que tenga un interés sustancial en un asunto sometido a un grupo especial y así lo haya notificado al OSD (denominado en el presente Entendimiento “tercero”) tendrá oportunidad de ser oído por el grupo especial y de presentar a éste comunicaciones por escrito. Esas comunicaciones se facilitarán también a las partes en la diferencia y se reflejarán en el informe del grupo especial”*.

²⁸⁶ De acuerdo con Piérola, debido al carácter confidencial de esta propuesta no se puede hacer referencia a sus autores y su nomenclatura en la documentación de la OMC. PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC... op. cit.*, pp. 205.

estoy de acuerdo con esta nueva propuesta ya que se entorpecería la eficacia de la etapa de apelación por los intereses políticos y económicos de los diferentes Miembros.

10.2. Facultad de reenvío para el Órgano de Apelación

Ante la constatación de un error por parte de un Grupo Especial, el Órgano de Apelación no puede reenviar el asunto al Grupo Especial para su corrección; las alternativas que tiene el Órgano de Apelación al respecto son: intentar completar el análisis correspondiente sobre la base de las constataciones de hecho que hubiera realizado el Grupo Especial y así permitir que el OSD emita las resoluciones y recomendaciones que sean necesarias para resolver el asunto, o dejar el asunto inconcluso sin proveer de una solución satisfactoria a la controversia²⁸⁷.

Si el reclamante es la Parte afectada por la revocación de la constatación del Grupo Especial, la única manera en la que podría hacer valer su reclamo sería reiniciando procedimientos a pesar de que el reclamo pudiera haber estado adecuadamente sustentando ante el Grupo Especial, en cambio, si la Parte afectada por la revocación es el demandado, la situación podría ser aún más perjudicial. Si la defensa que plantea el demandado es rechazada, no precisamente por sus méritos sino en virtud del principio de economía procesal, el demandado no tiene otra opción que poner su medida en conformidad con las disposiciones de la OMC que han sido vulneradas, a pesar de que éste puede haber presentado una sólida justificación ante el Grupo Especial. Cuando el Órgano de Apelación decide revocar una constatación del Grupo Especial, las

²⁸⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Corea- Productos Lácteos*, 12 de enero de 2000, párrafo 92: “Al no existir ninguna constatación fáctica del Grupo Especial ni haber constancia en el expediente del procedimientos de hechos indiscutidos en relación con si el supuesto aumento de las importaciones se produjo efectivamente” como consecuencia de la evolución imprevista de las circunstancias y por efecto de las obligaciones, incluidas las concesiones arancelarias, contraídas por un Miembro en virtud del presente Acuerdo (...), no podemos, dentro de nuestro mandato establecido en el artículo 17 del ESD, completar el análisis y formular una determinación acerca de si Corea actuó de forma incompatible...”

Partes no necesariamente saben si esta revocación pudiera conducir a que el Órgano de Apelación complete el análisis correspondiente²⁸⁸.

Por estas circunstancias, surgen las propuestas de otorgar al Órgano de Apelación facultades de reenvío. Las propuestas se centran en la ausencia de constataciones de hechos suficientes sobre aspectos específicos del informe del Grupo Especial que impidan al Órgano de Apelación completar su análisis y por lo tanto, proveer una solución a la diferencia²⁸⁹. Estas propuestas sugieren que el Órgano de Apelación explique en detalle en su informe las insuficiencias específicas de las constataciones de hechos de modo tal que cualquiera de las Partes en la diferencia pueda solicitar el reenvío del asunto al Grupo Especial original. El Órgano de Apelación también deberá especificar el tiempo que se requiere para que el Grupo Especial pueda completar su trabajo. Una vez que se haya emitido el informe del Órgano de Apelación, cualquiera de las Partes en la diferencia podría solicitar el reenvío dentro de un período especificado.

Al parecer, la introducción de facultades de reenvío para el Órgano de Apelación podría traer las siguientes consecuencias: *“En primer lugar, evitaría situaciones inadecuadas en las que la falta de constataciones fácticas evitaría que los órganos resolutorios proporcionen una solución positiva a la diferencia. En segundo lugar, facilitaría la solución real de las diferencias porque evitaría que las Partes tengan que embarcarse en un nuevo proceso de solución de diferencia con el fin de resolver la diferencia. En tercer lugar, asistiría en garantizar el debido proceso en tanto que las Partes en la apelación serían concedoras de que el Órgano de Apelación no tomaría decisiones sobre asuntos que no fueron abordados por el Grupo Especial. En cuarto lugar, permitiría contar con una distinción clara entre las funciones de los Grupos Especiales y del Órgano de*

²⁸⁸ PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC...*, op. cit., 2008, pp. 206 y 207.

²⁸⁹ Contribución de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros a la mejora y a la aclaración del ESD de la OMC, TN/DS/W/38, 23 de enero de 2003, pp. 5-7; Contribución de Jordania a la mejora y a la aclaración del ESD de la OMC, TN/DS/W/43, 28 de enero de 2003, pp. 6 y 7. Sobre la introducción de la facultad de reenvío para el Órgano de Apelación, véase, PIÉROLA, F., *The Question of Remand Authority for the Appellate Body*, en MITCHELL, D., *Challenges and Prospects for the WTO*, Londres: Cameron May, 2005, pp. 193-215.

Apelación, manteniendo el Grupo Especial su carácter de ente encargado del establecimiento de aspectos fácticos y el Órgano de Apelación su carácter de tribunal de apelación sobre aspectos jurídicos. En quinto lugar, a la luz de las limitaciones de competencias del Órgano de Apelación, si bien la introducción de la facultad de reenvío podría representar en el corto plazo una demora en la resolución de diferencias, a largo plazo podría dar lugar a una resolución más corta tomando en cuenta que no habría necesidad de reiniciar procedimientos para hacer valer una postura determinada. Una alternativa a las facultades de reenvío podría ser la ampliación de las competencias del Órgano de Apelación con el propósito de abordar asuntos fácticos y completar por su propia cuenta el análisis fáctico y jurídico". No obstante, esta alternativa no ha sido propuesta por ningún Miembro²⁹⁰. Con dicha alternativa se le restarían facultades a los Grupos Especiales y carecería su razón de ser.

La incorporación de un procedimiento de reenvío al Grupo Especial representaría una mejora muy importante del ESD, ya que las resoluciones estarían más fundamentadas y complementadas.

11. Buen gobierno y transparencia

Sería muy beneficioso para el sistema de solución de diferencias el que las audiencias de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación fueran públicas, pero no sus deliberaciones. Deberían estar abiertas al público para ofrecer mayor transparencia al SSD. Para Jackson, muchos advierten que la OMC se está perjudicando a sí misma al tener procedimientos restringidos no transparentes, especialmente en relación con el sistema de solución de diferencias²⁹¹. El tener audiencias públicas, contribuiría a que el público reconociera que los procedimientos son buenos y estimaría que su calidad es tan alta o mejor que la

²⁹⁰ PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC...* op. cit., 2008, p. 207.

²⁹¹ JACKSON, J., *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho Internacional*, op. cit., pp. 292 y 293.

de casi todos los procedimientos jurídicos nacionales si pudieran tener acceso a ellos.

12. Metas políticas de la solución internacional de diferencias

Cuando se presta atención a las metas políticas de los sistemas internacionales de diferencias²⁹², ya sean jurídicas o de otra clase, siendo las jurídicas las de mayor interés en la presente tesis, se hace evidente que hay muchas metas y que algunas de éstas entran en conflicto con las demás. Se puede percibir algún conflicto aparente entre algunas de las metas de la solución de diferencias de la OMC y, especialmente, entre las dos metas mencionadas en el artículo 3 del ESD.

Una de estas metas es que la OMC tenga una jurisprudencia que incremente la previsibilidad y seguridad del sistema, característica primordial en los asuntos económicos en donde se busca la reducción de riesgos. La segunda meta mencionada en el ESD es la solución eficiente, relativamente rápida y amigable de los casos. Es evidente en la jurisprudencia cierta tensión entre estos dos objetivos. Por una parte, se desea una explicación detallada de los asuntos en informes bien razonados y por otra parte, se pretende que el proceso transcurra de manera relativamente rápida, que sea amistosa y cuando sea factible se busca que las Partes lleguen a un acuerdo. Lógicamente, hay casos en que los acuerdos podrían ser perjudiciales en la práctica para las metas más amplias del sistema de solución de diferencias y su jurisprudencia, ya que podrían conducir a que dos Partes concluyan un trato que desconoce los intereses más amplios de las terceras Partes que no participan²⁹³.

²⁹² Este apartado se extrae parcialmente de una presentación en la conferencia sobre el Sistema de Solución de Diferencias celebrada en mayo de 2003 en Londres, que fue organizada por el *British Institute of International and Comparative Law*, con participación del *Journal of International Economic Law*, Oxford University Press y el *Institute of International Economic Law* del Law Center de la Universidad de Georgetown. Véase JACKSON, J., *Policy Underpinnings of International Juridical Institutions* en ANDENAS, M. y IRTUBI, F. (eds.), *WTO Law and Process*, BIICL, 2005.

²⁹³ JACKSON, J. H., *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho Internacional... op. cit.* pp. 218-220.

Hay otras metas que no se encuentran explícitamente en el ESD y que pueden entrar en conflicto. Algunas de las fuertes críticas que emanan desde Washington, se centran en las metas que deberían ser perseguidas por el SSD, a pesar de no ser tan evidente en el texto del ESD. Examinaremos algunas metas en esta ocasión cuya consideración es indispensable, aunque es indudable que la lista podría extenderse²⁹⁴.

12.1. Solución amistosa de diferencias para restringir las tensiones internacionales y evitar el conflicto

La solución amistosa de diferencias ha sido una meta bastante importante desde la Conferencia de Bretton Woods²⁹⁵ de 1944 y en la actualidad, incluso frente al intento de creación de la Organización de Comercio Internacional y durante el desarrollo del GATT. El principal objetivo de estas discusiones era evitar otra guerra mundial, y es indudable que se ha tenido un éxito considerable en relación con este propósito. Por lo tanto ésta debe seguir siendo una meta importante de cualquier sistema de solución de diferencias²⁹⁶.

12.2. Solucionar las diferencias en forma eficiente

Si las controversias se estancan durante una década o más, llega un momento en que no hay en realidad ningún remedio, lo que podría evidenciar que el sistema de solución de diferencias de la OMC no funciona de manera efectiva y eficaz. Jackson comenta que en la actualidad se expresa una opinión según la cual, a pesar de lo limitados que son los calendarios de la OMC, debería

²⁹⁴ Idém.

²⁹⁵ *The Bretton Woods Agreements Act of 1945*. Esta conferencia se tradujo en los tratados constitutivos del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. La Conferencia de Bretton Woods, llamada oficialmente “Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas”, celebrada del 1 al 22 de julio de 1944. Cuarenta y cuatro naciones se reunieron para negociar el establecimiento del Fondo Monetario Internacional (FMI) y del Banco Mundial. Véase Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas (Bretton Woods, N. H., 1-22 de julio de 1944), Procedimientos y Documentos (Proceedings and Documents) 941 (US Dept’s of State Pub. Núm. 2.886, 1958).

²⁹⁶ JACKSON, J., *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho Internacional...* *op. cit.* p. 220.

procurarse que se redujeran aún más, lo cual generaría una tensión con la meta que favorece la calidad del producto²⁹⁷.

De acuerdo al artículo 3.7 del ESD, el objetivo general del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución positiva a las diferencias que surjan entre los Miembros. Como hemos mencionado anteriormente, en principio es deseable que las Partes solucionen mutuamente su diferencia a través de la diplomacia. Cuando no sea posible conseguir una solución mutuamente aceptable, a pesar de los intentos, la Parte que está siendo afectada por la medida en cuestión podrá iniciar un procedimiento litigioso en contra del Miembro que está implementándola, para que un Grupo Especial o el Órgano de Apelación verifiquen la compatibilidad de la misma con los Acuerdos de la OMC. Si se confirma la incompatibilidad, el primer objetivo del sistema de solución de diferencias será conseguir la supresión de la medida.

Como se ha venido argumentando en el presente capítulo, el objetivo de suprimir la medida es una cuestión que está establecida en el artículo 21.1 del ESD. Dicha disposición establece que el pronto cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD es esencial para asegurar la eficacia del sistema de solución de diferencias de la OMC. Por tanto, una vez declarada la incompatibilidad, todos los esfuerzos de dicho sistema estarán volcados a lograr que el demandado suprima o modifique su medida lo más pronto posible.

El primer elemento que refleja este primer objetivo queda plasmado en el artículo 21.3 del ESD que establece que “*en caso de que no sea factible cumplir inmediatamente las recomendaciones y resoluciones, el Miembro afectado dispondrá de un plazo prudencial para hacerlo*”. De dicha disposición se extrae la regla general de que el demandado deberá cumplir inmediatamente las recomendaciones y resoluciones del OSD, siendo la supresión de la medida la opción más deseada por el sistema de solución de diferencias para cumplir con las resoluciones y recomendaciones, aunque no la única vía para actualizar dicho

²⁹⁷ Ibidem, p. 221.

propósito, ya que el demandado bien podría modificar la medida incompatible en lugar de suprimirla. Sólo cuando no sea factible el cumplimiento inmediato, la Parte demandada contará con un plazo prudencial para hacerlo²⁹⁸.

Gosper hizo referencia al Informe del Consejo Consultivo²⁹⁹, que había estimado que el funcionamiento del sistema de solución de diferencias ha sido sumamente satisfactorio, especialmente por la participación ampliada de los países en desarrollo, la circunstancia de que menos de la mitad de las reclamaciones han pasado de la etapa de consultas y el creciente acervo de jurisprudencia dimanante de los informes de los Grupos Especiales y especialmente del Órgano de Apelación. Teniendo en cuenta la satisfacción general expresada por los gobiernos y los observadores no gubernamentales, el Consejo Consultivo confirmó que el principio de “no estorbar” es el que debiera aplicarse al examinar toda propuesta de reforma o evolución del sistema³⁰⁰, para lograr de forma eficiente la solución de las controversias.

12.3. Proveer jurisprudencia en pro de la previsibilidad y seguridad

La jurisprudencia en la OMC han sido de bastante uso como lo podemos ver actualmente en las diferencias que se han y se están dirimiendo en el SSD y como se verá en el segundo capítulo de la presente tesis. De la misma manera en la evolución histórica del proceso jurídico del GATT, el cual se basó en muy pocos textos convencionales y en sus procedimientos de solución de controversias se fue desarrollando de diversas maneras una práctica que, con tiempo y ensayos, ofrecía más reconocimiento y respeto a los casos previos. En la jurisprudencia de la OMC se puede identificar otra interesante faceta del tema del precedente: la Carta OMC prevé por primera vez, un poder explícito de la Conferencia Ministerial y del Consejo General de adoptar interpretaciones del presente Acuerdo y de los

²⁹⁸ Ver decisión de los árbitros en el caso *Australia – Medidas que afectan a la importación del salmón (Canadá)* (“Australia – Salmón”) (*Arbitraje 21.3 (c)*), WT/DS18/9, párrafo 30.

²⁹⁹ Informe del Consejo Consultivo al Director General Supachai Panitchpakdi: *El futuro de la OMC: Una respuesta a los desafíos institucionales del nuevo milenio*, OMC, 2004, p. 50.

³⁰⁰ OMC, Foro Público de la OMC, *¿Cómo puede contribuir la OMC a encauzar la globalización?...op. cit.* p. 122.

Acuerdos Comerciales Multilaterales, exigiendo una mayoría de tres cuartos de todos los Miembros para que se pueda efectuar esa adopción. Casi al final de la existencia del GATT, se formularon algunas opiniones que estimaban que los informes de los paneles se habían convertido en una especie de “derecho nuevo” que vinculaba a todas las Partes Contratantes para el futuro, aunque es claro que esta idea no era acorde con las características de las decisiones de paneles que se adoptaban³⁰¹.

La jurisprudencia de la OMC tiene un efecto de precedente bastante fuerte, el cual no constituye *stare decisis* ni es tan poderoso como para exigir a los Grupos Especiales o al Órgano de Apelación que consideren que los casos nuevos deben adecuarse a los anteriores, aunque es posible que se exceptúen los eventos en que haya numerosos casos previos que traten un idéntico asunto, asuman una postura particular y parezcan ser aceptados por todos los Miembros de la OMC, pues en tales eventos el texto de la Convención de Viena sobre “la práctica bajo la aplicación del acuerdo” permitiría sugerir que la influencia de los casos es mayor, sin embargo, como lo veremos en el segundo capítulo de la presente tesis, el significado del efecto del precedente en la OMC es todavía algo indeterminado³⁰².

La importancia del mecanismo y su jurisprudencia va en ascenso, como muestra por otro lado el volumen y extensión de su producción jurisprudencial. De hecho, las decisiones de los paneles del GATT entre 1986 y 1995 ascendían a 855 páginas (86 al año), mientras que entre 1996 y 1999 alcanzan las 1509

³⁰¹ JACKSON, J., *The jurisprudence of GATT and the WTO: Insights on Treaty and Economic Relations*, Cambridge University Press, 2000, pp. 118-132; JACKSON, J., *United States-EEC Trade Relations: Constitutional Problems of Economic Interdependence*, *Common Market Law Review*, 16, 1979, p. 453.

³⁰² El Órgano de Apelación de la OMC se ha referido a sus propios casos de manera consistente. En Camarón – Tortuga, por ejemplo, censuró al Grupo Especial de primer nivel por no prestar la suficiente atención a la postura lógica del Órgano de Apelación en un caso anterior: EE.UU.-medidas de importación de gasolina, véase EE.UU.- Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos, WTO Doc. WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, en el párrafo 119.

páginas (377 al año) con una cifra de 693 para 1999³⁰³. Es más, el comité consultivo designado por el anterior Director General Panitchakdi³⁰⁴ para analizar los desafíos de la OMC calculaba que los primeros 81 casos (agregando informes adoptados y pendientes) alcanzaba más de 27,000 páginas de jurisprudencia³⁰⁵.

12.4. Llenar vacíos y resolver ambigüedades en el texto de la OMC

Los tratados multilaterales adolecen de ambigüedades y vacíos, aunque algunas veces dichos vacíos son necesarios para poder obtener el consenso necesario para tomar una decisión. Jackson, comenta que en muchas ocasiones, los diplomáticos tienen que eludir diferencias reales por medio de un lenguaje que pueda ser interpretado por varias Partes de la manera en que lo deseen, con la finalidad de alcanzar una coincidencia en cuanto a los términos. Por lo tanto, al hacer esto, en cierta manera se está delegando el poder a un sistema de solución de diferencias, encargado de resolver conflictos de interpretación que surgirían de manera inevitable³⁰⁶.

Gosper señala, que en virtud de la eficacia del sistema de solución de diferencias, los Miembros se muestran ahora menos dispuestos a aceptar la ambigüedad constructiva en los textos negociados. Los negociadores no sólo deben examinar cuidadosamente la jurisprudencia del Órgano de Apelación para tener certeza de sus derechos y obligaciones, sino que deben también considerar la forma en que el Órgano de Apelación y los Grupos Especiales encararán la tarea de interpretar las nuevas disposiciones. Va en aumento el número de juristas que participan en las negociaciones, y los Miembros examinan más cuidadosamente los textos que se presentan con miras a evitar diferencias futuras acerca del significado real de textos oscuros o que incluso callan sobre un asunto.

³⁰³ W, DAVEY., *The WTO Dispute Settlement Mechanism*, Illinois Public Research Paper No.03-08, 25 de junio de 2003, p.32.

³⁰⁴ Director General de la OMC de 2002 al 2005.

³⁰⁵ WTO, *The Future of the WTO: Addressing institutional challenges in the new millennium*, World Trade Organization, 2004.

³⁰⁶ JACKSON, J., *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho Internacional...* *op. cit.*, p. 221.

Ello no significa que los resultados de la Ronda de Doha han de ser un modelo de claridad ya que negociar un acuerdo entre 153 Miembros de la OMC inevitablemente producirá ciertas ambigüedades, especialmente en los elementos más controvertidos de las negociaciones. Habrá que hacer arreglos para lograr un resultado. No obstante, los Miembros tienen ahora más conciencia de la importancia de un texto claro y preciso, y los negociadores están exigiendo un nivel de precisión mucho mayor que en rondas anteriores antes de suscribir un acuerdo³⁰⁷.

12.5. Promover el cumplimiento de los resultados de la solución de diferencias y de las normas del tratado

Una meta muy importante del sistema de solución de diferencias es la promoción del respeto de las decisiones, para asegurar que las normas convencionales puedan ser efectivas y se puedan confiar en ellas. En el caso específico del sistema de solución de diferencias de la OMC, gran parte de la ejecución de las resoluciones y recomendaciones del OSD depende de la voluntad del Miembro que ha perdido una disputa. Sin embargo, la gran virtud del sistema de solución de diferencias de la OMC radica en el esquema de contramedidas que configura el ESD. En este sentido, en caso de que el Miembro perdedor de una disputa no cumpla las resoluciones y recomendaciones del OSD, el Miembro que está siendo afectado por la medida ilícita podrá solicitar autorización para imponerle sanciones comerciales. El proceso de solución de diferencias en el panorama internacional tiene en sí mismo un fuerte componente de asistencia al cumplimiento, incluso sin que se prevean represalias. Las alternativas a las represalias incluyen técnicas de avergonzamiento, ideas sobre reciprocidad y otras técnicas de presión³⁰⁸, aunque muchas veces a las grandes potencias con

³⁰⁷ OMC, Foro Público de la OMC, *¿Cómo puede contribuir la OMC a encauzar la globalización?...op. cit.* pp. 122 y 123.

³⁰⁸ JACKSON, J., *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho Internacional...* op. cit., p. 222.

estas medidas no se les ejerce la suficiente presión para que cumplan con la decisión por el gran poder que tiene en la OMC.

Janow hace referencia a un documento preparado por el Director del Departamento de Asuntos Jurídicos de la OMC sobre el nivel de cumplimiento de las decisiones dimanadas de las diferencias³⁰⁹, que sugiere, que el nivel de cumplimiento es relativamente satisfactorio. Janow observa un incremento en las diferencias relativas al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 21.5, aunque añadió que, en su opinión, bien podía tratarse de la fase posterior del sistema³¹⁰.

12.6. Compensar desigualdades del poder: justicia para las entidades más débiles

Gosper hace ver que la falta de participación de los países en desarrollo no es necesariamente indicativa de un desinterés de esos Miembros en el sistema o de su falta de capacidad para valerse de él. El Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC³¹¹ ha sido muy importante y ha prestado una gran ayuda. Hay

³⁰⁹ WILSON, B., *Compliance by WTO Members with Adverse WTO Dispute Settlement Rulings*, en JANOW, E. DONALDSON, V. y YANOVICH, A. (compiladores), *The WTO: Governance, Dispute Settlement and Developing Countries* (Juris Publishing, de próxima aparición).

³¹⁰ OMC, Foro Público de la OMC, *¿Cómo puede contribuir la OMC a encauzar la globalización?...op. cit.*, p. 124.

³¹¹ Los países en desarrollo Miembros pueden obtener una asistencia eficaz en la solución de las diferencias del Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC recientemente establecido en Ginebra. Se trata de un centro de "asistencia jurídica" en forma de organización intergubernamental independiente, separado e independiente de la OMC. Su origen está en el acuerdo internacional firmado por 29 Miembros de la OMC en Seattle el 1º de diciembre de 1999 (Acuerdo por el que se establece el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC). Este Acuerdo entró en vigor el 15 de junio de 2001, y el 5 de octubre del mismo año se inauguró oficialmente el Centro. En la actualidad el Centro cuenta con unos 30 miembros. Cada Miembro de la OMC, sea o no un país en desarrollo, así como los países y territorios aduaneros independientes en proceso de adhesión a la OMC, pueden ser miembros del Centro de Asesoría. El Centro de Asesoría funciona esencialmente como un estudio de abogados especializados en el derecho de la OMC. El Centro proporciona servicios jurídicos y capacitación a los países en desarrollo o a los países con economías en transición, así como a los países menos adelantados que son Miembros de la OMC o candidatos a la adhesión. Sus servicios jurídicos se dividen en dos categorías: en primer lugar, se presta asistencia jurídica en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC, para lo cual el Centro representa a los Miembros en todo el procedimiento (por ejemplo, redactando los documentos dirigidos al OSD, y las comunicaciones a los grupos especiales y al Órgano de Apelación y presentándose en nombre de estos Miembros ante los grupos especiales y

algunas otras propuestas para ampliar el sistema, por ejemplo, mediante la institución de un procedimiento de causas de menor cuantía. Sin embargo, aunque es evidente que el sistema es utilizado más intensivamente por un pequeño número de Miembros, no se observa con claridad si los demás Miembros necesitan más asistencia o en este momento no consideran útil o valioso recurrir al sistema de solución de diferencias³¹².

Abi-Saab dijo que el sistema es demasiado esotérico y complejo para los países muy pequeños o, incluso, medianos, ya que no cuentan con especialistas en la materia. Además, las medidas correctivas disponibles tal vez desalienten a los países más pequeños de asumir la carga de interponer una acción, que puede tardar de dos a tres años. La participación de estos países tal vez se podría alentar con unas medidas correctivas más vigorosas, como la compensación retroactiva. Trachtman convino en que el problema para los países pequeños con intereses comerciales pequeños radica en que invertir cuantiosos recursos en estas actuaciones puede no resultarles rentable. La respuesta natural sería que se asociaran formal o informalmente para compartir las costas procesales. Por otra parte, señaló que podría ser útil contar con un procedimiento para causas de

el Órgano de Apelación). El Centro de Asesoría viene representando regularmente desde julio de 2001 a países en desarrollo Miembros en las diferencias en la OMC. Por estos servicios, los “clientes” pagan tarifas (rebajadas) de niveles variables, que dependen del grado de desarrollo económico y de la condición de miembro del Centro de Asesoría. En segundo lugar, el Centro proporciona asesoramiento jurídico sobre cuestiones que son objeto de un procedimiento de solución de diferencias en la OMC, o van a serlo. Estos servicios son gratuitos para todos los países menos adelantados y para los miembros del Centro de Asesoría que son países en desarrollo o países con economías en transición, hasta un cierto número de horas. Asimismo, el Centro proporciona asistencia jurídica, a tarifas comerciales, a los países en desarrollo que no son miembros. El Centro organiza actividades de formación en la solución de diferencias en la OMC y proyecta la concesión de becas pagadas para contribuir a la creación de capacidad (mejorando los conocimientos sobre la OMC entre los funcionarios de los países en desarrollo). El Centro de Asesoría cuenta con un personal reducido, pero que incluye a expertos jurídicos, algunos de ellos con larga experiencia en cuestiones relacionadas con el derecho de la OMC en general y con la solución de diferencias en particular.

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/disp_settlement_cbt_s/c11s2p2_s.htm#advisory_centre, consultada el 27 de enero de 2011.

³¹² OMC, Foro Público de la OMC, *¿Cómo puede contribuir la OMC a encauzar la globalización?...op. cit. p. 131.*

menor cuantía y también con diversos tipos de asistencia jurídica. Trachtman aludió a la propuesta formulada por el Gobierno de México de que se otorguen compensaciones monetarias como otro instrumento posible³¹³.

El sistema de solución de diferencias de la OMC ayuda a compensar las asimetrías de poder. Como lo veremos en el capítulo segundo de la presente tesis, los países menos desarrollados pueden presentar casos contra grandes potencias y ganar en los niveles de los Grupos Especiales, así como en el del Órgano de Apelación. Costa Rica ganó un caso contra EE.UU. con el Grupo Especial así como en el Órgano de Apelación en un caso sobre ropa interior y EE.UU. acató la decisión³¹⁴.

13. Conclusión

En el presente capítulo se vio que el paso del GATT de 1947 a la OMC generó uno de los mecanismos de solución de diferencias más complejos e interesantes que existen en el Derecho Internacional, ya que es un mecanismo de solución de diferencias que combina distintos medios de solución tanto de carácter político como jurisdiccional, dicho mecanismo debe de ser el camino a seguir por parte del TLCAN con la creación de un Órgano de Apelación que le de virtualidad y eficacia al Tratado incentivando el cumplimiento de las decisiones.

De la misma manera vimos que la globalización de los negocios genera importantes desafíos. El caso de la OMC es un ejemplo paradigmático y, muy en particular su mecanismo de solución de diferencias. Esta innovadora organización se está caracterizando por una universalización progresiva, la vocación expansiva de su regulación y un amplio conjunto de instrumentos multilaterales de carácter obligatorio. Sin embargo, es su mecanismo de solución de diferencias el que destaca. Este protector del derecho de la OMC carece de precedentes en la historia del derecho internacional público: Dispone de una jurisdicción cuasi

³¹³ OMC, Foro Público de la OMC, *¿Cómo puede contribuir la OMC a encauzar la globalización?...op. cit.* p. 131.

³¹⁴ Véase EE.UU.- Restricciones aplicadas a las importaciones de ropa interior de algodón y fibras sintéticas o artificiales, WTO Doc. WT/DS25/AB/R, adoptado el 25 de febrero de 1997.

universal vinculante para todos los Miembros de la organización que abarca 153 Miembros y tiene competencia para resolver diferencias sobre la aplicación de más de 400 páginas de textos normativos.

Una de las innovaciones más importantes del mecanismo de solución de diferencias de la OMC, con únicas y extraordinarias características del proceso de solución de diferencias es el Órgano de Apelación, el cual es considerado como la “joya de la OMC”.

Una característica que define e identifica a este mecanismo de solución de diferencias, es que la mayor parte de éstas se encauzan a través de los medios jurisdiccionales. Se refleja el gran poder que en el seno de la OMC conservan los Estados Miembros, ya que todavía es necesario que un órgano político como es el OSD adopte los informes que elaboren los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación³¹⁵.

Otra de las novedades más importantes del ESD respecto del sistema anterior ha consistido en la inversión del sentido del consenso en la adopción de decisiones del OSD, ya que los informes de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación deben ser adoptados por el OSD, salvo que por consenso se decida lo contrario, por lo tanto esto ha determinado que, aunque en teoría exista este control político de los informes, la posibilidad de que se formen mayorías políticas que bloqueen el mecanismo de solución de diferencias en la OMC, ha desaparecido en la práctica. Este cambio ha determinado un aumento muy considerable de la confianza de los Estados Miembros de la OMC en un mecanismo de solución de diferencias, que se ha traducido en un muy espectacular incremento en la práctica de la utilización de los mismos³¹⁶.

Otra característica peculiar de este mecanismo que lo hace original respecto otros sistemas de solución de diferencias existentes en el Derecho

³¹⁵ BOU, V. (Coordinador), *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución...op. cit.*, p. 322.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 323.

Internacional, consiste en que es un sistema muy eficaz en la práctica. A ello contribuye en que el propio ESD haya previsto diversas garantías para lograr la plena ejecución de la solución alcanzada en una diferencia. Junto a la introducción de un procedimiento abreviado, sin duda uno de los rasgos más originales del ESD es la posibilidad de retorsión que permite la suspensión de concesiones u otras obligaciones que dimanen de los acuerdos abarcados³¹⁷.

El mecanismo de solución de diferencias de la OMC, sin llegar a eliminar absolutamente el principio de la libertad de las partes en la controversia de elegir el medio de solución que estimen más adecuado, ha logrado combinarlo con un sistema obligatorio de solución que además se caracteriza por permitir alcanzar una pronta solución de la diferencia y un pronto cumplimiento de la solución alcanzada. Ello evidencia que las normas que regulan el comercio internacional, que representan un sector importantísimo del Derecho internacional, han logrado alcanzar un grado de desarrollo y de importancia práctica tan grande que el propio Derecho Internacional, tan propenso en muchas ocasiones a no establecer sistemas obligatorios de solución de controversias, se ha visto en la necesidad de establecerlo en este caso³¹⁸.

La eficacia del sistema de solución de diferencias de la OMC brinda seguridad y previsibilidad a los acuerdos celebrados y a los compromisos asumidos en las negociaciones. Además, las negociaciones tienen en cuenta las decisiones del OSD. La eficacia del sistema de solución de diferencias ha hecho también que los Miembros de la OMC se esfuercen por impartir más precisión a los textos de negociación y que se muestren menos dispuestos a aceptar la ambigüedad.

Tal y como afirma EHLERMANN acerca del sistema de solución de diferencias de la OMC: *“El sistema de solución de diferencias negociado durante la Ronda Uruguay es aún hoy, a mi juicio, un logro extraordinario, cuya existencia*

³¹⁷ Idem.

³¹⁸ BOU, V. (Coordinador), *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución...op. cit.*, p. 323 y 324.

*es casi milagrosa. Me parece prudente no dar por sentada su existencia ni su permanencia. Por el contrario, debemos fomentar su consolidación y desarrollo en el camino emprendido con discreción y cautela, a la vez que con valor y total independencia, camino que hasta ahora ha demostrado ser realmente fructífero*³¹⁹.

La OMC es un ejemplo a seguir para otras organizaciones y tratados internacionales que no han adaptado un sistema de resolución de controversias análogo, en este sentido, su aplicación adaptando y respetando las singularidades y especificidades propias del TLCAN es un elemento que puede dotar de mayor virtualidad e independencia a este Tratado.

³¹⁹ EHLERMANN, D., *Six Years on the Bench of the World Trade Court, Some personal Experiences as a Member of the Appellate Body of the World Trade Organization*, Journal of World Trade, vol. 36 N° 4 (2002), p. 639.

Capítulo 2

El dumping, el zeroing y la creación de un Órgano de Apelación en el TLCAN

En este capítulo se tratará principalmente el perjuicio que ha tenido y que tiene el dumping y el zeroing como prácticas desleales³²⁰ en términos del Derecho de Comercio Internacional, dentro de los sistemas de solución de controversias de la OMC y del TLCAN y como al crear un Órgano de Apelación con resoluciones vinculantes se disminuirían dichas prácticas desleales.

En la OMC y en el TLCAN, vender y comprar en el mercado reclama conocimiento del producto, y del marco regulatorio, al mismo tiempo exige un espíritu emprendedor, una fe inquebrantable, un gran deseo de ser mejor, de hacer cada cosa que nos propongamos como si fuera la más importante, y no dejar pasar ninguna oportunidad para alcanzar la excelencia³²¹. Situación que en el dumping y el zeroing, llevan a prácticas indeseables y frecuentes que se presentan en el TLCAN y que provocan grandes distorsiones en el mismo y que van en contra de la estabilidad y consolidación de dicho Tratado. Un adecuado combate a estas prácticas desleales de comercio internacional se convierte en un requisito indispensable para impulsar el crecimiento y la consolidación del TLCAN.

El equilibrio resulta fundamental en este proceso, es decir, es importante defender a los productores miembros del TLCAN de la competencia desleal que puede significar la presencia de productos extranjeros a precio de dumping con o sin emplear la metodología del zeroing, también es importante, en el mismo nivel, asegurar a los exportadores que al vender sus productos serán tratados con

³²⁰ Se considera “práctica desleal” la alteración de manera artificial por cualquier medio de las reglas de la competencia internacional que afecte el precio. RIOS R., *El dumping, como práctica desleal en el Comercio Internacional Mexicano*, en <http://www.derecho.unam.mx/DUAD/amicus-curiae/descargas/rev3-1.pdf>, p. 1. consultada el 25 de julio de 2011.

³²¹ UNAM, *Prácticas Desleales del Comercio Internacional*, UNAM, 1995, p. 8.

justicia, que no serán ilegalmente sancionados y que podrán realizar sus actividades bajo condiciones predecibles, transparentes, justas y legales³²².

En el TLCAN, se suscitan prácticas desleales que dañan a la producción nacional como el dumping y el zeroing, por lo tanto sería conveniente implementar un Órgano de Apelación como una fórmula jurídica que logre un justo equilibrio para que revise entre otras cosas las resoluciones en prácticas desleales y de la misma manera limite la discrecionalidad de las autoridades nacionales para tomar estas medidas cuando sean discriminatorias y desplacen a la competencia del mercado³²³.

A pesar de los esfuerzos realizados a nivel multilateral por disciplinar la materia de prácticas desleales, esta materia es una de las que mayor preocupación concentra, ya que EE.UU. ha abusado en aplicar el zeroing, convirtiéndose hoy en día en una de las más importantes barreras al comercio legítimo. De esta manera al ser EE.UU. el principal usuario de dicha práctica, México y Canadá en el marco del TLCAN se han visto perjudicados con la aplicación de dicha metodología, la cual en la OMC, con la invalidación del Órgano de Apelación de la práctica del zeroing ha sido bastante radical, de manera más específica el Órgano de Apelación ha constatado en varias ocasiones como se verá en el presente capítulo, que el zeroing es incompatible con las normas de la OMC. Desafortunadamente no existe en la normatividad de la OMC una regulación vinculante que prohíba la práctica del zeroing.

Entre los miembros del TLCAN se deben comenzar las negociaciones de la necesidad de establecer un Órgano de Apelación permanente en el mecanismo de solución de controversias que de un equilibrio a las partes transparente para erradicar las prácticas desleales como el dumping y el zeroing.

³²² UNAM, *Prácticas Desleales del Comercio Internacional...op. cit.*, p. 9

³²³ REYES, C., *Comercio Internacional, jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales...op. cit.* p. 13.

La existencia de un Órgano de Apelación en el TLCAN, en un marco jurídico claro y preciso permitirá que las prácticas desleales no sean utilizadas como elementos que favorezcan la competencia desleal o que dañe injustamente a algún sector productivo de las economías nacionales. Con el Órgano de Apelación se logrará que el ambiente se caracterice por una gran seguridad y subsecuentemente las apelaciones confiaran en la eficacia del órgano así como en el cumplimiento de las resoluciones.

Para lograr que disminuyan las controversias entre los miembros del TLCAN es necesario que se evite la venta de productos con dumping y zeroing además de que cada uno de los tres países se apeguen al cumplimiento de la ley desde un nivel interno, así como al marco jurídico de la OMC y del Tratado.

1. Terminología de dumping

La palabra dumping viene del verbo inglés *to dump*, que significa: descargar, tirar, desechar o arrojar fuera³²⁴. En la época medieval reflejaba el acto de deshacerse rápidamente de algo no querido, como si fuera basura. En términos comerciales implica vender a precios muy bajos alguna mercancía³²⁵. La primera vez que se utilizó el término dumping asociado al comercio, referido a una actuación empresarial consistente en deshacerse de los excedentes de producción arrojándolos al mercado, fue en una reseña del *Commerce and Financial Chronicle* en el año de 1868. Jacob Viner, economista del siglo XX destacó en la teoría del comercio internacional, con su obra: *Dumping: A problem in international trade*, en 1923 por lo que se le atribuye la paternidad de la expresión dumping³²⁶.

³²⁴ El diccionario *Black's Law Dictionary*, define dumping de la siguiente manera: "1. *The act of selling a large quantity of goods at less than fair value.* 2. *Selling goods abroad at less than the market price at home.*" GARNER, B. A., *Black's Law Dictionary*, Winerest Group, 1996, p. 211.

³²⁵ The New Webster's Library of Practical Information, Publications, Inc, USA, Lexicon, 2000.

³²⁶ RODRÍGUEZ, M., *Los Derechos Antidumping en el Derecho Comunitario*, Lex Nova, España, 1999, p. 26.

2. Definición de dumping

El término “dumping” tiene muchos significados. Esto puede significar exportar un producto a un precio excesivamente bajo para expulsar a la competencia en el país importador. También puede significar el “dumping social”, un producto de exportación de un país donde los salarios son extremadamente bajos y, por tanto, donde el precio de exportación es bajo o cuando el nivel de las condiciones de trabajo es muy inferior al de los países avanzados³²⁷.

Para Viner el dumping es “la venta para exportación a precios inferiores a los que se cobran a los compradores nacionales”³²⁸. Para Root es “la práctica de

³²⁷ CHO, S., *Global Constitutional Lawmaking*, Chicago-Kent College of Law, Illinois Institute of Technology, 2009, p. 7. Disponible en: http://works.bepress.com/sungjoon_cho/51, consultada el 14 de junio de 2010. MATSUSHITA, M., SCHOENBAUM, T., J. MAURODIS, P. C., *The World Trade Organization, Law, Practice, and Policy*, Oxford, University Press, New York, 2004, pp. 302 y 303. También se pueden ver otras definiciones de dumping en el Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México DS344, pie de página 208: “en publicaciones especializadas sobre economía y comercio internacional está ampliamente reconocido que el “dumping” es una “discriminación internacional de precios” que refleja una práctica de fijación de precios mediante la cual una empresa exportadora cobra por los productos que exporta un precio inferior al que cobra cuando vende los mismos productos en el mercado interior. A continuación figuran algunos ejemplos de definiciones de “dumping” que figuran en publicaciones especializadas sobre economía internacional: “La forma más habitual de discriminación de precios en el comercio internacional es el dumping, una práctica de fijación de precios por medio de la cual una empresa cobra por los productos que exporta un precio inferior al que cobra cuando vende los mismos productos en el mercado interior.” KRUGMAN, R. y OBSTFELD, M., *International Economics: Theory and Policy*, sexta edición, Pearson Education, 2007, p. 174; “El dumping consiste en una discriminación internacional de precios mediante la cual una empresa exportadora vende en un mercado extranjero a un precio inferior al que cobra en otros mercados (habitualmente el mercado de su país de origen)”. LINDERT, H. y PUGEL, A., *International Economics*, décima edición, Irwin, 1996, p. 174; “dumping: En comercio internacional, consiste en la práctica de vender un producto en el mercado de exportación a un precio inferior al que se cobra en el mercado interior debido a razones que no guardan relación con las diferencias de los costos de la colocación en uno y otro mercado” y “el dumping es una forma de discriminación de precios que se estudia en la teoría de los monopolios”. LIPSEY, G., COURANT, N. y RAGAN, T., *Economics*, duodécima edición, Addison-Wesley, 1999, pp. G-5 y 788; “Definido en términos amplios, el ‘dumping’ es una discriminación internacional de precios. Se produce cuando un exportador vende una mercancía en un país importador a un precio inferior al que cobra cuando vende una mercancía similar en su país de origen. Según una definición más restringida, el ‘dumping’ se produce cuando un exportador vende una mercancía en un país importador a un precio inferior al costo de su producción”. BHALA, R., *Modern GATT Law: A Treatise on the General Agreement on Tariffs and Trade*, International Trade Law Series, Sweet & Maxwell, 2005, p. 685. Véase también TAYLOR, M., *International Competition Law: A New Dimension for the WTO?*, Cambridge University Press, 2006, pp 264 y ss.

³²⁸ MARQUEZ, J., *Comercio Internacional*, FCE, España, 1955, pp. 385-392.

vender un producto en un mercado nacional a un precio inferior del que se está vendiendo en otro mercado nacional. Por lo tanto dumping es discriminación de precios entre dos mercados”³²⁹.

El GATT y la OMC no emiten un juicio sobre la imparcialidad del dumping. En el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994 (en adelante, Acuerdo Antidumping) no se establece una definición literal del dumping, sólo en su artículo 2.1 se determina su existencia al establecer lo siguiente: “Se considerará que un producto es objeto de dumping, es decir, que se introduce en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, cuando su precio de exportación al exportarse de un país a otro sea menor que el precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador”.

EE.UU. y Canadá han sido los principales promotores de que el dumping se regule en ordenamientos internacionales y regionales y México es el primer país latinoamericano impulsor de esta regulación³³⁰. La falta de una norma jurídica que prohíba al dumping se fundamenta en el argumento que, mientras los consumidores se vean favorecidos por un precio bajo derivado de la competencia entre empresas productoras de productos idénticos o similares, se está realizando un bien a la sociedad³³¹.

En EE.UU. el dumping se rige por la *Tariff Act of 1930* (Ley de Aranceles de 1930). Esta ley establece que existe dumping cuando productos comparables se venden por un precio menor en un mercado de exportación que en su país de origen, o en un precio menor al costo total de producir el producto. Esta situación se denomina “ventas bajo un valor justo” “*sales at less than fair value*”³³².

³²⁹ ROOT, F., *International Trade and Investment*, South-Western Publishing Co. USA, 1978, pp. 139-141.

³³⁰ <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2951/12.pdf>, p. 506, consultada el 28 de julio de 2011.

³³¹ REYES, C., *Comercio Internacional, jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales...op. cit.* pp. 12 y 13.

³³² <http://www.amchamchile.cl/node/1018>, consultada el 16 de junio de 2010.

En México el artículo 30 de la Ley de Comercio Exterior (en adelante, LCE) describe al dumping como práctica desleal de la siguiente manera: “*La importación en condiciones de discriminación de precios consiste en la introducción de mercancías al territorio nacional a un precio inferior a su valor normal*”. Lo que la LCE denomina como “discriminación de precios” en el argot internacional se conoce como “dumping”. El concepto de “discriminación de precios” lo encontramos en el artículo 38 del Reglamento de la Ley de Comercio Exterior (en adelante, RLCE), el cual establece que el margen de discriminación de precios de la mercancía, es la diferencia entre su valor normal y su precio de exportación relativa a este último precio. Este margen se puede calcular por tipo de mercancía y por muestra representativa³³³.

3.- Elementos del dumping

Los elementos de dumping bajo la LCE son:

A) Precio: precios debajo de valor normal. El valor normal de las mercancías exportadas a México está definido de acuerdo a lo establecido por el párrafo 1 del artículo 31 de la LCE de la siguiente manera: “*Precio comparable de una*

³³³ a) Cálculo del margen de discriminación de precios por tipo de mercancía. El artículo 39 del RLCE, indica que en caso de que el producto investigado comprenda mercancías que no sean físicamente iguales entre sí, el margen de discriminación de precios se estimará por tipo de mercancía, de tal forma que el valor normal y el precio de exportación involucrados en cada cálculo correspondan a bienes análogos. De la misma manera establece por regla general, que los tipos de mercancía se definirán según la clasificación de productos que se reconozca en el sistema de información contable de cada empresa exportadora. También establece, que cuando el margen de discriminación de precios se calcule por tipo de mercancía, el margen para el producto investigado se determinará como el promedio ponderado de todos los márgenes individuales que se hayan estimado. Dicha ponderación se calculará conforme a la participación relativa de cada tipo de mercancía en el volumen total exportado del producto durante el periodo de investigación. b) Cálculo del margen de discriminación de precios por muestra representativa. El artículo 41 del RLCE establece que, el número de tipos de mercancía o la cantidad de transacciones a investigar sea excepcionalmente grande, el margen de discriminación de precios podrá determinarse sobre la base de una muestra representativa y las muestras deberán seleccionarse conforme a criterios estadísticos generalmente aceptados.

*mercancía idéntica o similar que se destine al mercado interno del país de origen en el curso de operaciones comerciales normales*³³⁴.

El valor normal se puede determinar en dos casos, cuando se realicen ventas en el país de origen y éstas permitan una comparación válida y cuando no se realicen ventas en el país de origen y así, éstas no permitan una comparación válida³³⁵. El artículo 37 del RLCE, establece por “mercancías idénticas”, los productos que sean iguales en todos sus aspectos al producto investigado; y por “mercancías similares”, los productos que, aun cuando no sean iguales en todos los aspectos, tengan características y composición semejantes, lo que les permite cumplir las mismas funciones y ser comercialmente intercambiables con los que se compara.

El párrafo segundo del artículo 31 de la LCE, establece que el valor normal cuando no se realizan ventas de una mercancía idéntica o similar en el país de origen o cuando tales ventas no permitan una comparación válida se considerará como “valor normal”, en orden sucesivo, el precio de exportación a un tercer país o el valor reconstruido en el país de origen de acuerdo con lo siguiente:

- I. El precio comparable de una mercancía idéntica o similar exportada del país de origen a un tercer país en el curso de operaciones comerciales normales. Este precio deberá ser el más alto, siempre que sea un precio representativo, o
- II. el valor reconstruido en el país de origen que se obtendrá de la suma del costo de producción, gastos generales y una utilidad razonable, los cuales deberán corresponder a operaciones comerciales normales en el país de origen.”

B) Daño: que las importaciones del producto sujeto a discriminación de precios causen, o amenacen con causar, daño a una industria nacional. "Daño" se define

³³⁴ El párrafo primero del artículo 32 de la LCE, establece por “operaciones comerciales normales”, las operaciones comerciales que reflejan condiciones de mercado en el país de origen y que se hayan realizado habitualmente, o dentro de un periodo representativo, entre compradores y vendedores independientes.

³³⁵ MALPICA, L., *El Sistema Mexicano contra prácticas desleales de comercio internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, segunda edición, Porrúa, México, 1998, p. 39.

como la pérdida económica o privación de cualquier ganancia lícita y normal de la industria nacional que los bienes en cuestión pueden sufrir o que obstaculicen la creación de nuevas industrias. La amenaza de daño es el peligro inminente y claramente previsible de que la industria nacional pueda sufrir un daño³³⁶.

C) Vínculo: un vínculo causal entre el precio y el daño a la industria.

Por lo tanto, para que un producto importado sea calificado como sujeto a dumping, su precio debe ser debajo de valor normal del país de origen, causando o amenazando con causar un daño a la industria del país importador, y el establecimiento del vínculo causal entre el precio y el daño o amenaza del mismo, a por lo menos, el 25% de la industria nacional³³⁷.

4. Retraso importante

El concepto de “retraso importante” no lo he encontrado regulado en ninguno de los ordenamientos jurídicos nacionales o internacionales sobre prácticas desleales de comercio internacional, ni tampoco existen antecedentes de que la autoridad nacional mexicana haya realizado ninguna investigación bajo este argumento³³⁸.

Tal y como afirma Saldaña, el retraso importante, se aplica cuando las importaciones en calidad de dumping constituyen obstáculos para que empresas nacionales productoras de bienes idénticos o similares puedan establecerse; o bien, cuando existiendo las mercancías idénticas o similares no existen elementos suficientes para determinar la existencia del daño o la amenaza en el país importador³³⁹.

³³⁶ Artículo 39 de la LCE.

³³⁷ GONZÁLEZ de C. F., *Boletín Mexicano de Derecho Comparado: Discriminación de precios, dumping y depredación. Tres disciplinas, un fenómeno económico*, número 115, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009.

³³⁸ SALDAÑA, J., *Comercio Internacional*, Régimen Jurídico Económico, Porrúa e Instituto Internacional del Derecho y del estado, México, 2005, p. 327.

³³⁹ Idem.

La Comisión de Comercio Internacional de los EE.UU. (en adelante, ITC), toma en cuenta las siguientes circunstancias para determinar que se ha realizado un retraso importante:

- a) El momento en que la industria estadounidense inició la producción;
- b) Si la producción ha sido regular o se han iniciado operaciones y parados;
- c) El tamaño de la producción doméstica en comparación con el mercado doméstico;
- d) Si la industria estadounidense ha alcanzado un razonable punto de estabilidad, y
- e) Si las actividades constituyen realmente una nueva industria o solamente son una nueva línea de producción de una empresa establecida³⁴⁰.

La comprobación de estos factores por parte de la autoridad estadounidense le permite definir si los productores que han solicitado el inicio de la investigación por prácticas desleales representan el porcentaje requerido para este efecto, y si las prácticas desleales efectivamente están dañando a la industria o rama de la industria nacional productora de dichos bienes idénticos o similares³⁴¹.

5. Clasificación de dumping

Existen diversas clasificaciones³⁴² que tienen como objetivo determinar ventajas y desventajas del dumping. La clasificación que mejor sirve desde el

³⁴⁰ Ibidem, pp. 327-328.

³⁴¹ REYES, C., *Comercio Internacional, jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales...op. cit.* p. 32.

³⁴² Entre la tipología del dumping se encuentra: Según la causa que lo produce – Social: Se produce una reducción sensible en el costo de producción por un exceso de mano de obra, por ineficacia de legislación, laboral, etc; Según la causa que lo produce - De transportes y fletes: Ventajas en los costos de ellas por causas materiales u otras; Según la causa que se produce – Arancelario: Por ventajas arancelarias.

punto de vista del país importador para analizar el dumping es el dumping de largo plazo y el de corto plazo.

5.1. Dumping a largo plazo

El dumping a largo plazo se mantiene a través del tiempo y fija un precio en el país exportador y otro en el país importador. La diferencia de precios se mantendrá indefinidamente en el tiempo³⁴³.

5.2. Dumping a corto plazo

A diferencia del dumping a largo plazo, el de corto plazo no se sostiene en su duración. Este es el tipo de dumping que motiva la legislación antidumping según Corden³⁴⁴ y constituye la preocupación de la competencia en los países importadores. Se subclasifica en:

5.2.1. El dumping intermitente:

“Se presenta cuando los mercados exteriores pasan por momentos depresivos y los exportadores tienen que rebajar temporalmente sus precios en esos mercados, para vender su producción y evitar las existencias excesivas”³⁴⁵. Este tipo de dumping es de manera temporal y no tiene como objetivo principal el destruir a sus competidores en los mercados exteriores.

En este tipo de dumping se exportan bienes a un precio bajo con el objeto de desplazar a la competencia en el país importador para luego poder subir los precios. Los objetivos pueden ser varios: comprendiendo la penetración de un mercado extranjero, previniendo la pérdida de presencia en un mercado

³⁴³ ALVAREZ, J. y LIZANA, C., *Dumping y Competencia Desleal Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1995, pp. 48 - 55.

³⁴⁴ CORDEN, M., *Trade Policy and Economic Welfare*, Clarendon Press-Oxford, 1974, p. 245.

³⁴⁵ WITKER, J. y PATIÑO, R., *La Defensa Jurídica contra Prácticas Desleales del Comercio Internacional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1987, pp. 19 y 20.

extranjero; destruir competidores, así como previniendo la entrada de otros competidores³⁴⁶.

5.2.2. El dumping esporádico:

“Se produce cuando durante periodos cortos, el productor vende fuera de su país a un precio inferior al que cobra a los clientes nacionales, con el objetivo de reducir la sobreproducción sin estropear el mercado nacional, para conservar las relaciones comerciales con un mercado extranjero que sufre una depresión, o para habitar a los mercados extranjeros al producto”³⁴⁷. Tampoco tiene como objetivo la destrucción de sus competidores y aumenta el potencial del país importador. Un ejemplo muy típico es, la liquidación de excesos temporales de inventarios, vendiendo al extranjero a un precio menor que el interno.

5.2.3. El dumping depredador o depredatorio:

“Tiene lugar cuando un productor, con el objetivo de eliminar a los demás competidores y ganar el control del mercado extranjero, vende su producto en el exterior a un precio reducido por un breve tiempo y ya obtenido el poder monopolístico, el productor maximiza sus ganancias a largo plazo”³⁴⁸. Está clasificado como la forma más dañina de dumping.

Después de examinar la clasificación de dumping según su duración se llega a la conclusión que el concepto jurídico de dumping que se apega más a lo establecido en la normativa mexicana como en la internacional es la del dumping depredador o depredatorio. De la misma manera sus grandes perjuicios constituyen la justificación legítima al país importador afectado para adoptar medidas proteccionistas.

³⁴⁶ ALVAREZ, J. y LIZANA, C., *Dumping y Competencia Desleal Internacional... op. cit.*, p. 56.

³⁴⁷ RODRÍGUEZ, M., *Los Derechos Antidumping en el Derecho Comunitario, op. cit.*, p. 32.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 31.

6. Regulación jurídica del dumping

El dumping es de compleja regulación. La Gran Bretaña es el primer país industrializado al que se le imputó dumping, motivo para que los EE.UU. promulgaran su primera tarifa proteccionista en el año de 1816³⁴⁹. La primera Ley Antidumping fue promulgada en Canadá en 1904, cuyo principal objetivo fue defender a los productores de acero canadienses de sus competidores de EE.UU., para poder evitar que desapareciera la producción nacional³⁵⁰. En 1905 Nueva Zelanda se reguló para defender la producción de la maquinaria agrícola, Australia sancionó su ley en 1906 y Sudáfrica en 1914. Desde entonces las medidas antidumping empezaron a convertirse en el instrumento de defensa comercial más importante y de mayor uso a nivel mundial, primero por parte de los países desarrollados y luego por los países en desarrollo³⁵¹.

Señala Rodríguez que en estos primeros sistemas, la utilización de derechos antidumping como medio de contrarrestar el efecto de las prácticas desleales fue recogido solamente en la legislación de Canadá, ya que el resto de las legislaciones, salvo la sudafricana, que sigue a la canadiense, optó por el otorgamiento de ayudas a las industrias afectadas, o bien a la prohibición y restricción de las importaciones³⁵².

La racionalidad de un país para interponer medidas antidumping debería ser como consecuencia de estar siendo objeto de importaciones con dumping; sin embargo, la evidencia empírica muestra lo contrario y deja ver que estas medidas

³⁴⁹ VINER, J., *Dumping: a problem in international trade*; New York, Kelley, 1966, p. 381.

³⁵⁰ MASTEL, G., *Antidumping Laws and the U.S. Economy*, Economic Strategy Institute, M. E. Sharpe, 1998, p. 18. Un panorama del sistema antidumping canadiense en DEARDEN, G., *El sistema antidumping y de compensación en Canadá*, en varios autores, *Prácticas desleales del comercio internacional (antidumping)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995.

³⁵¹ Vandenbussche, H. y Zanardi, M., *The Global Chilling Effects Of Antidumping Proliferation*, Centre for Economic Policy Research. Discussion Paper Series No. 5597, 2006.

³⁵² RODRIGUEZ, M., *Los derechos antidumping en el derecho comunitario*, Valladolid, Lex Nova, 1999, pp. 53 y 54.

son el resultado de la adopción de políticas proteccionistas, para salvaguardar algunos sectores nacionales de la competencia internacional³⁵³

6.1. Legislación de EE.UU.

La primera legislación en tratar el dumping se derivó de la Ley Antimonopolio Sherman de 1890, la principal legislación de los EE.UU. contra los precios predatorios en los EE.UU. puestos por los vendedores ubicados en los EE.UU.³⁵⁴. En 1894, la sección 73 de la Wilson Tariff Act combatía los intentos para restringir el comercio. En 1916, EE.UU. aprobó su primera legislación específica sobre dumping llamada *Revenue Act*³⁵⁵ de 1916 siguiendo el modelo canadiense, la cual fue sustituida por el *Antidumping Act* de 1921 y ésta determinó lo que se conoce en la actualidad como dumping³⁵⁶. En 1922 se publicó la *Fordney McCumber Tariff Act* cuya sección 316 se refiere a actos injustos en la importación de mercancías ajustando la definición de dumping y el concepto de daño. A partir de 1930 dicha norma fue objeto de diversas enmiendas. Se suman la *Trade Act* de 1974, la *Trade Agreements Act* de 1979, que implementó la Ronda de Tokio, la *Trade and Tariff act* de 1984, la *Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988, que incluyó el tema del dumping de terceros países y la *Uruguay Round Agreements Act* de 1994 que implementó los cambios derivados de la Ronda Uruguay del GATT³⁵⁷.

³⁵³ CHO, S., *Beyond Doha's Promises: Administrative Barriers as an Obstruction to Development*, Berkeley Journal of International Law, 2007.

³⁵⁴ MESSERLIN, P. y HINDLEY B., *Antidumping Industrial Policy. Legalized protectionism in the WTO and what to do about it*. The AEI Press-American Enterprise Institute. Washington, 1996, pp. 23-24.

³⁵⁵ RODRIGUEZ, señala que en dicha legislación se recogía la prohibición de vender productos importados a precios inferiores a los normales en el país de producción si se hacía con el propósito de destruir o perjudicar a la industria estadounidense. Esta legislación tenía carácter penal. RODRÍGUEZ, M., *Los Derechos Antidumping en el Derecho Comunitario... op. cit.* p. 56.

³⁵⁶ La Antidumping Act de 1921 fue sancionada con el objeto de contrarrestar las prácticas competitivas anormales de los *cartels* extranjeros, que constituyen el equivalente internacional de la discriminación dañosa de los precios en el interior del país, prevista y reprimida por la Robinson Patman Act. BUCK, P., *The antidumping act and the future of East West Trade*, en Michigan Law Review, nov. 1967, p. 122; SYMONDS, L. Jr., *The Kennedy Round GATT Anti-dumping Code*, in University of Pittsburgh Law Review, marzo, 1968, p. 484.

³⁵⁷ MASTEL, G., *Antidumping Laws and the U.S. Economy... op. cit.*, pp. 21 y 22.

La normativa estadounidense en la materia de estudio se cita como *The Tariff Act of 1930*. Este compendio normativo trata en su Título VII, Capítulo 4, Subtítulo IV, Parte 11, la imposición de derechos antidumping, éste se complementa con el Código de Normas Federales, Parte 353 (19 CFR CH. III), el cual contempla los procedimientos y reglas aplicables en la imposición de derechos antidumping. La Sec. 1673 del *Tariff Act of 1930*, con la cual se da inicio al tratamiento legislativo del dumping, establece:

“Si- 1) la autoridad administrativa determina que una clase o tipo de mercadería extranjera está siendo, o puede ser vendida en los EE.UU. a un valor inferior a su valor normal, y 2) la Comisión determina que: a) una industria en los EE.UU. i) sufre un daño material, o ii) una amenaza de daño, o; b) el establecimiento de una industria en los EE.UU. está siendo retrasado, por una causa de la importación de esa mercadería, o por la venta de mercadería importada, será impuesta sobre esa mercadería un derecho antidumping, en adición a los demás tributos, en un monto equivalente al monto por el cual el valor de mercado extranjero excede el precio hacia los EE.UU. de dicha mercadería”.

Fuentes del derecho estadounidense en materia antidumping son: Título VII de la Ley Arancelaria (*Title VII of the Tariff Act*) incluyendo su reforma por medio del Título II de la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay (URAA), la Sección 516A de la Ley Arancelaria, *"Revisión Judicial sobre Procedimientos de Antidumping y Derechos Compensatorios"* (*Section 516A of the Tariff Act, "Judicial Review in Countervailing Duty and Anti-Dumping Proceedings"*), la Sección 261 de la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, *" (Repeal of Section 303 and Conforming Amendments)"*, la Sección 291 de la URAA, *"Fecha Efectiva (Effective Date)."* 19 CFR partes 201 y 207, contiene el Reglamento de la Comisión de Comercio Internacional de Estados Unidos, la cual mantiene un listado de reglas provisionales y/o Finales que aún no se encuentran incorporadas a su Reglamento. 19 Code of Federal Regulation, partes 351, 353 y 355 contiene el Reglamento del Departamento de Comercio de Estados Unidos. Los fallos del

Departamento de Comercio y la Comisión de Comercio Internacional son importantes fuentes del derecho en materia de antidumping y derechos compensatorios³⁵⁸.

6.1.1. Organismos participantes

Dentro del sistema antidumping norteamericano, el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América (en adelante, USDOC) es el organismo que analiza y realiza las investigaciones en cuanto a los derechos antidumping, efectúa las reexaminaciones administrativas y cuida el cumplimiento de acuerdos así como de las órdenes de imposición de derechos antidumping que dicta. De la misma manera tiene la facultad de iniciar de oficio una investigación. Para la realización de estas funciones, el USDOC cuenta con dos oficinas³⁵⁹.

En primer lugar se encuentra la Oficina de Investigaciones Relativas a las Leyes Antidumping, la cual es competente para analizar en el marco de una investigación antidumping, el margen de dumping promedio existente. En segundo lugar se encuentra la Oficina para el Cumplimiento de las Leyes Antidumping, la cual es la encargada de realizar las reexaminaciones administrativas, investiga la evasión de órdenes y la emisión de instrucciones al Servicio de Aduanas para establecer los aranceles protectores finales antidumping. Dentro de ésta se encuentra la Oficina para el Cumplimiento de Acuerdos, la cual estará encargada para su cumplimiento.

Otro organismo de gran importancia y que se encuentra fuera de la estructura del USDOC es la Comisión de Comercio Internacional, ésta es una Agencia independiente creada por el congreso de EE.UU., la cual tiene la misión

³⁵⁸ http://www.sice.oas.org/antidumping/adlaws_s.asp, consultada el 28 de enero de 2011.

³⁵⁹ En cuanto a la metodología detallada de cálculo del USDOC de márgenes de dumping, véase *U.S. Department of Commerce (Import Administration), Antidumping Manual, ch. 6 (Fair Value Comparisons)*, disponible en <http://ia.ita.doc.gov/admanual/index.html>, consultada el 23 de junio de 2010.

de investigar y determinar el daño a la industria estadounidense y la relación causal que exista entre el daño y las importaciones objeto de investigación³⁶⁰. tanto el USDOC como la Comisión de Comercio Internacional, trabajan de forma coordinada con el Servicio de Aduanas, que es parte del Departamento del Tesoro del gobierno de EE.UU³⁶¹.

6.2. Legislación de México

En México las prácticas desleales³⁶² de comercio exterior internacional se encuentran reguladas en los artículos 28 al 44 del Título V de la LCE. En el artículo 28 de esta ley se define lo que internacionalmente se conoce por prácticas desleales³⁶³, considerando únicamente dos de ellas: dumping y subvenciones.

En México, el dumping fue regulado inicialmente en la Ley Reglamentaria del Artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (abreviadamente, CPEUM) en materia de Comercio Exterior³⁶⁴.

El sistema jurídico mexicano contra el dumping en el comercio internacional actualmente está conformado por disposiciones de derecho interno así como de derecho internacional³⁶⁵. Las normas del derecho interno están consignadas en el párrafo segundo del artículo 131 de la CPEUM, en los artículos 30 a 36 de la LCE

³⁶⁰ Tariff Act 1930, Sec. 1332 b): *“Investigations of TARIFF relations: The commission shall have power to investigate the TARIFF relations between the United States and foreign countries, commercial treaties, preferential provisions, economic alliances, the effect of export bounties and preferential transportation rates, the volume of importations compared with the domestic production and consumption, and conditions, causes, and effects relating to competition of foreign industries with those of the United States, including dumping and cost of production”.*

³⁶¹ UNAM, *Prácticas desleales del comercio internacional...op. cit.* p. 14.

³⁶³ Artículo 28 LCE: Se consideran prácticas desleales de comercio internacional la importación de mercancías en condiciones de discriminación de precios o de subvenciones en el país exportador, ya sea el de origen o el de procedencia, que causen daño a una rama de producción nacional de mercancías idénticas o similares en los términos del artículo 39 de esta Ley. Las personas físicas o morales que importen mercancías en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional estarán obligadas al pago de una cuota compensatoria conforme a lo dispuesto en esta Ley.

³⁶⁴ La Ley Reglamentaria del Artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1986, quedó abrogada con la entrada en vigor de la Ley de Comercio Exterior del 27 de julio de 1993.

³⁶⁵ WITKER, J. y HERNÁNDEZ, L., *Régimen Jurídico del Comercio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2da ed. México, 2002, p. 434.

y en los artículos 37 al 58 del RLCE, supletoriamente el Código Fiscal de la Federación como lo indica el artículo 85 de la LCE³⁶⁶, la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, la Ley de Amparo, la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la CPEUM.

A pesar de los avances significativos y las reformas incorporadas al régimen jurídico de México sobre prácticas desleales de comercio internacional, dado lo complejo del tema, todavía existe cierto margen de discreción por parte de la autoridad administrativa, en particular en lo que concierne al cálculo del valor normal y determinación del daño. Consecuentemente, el sometimiento de las Partes del TLCAN al mecanismo de solución de controversias previsto en Capítulo XIX del propio TLCAN contribuye a reducir el abuso de poderes discrecionales por parte de algunas autoridades administrativas³⁶⁷.

6.2.1. Organismo participante

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

6.3. Legislación de Canadá

Canadá reguló el dumping con la *Custom Tariff* y con la *Custom act* (Ley de Aduanas), desde 1904 a 1968, en éste año se promulgó la *Antidumping Act* que asimiló el Código Antidumping de la Ronda Kennedy del GATT. En 1984 se emitió la *Special Import Measures Act*, conocida como Ley SIMA (Ley de Medidas

³⁶⁶ Artículo 85: A falta de disposición expresa en esta Ley en lo concerniente a los procedimientos administrativos en materia de prácticas desleales de comercio internacional y medidas de salvaguarda, se aplicará supletoriamente el Código Fiscal de la Federación, en lo que sea acorde con la naturaleza de estos procedimientos.

³⁶⁷ LEUCEGUI B., *Análisis del Marco Jurídico de las Prácticas Desleales en México*, en Comercio a Golpes. Las Prácticas Desleales del Comercio internacional bajo el TLCAN. Ed. Porrúa, México, 1997, p. 101.

Especiales de Importación de 1984), la cual asimiló los Compromisos de la Ronda Tokio del GATT³⁶⁸.

6.3.1. Organismos participantes

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

6.4. Regulación Internacional

De la misma manera las disposiciones de derecho internacional aplicables están constituidas por los Tratados Internacionales en la materia. Destacan los derivados de la Ronda de Uruguay de Negociaciones Comerciales y del Acuerdo por el que se establece la OMC; el Acuerdo Antidumping. Asimismo destaca el capítulo XIX del TLCAN³⁶⁹, el cual lo estudiaremos en el capítulo tercero de la presente tesis.

El marco legal de las medidas antidumping en la OMC abarca el artículo VI del GATT de 1994 tomándolo como disposición general y el Acuerdo Antidumping como una aplicación del artículo VI.

6.4.1. Artículo VI del GATT

El artículo VI del GATT establece que las Partes Contratantes reconocen que el dumping "que permite la introducción de los productos de un país en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal", es condenable³⁷⁰, cuando causa o amenaza causar un daño importante a una rama de producción

³⁶⁸ Sistema Nacional de Defensa contra Prácticas Desleales de Comercio Internacional, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2951/12.pdf>, consultada el 28 de julio de 2011.

³⁶⁹ El Capítulo XIX del TLCAN se titula "Revisión y solución de controversias en materia de cuotas antidumping y compensatorias".

³⁷⁰ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/119/art/art5.htm#N13>, consultada el 16 de junio de 2010.

existente de una parte contratante o si retrasa de manera importante la creación de una rama de producción nacional.

Según el artículo VI, párrafo I, del GATT, una situación de dumping se produce cuando el precio de un producto exportado de un país a otro: (a) es inferior al precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país de exportación, o, (b) en ausencia de dicho precio doméstico, es inferior a (i) el precio comparable más alto del producto similar exportado a un tercer país en el curso de operaciones comerciales ordinarias, o (ii) los costos de producción del producto en el país de origen más una cantidad razonable por concepto de gastos administrativos, de venta y de cualquier otro tipo, así como por concepto de beneficios.

De acuerdo a lo establecido en el artículo VI del GATT, son tres requisitos para que exista el dumping. Primero, el precio de exportación de un producto debe ser inferior de ese producto en el mercado interno del país exportador. Segundo, las exportaciones de estos productos: 1. Causen o amenacen causar un perjuicio importante a una rama de producción nacional; o 2. Retarden el establecimiento de la industria nacional. Tercero, debe haber una relación causal entre el dumping y el daño o retraso. Por tales razones las Partes Contratantes del GATT acordaron que el dumping es una práctica desleal de comercio³⁷¹.

El GATT en su artículo VI, autoriza a los países a adoptar medidas contra el dumping. El Acuerdo Antidumping aclara y amplía el artículo VI y ambos funcionan conjuntamente. Permiten a los países actuar de un modo que normalmente vulneraría los principios del GATT de consolidación³⁷² de los aranceles y no

³⁷¹ MATSUSHITA, M., SCHOENBAUM, J., MAURODIS, C., *The World Trade Organization, Law, Practice, and Policy... op. cit.* p. 308.

³⁷² En la OMC, cuando los países convienen en abrir sus mercados de mercancías y servicios, "consolidan" sus compromisos. Con respecto a las mercancías, estas consolidaciones equivalen a límites máximos de los tipos arancelarios. En algunos casos, los derechos de importación aplicados son inferiores a los tipos consolidados. Esto suele ocurrir en los países en desarrollo. En los países desarrollados los tipos efectivamente aplicados y los consolidados tienden a ser iguales.

discriminación³⁷³ entre los interlocutores comerciales. Por regla general, la medida antidumping consiste en aplicar un derecho de importación adicional a un producto determinado de un país exportador determinado para lograr que el precio de dicho producto se aproxime al “valor normal” o para suprimir el daño causado a la rama de producción nacional en el país importador³⁷⁴.

En resumen, el artículo VI del GATT de 1994 establece los principios básicos que deben seguir los Miembros de la OMC cuando se trata de las cuestiones de dumping, sus condiciones son generales y el contenido es más bien superficial.

6.4.2. El Acuerdo Antidumping

El objetivo principal de este Acuerdo es evitar que las prácticas antidumping constituyan un obstáculo al comercio internacional, al establecer que dichas prácticas sólo pueden aplicarse contra el dumping cuando éste cause un daño importante a una producción existente o retrase la creación de una producción³⁷⁵, ya que muchas medidas antidumping son muy propensas al proteccionismo³⁷⁶.

http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm#bind, consultada el 17 de junio de 2010.

³⁷³ En virtud de los Acuerdos de la OMC, los países no pueden normalmente establecer discriminaciones entre sus diversos interlocutores comerciales. Si se concede a un país una ventaja especial (por ejemplo, la reducción del tipo arancelario aplicable a uno de sus productos), se tiene que hacer lo mismo con todos los demás Miembros de la OMC. Este principio se conoce como el trato de la nación más favorecida (abreviadamente, NMF).

http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm#mfn, consultada el 17 de junio de 2010.

³⁷⁴ http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm8_s.htm, consultada el 17 de junio de 2010.

³⁷⁵ WITKER, J., *Códigos de Conducta Internacional del GATT suscrito por México (Comentados y Relacionados con la Legislación Mexicana)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1988, p. 35.

³⁷⁶ CHO, S., *Anticompetitive Trade Remedies: How Antidumping Measures Obstruct Market Competition*, 87 N. C. L. REV. 357, 2009 (criticizing an inherently protectionist nature of antidumping measures).

Este Acuerdo ha sido suscrito por México en Ginebra, el 24 de julio de 1987 y sus artículos tienen una relación muy estrecha con el sistema de defensa jurídica que la LCE mexicana contempla para las prácticas de dumping en que pueden llegar importaciones al mercado interno mexicano.

Cuando las negociaciones comerciales tuvieron lugar en las Rondas Kennedy y Tokio, en la Ronda Kennedy celebrada en Ginebra de 1964 a 1967, se trató por primera vez el tema de dumping y se elaboró el Acuerdo Antidumping de 1967, conocido como Acuerdo Relativo a la Interpretación del Artículo VI del GATT³⁷⁷. En éste se contempló la creación de un Comité Permanente de Prácticas Antidumping que se encargaba de supervisar la adaptación de las legislaciones internas al Acuerdo Antidumping y se tenía la intención de ser un foro de consultas e intervenir en la conciliación de controversias surgidos entre las Partes Contratantes en relación a la materia de dumping³⁷⁸. En la Ronda Tokio celebrada de 1973 a 1979 se elaboró un nuevo Acuerdo Antidumping, en el cual se estableció la necesidad de probar el perjuicio sufrido por la industria nacional. De la misma manera se dedica un artículo al sistema de consultas, conciliaciones y solución de diferencias, en aspectos relativos a derechos y obligaciones o conflictos derivados de la interpretación y aplicación del mismo Acuerdo Antidumping³⁷⁹.

En la Ronda de Uruguay, se elaboró un Acuerdo Antidumping conocido también como Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT 1994, el cual tuvo como objetivo aclarar y ampliar el artículo VI del GATT, ya que su principal objetivo es el amparo y protección a la producción nacional de los países importadores que pertenezcan al GATT, contra los efectos negativos del dumping.

³⁷⁷ A partir de la creación del GATT surgieron diversas Rondas negociadoras en las cuales no hubo trascendencia en materia de *dumping* y entre las que se encontraban: Ronda de Annecy en 1940, Turquía de 1950 a 1956 y Dillon en Ginebra de 1960 a 1961. WITKER, J. y PATIÑO, R., *La Defensa Jurídica contra Prácticas Desleales del Comercio Internacional...* op. cit., p. 19.

³⁷⁸ RODRÍGUEZ, M., *Los Derechos Antidumping en el Derecho Comunitario...* op. cit. p. 72-74.

³⁷⁹ Ibidem, pp. 78 y 79.

En el Acuerdo Antidumping se establecen procedimientos detallados sobre cómo han de iniciarse los casos antidumping, cómo deben llevarse a cabo las investigaciones y sobre las condiciones para lograr que todas las partes interesadas tengan oportunidad de presentar pruebas. Las medidas antidumping deben expirar transcurridos cinco años a partir de la fecha de su imposición, salvo que una investigación demuestre que la supresión de la medida ocasionaría un daño.

Las investigaciones antidumping han de darse inmediatamente por terminadas en los casos en que las autoridades determinen que el margen de dumping es insignificante (lo que se define como inferior al 2 por ciento del precio de exportación del producto). Se establecen asimismo otras condiciones. Por ejemplo, las investigaciones tienen también que terminar si el volumen de las importaciones objeto de dumping es insignificante, es decir, si el volumen procedente de un país es inferior al 3 por ciento de las importaciones totales de ese producto, aunque las investigaciones pueden continuar si varios países que suministren en individualmente menos del 3 por ciento de las importaciones representan en conjunto el 7 por ciento o más de las importaciones totales³⁸⁰.

El Acuerdo establece que los países Miembros deben informar al Comité de Prácticas Antidumping acerca de todas las medidas antidumping preliminares o definitivas, pronta y detalladamente. También deben informar semestralmente de todas las investigaciones. Cuando surjan diferencias, se aconseja a los Miembros que celebren consultas entre sí, así como recurrir al procedimiento de solución de diferencias de la OMC.

³⁸⁰ http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm8_s.htm, consultada el 17 de junio de 2010.

7. Coincidencias y discrepancias entre el Acuerdo Antidumping y la LCE³⁸¹

7.1. Coincidencias

a) *Mismo concepto de dumping; “práctica desleal que opera cuando se importa un producto de un país en el mercado de otro país, a un precio inferior a su valor real en el país exportador”.*

b) *Mismos factores para determinar el valor normal: precio menor al comparable más alto de exportación de mercancías idénticas o similares, remitidas del país de origen o procedencia a otros países, o bien precio menor al resultado de sumar el costo de producción en el país de origen, un margen razonable por utilidad y los gastos de transportación y venta.*

c) *Se manejan en ambos ordenamientos los conceptos de productos idénticos o similares.*

d) *Misma postura en cuanto al daño, ya que se considera el volumen de la importación de mercancías objeto de dumping para determinar si ha habido un aumento considerable de las mismas, en relación con la producción o el consumo interno del país; el efecto que sobre los precios de productos, idénticos o similares en el mercado interno, causa o pueda causar la importación de mercancías en condiciones de dumping, analizando los factores e índices económicos pertinentes que influyan en la producción y ventas.*

e) *Similar tratamiento al concepto de prueba del daño, necesario para determinar cuotas compensatorias contempladas en la LCE o derecho antidumping como le llama el Acuerdo.*

f) *Se contempla la investigación administrativa previa a toda sanción en iguales condiciones en ambos ordenamientos.*

³⁸¹ WITKER, J., *Códigos de Conducta Internacional del GATT suscrito por México (Comentados y Relacionados con la Legislación Mexicana.....)* op. cit. p. 50.

g) Prevén garantía de audiencia y objetividad procesal y la posibilidad de decretar conclusiones preliminares o provisionales sobre el dumping.

7.2. Discrepancias

a) El Acuerdo Antidumping exige representar una parte principal de la producción de los bienes similares perjudicados para iniciar la denuncia por prácticas desleales de comercio, en cambio la LCE exige representar 25% de la producción nacional de las mercancías afectadas por dumping para iniciar la denuncia.

b) El Acuerdo Antidumping contempla la posibilidad de que un tercer país reclame a México por importaciones que éste realiza en condiciones de dumping, que le afectan a aquél en su calidad de proveedor del mercado nacional sobre producto que México no fabrica, pero que cubre con proveedores extranjeros. En este caso no hay productores nacionales perjudicados por importaciones en dumping, por el contrario, los consumidores se ven beneficiados por productos importados abajo del valor normal. De modo que México está obligado a iniciar la investigación a petición del tercer país perjudicado por el dumping en el mercado nacional. Por su parte la LCE, esta situación no la contempla, por lo que las autoridades nacionales deberán aplicar la disposición prevista en el Acuerdo Antidumping.

8. ¿Cómo transcurre una investigación y la vigencia de una medida antidumping?

Tal y como afirma Montaña³⁸²:

1. Se presenta una solicitud por la rama de la producción nacional o de oficio en circunstancias especiales³⁸³. Con 50% de productores favorables de los cuales tienen que ser por lo menos 25% que representan a la producción nacional.
2. Una vez que fue recibida la solicitud, que reúne todos los requisitos, se debe notificar al país exportador que se recibió la solicitud.

³⁸² MONTAÑO, H. C., *El Acuerdo Antidumping de la OMC*, en http://www.mexicodiplomatico.org/lecturas/acuerdo_antidumping_omc.pdf, consultada el 5 de noviembre de 2009.

³⁸³ Artículo 5 del Acuerdo Antidumping.

3. Después de estar debidamente notificado el país exportador, se inicia la investigación por parte de la autoridad.
4. Se realiza la publicación.
5. Se remite copia de la solicitud al gobierno del país exportador y los exportadores identificados.
6. Es importante resaltar que se debe especificar el tiempo de la investigación que debe ser de 1 año y para el caso de daño será de 3 años.
7. Luego se remiten los cuestionarios a los exportadores.
8. La respuesta a los cuestionarios es de 30 días y siete días más continuos en razón del tiempo. El exportador puede solicitar prórrogas a estos tiempos en forma justificada. Tienen derecho a tener acceso al expediente excepto a la información confidencial. También las partes pueden pedir que cierta información que proporciona sea tratada como confidencial.
- 9.- Antes de la verificación se puede tomar una medida provisional con un tiempo mínimo de 60 días desde la fecha de inicio de la investigación.
- 10.- Acto seguido se procede a la verificación de la información recibida, en el país investigado de conformidad con lo prescrito en el artículo 6.7 del Acuerdo Antidumping. Si alguna parte interesada niega acceso a la información se podrán formular determinaciones preliminares o definitivas positivas o negativas sobre los hechos de que se tenga conocimiento.
11. Se celebra la audiencia pública, donde se otorga información a los exportadores de los hechos esenciales, con tiempo suficiente para darle oportunidad a las partes de comentar estos hechos esenciales antes de llegar a una determinación definitiva.
12. La investigación puede terminar con la adopción de un compromiso sobre los precios entre la autoridad investigadora y los exportadores siempre que se determine la existencia de dumping, daño o causalidad. Igualmente termina con la determinación definitiva.
13. Una vez que se encuentra que existe dumping, daño y causalidad, la autoridad investigadora tiene la última palabra si es que se adopta o no la medida. La autoridad investigadora puede imponer el margen de dumping total o un derecho

menor que te cubra el margen de daño (*lesser duty rule*). La primera práctica es muy seguida por la autoridad investigadora de los EE.UU. y el Acuerdo Antidumping prefiere que se aplique la segunda medida. Asimismo, si se produce un margen de dumping de 2 por ciento de *minimis*³⁸⁴, la autoridad debe cerrar inmediatamente la investigación.

14. La duración de la medida es de máximo 5 años.

16.- Si es que los exportadores no están de acuerdo con la aplicación de la medida durante ese período de cinco años, la pueden llevar a revisión judicial ante los tribunales locales.

17.- El sistema prospectivo que utilizan la mayoría de nuestros países, es el referido a la devolución de todo derecho pagado en exceso del margen de dumping al final del período de vigencia de la medida. El sistema retrospectivo, utilizado por EE.UU., se refiere a que todos los años la autoridad investigadora realiza un cálculo anual de cuánto debe el importador por derecho de dumping y le imponen una fianza que será la que se fijará el siguiente año. Es casi como mantener la investigación abierta todo el tiempo.

18.- Se contempla la revisión de la medida por cambio de circunstancia en el artículo 11.2 del Acuerdo o del artículo 11.3, esta última referida a la posibilidad de que la autoridad considere que la medida sigue siendo necesaria que se mantenga.

En los tres países del TLCAN, se inician las investigaciones en materia antidumping de oficio por las autoridades investigadoras competentes, 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 de daño

³⁸⁴ (Locución latina "*de minimis*"- insignificante). El margen de dumping es considerado, o el volumen de importaciones objeto de dumping, actual o potencial, o el daño, es considerado insignificante, si este margen es menos del dos por ciento, expresado como un porcentaje del precio de exportación. La investigación es entonces terminada. Además, el volumen de importaciones objeto de dumping normalmente será considerado insignificante si el volumen de las importaciones objeto de importación de un país particular constituye menos del 3 por ciento de las importaciones del producto similar en el país importador, a menos que los países que individualmente constituyen menos del 3 por ciento de las importaciones del producto similar en el Miembro importador significan, colectivamente, más del 7 por ciento de las importaciones del producto similar en el Miembro importador. http://www.sice.oas.org/dictionary/SACD_s.asp, consultada el 9 de noviembre de 2009.

importante; se imponen cuotas compensatorias provisionales después de la publicación de las resoluciones preliminares positivas en los respectivos diarios oficiales; y se aplican las cuotas compensatorias definitivas con posterioridad a la publicación de las resoluciones definitivas y positivas³⁸⁵. Así mismo, las partes interesadas (exportadores y gobiernos extranjeros, importadores e industrias nacionales) tienen oportunidad en los tres países, para presentar hechos y argumentos en apoyo de sus posiciones, ante las respectivas autoridades investigadoras competentes³⁸⁶. Posteriormente de que éstas dictan las resoluciones definitivas e imponen las cuotas compensatorias definitivas, generalmente es cuando surgen las controversias al respecto³⁸⁷.

9. Comunicado de la Secretaria de la OMC sobre el incremento de las nuevas investigaciones antidumping

La Secretaría de la OMC notificó³⁸⁸ que entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2008 hubo un 17 por ciento más de iniciaciones de nuevas

³⁸⁵ Artículos 303, 701, 702, 703, 705, 731, 732, 733 y 735 de la Ley de Aranceles de EE.UU. y sus reformas; los artículos 8, 31, 33, 37, 38, 41, 42 y 43 de la Ley de medidas especiales de importación de Canadá; los artículos 49, 57 y 59 de la LCE

³⁸⁶ Artículo 774 de la ley Arancelaria de 1930 de EE.UU., con sus reformas; el artículo 18 de la Ley de Medidas Especiales de Importación de Canadá; los artículos 80, 81 y 82 de la LCE de México.

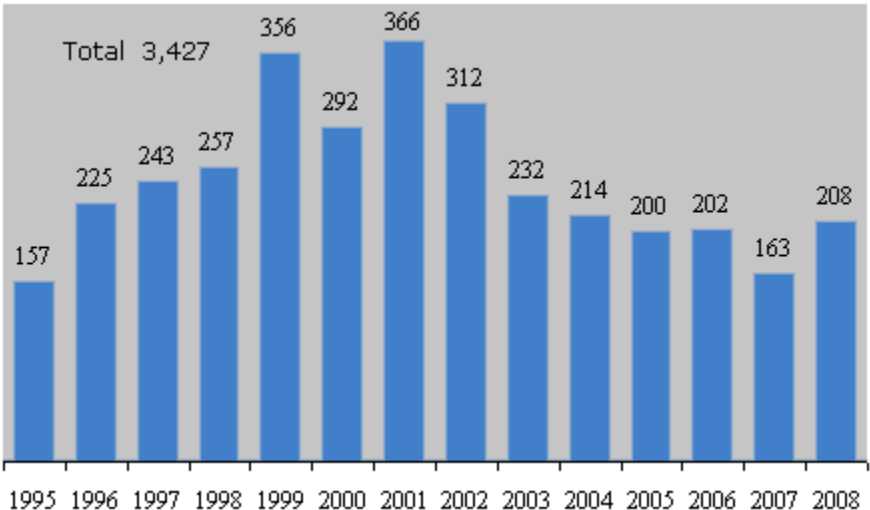
³⁸⁷ Los exportadores implicados en prácticas de dumping de comercio internacional usualmente afirman que la aplicación del impuesto compensatorio es injusta; en cambio, la industria nacional del país importador asevera que el derecho compensatorio no es suficiente, para contrarrestar los efectos negativos del dumping. GIESZE, C., *Los desafíos jurídicos de México, Canadá y Estados Unidos bajo el nuevo sistema de solución de controversias en materia de antidumping y cuotas compensatorias del capítulo XIX del TLCAN*, en varios autores, *Prácticas desleales del comercio internacional (antidumping)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, p. 229.

³⁸⁸ Noticias: Comunicados de prensa 2009. Press/556. 7 de mayo de 2009 Medidas Antidumping. Véase http://www.wto.org/spanish/news_s/pres09_s/pr556_s.htm, consultada el 10 de septiembre de 2009. Los informes semestrales sobre las medidas antidumping correspondientes al período comprendido entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2008 presentados por los Miembros figuran en los documentos de la serie G/ADP/N/180. Estos datos han sido tomados de los informes semestrales presentados por los miembros al Comité de Prácticas Antidumping. Las estadísticas se basan en la información facilitada por los Miembros que han presentado informes semestrales para los períodos correspondientes, y son incompletas en la medida en que los miembros no hayan presentado los informes o hayan presentado informes incompletos. A los efectos de estas estadísticas, cada investigación o medida notificada se refiere a un producto importado procedente de un país o territorio aduanero.

investigaciones antidumping que en el mismo período de 2007. Anualmente, hubo 208 iniciaciones en 2008, frente a 163 en 2007 y 202 en 2006.

Entre ambos períodos también se incrementó el número de nuevas medidas aplicadas. En particular, entre julio y diciembre de 2008, 15 Miembros de la OMC comunicaron que habían iniciado un total de 120 nuevas investigaciones, frente a 103 nuevas investigaciones notificadas por 14 Miembros en el mismo período de 2007. En 2008 se iniciaron 208 investigaciones antidumping, frente a 163 en 2007 y 202 en 2006.

9.1. Gráfico 1 Antidumping. Número de nuevas investigaciones (1995-2008)³⁸⁹



El Miembro que notificó el mayor número de investigaciones iniciadas durante el período de julio a diciembre de 2008 fue la India con 42, seguida por Brasil con 16, China 11, Turquía 10, Argentina y las Comunidades Europeas (en adelante, CCEE) con 9 cada uno, Indonesia con 6, Ucrania 4, los EE.UU. y Pakistán con 3, Australia y Colombia con 2 cada uno, Canadá, Corea y México con 1 cada uno. En comparación con el período comprendido entre julio y

³⁸⁹ http://www.wto.org/spanish/news_s/pres09_s/pr556_s.htm, consultada el 10 de septiembre de 2009.

diciembre de 2007, estas cifras suponen un aumento en el caso de Argentina, Australia, Brasil, la India y Turquía, y un descenso en caso de Corea y los EE.UU. mientras que en el caso de Canadá, las CCEE y México el número de nuevas investigaciones notificadas no varió. China, Colombia, Indonesia, Pakistán y Ucrania, que no habían notificado nuevas investigaciones durante el período de julio a diciembre de 2007, notificaron nuevas investigaciones en el segundo semestre de 2008.

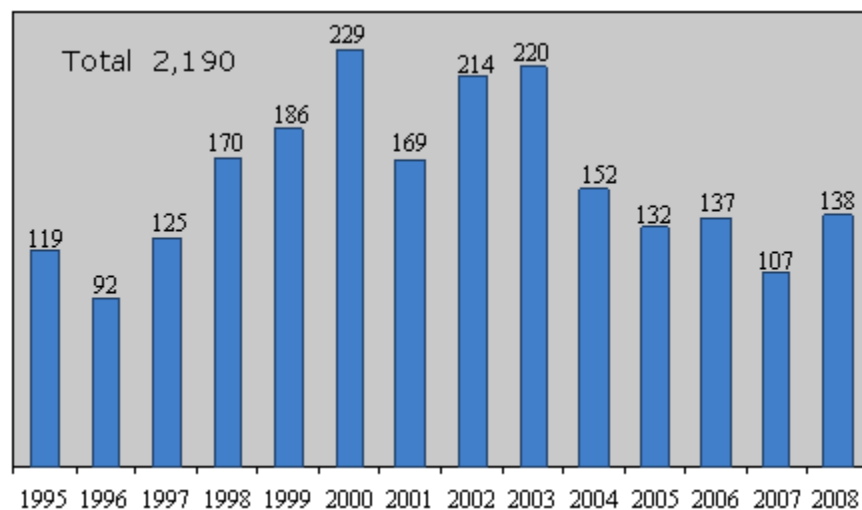
El país objeto del mayor número de nuevas investigaciones fue China, con 34 investigaciones iniciadas contra sus exportaciones, lo que supone un descenso del 17 por ciento con respecto a las 40 nuevas investigaciones que se habían iniciado entre julio y diciembre de 2007 contra las exportaciones de este país. A continuación se encuentran las CCEE (incluidos distintos Estados Miembros individualmente), con 14 nuevas investigaciones iniciadas contra sus exportaciones, seguidas de los EE.UU., el Taipei Chino y Tailandia con 6 cada uno, Corea, Indonesia y Malasia con 5 cada uno, Arabia Saudita y la India con 4 cada uno, Irán y Turquía con 3 cada uno. Tras ellos figuran Australia; Belarús; Hong Kong, China; Japón; Rusia; Sudáfrica; y Ucrania con 2 cada uno y Argentina, Armenia, Brasil, Chile, Ecuador, Filipinas, Israel, Kazajstán, Kuwait, Perú y Sri Lanka con 1 cada uno.

Por lo que respecta a los productos afectados, los productos objeto del mayor número de nuevas investigaciones en el segundo semestre de 2008 pertenecían a los siguientes sectores: metales comunes (43 nuevas investigaciones), productos químicos (22 nuevas investigaciones), textiles (19 nuevas investigaciones) y productos de plástico y caucho (14 nuevas investigaciones). De las 43 nuevas investigaciones notificadas en relación con productos del sector de los metales comunes, la India notificó 24, las CCEE notificaron 8, Indonesia 3, Australia y Colombia 2 cada uno y la Argentina, el Canadá, China y México 1 cada uno.

En total, 11 Miembros comunicaron que habían aplicado 81 nuevas medidas antidumping definitivas en el segundo semestre de 2008, lo que representa un aumento del 45 por ciento con respecto a las 56 nuevas medidas notificadas por 14 Miembros en el mismo período de 2007. Estas nuevas medidas definitivas son el resultado de investigaciones iniciadas principalmente en 2007. Desde la iniciación de una investigación hasta la imposición de una medida antidumping definitiva puede transcurrir un año y medio.

En 2008 se aplicaron 138 medidas antidumping definitivas, frente a 107 en 2007 y 137 en 2006.

9.2. Gráfico 2. Antidumping número de medidas definitivas (1995 — 2008)³⁹⁰



Durante el segundo semestre de 2008, los Miembros desarrollados iniciaron 15 nuevas investigaciones y aplicaron 36 de las 81 nuevas medidas definitivas, mientras que en el primer semestre de 2007 esos Miembros habían iniciado 35 nuevas investigaciones y aplicado 11 nuevas medidas.

En cuanto a la aplicación de nuevas medidas antidumping definitivas, los EE.UU. notificaron que durante el período de julio a diciembre de 2008 habían aplicado 21 nuevas medidas, lo que representa un aumento importante con

³⁹⁰ Idem.

respecto a las 2 nuevas medidas que habían notificado en el segundo semestre de 2007. Estas medidas son resultado de investigaciones iniciadas principalmente en 2007, es decir, mucho antes del último período de notificación. La India, con 13 nuevas medidas notificadas durante el primer semestre de 2008, ocupó el segundo lugar, seguida de Turquía (11 nuevas medidas), Brasil (8), las CCEE (6), Argentina (3) y Egipto (1 medida). Corea, que no había notificado ninguna nueva medida en el segundo semestre de 2007, notificó 10 nuevas medidas en el mismo período de 2008. Japón, Australia y Canadá notificaron 4, 3 y 2 nuevas medidas en el primer semestre de 2008, pero no notificaron ninguna medida en el mismo período de 2007. China, Colombia, Israel y Tailandia, que habían notificado nuevas medidas en el segundo semestre de 2007, no notificaron ninguna nueva medida en el mismo período de 2008.

Los productos exportados de China fueron objeto del mayor número de nuevas medidas entre julio y diciembre de 2008, ya que se vieron afectados por 37 de las 81 nuevas medidas notificadas en ese período. Ello representó un aumento del 42 por ciento con respecto a las 26 nuevas medidas impuestas a las exportaciones chinas durante el segundo semestre de 2007. Las CCEE (incluidos distintos Estados miembros individualmente) compartieron el segundo lugar con Indonesia al haberse impuesto a las exportaciones de cada uno 5 nuevas medidas. Las exportaciones de Corea fueron objeto de 4 nuevas medidas. En cuanto a la India y los EE.UU. se impusieron 3 nuevas medidas a las exportaciones de cada uno. En el caso de Canadá, Rusia, Sudáfrica, el Taipei Chino, Tailandia y Vietnam, se impusieron 2 nuevas medidas a las exportaciones de cada uno durante el mismo período, mientras que en el de Bangladesh, Belarús, Japón, Singapur, Malasia, Brasil, México, Turquía, los Emiratos Árabes Unidos y el Uruguay las exportaciones de cada uno fueron objeto de una medida.

El sector que se vio afectado por el mayor número de nuevas medidas entre julio y diciembre de 2008 fue el de los productos químicos (26 de las 81 nuevas medidas notificadas). Durante este período, se aplicaron 13 nuevas medidas a

productos del sector de los metales comunes. El sector de los productos de plástico y caucho compartió el segundo lugar con el del papel y la pasta de papel, al haber sido objeto de 11 nuevas medidas cada uno. A continuación vienen el sector de los textiles, que fue objeto de 10 nuevas medidas, y el sector de la maquinaria y el equipo eléctrico, respecto del cual se aplicaron 5 medidas. La India aplicó 13 de las 26 nuevas medidas impuestas a productos del sector químico, el Japón y los EE.UU. aplicaron 4 medidas cada uno, Corea aplicó 3 y las CCEE aplicaron 2.

10. Miembros adoptan medidas antidumping en el primer semestre de 2010

En la reunión que el Comité de Prácticas Antidumping celebró los días 26 y 27 de octubre de 2010, 32 Miembros de la OMC notificaron la adopción de medidas antidumping en el primer semestre del año. Durante la reunión se cuestionaron varias de esas medidas, y se instó a los Miembros interesados a seguir las normas de la OMC³⁹¹.

Los siguientes Miembros han notificado medidas antidumping adoptadas durante el período comprendido entre el 1º de enero y el 30 de junio de 2010: Argentina; Australia; Botswana; Brasil; Canadá; Chile; China; Colombia; Corea; Costa Rica; Egipto; EE.UU.; Filipinas; India; Indonesia; Israel; Jamaica; Lesotho; México; Namibia; Nueva Zelandia; Pakistán; Panamá; Paraguay; Perú; Sudáfrica; Swazilandia; Tailandia; Taipei Chino; Turquía; Ucrania y Unión Europea.

Chile dijo que estaba siguiendo con interés la investigación de Brasil sobre la sal marina, que había comenzado el pasado marzo. Los EE.UU. cuestionaron la prórroga y el aumento del derecho antidumping aplicado por Brasil al etilenglicol. Brasil aseguró a Chile que la investigación se atendería a las normas de la OMC y explicó a los EE.UU. que la legislación brasileña sobre exámenes por extinción preveía tanto la prórroga de los derechos como la modificación de su cuantía.

³⁹¹ http://www.wto.org/spanish/news_s/news10_s/anti_26oct10_s.htm, consultada el 01 de febrero de 2011.

En cuanto a la preocupación de Japón por el trato dado por China a un exportador japonés de caucho cloropreno en una investigación antidumping, China dijo que había constatado una discrepancia entre la respuesta del exportador al cuestionario y el resultado de una investigación de campo. En respuesta a preguntas de los EE.UU. y la Unión Europea, China señaló que se atendería a las normas de la OMC en su investigación sobre la fibra óptica. En una declaración general, China manifestó que, a pesar de ser el principal objetivo de medidas antidumping y en materia de derechos compensatorios, su gobierno utilizaba el instrumento antidumping con prudencia.

La Unión Europea, en su respuesta a China, dijo que sus investigaciones simultáneas relativas a salvaguardias y derechos antidumping y compensatorios sobre módems para redes inalámbricas de área extensa, así como otra investigación sobre tablas de planchar, estaban justificadas y se atenderían a las normas de la OMC.

China cuestionó la metodología que habían utilizado los EE.UU. en su investigación antidumping sobre artículos tubulares. Japón expresó preocupación porque la duración media de las medidas estadounidenses impuestas a 19 productos japoneses fuese de 15 años. Los EE.UU. dijeron que remitirían la pregunta de China a su capital.

11. La Secretaría de la OMC informa sobre la disminución del número de investigaciones y medidas antidumping

La Secretaría de la OMC informó que en el período comprendido entre el 1° de enero y el 30 de junio de 2010 hubo una disminución del 29% en el número de iniciaciones de investigaciones antidumping en relación con el período correspondiente de 2009. También disminuyó el número de nuevas medidas

aplicadas durante el primer semestre de 2010 en relación con el primer semestre de 2009³⁹².

En particular, entre enero y junio de 2010, 19 Miembros de la OMC comunicaron que habían iniciado un total de 69 nuevas investigaciones, frente a 97 nuevas investigaciones notificadas por 18 Miembros durante el mismo período de 2009. En total, 14 Miembros comunicaron que habían aplicado 59 nuevas medidas antidumping en el primer semestre de 2010, lo que representa una disminución del 5 por ciento con respecto a las 62 nuevas medidas notificadas por 16 Miembros en el mismo período de 2009. Durante el primer semestre de 2010, los Miembros desarrollados iniciaron 15 nuevas investigaciones y aplicaron 10 de las 59 nuevas medidas definitivas, mientras que en el primer semestre de 2009 esos Miembros habían iniciado 15 nuevas investigaciones y aplicado 15 nuevas medidas.

Los Miembros que notificaron el mayor número de nuevas investigaciones entre enero y junio de 2010 fueron la India, con 17, seguida por la Unión Europea con 8, Argentina 7, Brasil e Israel con 5 cada uno. Otros Miembros que notificaron la iniciación de investigaciones fueron Australia y China con 4 cada uno, Corea e Indonesia con 3 cada uno, Colombia, los EE.UU. y Tailandia con 2 cada uno y Canadá, Chile, Jamaica, México, el Taipei Chino, Turquía y Ucrania con 1 cada uno. Como podemos apreciar estas cifras representan un aumento en el caso de la India, Brasil, Israel y la Unión Europea, y una disminución en el caso de Argentina, Canadá, China, Colombia, los EE.UU., Indonesia, Turquía y Ucrania. En el caso de Australia y México, el número de investigaciones iniciadas no varió en relación con las cifras notificadas en el período comprendido entre enero y junio de 2009. Chile, Corea, Jamaica, Tailandia y el Taipei Chino, que no habían notificado nuevas investigaciones entre enero y junio de 2009, notificaron la iniciación de investigaciones en el primer semestre de 2010, mientras que Costa Rica, Pakistán, Perú y Sudáfrica, que habían notificado nuevas investigaciones en el primer semestre de 2009, no notificaron ninguna en el primer semestre de 2010.

³⁹² http://www.wto.org/spanish/news_s/pres10_s/pr623_s.htm, consultada el 31 de enero de 2011.

Durante el primer semestre de 2010, el país objeto del mayor número de nuevas investigaciones fue China, con 23 investigaciones iniciadas contra sus exportaciones, lo que supone un descenso del 30 por ciento con respecto a las 33 nuevas investigaciones que se habían iniciado entre enero y junio de 2009. A continuación se encuentra la Unión Europea, con 11 nuevas investigaciones iniciadas contra sus exportaciones, seguida de los EE.UU. con 5, Corea y Tailandia con 4 cada uno, Malasia y el Taipei Chino con 3 cada uno, Brasil y Japón con 2 cada uno y Belarús, Bosnia y Herzegovina, Chile, la India, Indonesia, México, Noruega, la República Dominicana, Singapur, Sudáfrica, Ucrania y Vietnam con 1 cada uno.

Los productos objeto del mayor número de nuevas investigaciones en el primer semestre de 2010 pertenecían a los siguientes sectores: metales comunes (20 nuevas investigaciones), productos químicos (11 nuevas investigaciones), productos de plástico y caucho (7 nuevas investigaciones) y productos cerámicos y de yeso (6 nuevas investigaciones). De las 20 nuevas investigaciones relacionadas con productos del sector de los metales comunes, la India notificó 6, Indonesia 3, Colombia, los EE.UU., Tailandia y la Unión Europea, 2 cada uno y la Argentina, Corea e Israel, 1 cada uno.

En cuanto a la aplicación de nuevas medidas antidumping definitivas, la India encabezó la lista con 17 nuevas medidas notificadas entre enero y junio de 2010, el mismo número que en el primer semestre de 2009. Turquía ocupó el segundo lugar, con 9 medidas nuevas notificadas en el primer semestre de 2010. Le siguieron Argentina y China con 7 medidas nuevas cada uno, los EE.UU. con 5, Brasil 3, Canadá, Israel y la Unión Europea con 2 cada uno y Australia, Egipto, México, el Perú y Sudáfrica con 1 cada uno. Chile, Colombia, Corea, Pakistán y Tailandia, que habían notificado la aplicación de nuevas medidas en el primer semestre de 2009, no informaron de ninguna nueva medida en el primer semestre de 2010.

Los productos exportados de China fueron objeto del mayor número de nuevas medidas entre enero y junio de 2010, ya que se vieron afectados por 25 de las 59 nuevas medidas notificadas en ese período. Ello representó una disminución del 17 por ciento con respecto a las 30 nuevas medidas impuestas a las exportaciones chinas durante el primer semestre de 2009. La Unión Europea ocupó el segundo lugar, con 6 nuevas medidas impuestas a sus exportaciones durante el primer semestre de 2010. Le siguieron los EE.UU. con 5 nuevas medidas impuestas a sus importaciones, el Taipei Chino con 4 y la Federación de Rusia, Indonesia, y Tailandia con 3 cada uno. Australia; Corea; Hong Kong, China; la India; Kuwait; el Reino de la Arabia Saudita; Sudáfrica; Turquía; Ucrania; y Vietnam fueron objeto de 1 medida cada uno.

El sector que se vio afectado por el mayor número de nuevas medidas entre enero y junio de 2010 fue el de los metales comunes, en el que se aplicaron 18 de las 59 medidas notificadas. Los productos químicos fueron objeto de 12 nuevas medidas. En el sector de los productos de plástico y caucho se impusieron 11 nuevas medidas, en el sector de los textiles 6 y en el sector de la maquinaria y el equipo eléctrico 5, mientras que los productos de los sectores del calzado y de los productos cerámicos y de yeso fueron objeto de 2 nuevas medidas cada uno. En lo que respecta a las medidas aplicadas en el sector de los metales comunes siendo éste el más afectado, la India aplicó 7 de las 18 nuevas medidas notificadas, China ocupó el segundo lugar con 3 nuevas medidas, Canadá, los EE.UU. y Turquía ocuparon el tercer lugar con 2 medidas cada uno y México y la Unión Europea notificaron cada uno la aplicación de 1 nueva medida a los productos de este sector³⁹³.

³⁹³ Estos datos han sido tomados de los informes semestrales presentados por los Miembros al Comité de Prácticas Antidumping. Las estadísticas se basan en la información facilitada por los Miembros que han presentado informes semestrales para los períodos correspondientes, y son incompletas en la medida en que lo son los informes de los Miembros. A los efectos de estas estadísticas, cada investigación o medida notificada se refiere a un producto importado procedente de un país o territorio aduanero. Los informes semestrales sobre las medidas antidumping

En la reunión de los días 24 y 25 de octubre de 2011, el Comité de Prácticas Antidumping examinó 32 informes semestrales sobre las medidas antidumping adoptadas durante la primera mitad de 2011³⁹⁴. En el curso del examen se planteó entre otras³⁹⁵ la siguiente preocupación:

Japón dijo que le preocupaba que la duración media de los derechos antidumping impuestos por los EE.UU. contra 15 productos japoneses era de 15 años y que la medida más antigua estaba vigente desde hacía casi 33 años. Instó a los EE.UU. a que revocaran las medidas. China se mostró preocupada por la metodología de zeroing utilizada por los EE.UU. en relación con los suelos de madera multicapa procedentes de China. Los EE.UU. instaron a las empresas japonesas interesadas a que participaran en los exámenes estadounidenses de medidas antidumping que expiran. En lo que concierne a la queja de China, los

correspondientes al período comprendido entre el 1° de enero y el 30 de junio de 2010 presentados por los Miembros figuran en los documentos de la serie G/ADP//N/202.

³⁹⁴ http://www.wto.org/spanish/news_s/news11_s/anti_01nov11_s.htm, consultada el 9 de noviembre de 2011.

³⁹⁵ En el curso del examen se plantearon las preocupaciones siguientes: Japón y los Estados Unidos expresaron sus preocupaciones por la investigación antidumping de China sobre el papel fotográfico. Japón también se quejó de la reciente investigación de China sobre el acero especial de alto rendimiento procedente de Japón. Turquía se mostró preocupada por la decisión de la República Dominicana de imponer un derecho antidumping para todo el país a la barras o varillas de acero procedentes de Turquía. China expresó la preocupación de que la investigación de la Unión Europea relativa al ciclamato de sodio procedente de China no se ajustaba a las normas de la OMC. Japón se mostró preocupado por las investigaciones antidumping de la India sobre las placas para la impresión offset, digitales y sobre la resina de PVC en pasta procedentes de Japón. Noruega dijo que consideraba que no había un fundamento suficiente para la investigación de la India sobre la sosa cáustica procedente de Noruega. Turquía dijo que le preocupaba mucho que la investigación antidumping de Indonesia sobre la harina de trigo procedente de Turquía hubiera durado casi tres años sin llegar a ninguna decisión, cuando el Acuerdo Antidumping dispone que las investigaciones deben concluir dentro de un año y en ningún caso deben exceder de 18 meses. Los Emiratos Árabes Unidos también se quejaron de la medida antidumping de Indonesia sobre la harina de trigo. Turquía y Malasia manifestaron preocupaciones sobre las medidas del Pakistán relativas al peróxido de hidrógeno y la fibra de poliéster, respectivamente. http://www.wto.org/spanish/news_s/news11_s/anti_01nov11_s.htm, consultada el 9 de noviembre de 2011.

EE.UU. dijeron que se trataba de un caso de dumping selectivo³⁹⁶ que permitía utilizar el zeroing³⁹⁷.

CHO³⁹⁸, señala que desde el inicio de la OMC se han iniciado unas 3100 investigaciones antidumping³⁹⁹.

³⁹⁶Se le llama "tercera metodología" o "dumping selectivo", a la prevista en el párrafo 4.2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping: Cuando se haya interpretado que "rama de producción nacional" se refiere a los productores de cierta zona, es decir, un mercado según la definición del párrafo 1, apartado ii), los derechos antidumping sólo se percibirán sobre los productos de que se trate que vayan consignados a esa zona para consumo final. Cuando el derecho constitucional del Miembro importador no permita la percepción de derechos antidumping en estas condiciones, el Miembro importador podrá percibir sin limitación los derechos antidumping solamente si: a) se ha dado a los exportadores la oportunidad de dejar de exportar a precios de dumping a la zona de que se trate o de dar seguridades con arreglo al artículo 8 y no se han dado prontamente seguridades suficientes a este respecto, y si b) dichos derechos no se pueden percibir únicamente sobre los productos de productores determinados que abastezcan la zona en cuestión.

³⁹⁷ Esta cuestión sigue siendo una de las que más divergencias suscita en las negociaciones antidumping, y ha habido pocas señales de convergencia. Las posiciones varían desde la insistencia en una prohibición total con respecto al zeroing independientemente de la metodología de comparación utilizada y con respecto a todos los procedimientos hasta una demanda de que el zeroing sea específicamente autorizado en todos los contextos. Sin embargo, otras delegaciones mantienen posiciones más matizadas, y hay apertura entre algunas delegaciones para realizar un examen técnico de esta última cuestión en contextos específicos, como por ejemplo la tercera metodología ("dumping selectivo") prevista en el párrafo 4.2 del artículo 2.] OMC, *Grupo de Negociaciones sobre las Normas*, TN/RL/W/254, 21 de abril de 2011.

³⁹⁸ CHO, S., es un experto en derecho económico internacional, se unió a la facultad de Chicago-Kent en 2003 y enseña cursos de derecho internacional, derecho mercantil internacional, las transacciones comerciales internacionales, y el derecho comparado. Obtuvo su Bachiller en Derecho en la Universidad Nacional de Seúl en 1989, su grado de MPA Universidad Nacional de Seúl en 1994 y su Maestría en Derecho en Derecho Económico Internacional de la Universidad de Michigan Law School en 1997. En 2002, recibió su Doctorado en Ciencias Jurídicas (Doctor en Ciencias Jurídicas) título de Harvard Law School. CHO actualmente se desempeña como asesor económico internacional hacia el Sur del gobierno de Corea del Ministerio de Estrategia y Finanzas. Ha ocupado nombramientos como miembro Clark Byse en Harvard Law School, un investigador de la Harvard Law School del Este de Asia del Programa de Estudios Jurídicos, y compañero Emil Noël en la Universidad de Nueva York Law School. Ha sido profesor en la Universidad de San Diego (Programa de Verano en México), el Instituto de Estudios Europeos de Macao, la Universidad Católica de Lublin (Polonia), y KDI Escuela de Gestión y Políticas Públicas (Corea). Las obras de CHO se han seleccionado para el prestigioso Stanford / Yale Junior Facultad Foro dos veces (2007 y 2008). También ha sido galardonado con el desafío de Dean Grant, que se presta a Chicago-Kent College de miembros de la facultad de Derecho que son más productivos, tres veces (2004, 2006 y 2008). CHO ha escrito numerosos libros y artículos sobre derecho económico internacional, incluyendo *Of the World Trade Court's Burden*, 20 *European Journal of International Law* (forthcoming 2009); *Anticompetitive Trade Remedies*, 87 *North Carolina Law Review* 357 (2009); *A Quest for WTO's Legitimacy*, 4 *World Trade Review* 391 (2005); *A Bridge Too Far: The Fall of the Fifth WTO Ministerial Conference in Cancún and the Future of Trade*

Durante mucho tiempo así como en la actualidad, el dumping ha sido y es considerado como un gran problema en el comercio internacional y no todos los países están expuestos a sufrir los mismos efectos del dumping, ya que los países en desarrollo son más vulnerables al dumping que los países desarrollados.

12. El zeroing

El incremento en el número de investigaciones antidumping en los años posteriores al término de la Ronda Uruguay, ha puesto de manifiesto la necesidad de revisar la normatividad en materia de dumping, razón por la que los países miembros de la OMC se reunieron en Doha, Qatar en noviembre de 2001 para lanzar una nueva ronda global de negociaciones comerciales⁴⁰⁰.

Uno de los temas incluidos en la agenda, es el de las reglas sobre antidumping⁴⁰¹. La declaración de Doha señala que se deben preservar los

Constitution, 7 *Journal of International Economic Law* 219 (2004); *Breaking the Barrier between Regionalism and Multilateralism: A New Perspective on Trade Regionalism*, 42 *Harvard International Law Journal* 419 (2001); *The law of the World Trade Organization through cases* (co-authored with Joseph HH WEILER & Isabella FEICHTNER); and *Free Markets and Social Regulation: A Reform Agenda of the Global Trading System* (Kluwer Law International 2003). Los trabajos y comentarios de CHO han sido citados por el Departamento de Comercio de EE.UU., por la Biblioteca de Leyes del Congreso, Voice of America, United Press International (UPI), *La Embajada* (Canadá), *Joong-Ang Daily* (Corea) y *Kyung Económico Mae Daily* (Corea). Sus escritos también aparecen con frecuencia en los medios de comunicación internacionales, incluido el *Muro Street Journal*, *Financial Times* y *Asia Times*. De 1994 a 1996, antes de irse a los EE.UU., el profesor CHO representaba al gobierno de la República de Corea en las negociaciones de la OMC y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). Es miembro de la Barra del Estado de Nueva York. También posee una licencia para practicar leyes en Corea.

http://www.kentlaw.edu/faculty/scho/professional/SungjoonCho_CV_Feb2011.pdf, consultada el 18 de junio de 2010.

³⁹⁹ CHO, S., *Global Constitutional Lawmaking*, Chicago-Kent College of Law, Illinois Institute of Technology, 2009. Disponible en: http://works.bepress.com/sungjoon_cho/51, consultada el 18 de junio de 2010. GUY MATTHEWS, R., *Steelmakers Accuse China of Dumping in the U.S.*, WALL ST. J., Apr. 9, 2009 (reporting that the recent \$2.7 billion antidumping suit launched by the U.S. steelmakers against Chinese exporters may be “a string of steel-dumping cases against China”).

⁴⁰⁰ BARRAGÁN, M., *El Antidumping como un instrumento efectivo de protección industrial contra las importaciones en condiciones desleales*, Porrúa, México, 2005, pp. 18 y 19.

⁴⁰¹ Para STANCANELLI, “la cuestión hasta ahora más controvertida es la referida a la exclusión de los márgenes negativos de dumping (zeroing) en el cálculo de los derechos antidumping, práctica que ha sido seguida por los EE.UU. y que ha dado lugar al establecimiento de varios grupos especiales en el marco del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC. Mientras los EE.UU.

conceptos básicos, principios y efectividad del Acuerdo Antidumping. En cuanto al debate sobre la necesidad de realizar modificaciones al Acuerdo Antidumping se han realizado una serie de aportaciones tanto de carácter individual como de grupo. Entre las aportaciones individuales se destacan estudios de carácter académico como los publicados por Tavares, Macario y Steinfatt⁴⁰², Finger⁴⁰³, Messerlin⁴⁰⁴ y Lindsey e Ikenson⁴⁰⁵: este último estudio presenta una serie de propuestas e inquietudes compartidas por muchos académicos, relacionadas con el mejoramiento de la práctica para que las legislaciones en los países estén en conformidad con los principios básicos, conceptos y objetivos del Acuerdo Antidumping. Sus propuestas de modificación abarcan cambios relacionados con el cálculo de los márgenes de dumping, con la elevación de los estándares para iniciar una investigación antidumping, el mejoramiento en el análisis de causalidad y la obligatoriedad de realizar el análisis para la aplicación de medidas antidumping menores a los márgenes de dumping calculados.

Mientras que en materia colectiva se encuentra promovido por un grupo de Miembros liderado por Japón denominados Friends of Antidumping Negotiations (en español, Amigos de las Negociaciones Antidumping) (en adelante, FANS)⁴⁰⁶. Los otros Miembros del grupo son Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Hong Kong, China, Israel, México, Noruega, Singapur, Corea de Sur, Suiza, Taiwan, Tailandia

pretenden que se modifique la normativa antidumping de forma de permitir el zeroing, los demás países se oponen a ello, argumentando que los dictámenes de los Grupos Especiales han sido claros respecto a la inconsistencia de esa práctica con las disposiciones del Acuerdo sobre Medidas Antidumping. La inclusión de la posibilidad de negociar sobre la admisibilidad de esta práctica, que contempla el texto del Presidente, ha producido el rechazo de casi todos los miembros". Artículo "La Ronda Doha ¿acuerdo o nueva postergación? publicado por STANCANELLI, N., en www.cei.gov.ar/revista/11/parte%204%20a.pdf, consultada el 10 de diciembre de 2009.

⁴⁰² TAVARES, J., MACARIO, C. y STEINFATT, K., *Antidumping in the Americas*, Journal of World Trade, vol. 35, núm. 4, 2001.

⁴⁰³ FINGER, M., *GATT experience with Safeguards: Making Economic and Political Sense of the Possibilities that the GATT Allows to Restrict Imports*, World Bank Policy Research Working Paper, Washington, D.C., 2000.

⁴⁰⁴ MESSERLIN, A. y THARAKAN, M., *The Question of Contingent Protection*, The World Economy, vol. 22, núm. 9, 1999.

⁴⁰⁵ LINDSEY, B. y IKENSON, D., *Reforming the Antidumping Agreement: A Road Map for WTO Negotiations*, CATO Institute, 2002.

⁴⁰⁶ CONDON, J., *El derecho de la Organización Mundial de Comercio, Tratados, jurisprudencia y práctica*, Cameron May, London, 2007, p. 414.

y Turquía, todos exportadores activos como Japón. Este grupo ha presentado documentos al pleno del Grupo de Negociación sobre las Normas⁴⁰⁷ de la OMC, que contienen propuestas concretas para atender la problemática en la materia con miras a reformar el Acuerdo Antidumping de la OMC. Las modificaciones sugeridas son de carácter técnico y abarcan aspectos que proponen la prohibición⁴⁰⁸ del zeroing en todo tipo de metodologías, permiten reducir los márgenes de discrecionalidad promovidos por huecos en la legislación; así como por falta de regulación precisa en cuestiones del cálculo del margen de dumping como el análisis de daño. Se destacan por su importancia los siguientes: niveles de insignificancia, periodo de vigencia de las cuotas compensatorias y márgenes de *minimis*.

Respecto a los niveles de insignificancia, el artículo 5.8 del Acuerdo Antidumping establece que un volumen de importaciones en condiciones de dumping es insignificante para la determinación del daño a la producción nacional si presenta menos del 3 por ciento del volumen total de importaciones en el país importador; umbral que resulta muy bajo, lo mismo ocurre con el umbral para el margen de *minimis*, señalado en el mismo artículo del Acuerdo Antidumping, y que

⁴⁰⁷ El 8 de abril de 2011, el Presidente del Comité de Negociaciones Comerciales Pascal Lamy informó a los participantes en el CNC de que los Presidentes de los Grupos de Negociación distribuirían a todos los participantes documentos que representarían el producto de la labor de sus Grupos de Negociación. El primer documento se refiere a antidumping. En esta esfera ha optado por elaborar un texto jurídico revisado. Afirmó que esto no debería entenderse en el sentido de que percibe señales significativas de convergencia sobre las principales cuestiones "políticas". Resumiendo señaló que cabría decir por tanto que un nuevo texto sobre antidumping puede reflejar útilmente algunos progresos limitados, y en cualquier caso puede servir para dar una idea clara de la situación. OMC, *Grupo de Negociación sobre Normas*, TN/RL/W/254, 21 de abril de 2011.

⁴⁰⁸ *Proposal on Prohibition of Zeroing, Paper from Brazil; Chile; Columbia; Costa Rica; Hong Kong, China; Israel; Japan; Korea; Mexico; Norway; the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu; Singapore; Switzerland and Thailand, TN/RL/W/113, Jun. 6, 2003. ("Amend Article 2.4.2 to explicitly provide that regardless of the basis of the comparison of export prices to normal value (i.e. weighted average-to-weighted average or transaction-to-transaction, or weighted average-to transaction), all positive margins of dumping and negative margins of dumping found on imports from an exporter or producer of the product subject to investigation or review must be added up.") The Anti-Zeroing Proposal.*

considera de *minimis* el margen de dumping inferior al 2 por ciento. FANS ha señalado la necesidad de establecer un umbral de por lo menos 5 por ciento. En cuanto al periodo de vigencia de las cuotas compensatorias, el artículo 11.3 del Acuerdo Antidumping establece que éstos estarán vigentes por cinco años. Sin embargo, existe la posibilidad de prorrogar su vigencia por otro periodo si se determina que su eliminación daría lugar a la repetición del dumping y del daño. En la práctica existe la posibilidad de mantener medidas antidumping por periodos muy prolongados.

FANS ha manifestado su preocupación por el incremento en el número de investigaciones antidumping y por la imposición de cuotas compensatorias muy elevadas y en ocasiones desproporcionadas como el zeroing. El objetivo de FANS es constituirse como un grupo consciente de la importancia de reforzar y mejorar las disciplinas en la materia que permitan que el Acuerdo Antidumping cumpla de manera más adecuada con la función que le corresponde. Por lo tanto, los estudios académicos anteriormente señalados, así como FANS en el marco de la Ronda Doha, constituyen el pilar más importante para realizar las modificaciones y adecuaciones en la legislación antidumping⁴⁰⁹.

Varios casos en la OMC han golpeado al zeroing, que actualmente es un tema de peso en las negociaciones de la Ronda de Doha para abrir el comercio mundial, enfrentando a EE.UU. con México, la Unión Europea, Japón, China, India, Brasil.

Para entender la metodología del zeroing, es importante tener en cuenta las medidas antidumping, por lo que en el presente capítulo hacemos reiteraciones en sus aspectos más importantes.

De acuerdo al Órgano de Apelación el concepto de “dumping” y “márgenes de dumping”, se refieren a un “producto” y a un exportador o productor extranjero; el “dumping” y los “márgenes de dumping”, deben determinarse con respecto a

⁴⁰⁹ BARRAGÁN, M., *El Antidumping como un instrumento efectivo de protección industrial contra las importaciones en condiciones desleales...op. cit.*, p. 19-22.

cada exportador o productor extranjero examinado de que se tenga conocimiento; como se ha apuntado en el transcurso de la investigación, sólo se pueden percibir derechos antidumping cuando las importaciones objeto de dumping causan o amenazan causar un daño importante a la rama de producción nacional que produce productos similares; y sólo se pueden percibir derechos antidumping, por una cuantía que no sea superior al margen de dumping establecido para cada exportador o productor extranjero⁴¹⁰.

Cuando el dumping causa daño a la industria nacional del país importador, las reglas de la OMC permiten al país importador imponer únicamente tres tipos de medidas (las medidas provisionales, los compromisos relativos a los precios y los derechos antidumping) para contrarrestar el impacto del dumping, después de haber hecho una investigación con arreglo al Acuerdo Antidumping. Para imponer medidas antidumping, hemos visto que la investigación tiene que determinar: que hay dumping, que hay daño. De acuerdo con la OMC, el análisis de daño, debe considerar los aspectos adversos en la producción nacional en el país importador, tomando en cuenta que las importaciones en condiciones de dumping pueden ocasionar efectos desfavorables en términos de precios y/o cantidades⁴¹¹. Es importante reiterar que un derecho antidumping permanece en vigor durante el tiempo necesario para contrarrestar el dumping que esté causando daño, un máximo de cinco años. Las autoridades examinan la necesidad de mantener el derecho por propia iniciativa o a petición de parte⁴¹².

12.1. Definición de zeroing

No existe una definición universal de zeroing. Éste, consiste en una complicada metodología utilizada por el USDOC, con el propósito de manipular el cómputo del margen promedio de dumping de los productos extranjeros, a fin de conseguir un resultado que les permita imponer aranceles antidumping a dichos

⁴¹⁰ DS322 Estados Unidos — Medidas relativas a la reducción a cero y los exámenes por extinción (Reclamante: Japón), el Informe del Órgano de Apelación, párrafo 114.

⁴¹¹ Artículos 3.1, 3.2 y 3.4 del Acuerdo Antidumping.

⁴¹² CONDON, J., *El derecho de la Organización Mundial de Comercio, Tratados, jurisprudencia y práctica...op. cit.* p. 18.

productos⁴¹³. Tal y como afirma CHO, "zeroing" se refiere a una metodología calculadora asimétrica, medidas antidumping adoptadas por las autoridades en el curso de la obtención de márgenes de dumping final, que excluye los márgenes negativos que ocurren cuando los precios de exportación son inferiores a los valores normales (precios nacionales), y por tanto, sólo incluye los márgenes positivos que ocurren cuando los precios nacionales superan los precios de exportación⁴¹⁴.

Aunque los textos de la OMC no prohíben expresamente la práctica del zeroing, no debe estar permitida por la OMC, ya que es incompatible con las disposiciones del GATT de 1994 y del Acuerdo Antidumping. Tal y como afirma CHO, el zeroing causa y ha causado estragos en la OMC⁴¹⁵. La invalidación del Órgano de Apelación de la práctica del zeroing, ha sido bastante radical, siendo el asunto *CE- Ropa de cama* el comienzo de la jurisprudencia del Órgano de Apelación en contra del zeroing, de manera más específica el Órgano de Apelación, ha constatado cinco diferencias en las investigaciones iniciales, en las que el zeroing es incompatible con el párrafo 4.2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping⁴¹⁶. El Órgano de Apelación, también ha constatado en dos

⁴¹³ MAVROIDIS, P., *La práctica del llamado zeroing*, Global Law, artículo publicado el 18 de diciembre de 2006, p.37.

⁴¹⁴ Texto original: "Zeroing" refers to an asymmetrical calculative methodology, adopted by antidumping authorities in the course of obtaining final dumping margins, which excludes any negative margins occurring when export prices exceed normal values (such as home prices) and thus only includes positive margins occurring when home prices exceed export prices. CHO, S., *The WTO Appellate Body Strikes Down the U.S. Zeroing Methodology Used in Antidumping Investigations*, Volume 10, Issue 10, The American Society of International Law (May 4, 2006) en <http://www.asil.org/insights060504.cfm>, consultada el 10 de septiembre de 2009.

⁴¹⁵ CHO, S., *Global Constitutional Lawmaking (forthcoming)*, University of Pennsylvania Journal of International Law, 2009.

⁴¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, CE - Ropa de cama, párrafo 66; el informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Madera blanda V, párrafo 117; el informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Madera blanda V (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá), párrafo 124; el informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Zeroing (Japón), párrafo 138; y el informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Zeroing (CE), párrafo 222. Asimismo, observamos que todos los Grupos Especiales que han examinado el zeroing por modelos en las investigaciones iniciales han constatado que esa práctica es incompatible con el párrafo 4.2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping, incluidos los Grupos Especiales que entendieron de los asuntos CE - Ropa de cama, CE - Accesorios de tubería, Estados Unidos - Madera blanda V, Estados Unidos - Zeroing (CE), Estados Unidos - zeroing (Japón) y Estados Unidos - Camarones (Ecuador), así como el Grupo

diferencias que el zeroing en los exámenes periódicos es incompatible con el párrafo 2 del artículo VI del GATT de 1994 y con el párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping⁴¹⁷. En una de ellas, el Órgano de Apelación constató también que el zeroing, en los exámenes de nuevos importadores, es incompatible con el párrafo 5 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping⁴¹⁸. Además, en la misma diferencia el Órgano de Apelación, constató que los EE.UU. habían actuado de forma incompatible con el artículo 11 del Acuerdo Antidumping, al basarse en dos determinaciones de exámenes por extinción, en márgenes de dumping calculados en procedimientos anteriores con utilización del zeroing⁴¹⁹.

13. El cálculo de los márgenes de dumping y el zeroing

Aunque la mayoría de los economistas critican las medidas antidumping como proteccionistas, las normas de la OMC permiten a sus Miembros a imponer impuestos adicionales a las exportaciones realizadas por menos del valor justo (mercancías objeto de dumping) cuando éste cause un perjuicio importante de dumping a los productores nacionales. La diferencia entre el valor razonable y los precios aplicados en el país importador es el llamado "margen de dumping"⁴²⁰. Según el GATT y el Acuerdo Antidumping existen tres métodos para determinar la

Especial que entendió en esta diferencia. (Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 7.55, 7.61 y 8.1 a)) También CONDON, J., *El derecho de la Organización Mundial de Comercio, Tratados, jurisprudencia y práctica... op. cit.* pp. 425 y 426.

⁴¹⁷ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Zeroing (CE), párrafos 132-135, y el informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Zeroing (Japón), párrafo 166.

⁴¹⁸ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Zeroing (Japón), párrafos 165 y 166.

⁴¹⁹ Ibidem, párrafos 185 y 186. En el asunto Estados Unidos - Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión, el Órgano de Apelación declaró que no veía "que el párrafo 3 del artículo 11 del Acuerdo Antidumping impusiera ninguna obligación a las autoridades investigadoras de calcular o basarse en márgenes de dumping al determinar la probabilidad de continuación o repetición del dumping". Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión, párrafo 127. No obstante, si las autoridades investigadoras optan por basarse en márgenes de dumping al formular su determinación de probabilidad en un examen por extinción, "el cálculo de estos márgenes debe ser conforme con las disciplinas del párrafo 4 del artículo 2". Sin embargo, el Órgano de Apelación no pudo completar el análisis y pronunciarse sobre la utilización del zeroing en ese caso concreto porque las constataciones fácticas no bastaban para hacerlo. Véase igualmente, párrafos 133-138) y también el informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Zeroing (Japón), párrafos 165 y 166.

⁴²⁰ CHO, S., *The WTO Appellate Body Strikes Down the U.S. Zeroing Methodology Used in Antidumping Investigations*, ASIL INSIGHTS, May 4, 2006.

existencia de dumping. Estos son: el “promedio a promedio”, el “transacción a transacción” y el utilizado por EE.UU., llamado “promedio a transacción”. Los distintos métodos de cálculo de dumping utilizados, no son o no provocan intrínsecamente distorsiones en el mercado ni en el dumping o en la determinación del derecho antidumping. Además, dichos métodos, al ser expresamente regulados por el Acuerdo Antidumping, no son en sí mismos contrarios al sistema GATT/OMC, sino que sus modificaciones, como el zeroing, son las que pueden entrar en conflicto con dicho sistema⁴²¹.

El artículo 2.4.2 del Acuerdo Antidumping establece los tres métodos de comparación que las autoridades investigadoras pueden utilizar para calcular los márgenes de dumping. La primera fase del artículo 2.4.2, establece dos métodos de comparación que conllevan comparaciones simétricas del valor normal y el precio de exportación: una comparación entre un promedio ponderado del valor normal y un promedio ponderado de los precios de todas las transacciones de exportación comparables (P-P) o mediante una comparación entre el valor normal y los precios de exportación transacción por transacción (T-T). El artículo 2.4.2, establece que las autoridades investigadoras utilizarán normalmente estos dos métodos para establecer la existencia de márgenes de dumping. Como excepción a los dos métodos normales, la segunda fase del artículo 2.4.2 establece un tercer método de comparación que conlleva una comparación asimétrica entre el promedio ponderado del valor normal y los precios de transacciones de exportación individuales (P-T). Este método sólo se puede utilizar cuando se cumplen las dos condiciones siguientes: a) que las autoridades constaten una pauta de precios de exportación significativamente diferentes según los distintos compradores, regiones o periodos; y b) que se presente una explicación de por qué esas diferencias no pueden ser tomadas debidamente en cuenta mediante una comparación P-P o T-T⁴²².

⁴²¹ <http://derechointernacionaleconomico.blogspot.com/2009/06/reduccion-cero-zeroing.html>, consultada el 10 de octubre de 2009.

⁴²² EE.UU.- Reducción a cero (Japón), Informe del Órgano de Apelación, párrafo 118.

El Órgano de Apelación, ha constatado que los procedimientos de los EE.UU. de zeroing por modelos en las comparaciones P-P en el contexto de las investigaciones iniciales son, en sí mismos, incompatibles con el artículo 2.4.2 del Acuerdo Antidumping. En el marco del método de comparación P-P en una investigación inicial, ese método suponía la división del producto objeto de investigación en subgrupos de tipos de productos idénticos o similares. Al agregar los resultados de las comparaciones de los subgrupos para calcular el margen de dumping correspondiente al producto objeto de investigación, el USDOC redujo a cero los resultados de los subgrupos en los que el promedio ponderado del valor normal era igual o inferior al promedio ponderado del precio de exportación. Por lo tanto, el zeroing, no se produjo dentro de los subgrupos sino en general entre los subgrupos en el proceso de agregar los resultados de las comparaciones de los subgrupos. El Órgano de Apelación, sostuvo que sólo se puede constatar la existencia de dumping y márgenes de dumping por lo que respecta al producto objeto de investigación en su conjunto, y no puede constatar que existan para un tipo, modelo o categoría de ese producto. Las comparaciones al nivel de subgrupo no son márgenes de dumping en el sentido del artículo 2.4.2. Sólo agregando todos esos “valores intermedios” pueden las autoridades investigadoras establecer márgenes de dumping para el producto objeto de investigación en su conjunto⁴²³.

Según un estudio, el zeroing tiende a hinchar los márgenes de dumping casi del 90%⁴²⁴. La metodología de zeroing, no permite que las ventas de exportación a precio superior al valor normal compensen márgenes de dumping de otras exportaciones, o sea, con dicha práctica no se otorga compensación por las ventas efectuadas sin dumping. Un ejemplo sería: si una empresa vende 100 unidades de calzado a 10% por debajo de su valor normal, habría un margen de dumping de 10%. Si vende otras 100 unidades de calzado a 10% por encima de

⁴²³ EE.UU.- Madera blanda V, Informe del Órgano de Apelación, párrafos 64 y 98. Véase también EE.UU.- Reducción a cero (Japón), Informe del Órgano de Apelación, nota al pie 114, el informe del Grupo Especial, párrafo 7.85 y EE.UU.- Camarones (Ecuador), Informe del Grupo Especial, párrafos 7.34 y 7.42.

⁴²⁴ IKENSON, D., *Antidumping Reformers Rejoice*, Cato@Liberty, Dec. 18, 2006.

su valor normal, no habría dumping para esas unidades. Si se toman en cuenta todas las 200 ventas de unidades de calzado para calcular el margen de dumping, sería cero y no se podrían imponer derechos antidumping. Con la práctica del zeroing, en lugar de tomar en cuenta que se venden 100 unidades de calzado a 10% encima de su valor normal, este 10% se cuenta como si fuera 0%. El resultado es que se puede calcular un margen de dumping de 5% e imponer un derecho antidumping de 5%. El resultado de esta práctica es que se pueden imponer derechos antidumping donde no se debe o de aumentar el margen de dumping e imponer derechos antidumping por encima de lo que debe ser.

En la DS335 Estados Unidos — Medida antidumping relativa a los camarones procedentes del Ecuador (Reclamante: Ecuador), los EE.UU. no se opusieron a la alegación de Ecuador de que los procedimientos de los EE.UU. de zeroing por modelos en las comparaciones P-P en el contexto de las investigaciones iniciales son, en sí mismos, incompatibles con el artículo 2.4.2 del Acuerdo Antidumping. La impugnación de Ecuador, al igual que la de Canadá en la DS257 Estados Unidos — Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente de Canadá (Reclamante: Canadá), se limitó a una impugnación de la compatibilidad con la primera frase del artículo 2.4.2 del zeroing en su aplicación al cálculo de márgenes de dumping sobre la base de una comparación de un promedio ponderado del valor normal con un promedio ponderado de los precios de todas las transacciones de exportación comparables⁴²⁵.

El Órgano de Apelación ha constatado que, al agregar los resultados de comparaciones de transacciones específicas, una autoridad investigadora deberá tener en cuenta los resultados de todas las comparaciones, y no puede descartar aquellas en las que los precios de exportación son superiores al valor normal. Por lo tanto, el Órgano de Apelación ha llegado a la conclusión de que el zeroing, utilizando el método de comparación T-T, es incompatible con el artículo 2.4.2 del

⁴²⁵ EE.UU-Camarones (Ecuador), Informe del Grupo Especial, párrafos 7.9. y 7.16.

Acuerdo Antidumping en las investigaciones iniciales⁴²⁶. Además, como anteriormente se señaló, mantener procedimientos de zeroing en los exámenes periódicos y exámenes de nuevos exportadores es incompatible con los párrafos 3 y 5 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping y el párrafo 2 del artículo VI del GATT de 1994⁴²⁷. Además, el zeroing en los exámenes periódicos y los exámenes de nuevos exportadores es, en si mismo, incompatible con el requisito de “comparación equitativa” del artículo 2.4.2 del Acuerdo Antidumping⁴²⁸.

El Órgano de Apelación también ha llegado a la conclusión de que los EE.UU. actuaron de manera incompatible con el artículo 2.2 y el artículo 9.3 del Acuerdo Antidumping y el párrafo 2 del artículo VI del GATT aplicando el zeroing en los exámenes periódicos usando una metodología de comparación P-T. Con respecto a cada exportador individual, se hicieron comparaciones entre el precio de exportación de cada transacción individual efectuada por el importador y un promedio del valor normal contemporáneo. Se agregaron a continuación los resultados de estas múltiples comparaciones para calcular los derechos antidumping adeudados por cada importador individual. Si, en una transacción individual determinada, el precio de exportación excedía del promedio del valor normal contemporáneo, en la etapa de la agregación, el USDOC prescindía del resultado de esa comparación. Como se prescindía sistemáticamente de los resultados de esas comparaciones, la cuantía de los derechos antidumping percibidos en los exámenes periódicos excedía de los márgenes de dumping correctos de los exportadores⁴²⁹.

Una determinación en un examen por extinción con arreglo al artículo 11.3 del Acuerdo Antidumping, debe hacerse sobre la base de un análisis riguroso que lleve a conclusiones razonadas y adecuadas, y basarse en pruebas positivas y

⁴²⁶ EE.UU.- Madera blanda V (art. 21.5-Canadá) Informe del Órgano de Apelación, párrafo 122 y EE.UU.- Reducción a cero (Japón), Informe del Órgano de Apelación, párrafos 137, 147.

⁴²⁷ EE.UU.- Reducción a cero (Japón), Informe del Órgano de Apelación, párrafo 166. Véase también EE.UU.- Reducción a cero (CE) Informe del Órgano de Apelación, párrafos 129-132.

⁴²⁸ EE.UU.-Reducción a cero (Japón), Informe del Órgano de Apelación, párrafo 169.

⁴²⁹ EE.UU.-Reducción a cero (zeroing) (Japón), Informe de Órgano de Apelación, párrafos 175-176.

una base fáctica suficiente⁴³⁰. Si las autoridades investigadoras optan por basarse en márgenes de dumping al formular su determinación de probabilidad, el cálculo de estos márgenes debe de ser conforme con las disciplinas del artículo 2.4. En caso de que estos márgenes estuvieran jurídicamente viciados porque calcularon de manera incompatible con el artículo 2.4, esto podría dar lugar a una incompatibilidad no sólo con el artículo 2.4, sino también con el artículo 11.3 del Acuerdo Antidumping. En esas circunstancias, la determinación de probabilidad de dumping no podría constituir una base adecuada para la continuación de los derechos antidumping de conformidad con el artículo 11.3⁴³¹. Dado que el zeroing, en cuanto se refiere a los exámenes periódicos, es incompatible, en sí mismo, con el artículo 2.4 y el artículo 9.3, una determinación de la probabilidad de dumping basada en márgenes de dumping calculados en exámenes periódicos mediante el zeroing también es incompatible con el artículo 11.3 del Acuerdo Antidumping⁴³².

Hasta la fecha⁴³³, fuera de los procedimientos de zeroing por modelos en las comparaciones P-P en el contexto de las investigaciones iniciales, los EE.UU. no han propuesto en una manera formal dejar los procedimientos de zeroing. No obstante, dado que el OSD ha adoptado los informes del Órgano de Apelación en los cuales se constata que los procedimientos de zeroing de los EE.UU. son incompatibles en su aplicación y como tales en el Acuerdo Antidumping, los EE.UU. están obligados a eliminar esos procedimientos en virtud del artículo 21 del ESD. Sólo serían compatibles con sus obligaciones de la OMC, si llegaran a convencer a los demás Miembros de la OMC, en el contexto de negociaciones multilaterales, de cambiar las obligaciones del Acuerdo Antidumping para permitir

⁴³⁰ Ibidem, párrafo 182. Véase los informes del Órgano de Apelación en EE.UU.- Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos, párrafo 283 y EE.UU.- Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión, párrafos 111-114.

⁴³¹ Véase EE.UU.- Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión, Informe del Órgano de Apelación, párrafo 127 y 130. Véase también los informes del Órgano de Apelación en EE.UU.- Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos, párrafo 180; EE.UU.- Medidas antidumping relativas a las tuberías para perforación petrolera, párrafo 181; y EE.UU.- Reducción a cero (zeroing) (Japón), párrafo 183.

⁴³² EE.UU.- Reducción a cero (Japón), Informe del Órgano de Apelación, párrafos 182-185.

⁴³³ 10 de noviembre de 2011.

expresamente el zeroing en el cálculo de los márgenes de dumping⁴³⁴. Sin embargo, una parte demandante sigue con la carga de la prueba de establecer un caso *prima facie* de que hay una inconsistencia con las obligaciones de la OMC⁴³⁵.

14. Miembros de la OMC vs zeroing

El método del zeroing, aunque ya ha sido declarado incompatible con las normas de la OMC, se sigue utilizando en algunos casos, ya que con el zeroing EE.UU. ignora ejemplos de precios en el mercado de exportación que están por encima de los precios domésticos cuando se hace el cálculo del dumping. Como se ha señalado anteriormente, el Órgano de Apelación, ha declarado en varias ocasiones, que el zeroing es incompatible con las disposiciones pertinentes del GATT de 1994 y del Acuerdo Antidumping. De la misma manera es importante señalar que la lucha del Órgano de Apelación en sus sentencias contra el zeroing se encuentra de conformidad con artículo 17.6 (II) del Acuerdo Antidumping. Sin embargo, los partidarios del zeroing como los EE.UU., justifican la práctica del zeroing que consideran se concede con la misma disposición⁴³⁶.

⁴³⁴ CONDON, J., *El derecho de la Organización Mundial de Comercio, Tratados, jurisprudencia y práctica... op. cit.* p. 429.

⁴³⁵ EE.UU.- Camarones (Ecuador), Informe del Grupo Especial.

⁴³⁶ ALFORD, R., *Reflections on U.S. - Zeroing: A Study in Judicial Overreaching by the WTO Appellate Body*, 45 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 196, 199-202 (2006) (criticizing that AB violated the principle of deference which, according to him, was embedded in Article 17.6 of the Antidumping Agreement reflecting the U.S. *Chevron* doctrine). CROLEY, S. y JACKSON, J. demostraron elocuentemente por qué el artículo 17,6 (ii) del Acuerdo Antidumping no debe ser interpretado como la doctrina *Chevron*. En primer lugar, un uso explícito de las diferentes lenguas en dos situaciones, que son "admisibles" en el artículo 17.6 (ii) y razonable " en la doctrina *Chevron*, tiende a oponerse a un patrón similar de interpretación entre los dos. En segundo lugar, como un tratado internacional, el Acuerdo Antidumping, debe interpretarse de conformidad con los principios de interpretación en virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, especialmente en sus artículos 31 y 32, no con las normas de los EE.UU. "de interpretación legal. Por último, acertadamente ha señalado que algunos fundamentos que subyacen en la doctrina *Chevron*, como "agencia de experiencia "y" administrativo o de coordinación "no puede encontrar su lugar en el contexto de la OMC. CROLEY, S. & JACKSON, J., *WTO Dispute Procedures, Standards of Review, and Deference to National Governments*, 90 AM. J. INT'L L., 1996, pp. 193-211. VÁZQUEZ criticó la deferencia de la doctrina *Chevron* en el contexto del Acuerdo Antidumping. Argumenta que si se utiliza la doctrina "*Chevron* para interpretar el artículo 17.6 (ii), equivaldría a exigir que "los tribunales federales se sometieran a las interpretaciones de la ley federal de un tribunal estatal". VÁZQUEZ, C., *Judicial Review in the United States and in the WTO: Some Similarities and Differences*, 36 GEO. WASH. INT'L L. Rev, 2004, pp. 587-604.

En EE.UU., el zeroing funciona con una determinación temporal que insalvablemente separa los momentos en que existe dumping de los momentos en que no se presenta tal práctica o se presenta el resultado contrario. Una vez que se ha configurado tal separación, impide que ambos momentos puedan compensarse en sus efectos dado que se realiza zeroing de los márgenes que presentan los lapsos en que no existe dumping. Así, la distorsión se presenta en el momento que el mecanismo impide la compensación, la cual es esencial para cuantificar el daño. Uno de los argumentos que utiliza EE.UU. para señalar que no infringe el GATT y el Acuerdo Antidumping, es la diferenciación de etapas en el proceso para llegar a determinar el dumping y el impuesto antidumping correlativo. Sin embargo, este sistema, elige una determinación arbitraria de los tiempos, ya que en la práctica no designa un periodo de tiempo establecido, sino que considera los periodos de dumping y no dumping por separado, alimentando la distorsión ya señalada⁴³⁷.

En este orden de ideas, existe y ha existido una lucha gradual de los miembros de la OMC en contra de la metodología estadounidense del zeroing, sobresaliendo las siguientes diferencias: a) DS294: Estados Unidos- Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping (zeroing) Reclamante: Comunidades Europeas; título abreviado: EE.UU.- zeroing vs Comunidades Europeas (CE), en la que el Órgano de Apelación decidió que la metodología empleada del zeroing en las investigaciones antidumping era incompatible con el requisito de comparación equitativa con arreglo al párrafo 4.2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping de la OMC, además siendo un hallazgo original sostuvo que algunas aplicaciones de la misma metodología en el proceso de revisión administrativa eran incompatibles con el artículo 9.3 del Acuerdo Antidumping; b) DS322 y EE.UU.-zeroing (Japón), en las que el Órgano de Apelación aceptó sus apelaciones y a diferencia del Grupo Especial falló a favor

⁴³⁷ <http://derechointernacionaleconomico.blogspot.com/2009/06/reduccion-cero-zeroing.html>. La noticia la pueden encontrar en el siguiente link: http://www.wto.org/spanish/news_s/news09_s/hear_ds322_12jun09_s.htm, consultadas el 15 de noviembre de 2009.

de la CE y de Japón⁴³⁸. La diferencia fundamental entre el Grupo Especial y el Órgano de Apelación se encuentra en cómo definir el "dumping" o "márgenes de dumping" en virtud del Acuerdo Antidumping de la OMC y el artículo VI del GATT. De acuerdo con el Órgano de Apelación, el dumping y los márgenes de dumping deben ser definidos en términos del producto, "como un todo", bajo investigación. En contraste, el Grupo Especial, considera que el dumping y el margen de dumping, podrían ser definidos en términos de una venta de exportación en particular. Algunos políticos de los EE.UU., se han comprometido a vincular la negociación del zeroing para el destino de las actuales negociaciones de Doha⁴³⁹.

Por su parte la Comisión Europea el 22 de septiembre de 2006, explicó en un comunicado, que el zeroing "ignora los márgenes negativos del dumping la venta por debajo del coste de producción y, por tanto, de él resulta un incremento injustificado de la responsabilidad de dumping de los exportadores de la Unión Europea" a EE.UU.⁴⁴⁰.

Japón, pidió el miércoles 29 de noviembre de 2009 a la OMC que se establezcan normas más estrictas en materia de antidumping para que los países Miembros las puedan implementar para defenderse de las importaciones tasadas por debajo de su precio, advirtiendo que las represalias excesivas podrían generar distorsiones comerciales. Las normas de la OMC, permiten que los Miembros establezcan aranceles en las importaciones que son objeto de "dumping" vendidas por debajo de su precio en el país de origen, si se considera que afectan a las empresas del país de destino. Pero muchas veces estas investigaciones y aranceles antidumping, que componen la principal causa de disputas comerciales,

⁴³⁸ EE.UU. - Zeroing (EC), párrafos 205, 222; U.S. - Zeroing (Japón), párrafos 147, 169.

⁴³⁹ WTO, "Zeroing" Decisions Should Be Part of Doha Talks, *Senators Tell Administration*, 24 INT'L TRADE REP. 1478, 1478 (2007).

⁴⁴⁰ Economía/Macro.- La UE denuncia el método de cálculo empleado en EEUU para el arancel por 'dumping'. <http://www.eleconomista.es/mercados-cotizaciones/noticias/74053/09/06/Economia-Macro-La-UE-denuncia-el-metodo-de-calculo-empleado-en-EEUU-para-el-arancel-por-dumping.html>, consultada el 25 de noviembre de 2009.

son objeto de críticas por ser consideradas injustas y motivadas por el proteccionismo⁴⁴¹.

La reforma a las normas antidumping, es una de las prioridades de Japón dentro de la Ronda de Doha para la liberalización del comercio mundial, dijo Ishige, viceministro de Economía, Industria y Comercio. El país asiático teme que los beneficios que podría obtener el mundo mediante la reducción de aranceles comerciales mediante un acuerdo en la Ronda de Doha puedan ser socavados por el uso indiscriminado de medidas antidumping, señaló el funcionario durante una reunión de la OMC. "*No es un miedo teórico, es una preocupación real. A veces se identifica dumping donde no lo hay*", señaló, refiriéndose al zeroing aplicado por EE.UU.

Ishige, dijo que algunas de las industrias japonesas se estaban viendo afectadas por medidas antidumping impuestas 30 años atrás, una referencia velada a la práctica estadounidense de renovar estos aranceles en lugar de permitir su vencimiento automático. Como se ha apuntado en el presente estudio, Japón está liderando FANS, una campaña en la OMC contra el controversial método estadounidense del zeroing para calcular los aranceles antidumping, el cual ha sido condenado en reiteradas ocasiones por los paneles de resolución de conflictos de la OMC, pero que Washington insiste en que es justo.

Ishige, quien no hizo ninguna alusión directa al zeroing, resaltó en su declaración, que el número de investigaciones antidumping había aumentado un 28 por ciento en el 2008. Según datos de la OMC, entre julio del 2008 y junio del 2009, cuando el número de investigaciones sobre comercio desleal reportadas a la OMC subió un 15 por ciento frente a los 12 meses anteriores, Japón no inició ninguna investigación en la materia. Ishige también presentó un documento en la reunión de FANS, en el que pedía acelerar el progreso en las conversaciones en la materia.

⁴⁴¹ <http://mx.reuters.com/article/topNews/idMXN2535629220091125>. Artículo escrito por LYNN, J. consultada el 25 de noviembre de 2009.

Corea del Sur, inició una disputa contra EE.UU. ante la OMC, DS402 Estados Unidos — Utilización de la reducción a cero en medidas antidumping que afectan a productos procedentes de Corea (Reclamante: Corea), por las medidas para elevar los precios de sus importaciones de acero, informó un funcionario de la embajada surcoreana ante la OMC. Esto también agrega tensión a las relaciones bilaterales después de que el presidente estadounidense, Obama, y su colega surcoreano, Lee Myung-bak, acordaron trabajar para la aprobación legislativa en sus respectivos países de un acuerdo de libre comercio suscrito hace tres años. El pasado 24 de noviembre de 2009 Corea del Sur, presentó la solicitud de celebración de consultas con EE.UU., la primera fase de una controversia. La disputa involucra: los aranceles antidumping de EE.UU. impuestos sobre las importaciones de productos de acero de Corea del Sur como las chapas de acero inoxidable en rollos, las hojas y tiras de acero inoxidable en rollos y las hojas de sierra de diamante y sus partes hechos por POSCO, la cuarta mayor siderúrgica del mundo, y otras manufactureras del país asiático.

Corea alegó que el efecto de la práctica de zeroing del USDOC en esos tres casos ha sido o bien crear artificialmente márgenes de dumping en circunstancias en las que de otro modo no se habría constatado ninguno, o exagerar los márgenes de dumping. De la misma manera Corea alegó que la utilización por el USDOC del zeroing en sus determinaciones definitivas, sus determinaciones definitivas enmendadas y sus órdenes de imposición de derechos antidumping en los tres casos en cuestión es incompatible con las obligaciones que corresponden a los EE.UU. en virtud del artículo VI del GATT de 1994 y el artículo 1, los párrafos 1, 4 y 4.2 del artículo 2 y el párrafo 8 del artículo 5 del Acuerdo Antidumping. El 3 de diciembre de 2009, Japón solicitó sumarse a las consultas. El 8 de abril de 2010, Corea solicitó el establecimiento de un Grupo Especial. En su reunión de 20 de abril de 2010, el OSD aplazó el establecimiento del Grupo Especial⁴⁴².

⁴⁴² http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds402_s.htm, consultada el 03 de febrero de 2011.

El OSD en su reunión de 18 de mayo de 2010, estableció un Grupo Especial. China, el Japón, México, Tailandia, la Unión Europea y Viet Nam se reservaron sus derechos en calidad de terceros. El 8 de julio de 2010 quedó establecida la composición del Grupo Especial. El 18 de enero de 2011 se distribuyó el informe del Grupo Especial y llegó a las siguientes conclusiones y recomendaciones:

“A la luz de las precedentes constataciones, concluimos que los EE.UU. actuaron de forma incompatible con la primera frase del párrafo 4.2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping al utilizar el método de reducción a cero en el cálculo de determinados márgenes de dumping en las tres investigaciones que afectan a productos coreanos. Por consiguiente, las determinaciones definitivas, las determinaciones definitivas modificadas, las órdenes de imposición de derechos antidumping y las órdenes de imposición de derechos antidumping modificadas en litigio son incompatibles con la primera frase del párrafo 4.2 del artículo 2”.

“De conformidad con el párrafo 8 del artículo 3 del ESD, en los casos de incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo abarcado, se presume que la medida constituye un caso de anulación o menoscabo de las ventajas derivadas de ese acuerdo. Por consiguiente, concluimos que, en la medida en que los Estados Unidos han actuado de forma incompatible con las disposiciones del Acuerdo Antidumping, han anulado o menoscabado ventajas resultantes para Corea de dicho Acuerdo. Por lo tanto, recomendamos que el OSD pida a los Estados Unidos que pongan sus medidas en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud del Acuerdo Antidumping”.

Dichas conclusiones son un triunfo a favor de la lucha contra la práctica del zeroing. En el presente informe cabe resaltar apreciar que el Grupo Especial está tomando en cuenta los precedentes respecto a la incompatibilidad de dicha práctica con el Acuerdo Antidumping.

Ante el Grupo Especial, Corea se limitó a alegar que el método de la reducción a cero utilizado por los EE.UU. en las investigaciones antidumping en litigio era incompatible con el párrafo 4.2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping. Los EE.UU. no cuestionaron la alegación de Corea. En particular, no contrvirtieron las aseveraciones fácticas que formuló Corea en relación con los actos de los EE.UU., ni la pertinencia jurídica de los informes del Órgano de Apelación que citó Corea como aplicables a esos hechos⁴⁴³.

El Grupo Especial aceptó la alegación de Corea. Concretamente, el Grupo Especial constató que el método de la “reducción a cero” utilizado por el USDOC al calcular los márgenes de dumping en las tres investigaciones antidumping en litigio era incompatible con el párrafo 4.2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping y, por lo tanto, llegó a la conclusión de que los EE.UU. habían actuado de manera incompatible con las obligaciones que les corresponden en virtud de esa disposición⁴⁴⁴.

El 24 de febrero de 2011, el OSD adoptó el informe del Grupo Especial. En la reunión del OSD de 25 de marzo de 2011, los EE.UU. declararon que se proponían aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD de manera que respetasen las obligaciones que les correspondían en el marco de la OMC y añadieron que necesitarían un plazo prudencial para hacerlo. El 17 de junio de 2011, Corea y los EE.UU. informaron al OSD de que habían fijado de común acuerdo el plazo prudencial para que los EE.UU. cumplieran las recomendaciones y resoluciones del OSD. En cuanto al cálculo de determinados márgenes de dumping en las investigaciones sobre las chapas de acero inoxidable en rollos procedentes de Corea y sobre las hojas y tiras de acero inoxidable en rollos

⁴⁴³ http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds402_s.htm, consultada el 10 de noviembre de 2011.

⁴⁴⁴ Idem.

procedentes de Corea, el plazo prudencial será de nueve meses, por lo que expirará el 24 de noviembre de 2011⁴⁴⁵.

De la misma manera el 26 de julio de 2010 se constituyó un Grupo Especial en la OMC por la práctica del zeroing en la diferencia DS404 Estados Unidos — Medidas antidumping sobre determinados camarones procedentes de Viet Nam.

El Grupo Especial aceptó la alegación de Viet Nam de que la utilización por el USDOC de la reducción a cero para calcular los márgenes de dumping de los declarantes seleccionados a efectos de examen individual en los exámenes administrativos segundo y tercero era incompatible con el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping. Aplicó el principio de economía procesal con respecto a las alegaciones adicionales de infracción formuladas al amparo del párrafo 3 del artículo 9 y los párrafos 1 y 4.2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping. El Grupo Especial aceptó las alegaciones de Viet Nam de que la “metodología de reducción a cero” de los EE.UU. en la medida en que guardaba relación con la utilización de la reducción a cero simple en los exámenes administrativos, era incompatible con el párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping y con el párrafo 2 del artículo VI del GATT de 1994. El Grupo Especial concluyó primero que Viet Nam había establecido la existencia de la “metodología de reducción a cero” como una regla o norma de aplicación general y prospectiva. Seguidamente, se apoyó en resoluciones anteriores del Órgano de Apelación para concluir que la reducción a cero simple en los exámenes administrativos era, “en sí misma”, incompatible con esas dos disposiciones⁴⁴⁶.

Con arreglo al párrafo 1 del artículo 19 del ESD, habiendo constatado que los EE.UU. habían actuado de manera incompatible con disposiciones del Acuerdo Antidumping y el GATT, el Grupo Especial recomendó a los EE.UU. que pusieran sus medidas en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud

⁴⁴⁵ Idem.

⁴⁴⁶ http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds404_s.htm, consultada el 10 de noviembre de 2011.

de dichos Acuerdos. El 2 de septiembre se adoptó el informe del Grupo Especial. En la reunión que el OSD celebró el 27 de septiembre de 2011, los EE.UU. declararon que se proponían aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD de manera que cumpliesen sus obligaciones en el marco de la OMC. Añadieron que necesitarían un plazo prudencial para hacerlo sin dar un tiempo exacto⁴⁴⁷.

De nueva cuenta el 31 de enero de 2011, Corea presentó una solicitud de celebración de consultas con los EE.UU. (DS420 Estados Unidos — Medidas antidumping sobre los productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes de Corea) respecto de varias medidas antidumping impuestas a los productos planos de acero al carbono resistente a la corrosión procedentes de Corea. Más concretamente, esa solicitud se refiere a diversas leyes, reglamentos, procedimientos administrativos y prácticas de los EE.UU., tanto pasados como actuales, relacionados con la utilización del método del zeroing en determinaciones antidumping formuladas con respecto a los productos en cuestión.

Corea considera que estas medidas son incompatibles con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud de: los párrafos 1 y 2 del artículo VI del GATT de 1994; varias disposiciones del Acuerdo Antidumping; y el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC. El 10 de febrero de 2011, el Japón solicitó ser asociado a las consultas. El 14 de febrero de 2011, México solicitó ser asociado a las consultas. El 15 de septiembre de 2011, Corea solicitó el establecimiento de un grupo especial. En la reunión del OSD celebrada el 27 de septiembre de 2011, Corea retiró esa solicitud del orden del día⁴⁴⁸.

El 28 de febrero de 2011, China solicitó la celebración de consultas con los EE.UU. con respecto a las medidas antidumping impuestas por los EE.UU. a determinados camarones de aguas cálidas congelados procedentes de China

⁴⁴⁷ Idem.

⁴⁴⁸ http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds420_s.htm, consultada el 10 de noviembre de 2011.

DS422 (Estados Unidos — Medidas antidumping relativas a determinados camarones y hojas de sierra de diamante procedentes de China (Reclamante: China). China alega que la utilización de la reducción a cero por el USDOC en la investigación inicial y en varios exámenes administrativos para calcular los márgenes de dumping correspondientes a las importaciones en cuestión es incompatible con las obligaciones que corresponden a los EE.UU. en virtud de los párrafos 1 y 2 del artículo VI del GATT de 1994 y el artículo 1, los párrafos 1, 4 y 4.2 del artículo 2, el párrafo 8 del artículo 5 y los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping.

El 11 de marzo de 2011, Japón solicitó ser asociado a las consultas, ya que como se ha visto en el transcurso de la tesis es uno de los principales países que están a favor de que la práctica del zeroing se prohíba y se elimine en el comercio estadounidense.

El 22 de julio de 2011, China solicitó la celebración de consultas complementarias con los EE.UU. con respecto a la práctica de reducción a cero del USDOC en sus medidas antidumping relativas a las hojas de sierra de diamante y sus partes procedentes de China. China alega que la práctica de reducción a cero del USDOC ha creado o, como mínimo, exagerado artificialmente los márgenes de dumping correspondientes a los declarantes investigados individualmente. China considera que las prácticas de reducción a cero en las medidas citadas son incompatibles con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud de los párrafos 1 y 2 del artículo VI del GATT de 1994 y el artículo 1, los párrafos 1, 4 y 4.2 del artículo 2, el párrafo 8 del artículo 5, y los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping. Al 25 de octubre de 2011 el Grupo Especial está establecido pero aun no constituido⁴⁴⁹.

⁴⁴⁹ http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds422_s.htm, consultada el 15 de noviembre de 2011.

Hasta el día de hoy⁴⁵⁰ la última diferencia presentada en contra de la práctica del zeroing ante la OMC es la DS242 Estados Unidos — Medidas antidumping sobre las importaciones de hojas y tiras de acero inoxidable en rollos procedentes de Italia.

El 1º de abril de 2011, la Unión Europea solicitó la celebración de consultas con los EE.UU. con respecto a las medidas antidumping impuestas a las importaciones de hojas y tiras de acero inoxidable en rollos (“hojas y tiras de acero inoxidable”) procedentes de Italia. Concretamente, la Unión Europea solicitó la celebración de consultas en relación con la repercusión de un error matemático, debido a la aplicación del “método de reducción a cero”, supuestamente cometido por el USDOC en el curso de los siguientes procedimientos del USDOC: la investigación inicial, de julio de 1999; el procedimiento previsto en el artículo 129, de septiembre de 2007; la determinación por error administrativo, de octubre de 2007; y el segundo examen por extinción, de diciembre de 2010⁴⁵¹.

La Unión Europea sostiene que los procedimientos mencionados constituyen medidas que parecen no estar en conformidad con las obligaciones que corresponden a los EE.UU. en virtud del artículo 2, el párrafo 8 del artículo 5, el párrafo 8 del artículo 6, el párrafo 3 del artículo 9, y los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 11 del Acuerdo Antidumping, y del párrafo 2 del artículo VI del GATT de 1994. El 18 de abril de 2011, el Japón solicitó ser asociado a las consultas⁴⁵².

Como se ha señalado reiteradamente, los paneles de solución de controversias de la OMC, han fallado consistentemente en que el sistema zeroing es ilegal, mientras FANS liderados por Japón está pidiendo que sea prohibido en las actuales negociaciones de la Ronda de Doha. Sin embargo, Washington insiste en que el método del zeroing, que según sus críticos eleva ilegalmente los

⁴⁵⁰ 15 de noviembre de 2011.

⁴⁵¹ http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds424_s.htm, consultado el 15 de noviembre de 2011.

⁴⁵² Idem.

aranceles antidumping al ignorar los casos en que las importaciones cuestan finalmente más que a nivel local, es válido⁴⁵³.

Teniendo en cuenta estos puntos de vista diametralmente opuestos sobre el zeroing entre Miembros importantes de la OMC, así como la fase incipiente de las negociaciones de la OMC en este tema tan controvertido, cualquier enmienda a favor del zeroing en el Acuerdo Antidumping es muy poco probable, al menos en un futuro corto⁴⁵⁴.

15. Análisis jurídico del informe del Órgano de Apelación de la OMC: EE.UU. - Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México WT/DS344/AB/R

Es importante reconocer que México ha colaborado al sistema antidumping mundial, su participación la apreciamos en los órganos de solución de diferencias tanto binacionales como el derivado del Capítulo XIX del TLCAN, así como de los multilaterales, la OMC, en donde México ha tenido una participación activa⁴⁵⁵.

De la misma manera cabe señalar que, emplear el sector del acero para analizar la efectividad del sistema antidumping resulta interesante, ya que como se vio en las estadísticas anteriormente presentadas, es uno de los sectores más activos en lo que se refiere a medidas antidumping.

La protección que brindan los sistemas antidumping especialmente en EE.UU. como se ha visto en esta investigación es motivo de crítica en los círculos académicos e incluso gubernamentales, debido al hecho de que la imposición de barreras a la importación de mercancías especialmente el zeroing constituye un objetivo contrario a las políticas de liberación comercial.

⁴⁵³ <http://www.milenio.com/node/329543>, consultada el 26 de noviembre de 2009.

⁴⁵⁴ Véase, CHO, S., *Global Constitutional Lawmaking (forthcoming)*...op. cit.,; LYNN, J., *Anti-Dumping Row Roils WTO*, Isolates U.S., Reuters, Jan, 10, 2008.

⁴⁵⁵ En el sistema de solución de diferencias de la OMC, México ha participado como reclamante en 21 casos, como demandado en 14 casos y como tercero en 61 casos. http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_by_country_s.htm, consultada el 15 de noviembre de 2011.

En la DS322, Estados Unidos — Medidas relativas al zeroing y los exámenes por extinción (Reclamante: Japón). Japón utilizó la expresión “zeroing” para referirse al método con arreglo al cual el USDOC “no tiene en cuenta, en el programa informático del USDOC utilizado para calcular el margen de dumping y otros programas afines, los márgenes de dumping negativos intermedios para establecer el margen de dumping global para todo el producto”⁴⁵⁶.

15.1. Terminología

La guía del glosario de términos de la OMC, el término “zeroing” lo define de la siguiente manera: “se denomina zeroing⁴⁵⁷ a la práctica consistente en desestimar o asignar un valor nulo a los casos en que el precio de exportación es superior al precio en el mercado interno. Los críticos de esta práctica afirman que infla de manera artificial los márgenes de dumping”⁴⁵⁸. Cabe señalar que la misma OMC ya define al zeroing como “una práctica que infla los márgenes de dumping”, por lo tanto está en contra de su aplicación⁴⁵⁹.

En el informe del Grupo Especial⁴⁶⁰ de la diferencia en estudio, la expresión “zeroing”, se refirió al cálculo del promedio ponderado del margen de dumping de una manera que no refleja plenamente los precios de exportación que están por encima del valor normal. México al inicio de la controversia cuestionó dos tipos diferentes de zeroing: el “zeroing por modelos en las investigaciones”, el cual no

⁴⁵⁶ El Informe del Órgano de Apelación DS322, Estados Unidos — Medidas relativas a la reducción a cero y los exámenes por extinción (Reclamante: Japón), pie de página 3.

⁴⁵⁷ Procedemos a describir brevemente el procedimiento normalizado de zeroing tal como ha sido identificado por las CE en la DS294. La programación normalizada utilizada por el USDOC para calcular los márgenes de dumping contiene la siguiente línea de código informático: “WHERE EMARGINING GT 0”. Las CE explican que esa línea contiene la instrucción de seleccionar únicamente los resultados de las comparaciones intermedias que sean positivos, haciendo caso omiso de los que son negativos. Las CE explican asimismo que ésta es la característica central de la estructura a la que las CE se refieren como zeroing.

⁴⁵⁸ http://www.wto.org/spanish/thewto_s/glossary_s/zeroing_s.htm, consultada el 21 de enero de 2010.

⁴⁵⁹ http://www.wto.org/spanish/thewto_s/glossary_s/glossary_s.htm, consultada el 15 de noviembre de 2011.

⁴⁶⁰ El Informe del Grupo Especial DS344 Estados Unidos – Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México, p. 17.

es objeto de análisis en el presente estudio, en donde el Grupo Especial le dio la razón a México y el "zeroing simple en los exámenes periódicos", en donde le dio la razón a EE.UU y que es objeto de análisis en el presente estudio.

Según la descripción de México, el "zeroing por modelos en las investigaciones" tiene lugar cuando las autoridades investigadoras comparan el promedio ponderado del valor normal y el promedio ponderado del precio de exportación respecto de cada modelo del producto considerado y, al agregar dichas comparaciones para calcular el margen de dumping del producto considerado en su conjunto en una investigación antidumping, tratan como "cero" los resultados de las comparaciones de modelos específicos en las que el promedio ponderado del precio de exportación supera el promedio ponderado del valor normal⁴⁶¹.

México utilizó la expresión "zeroing simple en los exámenes periódicos" para referirse a un método por el que las autoridades comparan transacciones de exportación individuales con el promedio ponderado mensual de los valores normales y, al agregar los resultados para calcular el margen de dumping respecto del producto considerado en su conjunto en un examen periódico, no tienen plenamente en cuenta los resultados de las comparaciones en las que el precio de exportación supera el promedio ponderado del valor normal⁴⁶².

Los EE.UU. argumentaron que la legislación estadounidense no contiene las expresiones utilizadas por México para describir las medidas en litigio en el presente procedimiento⁴⁶³. Es importante señalar que las expresiones "zeroing", "zeroing por modelos en las investigaciones" o "zeroing simple en los exámenes periódicos" efectivamente no figuran en la legislación estadounidense, como tampoco figuran en el Acuerdo Antidumping, pero se le atribuye a EE.UU. por el

⁴⁶¹ Primera comunicación escrita de México del Informe del Grupo Especial DS344 Estados Unidos – Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México, párrafo 15.

⁴⁶² Ibidem, párrafo 21.

⁴⁶³ Primera comunicación escrita de los EE.UU., nota 38.

hecho de que el zeroing se lleve a cabo en conexión con los cálculos de los márgenes en los exámenes periódicos realizados por el USDOC, así como también porque varios Grupos Especiales de la OMC y el Órgano de Apelación han utilizado en el pasado estas expresiones u otras similares para describir la medida que se les había sometido. Por lo que es útil utilizar la misma terminología en nuestro análisis.

Los EE.UU. poseen un sistema retrospectivo de fijación de derechos. Con arreglo a ese sistema, la orden de imposición de derechos antidumping pronunciada después de una investigación no constituye necesariamente la cantidad definitiva que los importadores que importan el producto objeto de investigación a los EE.UU. deben satisfacer. El importador deposita una garantía en la forma de depósitos en efectivo en el momento de la importación. A continuación, el importador puede anualmente, pedir al USDOC que calcule la cantidad definitiva que el importador debe satisfacer por las importaciones realizadas durante el año anterior. Esto se denomina, en la legislación de los EE.UU., "examen periódico" o "examen administrativo"⁴⁶⁴.

Reiteradamente en la presente tesis se ha comentado que la cuestión del zeroing se ha planteado en apelación en numerosas ocasiones en diferentes contextos, más adelante con el objeto de reforzar nuestro análisis, expondremos sus principales constataciones. El Órgano de Apelación ha examinado la compatibilidad con las normas de la OMC del método del zeroing en las investigaciones iniciales, los exámenes periódicos⁴⁶⁵, los exámenes de nuevos

⁴⁶⁴ Informe del Grupo Especial, *DS344 Estados Unidos- Acero inoxidable (México)*, párrafo 7.98.

⁴⁶⁵ La expresión "examen periódico" se refiere al "examen periódico de la cuantía del derecho antidumping" de conformidad con el artículo 751(a) de la Ley Arancelaria de 1930 de los EE.UU. Esta disposición obliga al USDOC a examinar y determinar la cantidad definitiva que debe satisfacerse en concepto de derechos antidumping por lo menos una vez cada 12 meses a partir del aniversario de la fecha de publicación de una orden de imposición de derechos antidumping en caso de haberse recibido una solicitud de tal examen. Sin embargo, si se trata del primer procedimiento de liquidación después de la publicación del Aviso de Orden de imposición de derechos antidumping, el período puede ampliarse y llegar a 18 meses con el fin de incluir todas las importaciones que pudieron estar sometidas a medidas provisionales.

exportadores⁴⁶⁶ y los exámenes por extinción⁴⁶⁷. En cada contexto, el Órgano de Apelación ha declarado que el zeroing es incompatible con las disposiciones pertinentes del GATT de 1994 y del Acuerdo Antidumping. De manera más específica, el Órgano de Apelación ha constatado en cinco diferencias que el zeroing en las investigaciones iniciales es incompatible con el párrafo 4.2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping⁴⁶⁸. El Órgano de Apelación también ha constatado en dos diferencias que el zeroing en los exámenes periódicos es incompatible con el párrafo 2 del artículo VI del GATT de 1994 y con el párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping⁴⁶⁹. En una de ellas, el Órgano de Apelación constató también que el zeroing en los exámenes de nuevos importadores es incompatible con el párrafo 5 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping⁴⁷⁰.

15.2. El procedimiento del zeroing

La presente diferencia se refiere a lo que México describe como los "procedimientos de zeroing", que según México, obligan al USDOC a calcular

⁴⁶⁶ La expresión "examen de nuevos exportadores" se refiere al examen destinado a establecer un promedio ponderado del margen de dumping para cada exportador o productor extranjero de conformidad con el artículo 751(a)(2)(B) de la Ley Arancelaria. Esta disposición obliga al USDOC a examinar y determinar el margen de dumping individual correspondiente a los exportadores o productores extranjeros que no exportaron el producto en cuestión durante el período de investigación inicial.

⁴⁶⁷ La expresión "examen por extinción" se refiere al examen de una orden de imposición de derechos antidumping una vez transcurridos cinco años, como exige el artículo 751(c) de la Ley Arancelaria. Esta disposición obliga al USDOC a realizar un examen, cinco años después de la fecha de publicación de una orden de imposición de derechos antidumping, para determinar si sería probable que la revocación de la orden diera lugar a la continuación o repetición del dumping y del daño importante.

⁴⁶⁸ Informe del Órgano de Apelación, CE - Ropa de cama, párrafo 66; el informe del Órgano de Apelación, EE.UU. - Madera blanda V, párrafo 117; el informe del Órgano de Apelación, EE.UU. - Madera blanda V (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá), párrafo 124; el informe del Órgano de Apelación, EE.UU. - Zeroing (Japón), párrafo 138; y el informe del Órgano de Apelación, EE.UU. - Zeroing (CE), párrafo 222. Asimismo, observamos que todos los Grupos Especiales que han examinado el zeroing por modelos en las investigaciones iniciales han constatado que esa práctica es incompatible con el párrafo 4.2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping, incluidos los Grupos Especiales que entendieron de los asuntos CE - Ropa de cama, CE - Accesorios de tubería, EE.UU. - Madera blanda V, EE.UU. - Zeroing (CE), EE.UU. - Zeroing (Japón) y EE.UU. - Camarones (Ecuador), así como el Grupo Especial que entendió en esta diferencia. (Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 7.55, 7.61 y 8.1 a).

⁴⁶⁹ Véase el informe del Órgano de Apelación, EE.UU. - Zeroing (CE), párrafos 132-135, y el informe del Órgano de Apelación, EE.UU. - Zeroing (Japón), párrafo 166.

⁴⁷⁰ Véase el informe del Órgano de Apelación, EE.UU. - Zeroing (Japón), párrafos 165 y 166.

márgenes de dumping en las investigaciones y los exámenes periódicos de una manera que no refleja plenamente los precios de exportación que están por encima del valor normal. De acuerdo con México, esto se produce porque en el numerador de los cálculos del promedio ponderado del margen de dumping, al sumar los resultados en el cálculo de los márgenes de dumping para el producto considerado en su conjunto, no se incluyen los resultados de las comparaciones cuando el precio de exportación supera el valor normal. Más concretamente, México está en desacuerdo con los procedimientos de zeroing en relación con las investigaciones en las que el promedio ponderado del valor normal se compara con el promedio ponderado del precio de exportación (lo que México denomina "zeroing por modelos en las investigaciones"), y los exámenes periódicos en los que se compara el promedio ponderado del valor normal con transacciones de exportación individuales (lo que México denomina "zeroing simple en revisiones periódicas")⁴⁷¹.

15.3. Antecedentes

A continuación exponemos el resumen de las principales constataciones de la diferencia en estudio que se han presentado y que la OMC dio a conocer⁴⁷²: “el 26 de mayo de 2006, México solicitó la celebración de consultas con los EE.UU. en relación con una serie de determinaciones antidumping definitivas formuladas por el USDOC respecto de importaciones de chapas y tiras de acero inoxidable en rollos procedentes de México, correspondientes al período comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004. La solicitud también abordó lo siguiente: i) determinados artículos de la Ley Arancelaria de 1930 de los EE.UU. modificada; ii) la Declaración de Acción Administrativa que acompaña a la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay; iii) artículos específicos del reglamento del USDOC codificado en el Título 19 del *Code of Federal Regulations* de los EE.UU.; iv) la

⁴⁷¹ Véase los aspectos facticos del Informe del Grupo Especial de la DS344 Estados Unidos – Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México.

⁴⁷² http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds344_s.htm, consultada el 6 de enero de 2010.

edición de 1997 del Manual Antidumping de la Administración de las Importaciones, y v) la metodología utilizada por el USDOC para determinar el margen global de dumping para el producto objeto de la investigación inicial y de los exámenes administrativos, mediante los cuales el USDOC desestimó (trató como “cero”) márgenes de dumping negativos.

México consideró que las leyes, reglamentos, prácticas administrativas y metodologías descritas dieron lugar en sí mismos y en su aplicación respecto de las determinaciones antes mencionadas a la anulación y menoscabo de las ventajas que corresponden a México directa o indirectamente de conformidad con el Acuerdo sobre la OMC y los Acuerdos anexos al mismo. En particular, México alegó que las leyes, reglamentos, prácticas administrativas, metodologías y determinaciones en cuestión de los EE.UU. son incompatibles por lo menos con las siguientes disposiciones: a) Los párrafos 1 y 2 del artículo VI del GATT de 1994; b) El artículo 1, los párrafos 1, 4 y 4.2 del artículo 2, el artículo 5, el párrafo 10 del artículo 6, el artículo 9 (incluido su párrafo 3 sin limitarse a él), el artículo 11 y el artículo 18 del Acuerdo Antidumping; y el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC⁴⁷³.

El 9 de junio de 2006, Japón solicitó ser asociado a las consultas. El 12 de octubre de 2006, México solicitó el establecimiento de un Grupo Especial. En su reunión de 26 de octubre de 2006, el OSD estableció el Grupo Especial. Chile, China, las CE, Japón y Tailandia se reservaron sus derechos como terceros. El 15 de diciembre de 2006, México solicitó al Director General que estableciera la composición del Grupo Especial. El Director General estableció la composición del Grupo Especial el 20 de diciembre de 2006.

El 21 de mayo de 2007, el Presidente del Grupo Especial informó al OSD de que el Grupo Especial no podría terminar su labor en el plazo de seis meses

⁴⁷³ Idem.

debido a problemas de calendario, y de que el Grupo Especial preveía terminar su labor en noviembre de 2007.

El 20 de diciembre de 2007, se distribuyó a los miembros el informe del Grupo Especial. El Grupo Especial llegó a la conclusión de que: “a) *el zeroing por modelos en las investigaciones en sí misma es incompatible con el párrafo 4.2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping; b) el USDOC actuó de forma incompatible con el párrafo 4.2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping en la investigación sobre el asunto chapas y tiras de acero inoxidable en rollos procedentes de México al utilizar el zeroing por modelos; c) el zeroing simple en los exámenes periódicos en sí misma no es incompatible con los párrafos 1 y 2 del artículo VI del GATT de 1994 ni con los párrafos 1 del artículo 2, 3 del artículo 9 y 4 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping; y d) el USDOC no actuó de forma incompatible con los párrafos 1 y 2 del artículo VI del GATT de 1994 ni con los párrafos 1 del artículo 2, 3 del artículo 9 y 4 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping al utilizar el zeroing simple en los cinco exámenes periódicos relativos al asunto chapas y tiras de acero inoxidable en rollos procedentes de México*”⁴⁷⁴.

El Grupo Especial aplicó el principio de economía procesal con respecto a las alegaciones formuladas por México al amparo de: a) los párrafos 1 y 2 del artículo VI del GATT de 1994 y de los párrafos 1 y 4 del artículo 2 y 4 del artículo 18 del Acuerdo Antidumping y del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC con respecto al zeroing por modelos en las investigaciones; y b) el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC y del párrafo 4 del artículo 18 del Acuerdo Antidumping con respecto al zeroing simple en los exámenes periódicos.

El 31 de enero de 2008, México notificó su decisión de apelar ante el Órgano de Apelación contra determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por éste.

⁴⁷⁴ Idem.

15.4. Cuestiones jurídicas

El presente análisis plantea importantes cuestiones jurídicas entre las que destacan las siguientes: ¿los Grupos Especiales están o no obligados a seguir los informes del Órgano de Apelación previamente adoptados que traten el mismo tema?, la de ¿si el Órgano de Apelación debe seguir su interpretación previa al examinar un informe de un Grupo Especial que desestimó esa interpretación? A juicio del Órgano de Apelación, el razonamiento del Grupo Especial y los argumentos presentados en la presente apelación plantearon, en esencia, tres preguntas que considerar. En primer lugar, si ¿las expresiones "dumping" y "margen de dumping", a los efectos del párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping, son conceptos relacionados con el exportador o con el importador? En segundo lugar, si ¿es posible constatar, a los efectos del párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping, la existencia de "dumping" y "margen de dumping" a nivel de transacciones e importadores determinados? y en tercer lugar, si ¿en los procedimientos de fijación de derechos previstos en el párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping es admisible descartar la cuantía en que el precio de exportación excede del valor normal en cualquier transacción de exportación⁴⁷⁵? A dichas cuestiones se le da respuesta antes de concluir el presente análisis.

El presente caso en análisis es un precedente en el que por primera vez un Grupo Especial no se apega a la jurisprudencia emitida por el Órgano de Apelación en dos importantes constataciones de zeroing: a) DS294: EE.UU.-Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping (zeroing) Reclamante: CE y b) DS322: EE.UU. — Medidas relativas al zeroing y los exámenes por extinción (Reclamante: Japón).

En la presente diferencia en estudio DS344, México instó al Grupo Especial a adoptar las dos interpretaciones anteriormente señaladas, negándose éste a

⁴⁷⁵ www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/344abr_s.doc, consultada el 10 de enero de 2010.

adoptarlas, adoptando en su lugar el razonamiento desarrollado por el Grupo Especial en la DS322: EE.UU. — Medidas relativas al zeroing y los exámenes por extinción (Reclamante: Japón) el 20 de septiembre de 2006, una línea de argumentación jurídica que el Órgano de Apelación rechazó, posteriormente, en ese caso⁴⁷⁶.

De la misma manera que México, Chile como tercero participante, señaló que existen constataciones previas del Órgano de Apelación sobre el zeroing y que esta cuestión al estar siendo objeto de negociación en la Ronda de Doha son circunstancias "*que deben ser ponderadas en su debida dimensión pero no servir de justificación para que el Órgano de Apelación se abstenga de ejercer las funciones que le han sido encomendadas*"⁴⁷⁷.

La participación de las CCEE como tercero se centró principalmente en la jurisprudencia de la OMC sobre el zeroing, y abordó en detalle la importancia de los informes del Órgano de Apelación adoptados para Grupos Especiales de la OMC que se ocupan de cuestiones jurídicas similares. También las CCEE resumieron constataciones anteriores de Grupos Especiales y del Órgano de Apelación sobre el zeroing, con un énfasis especial en el Órgano de Apelación, y señalaron que todas las cuestiones planteadas por México en la presente diferencia ya han sido debatidas por el Órgano de Apelación y que ha surgido una línea relativamente uniforme de jurisprudencia⁴⁷⁸.

De la misma manera, las CCEE abordaron el principio del *stare decisis*, que como se ha visto en el transcurso de la investigación, es el efecto vinculante de decisiones judiciales anteriores sobre casos posteriores. En este sentido, las CCEE analizaron primero ese principio en el contexto de los sistemas jurídicos nacionales y observaron que, a diferencia de las jurisdicciones de *common law*, en las que los tribunales de nivel inferior deben seguir las decisiones de los tribunales

⁴⁷⁶ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Zeroing (Japón), párrafos: 108-111.

⁴⁷⁷ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos – Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México, párrafo 41.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, párrafo 7.19.

superiores en cuestiones jurídicas similares, en las jurisdicciones de tradición romanística la función principal de los tribunales es aplicar los textos jurídicos escritos a los hechos presentados en un caso concreto. Sin embargo, las CCEE observaron que, en esas jurisdicciones, los tribunales siguen cuidadosamente las decisiones de los tribunales superiores y las aplican a los casos similares que se les plantean. Análogamente, las CCEE señalaron que en jurisdicciones del derecho continental, como la italiana o la francesa, los tribunales superiores también siguen su propia jurisprudencia como cuestión de política y práctica judicial. Además, las CCEE señalaron que algunos jueces incluso siguen las decisiones adoptadas por otros tribunales del mismo nivel⁴⁷⁹.

Tal y como afirman las CCE, el Grupo Especial incurrió en error al no seguir las constataciones que el Órgano de Apelación había formulado con anterioridad sobre las mismas cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas que se tratan en la presente diferencia. Al obrar de ese modo, el Grupo Especial atribuyó a anteriores constataciones del Órgano de Apelación que habían sido adoptadas por el OSD el mismo valor jurídico que a anteriores constataciones de Grupos Especiales que el Órgano de Apelación había revocado, por lo que con ello se trastorna la estructura jerárquica prevista en el ESD, que otorga al Órgano de Apelación la última palabra en relación con las cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas formuladas por los Grupos Especiales.

En opinión de las CCEE, no sólo se espera que los Grupos Especiales sigan las conclusiones a que ha llegado el Órgano de Apelación en diferencias anteriores, sobre todo cuando las cuestiones son las mismas, sino que también están obligados *de jure* a seguir las constataciones del Órgano de Apelación cuando éste ha interpretado las mismas cuestiones jurídicas, lo que es coherente con la necesidad de aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio, así como con la necesidad de que las diferencias se solucionen con prontitud. Además, el criterio del Grupo Especial sobre el valor de los precedentes

⁴⁷⁹ Idem.

frustra el objeto y fin del mecanismo de apelación previsto en el ESD, porque los Grupos Especiales estarían facultados para examinar de nuevo todas las cuestiones jurídicas en cada diferencia.

Las CCEE sugieren que, al realizar su labor de interpretación de los tratados en el marco del ESD, el Órgano de Apelación trata de dilucidar la intención común de todos los Miembros de la OMC en relación con las disposiciones de los acuerdos abarcados. Por este motivo, la interpretación del Órgano de Apelación trasciende necesariamente los hechos concretos de un caso y no se circunscribe a los Miembros que son partes en una diferencia determinada. Una norma en virtud de la cual los Grupos Especiales debieran seguir las constataciones del Órgano de Apelación sobre las cuestiones jurídicas no les impediría apartarse de decisiones anteriores siempre que hubiera razones imperativas para proceder de ese modo.

Pero en la presente diferencia no se justificaba que el Grupo Especial lo hiciera, porque se basó sólo en su desacuerdo con las anteriores constataciones del Órgano de Apelación. Los integrantes de Grupos Especiales pueden no estar siempre de acuerdo con las constataciones del Órgano de Apelación sobre cuestiones jurídicas determinadas, pero la función del Órgano de Apelación consiste en sacar las dificultades e inconvenientes que impiden el arreglo de una negociación sobre cuestiones de derecho. Por consiguiente, el Órgano de Apelación debería reafirmar que no sólo se espera que los Grupos Especiales sigan las constataciones a que ha llegado en relación con la cuestión del zeroing, sino que están "obligados" a hacerlo⁴⁸⁰.

México señaló que el hecho de que el Grupo Especial no haya seguido los precedentes establecidos por el Órgano de Apelación lo obligó a apelar constataciones y conclusiones del Grupo Especial que son idénticas a aquellas que ya habían sido revocadas por el Órgano de Apelación en diferencias

⁴⁸⁰ Véase el Informe del Órgano de Apelación, en la DS344 Estados Unidos – Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México, párrafo 50.

anteriores que involucraban las mismas medidas y a la misma parte demandada. A juicio de México, lo anterior resulta incompatible con las funciones del Grupo Especial de asistir al OSD en cumplir las responsabilidades que le incumben en el marco del ESD porque interfiere con la solución pronta de esta diferencia y, por ende, frustra el funcionamiento eficaz del mecanismo de solución de diferencias de la OMC y menoscaba su seguridad y previsibilidad. El hecho de que el Grupo Especial no siguiera la interpretación del Órgano de Apelación en informes anteriores, y de no haberlo corregido el Órgano de Apelación, hubiera disminuido los derechos de México conforme a los acuerdos abarcados en relación con otros Miembros de la OMC⁴⁸¹.

15.4.1. Reseña de las constataciones pertinentes del Órgano de Apelación en anteriores diferencias de zeroing

Las CCEE concordaron con México y con los otros terceros participantes en que el zeroing ha sido impugnado varias veces en los procedimientos de solución de diferencias celebrados en el marco de la OMC, y abordada en una serie de informes adoptados de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación. En su comunicación escrita, las CCEE examinaron con cierto detalle los aspectos más importantes del razonamiento y las constataciones del Órgano de Apelación en cada uno de dichos informes que presentamos a continuación⁴⁸².

En la DS141 CE — Derechos antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India (Reclamante: India), el Órgano de Apelación constató que el uso que hacen las CCEE del "zeroing por modelos" en las investigaciones iniciales es incompatible con diversas disposiciones del Acuerdo Antidumping. Entre otras cosas, sostuvo que el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping, leído a la luz del párrafo 4.2 del mismo artículo, deja en claro que los márgenes de dumping a que se refiere este último párrafo son los

⁴⁸¹ Ibidem, párrafo 20.

⁴⁸² Véase el Anexo B "Resumen de la comunicación escrita presentada por las CE en calidad de terceros del Informe del Órgano de Apelación, en la DS344 Estados Unidos – Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México párrafos del 5 al 15.

márgenes de dumping para el producto en su conjunto; que, para determinar el margen de dumping correspondiente a un producto, el párrafo 4.2 del artículo 2 hace referencia a la comparación de todas las transacciones comparables y que una comparación entre precios de exportación y el valor normal en la que no se tengan en cuenta todas las transacciones no constituye una "comparación equitativa" entre el precio de exportación y el valor normal, como lo establecen los párrafos 4 y 4.2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping⁴⁸³.

En la DS264 Estados Unidos — Determinación definitiva de la existencia de dumping respecto de la madera blanda procedente del Canadá (Reclamante: Canadá), los EE.UU. apelaron contra la constatación de que, por no tener en cuenta todas las transacciones de exportación comparables en su práctica de zeroing en la investigación antidumping inicial objeto de litigio, violaron el párrafo 4.2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping. En la apelación, el Órgano de Apelación confirmó su resolución anterior en CCEE - Ropa de cama, recalando que de conformidad con el párrafo 4.2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping, el "dumping" y los "márgenes de dumping" pueden establecerse exclusivamente con respecto al producto objeto de investigación en su conjunto. El Órgano de Apelación también consideró y rechazó expresamente una serie de argumentos que los EE.UU. han formulado de forma reiterada en otras diferencias sobre el zeroing: que otros métodos para calcular el margen de dumping previstos en el párrafo 4.2 del artículo 2 (por ejemplo, la comparación transacción por transacción) proporcionan un contexto importante para la admisibilidad del zeroing en el método de comparación entre promedios en la investigación inicial en cuestión; los pretendidos antecedentes históricos del párrafo 4.2 del artículo 2; que el Órgano de Apelación no tiene que seguir necesariamente sus constataciones en

⁴⁸³ http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds141_s.htm, consultada el 15 de enero de 2010.

otras diferencias, en particular CCEE - Ropa de cama; y la norma de examen establecida en la fracción ii) del artículo 17.6 del Acuerdo Antidumping⁴⁸⁴.

En la DS294 Estados Unidos — Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping (“zeroing”) (Reclamante: CCEE), se solicitó al Órgano de Apelación que examinara las constataciones del Grupo Especial sobre la aplicación por los EE.UU. del método de zeroing en los procedimientos antidumping, incluidas las investigaciones iniciales, y en los procedimientos de fijación de derechos o de examen. Las CCEE habían impugnado los instrumentos jurídicos, los procedimientos, los métodos y la práctica de los EE.UU. respecto de esos tipos de “zeroing”, tanto “en sí mismos” como “en su aplicación”. En la apelación, el Órgano de Apelación confirmó que el método de zeroing empleado por los EE.UU. en las investigaciones antidumping iniciales (“zeroing por modelos” empleando una comparación entre promedios) era incompatible con el párrafo 4.2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping. Asimismo, el Órgano de Apelación sostuvo que el método de zeroing aplicado por los EE.UU. en el proceso de examen administrativo (“zeroing simple”, empleando el método de comparación promedio con transacción) era incompatible con el párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping y el párrafo 2 del artículo VI del GATT. El Órgano de Apelación se remitió explícitamente a las resoluciones que había formulado en las diferencias CCEE - Ropa de cama y Estados Unidos - Madera blanda V. Sostuvo que el margen de dumping establecido para un exportador o productor extranjero funciona como un “tope” de la cuantía total de los derechos antidumping que pueden percibirse sobre las entradas del producto objeto de investigación (procedentes de ese exportador) comprendidas en el procedimiento de fijación de derechos. Al mismo tiempo, el Órgano de Apelación abordó y rechazó

⁴⁸⁴ http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds264_s.htm, consultada el 16 de enero de 2010.

nuevamente el argumento presentado por los EE.UU. de la norma de examen prevista en la fracción ii) del artículo 17.6 del Acuerdo Antidumping⁴⁸⁵.

Los EE.UU. también apelaron contra la conclusión del Grupo Especial de que el método de zeroing en litigio podía ser impugnado como una "medida" "en sí misma". El Órgano de Apelación consideró dicho asunto con cierto detalle, remitiéndose a la jurisprudencia anterior sobre el concepto de "medida". En lo referente a si el método de zeroing reviste naturaleza de medida, señaló que no hay ningún límite determinado. Estableció una norma particular para tales impugnaciones contra una "regla o norma" que constituye una medida de aplicación general y prospectiva. Según ese criterio, concluyó entonces que la metodología de zeroing, en su relación con las investigaciones iniciales en las que se utiliza el método de comparación entre promedios ponderados, puede ser impugnada, en sí misma⁴⁸⁶.

En Estados Unidos - Madera blanda V (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá), se solicitó al Órgano de Apelación que examinara una revisión de una determinación de derechos antidumping realizada por los EE.UU. ("determinación en el marco del artículo 129 de la ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay"). En dicha determinación, en lugar del método de comparación entre promedios, los EE.UU., para revisar los tipos de derechos, emplearon la comparación entre el valor normal y los precios de exportación realizada transacción por transacción, adoptando nuevamente el método de zeroing⁴⁸⁷.

El Órgano de Apelación rechazó la constatación del Grupo Especial de que la determinación realizada por los EE.UU. con arreglo al procedimiento del artículo 129 no era incompatible con los párrafos 4.2 y 4 del artículo 2 del Acuerdo

⁴⁸⁵ http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds294_s.htm, consultada el 16 de enero de 2010.

⁴⁸⁶ Idem.

⁴⁸⁷ http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds264_s.htm, consultada el 20 de enero de 2010.

Antidumping. Analizó en detalle el párrafo 4.2 del artículo 2, concluyendo que el zeroing en el método de comparación transacción por transacción no satisface lo dispuesto en el párrafo 4.2 del artículo 2. Señaló explícitamente que dicha interpretación era compatible con las resoluciones sobre el zeroing que había formulado en relación con el método de comparación entre promedios establecido en esa norma. Asimismo el Órgano de Apelación rechazó los argumentos basados en el argumento de la "equivalencia matemática", por una serie de razones, considerando, entre otras cosas, que las preocupaciones expresadas por el Grupo Especial y los EE.UU. con respecto al método de comparación de promedio ponderado con transacción eran exageradas⁴⁸⁸.

A continuación, el Órgano de Apelación consideró y rechazó nuevamente los argumentos contextuales de los EE.UU. basados en otras disposiciones del Acuerdo Antidumping y el GATT; los argumentos de los EE.UU. que se apoyan en antecedentes; y el argumento de los EE.UU. sobre la norma de examen de la fracción ii) del artículo 17.6 del Acuerdo Antidumping. Por último, el Órgano de Apelación manifestó que la utilización del zeroing al emplear el método de comparación transacción por transacción en la determinación en el marco del artículo 129 es también incompatible con la obligación de realizar una "comparación equitativa" establecida en el párrafo 4 del artículo 2⁴⁸⁹.

En la D322 Estados Unidos — Medidas relativas al zeroing y los exámenes por extinción (Reclamante: Japón), Japón impugnó como "medida" "en sí misma" los métodos y los procedimientos de zeroing aplicados por los EE.UU. en las investigaciones iniciales, los exámenes periódicos, los exámenes de nuevos exportadores, los exámenes por cambio de circunstancias y los exámenes por extinción. Japón impugnó asimismo dichas medidas según el criterio de "en su aplicación" en una serie de procedimientos antidumping con respecto a productos procedentes de Japón, particularmente, en una investigación inicial, varios exámenes periódicos y dos exámenes por extinción. El Grupo Especial concluyó

⁴⁸⁸ Idem.

⁴⁸⁹ Idem.

que los "procedimientos de zeroing" son una "medida" que puede ser impugnada "en sí misma" y constató que, al mantener procedimientos de zeroing por modelos en el contexto de las investigaciones iniciales, los EE.UU. actuaron de manera incompatible con el párrafo 4.2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping. Sin embargo, el Grupo Especial rechazó todas las demás impugnaciones de Japón⁴⁹⁰.

En la apelación, el Órgano de Apelación revocó completamente el informe del Grupo Especial en la medida en que éste había rechazado las alegaciones de Japón. En primer lugar, el Órgano de Apelación confirmó sus constataciones anteriores de que los "procedimientos de zeroing" en litigio constituyen una medida que puede ser impugnada en sí misma en el marco de distintos métodos de comparación, y en distintas etapas de los procedimientos antidumping. Revocó la constatación del Grupo Especial de que los EE.UU. no violan los párrafos 4.2 y 4 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping al mantener procedimientos de zeroing cuando calculan los márgenes de dumping sobre la base de comparaciones transacción por transacción en investigaciones iniciales. El Órgano de Apelación se remitió a los "principios fundamentales" que informan los conceptos de "dumping" y "márgenes de dumping"; confirmó su jurisprudencia anterior sobre dichos conceptos, así como sus resoluciones anteriores sobre el "zeroing" en sí misma en las investigaciones iniciales en que se utilizan los métodos de comparación transacción por transacción y entre promedios. El Órgano de Apelación rechazó una vez más los argumentos formulados por los EE.UU. con respecto al contexto. Además, el Órgano de Apelación se manifestó firmemente contrario al hecho de que el Grupo Especial había formulado sus conclusiones fundándose en razonamientos relativos al párrafo 4.2 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping, que el Órgano de Apelación había rechazado anteriormente. Por otra parte, el Órgano de Apelación volvió a rechazar los argumentos y las constataciones contrarios a las resoluciones que había formulado en el sentido de

⁴⁹⁰ http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds322_s.htm, consultada el 25 de enero de 2010.

que los procedimientos de zeroing en las investigaciones iniciales violan el requisito de la comparación equitativa⁴⁹¹.

El Órgano de Apelación revocó asimismo la constatación del Grupo Especial de que los EE.UU. no violan los párrafos 3 y 5 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping y el párrafo 2 del artículo VI del GATT al mantener los procedimientos de zeroing en los exámenes periódicos y los exámenes de nuevos exportadores, refiriéndose a su jurisprudencia anterior. Además, el Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial según la que el zeroing en el contexto de los exámenes periódicos y los exámenes de nuevos exportadores no es, en sí misma, incompatible con el párrafo 4 del artículo 2. Además, en relación con dichas investigaciones, sostuvo que fue infringido el requisito de la comparación equitativa. Por otra parte, el Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial de que el zeroing, tal como fue aplicado por los EE.UU. en los 11 exámenes periódicos de que se trataba en esa apelación no era incompatible con los párrafos 1 y 4 del artículo 2 y los párrafos 1 y 3 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping y los párrafos 1 y 2 del artículo VI del GATT de 1994. También sobre este aspecto el Órgano de Apelación se remitió a resoluciones anteriores. Por último, el Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial de que los EE.UU. actuaron de manera compatible con los artículos 2 y 11 del Acuerdo Antidumping cuando, en los exámenes por extinción que son objeto de litigio, se basaron en márgenes de dumping que habían sido calculados empleando el zeroing en procedimientos antidumping anteriores. Constató, en cambio, que los EE.UU. violaron el párrafo 3 del artículo 11 del Acuerdo Antidumping. También en dicho caso, el Órgano de Apelación se remitió a sus decisiones anteriores en relación con este punto⁴⁹².

Después de haber presentado las reseñas de las constataciones pertinentes del Órgano de Apelación en anteriores diferencias de zeroing, pasamos a ver las cuestiones que se plantearon en la apelación en análisis y los

⁴⁹¹ Idem.

⁴⁹² Idem.

argumentos que presentaron los Miembros interesados en la presente controversia.

15.4.2. Cuestiones planteadas en la apelación

a) Si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el "zeroing simple en los exámenes periódicos" no es, en sí mismo, incompatible con los párrafos 1 y 2 del artículo VI del GATT de 1994 ni con el párrafo 1 del artículo 2 y el párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping;

b) Si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el USDOC no actuó de forma incompatible con los párrafos 1 y 2 del artículo VI del GATT de 1994 ni con el párrafo 1 del artículo 2 y el párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping al utilizar el zeroing simple en los cinco exámenes periódicos en cuestión en la presente diferencia;

c) Si el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el "zeroing simple en los exámenes periódicos" no es, en sí mismo, incompatible con el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping y, por consiguiente, al constatar que el USDOC no actuó de forma incompatible con esa disposición en los cinco exámenes periódicos en cuestión en la presente diferencia; y

d) Si el Grupo Especial incumplió las obligaciones que le correspondían en virtud del artículo 11 del ESD al formular constataciones que contradicen las formuladas en anteriores informes del Órgano de Apelación adoptados por el OSD.

Chile, las CCEE, Japón y Tailandia apoyaron la apelación de México y sostuvieron que el Órgano de Apelación debería constatar que el zeroing simple en los exámenes periódicos es, en sí mismo, incompatible con los párrafos 1 y 2 del artículo VI del GATT de 1994 y con el párrafo 1 del artículo 2 y el párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping⁴⁹³. La esencia de sus argumentos es que estas

⁴⁹³ Comunicación presentada por Chile en calidad de tercero participante, página 2; comunicación presentada por las CCEE en calidad de tercero participante, párrafo 69; comunicación presentada

disposiciones prescriben que el "dumping" y los "márgenes de dumping" se establezcan con referencia a un producto considerado en su conjunto y a exportadores individuales, y no en relación con modelos o subconjuntos específicos de transacciones de precios bajos⁴⁹⁴.

El 30 de abril de 2008, se distribuyó a los Miembros el informe del Órgano de Apelación.

15.4.3. Informe del Órgano de Apelación

a) Revoca la constatación del Grupo Especial, que figura en los párrafos 7.143, 7.145 y 8.1 c) de su informe, de que el zeroing simple en los exámenes periódicos no es, en sí misma, incompatible con los párrafos 1 y 2 del artículo VI del GATT de 1994 ni con los párrafos 1 y 4 del artículo 2 y el párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping; y constata, en su lugar, que el zeroing simple en los exámenes periódicos es, en sí misma, incompatible con el párrafo 2 del artículo VI del GATT de 1994 y el párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping;

b) Revoca la constatación del Grupo Especial, que figura en los párrafos 7.149 y 8.1 d) de su informe, de que los EE.UU. no actuaron de forma incompatible con los párrafos 1 y 2 del artículo VI del GATT de 1994 ni con los párrafos 1 y 4 del artículo 2 y el párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping; y constata, en su lugar, que los EE.UU. actuaron de forma incompatible con el párrafo 2 del artículo VI del GATT de 1994 y el párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping al aplicar el zeroing simple en los cinco exámenes periódicos en cuestión en esta diferencia;

c) Constata que es innecesario, a efectos de resolver esta diferencia, formular otra constatación sobre la alegación de México de que el zeroing simple en los

por el Japón en calidad de tercero participante, párrafo 110; y comunicación presentada por Tailandia en calidad de tercero participante, párrafo 38.

⁴⁹⁴ Véase el Informe del Órgano de Apelación, en la DS344 Estados Unidos – Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México, párrafo 78.

exámenes periódicos es, en sí misma y en su aplicación en los cinco exámenes periódicos en cuestión en esta diferencia, incompatible con el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping, y sobre la alegación conexas de México fundada en el artículo 11 del ESD; y

d) No formula otra constatación en el sentido de que el Grupo Especial incumplió los deberes que le imponía el artículo 11 del ESD al formular constataciones que están en contradicción con las formuladas en anteriores informes del Órgano de Apelación adoptados por el OSD.

15.4.4. Estudio

El Órgano de Apelación recomendó que el OSD pidiera a los EE.UU. que pusieran las medidas que, según se había constatado en el informe del Órgano de Apelación y en el informe del Grupo Especial modificado por el informe del Órgano de Apelación, eran incompatibles con el GATT de 1994 y el Acuerdo Antidumping, en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud de esos Acuerdos. El 20 de mayo de 2008, el OSD adoptó el informe del Órgano de Apelación y el informe del Grupo Especial, modificado por el informe del Órgano de Apelación⁴⁹⁵.

En la reunión del OSD de 2 de junio de 2008, los EE.UU. notificaron al OSD que se proponían cumplir las obligaciones que les corresponden en el marco de la OMC y afirmaron que necesitarían un plazo prudencial para la aplicación. El 11 de agosto de 2008, México solicitó que el plazo prudencial se determinara mediante arbitraje vinculante de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21. El 22 de agosto de 2008, México solicitó al Director General que designara al árbitro. El 29 de agosto de 2008, el Director General designó a Feliciano para que actuara como árbitro. El 1º de septiembre de 2008, Feliciano aceptó su designación como árbitro. El 31 de octubre de 2008, se distribuyó a los Miembros el laudo arbitral. El

⁴⁹⁵ http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds344_s.htm, consultada el 6 de enero de 2010.

Árbitro determinó que el plazo prudencial para que los EE.UU aplicaran las recomendaciones y resoluciones del OSD sería de 11 meses y 10 días desde la adopción de los informes del Grupo Especial y el Órgano de Apelación. El plazo prudencial expiró el 30 de abril de 2009⁴⁹⁶.

El 18 de mayo de 2009, México y los EE.UU. notificaron al OSD el Acuerdo relativo a los procedimientos previstos en los artículos 21 y 22 del ESD. El 19 de agosto de 2009, México solicitó la celebración de consultas de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. El 28 de agosto de 2009, el Japón solicitó ser asociado a las consultas. El 7 de septiembre de 2010, México solicitó el establecimiento de un Grupo Especial sobre el cumplimiento. En su reunión de 21 de septiembre de 2010, el OSD acordó remitir al Grupo Especial inicial, de ser posible, la cuestión planteada por México en relación con esta diferencia. China, Corea, el Japón y la Unión Europea se reservaron sus derechos en calidad de terceros. Posteriormente, Brasil se reservó sus derechos en calidad de tercero⁴⁹⁷.

Debido a que uno de los integrantes del Grupo Especial inicial no estaba disponible, las partes acordaron la designación de un integrante de grupo especial sustituto. La composición del Grupo Especial sobre el cumplimiento se estableció el 13 de mayo de 2011⁴⁹⁸.

El incumplimiento de la resolución y recomendación del OSD en el presente análisis, es un reflejo de la fragilidad del sistema de solución de diferencias de la OMC. Además, disputas como las de CE-Bananas III, Estados Unidos-Enmienda Byrd, Estados Unidos-Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor y Estados Unidos –Artículo 211 de la Ley de Asignaciones, son ejemplos que demuestran que los Miembros más poderosos, en este caso EE.UU. y las CCEE, son capaces

⁴⁹⁶ Idem.

⁴⁹⁷ http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds344_s.htm, consultada el 02 de febrero de 2011

⁴⁹⁸ http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds344_s.htm, consultada el 15 de noviembre de 2011.

de retar a la OMC y a sus Miembros y de poner en duda la legitimidad y la eficacia de su sistema de solución de diferencias a través del incumplimiento reiterado de sus obligaciones⁴⁹⁹.

Aquí se ve parte de la ineficacia del sistema de cumplimiento del sistema de solución de diferencias de la OMC y el control que tiene EE.UU. en el manejo de éste sistema.

Con respecto a las conclusiones a las que llega el Órgano de Apelación, tal y como afirma Japón, al aducir que el Grupo Especial incurrió en error al rechazar la alegación de México de que el zeroing simple en los exámenes periódicos es incompatible con el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping. Japón se refirió a los anteriores informes del Órgano de Apelación que han indicado claramente que la utilización del zeroing en los exámenes periódicos no es algo "imparcial, equilibrado y no sesgado" y, por consiguiente, es incompatible con la prescripción de realizar una "comparación equitativa", establecida en el párrafo 4 del artículo 2⁵⁰⁰.

Tal y como afirman México y Japón, los procedimientos de zeroing impugnados por México en la presente diferencia son los mismos que el Órgano de Apelación constató que eran incompatibles con la OMC en EE.UU. – Zeroing (Japón); asimismo, acertadamente sostuvo que esas resoluciones anteriores

⁴⁹⁹ http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds27_s.htm,
http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds234_s.htm,
http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds160_s.htm,
http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds176_s.htm, consultadas el 02 de febrero de 2011.

⁵⁰⁰ Véase el Informe del Órgano de Apelación, en la DS344 Estados Unidos – Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México, en el párrafo 56 donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, CE - Ropa de cama, párrafo 55; el informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión, párrafo 135; el informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Madera blanda V (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá), párrafos 140-142; y el informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Zeroing (Japón), párrafo 146).

deberían seguirse en este caso para garantizar la seguridad y previsibilidad del sistema internacional de comercio⁵⁰¹.

Con acertado fundamento, las CCEE sostuvieron que el zeroing simple en los exámenes periódicos es incompatible con las prescripciones del artículo VI del GATT de 1994 y el artículo 2 y el párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping, así como de que el "dumping" y los "márgenes de dumping" se establezcan con respecto al producto en su conjunto. Esta prescripción implica que no puede constatarse la existencia de "dumping" y "márgenes de dumping" únicamente para un tipo, modelo o categoría de ese producto, incluida "una 'categoría' integrada por una o más transacciones de exportación de precios relativamente bajos"⁵⁰². Las autoridades investigadoras pueden realizar en un examen periódico comparaciones múltiples del promedio ponderado del valor normal con transacciones de exportación individuales; pero los resultados de todas esas comparaciones múltiples deben agregarse para establecer el margen de dumping con respecto al producto en su conjunto⁵⁰³.

Además, las CCEE sostuvieron que el zeroing simple en los exámenes periódicos es incompatible con la obligación superior e independiente establecida en el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping de realizar una comparación equitativa entre el precio de exportación y el valor normal. Estando de acuerdo con las CCEE, el zeroing simple en los exámenes periódicos es contrario a la prescripción de realizar una comparación equitativa, porque impide a las autoridades investigadoras tener en cuenta por igual todos los datos relativos al valor normal y al precio de exportación y porque es "intrínsecamente sesgado" contra los exportadores, por cuanto infla artificialmente los márgenes de dumping

⁵⁰¹ Véase el informe del Grupo Especial, DS344 Estados Unidos- Acero inoxidable (México) párrafo 7.22

⁵⁰² Comunicación presentada por las Comunidades Europeas en calidad de tercero participante, párrafo 59.

⁵⁰³ Véase el Informe del Órgano de Apelación, en la DS344 Estados Unidos – Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México, párrafo 44.

con independencia de cualquier cambio en el comportamiento del exportador en la fijación de precios⁵⁰⁴.

De la misma manera Japón adujo acertadamente que el párrafo 1 del artículo VI del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping definen "dumping" y "márgenes de dumping" en relación con un "producto en su conjunto, y no con una subparte del producto"⁵⁰⁵. Por lo tanto, no se puede constatar que existen "dumping" ni "márgenes de dumping" a nivel de modelos específicos o transacciones específicas. Sin embargo, está claro que los conceptos de "dumping" y "márgenes de dumping" se refieren al comportamiento de los exportadores y los productores extranjeros en la fijación de precios, y no pueden establecerse sobre la base de cada importador⁵⁰⁶.

Por su parte México, hizo referencia a la decisión del Órgano de Apelación en Estados Unidos - Zeroing (Japón) y sostuvo que el zeroing es "intrínsecamente parcial" y, por ende, viola el requisito establecido en el párrafo 4 del artículo 2 de realizar una "comparación equitativa" entre el valor normal y el precio de exportación; "infla de manera artificial" el margen de dumping al ignorar sistemáticamente los precios de exportación que exceden del valor normal. México también señaló que, para llegar a la constatación de que el zeroing simple en los exámenes periódicos no es incompatible con el párrafo 4 del artículo 2, el Grupo Especial se apoyó en su conclusión errónea de que el zeroing simple no es, en sí misma, incompatible con los párrafos 1 y 2 del artículo VI del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 y el párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping⁵⁰⁷.

El Órgano de Apelación sobre la base de su análisis del párrafo 1 del artículo VI del GATT de 1994 y del párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo Antidumping, destacó lo siguiente en Estados Unidos - Madera blanda V:

⁵⁰⁴ Ibidem, párrafo 45.

⁵⁰⁵ Ibidem, párrafo 52.

⁵⁰⁶ Japón encuentra apoyo contextual para sus argumentos en el párrafo 10 del artículo 6 del Acuerdo Antidumping.

⁵⁰⁷ Véase el Informe del Órgano de Apelación, en la DS344 Estados Unidos – Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México, párrafo 15.

“Es evidente que una autoridad investigadora puede calcular promedios múltiples para establecer los márgenes de dumping correspondientes a un producto objeto de investigación.... Sin embargo, los resultados de las comparaciones múltiples a nivel de subgrupo no son "márgenes de dumping" en el sentido del párrafo 4.2 del artículo 2. Antes bien, esos resultados sólo son reflejo de los cálculos intermedios efectuados por una autoridad investigadora en el contexto del establecimiento de márgenes de dumping para el producto objeto de investigación. Por tanto, una autoridad investigadora sólo puede establecer márgenes de dumping para el producto objeto de investigación en su conjunto sobre la base de la agregación de todos esos "valores intermedios"⁵⁰⁸.

En las diferencias Estados Unidos - Zeroing (CE) y Estados Unidos - Zeroing (Japón), el Órgano de Apelación confirmó su interpretación del párrafo 1 del artículo VI y del párrafo 1 del artículo 2 y constató que la utilización del zeroing también estaba prohibida en el contexto de los procedimientos de fijación de derechos previstos en el párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping⁵⁰⁹. Además, el Órgano de Apelación destacó lo siguiente:

“Si como consecuencia del zeroing se prescinde de los resultados de determinadas comparaciones únicamente para calcular los márgenes de dumping, pero se toman en consideración para determinar la existencia de daño, eso significaría que las mismas transacciones se consideran "no objeto de dumping" para un fin y "objeto de dumping" para otro. Esto no está en consonancia con la necesidad de tratar coherentemente un producto en una investigación antidumping⁵¹⁰”.

Al igual que el Órgano de Apelación, considero que la aplicación del zeroing simple en los exámenes periódicos da lugar a que no se tengan plenamente en

⁵⁰⁸ Véase el Informe del Grupo de Apelación DS264 Estados Unidos — Madera blanda V (Artículo 21.5 — Canadá), párrafo 103.

⁵⁰⁹ Véase el informe del Órgano de Apelación, EE.UU. - Zeroing (CE), párrafos 125 y 135; informe del Órgano de Apelación, EE.UU. - Zeroing (Japón), párrafos 166 y 176. La cuestión de zeroing también se planteó en la diferencia Estados Unidos - Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión, donde el Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial de que la utilización del zeroing en un examen por extinción no era incompatible con el párrafo 4 del artículo 2 y el párrafo 3 del artículo 11 del Acuerdo Antidumping. Sin embargo, el Órgano de Apelación no completó el análisis porque las constataciones de hecho del Grupo Especial y los hechos no controvertidos por las partes no bastaban para ello. (Informe del Órgano de Apelación, EE.UU. - Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión, párrafos 133-138).

⁵¹⁰ Véase el Informe del Órgano de Apelación, EE.UU. - Zeroing (Japón), párrafo 128.

cuenta determinados modelos del producto objeto de investigación en la etapa de fijación de derechos⁵¹¹.

La posición de los EE.UU. según la cual el zeroing simple está permitido en los exámenes periódicos y la cual no comparto, se basa en el argumento de que es posible constatar la existencia de "dumping" y "márgenes de dumping" en el nivel de las transacciones y los importadores considerados individualmente al fijar los derechos antidumping que debe satisfacer cada importador⁵¹². De la misma manera, los EE.UU. erróneamente sugirieron que las expresiones "dumping" y "margen de dumping" pueden tener distinto significado en partes diferentes del Acuerdo Antidumping, y que un error importante de la jurisprudencia del Órgano de Apelación es la interpretación de que esas expresiones tienen un significado único en todo el Acuerdo Antidumping⁵¹³.

La posición de los EE.UU. no la comparto, ya que la definición de "dumping" se encuentra incorporada al Acuerdo Antidumping en el párrafo 1 del artículo 2, conforme al cual se considerará que un producto es "objeto de dumping" cuando su "precio de exportación" al "exportarse" de un país a otro sea menor que el precio comparable de un producto "similar" destinado al consumo en el país "exportador". Además, la frase inicial del párrafo 1 del artículo 2: "A los efectos del presente Acuerdo" aclara que esta definición de "dumping" se aplica a lo largo de todo el Acuerdo Antidumping, lo cual es trascendental⁵¹⁴.

La expresión "margen de dumping" se encuentra definido en el párrafo 2 del artículo VI del GATT de 1994 como la diferencia entre el "precio de exportación" y el "valor normal", es decir, "el precio en el mercado interior" del producto similar en el país exportador, determinada de conformidad con el párrafo 1 del artículo VI. En el párrafo 2 del artículo VI se aclara además que el "margen de dumping"

⁵¹¹ Véase el Informe del Órgano de Apelación, en la DS344 EE.UU. – Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México, párrafo 105.

⁵¹² Ibidem, párrafo 100.

⁵¹³ Ibidem, párrafo 79.

⁵¹⁴ Véase el informe del Órgano de Apelación, EE.UU. - Zeroing (Japón), párrafo 109.

guarda relación con el "producto" objeto de dumping. Por lo tanto, el "margen de dumping" mide el "grado" de dumping, según los términos del párrafo 1 del artículo 5 del Acuerdo Antidumping, o su "magnitud", según los términos del párrafo 4 del artículo 3. Dado que el "margen de dumping" es sólo una medida del dumping, tiene también el mismo sentido a lo largo de todo el Acuerdo Antidumping en virtud del párrafo 1 del artículo 2. Por lo que el contexto que se encuentra en otras disposiciones del Acuerdo Antidumping confirma que el "dumping" y el "margen de dumping" son conceptos referentes al exportador⁵¹⁵.

Tal y como afirma el Órgano de Apelación, el dumping se deriva del comportamiento en materia de precios de un exportador, por lo que una determinación adecuada de si un exportador está o no incurriendo en dumping sólo puede realizarse sobre la base de un examen de su comportamiento en materia de precios, reflejado en todas las transacciones que haya realizado a lo largo de un período de tiempo. También señala que en caso de que fuera admisible determinar un margen de dumping separado para cada transacción individual, habría varios márgenes de dumping para cada exportador y para el producto de que se trata. Pero la existencia de "dumping" y de varios "márgenes de dumping" a nivel de transacciones individuales no puede conciliarse con la adecuada interpretación y aplicación de diversas disposiciones del Acuerdo Antidumping⁵¹⁶.

Por lo anteriormente argumentado la idea de que el dumping y el margen de dumping pueden existir en el nivel de una transacción individual contradice estos principios básicos del Acuerdo Antidumping⁵¹⁷.

⁵¹⁵ Véase el Informe del Órgano de Apelación, en la DS344 EE.UU. – Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México, párrafo 84.

⁵¹⁶ Véase el Informe del Órgano de Apelación, en la DS344 EE.UU. – Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México, párrafo 98. También el informe del Órgano de Apelación, EE.UU - Zeroing (Japón), párrafo 126.

⁵¹⁷ Véase el Informe del Órgano de Apelación, en la DS344 Estados Unidos – Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México, párrafo 97.

Al igual que México y Japón sostengo que la negativa del Grupo Especial a seguir anteriores informes del Órgano de Apelación en los que se trataron "exactamente las mismas medidas y alegaciones" equivale a no haber realizado una evaluación objetiva del asunto conforme a lo que exige el artículo 11 del ESD⁵¹⁸.

Por su parte las CCEE señalan que no hay ninguna norma que exija a los Grupos Especiales de la OMC seguir las decisiones adoptadas por el Órgano de Apelación, y que dichas decisiones son vinculantes únicamente para las partes en el procedimiento y en relación con la diferencia de que se trate. A pesar de ello, las CCEE observan que, en la práctica, los Grupos Especiales siguen las decisiones del Órgano de Apelación cuando abordan cuestiones jurídicas similares. A través de sus decisiones, el Órgano de Apelación procura armonizar su jurisprudencia citando sus decisiones anteriores, cuando procede. De acuerdo con las CCEE, esto tiene por objeto aportar "seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio", conforme a lo que establece el párrafo 2 del artículo 3 del ESD⁵¹⁹.

CHO comenta que aunque los informes anteriores del Órgano de Apelación no son vinculantes, esto no libera a los Grupos Especiales de la observancia de los mismos⁵²⁰. Como lo señalé, aunque en términos estrictos no son obligatorias, las constataciones anteriores del Órgano de Apelación "crean expectativas legítimas en los Miembros de la OMC"⁵²¹ y, por lo tanto, se espera que los Grupos Especiales sigan las conclusiones anteriores del Órgano de Apelación, sobre todo cuando las cuestiones son las mismas. Tailandia hace hincapié en que el hecho de que un Grupo Especial no se atenga a la relación jerárquica entre los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación, en especial cuando el Órgano de Apelación ha decidido de manera reiterada sobre la misma cuestión, menoscaba el

⁵¹⁸ Ibidem, párrafo 57.

⁵¹⁹ Véase el Informe del Grupo Especial, Estados Unidos- Zeroing (México), párrafo 7.21.

⁵²⁰ CHO, S., *Global Constitutional Lawmaking (forthcoming)*...*op. cit.*

⁵²¹ Comunicación presentada por Tailandia en calidad de tercero participante, párrafo 13, donde se cita el informe del Órgano de Apelación, Japón - Bebidas alcohólicas II, página 18.

funcionamiento eficaz del sistema de solución de diferencias de la OMC y socava su seguridad y previsibilidad⁵²². Por su parte el Órgano de Apelación para evitarse confrontaciones se negó a determinar si el Grupo Especial había violado el ESD, atribuyendo las conclusiones del Grupo a una comprensión errónea de las disposiciones legales en cuestión.

Después de este análisis paso a dar respuesta a las interrogantes que planteo en el presente análisis.

15.4.5. Respuestas a las cuestiones jurídicas

1.- ¿Los Grupos Especiales están o no obligados a seguir los informes del Órgano de Apelación previamente adoptados que traten el mismo tema?

Los Grupos Especiales en términos estrictos no están obligados a seguirlos, pero es de gran relevancia jurídica el seguir sus lineamientos ya que los informes anteriores del Órgano de Apelación crean expectativas legítimas en los Miembros de la OMC y, por lo tanto, se espera que los Grupos Especiales sigan las conclusiones anteriores del Órgano de Apelación, sobre todo cuando las cuestiones son las mismas. Tailandia hizo hincapié en que el hecho de que un Grupo Especial no se atenga a la relación jerárquica entre los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación, en especial cuando el Órgano de Apelación ha decidido de manera reiterada sobre la misma cuestión, menoscaba el funcionamiento eficaz del sistema de solución de diferencias de la OMC y socava su seguridad y previsibilidad.

2.- ¿El Órgano de Apelación debe seguir su interpretación previa al examinar un informe de un Grupo Especial que desestimó esa interpretación?

⁵²² Véase el Informe del Órgano de Apelación, en la DS344 Estados Unidos – Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México, párrafo 58.

Si, ya que el Órgano de Apelación debe armonizar y uniformar su jurisprudencia para aportar seguridad y previsibilidad en cuestiones de derecho y en las interpretaciones jurídicas de los acuerdos abarcados.

3.- ¿Las expresiones "dumping" y "margen de dumping", a los efectos del párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping, son conceptos relacionados con el exportador o con el importador?

A los efectos del párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping confirma que el "dumping" y el "margen de dumping" son conceptos referentes al exportador.

4.- ¿Es posible constatar, a los efectos del párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping, la existencia de "dumping" y "margen de dumping" a nivel de transacciones e importadores determinados?

Como ha confirmado el Órgano de Apelación, no existen márgenes de dumping respecto de importadores o transacciones individuales, sino que se refieren al comportamiento en materia de precios de los exportadores y productores extranjeros con respecto a sus exportaciones del producto considerado⁵²³.

5.- ¿En los procedimientos de fijación de derechos previstos en el párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping es admisible descartar la cuantía en que el precio de exportación excede del valor normal en cualquier transacción de exportación?

No, ya que no se ve base alguna en el párrafo 3 del artículo 9 del Acuerdo Antidumping para descartar los resultados de las comparaciones cuando el precio de exportación excede del valor normal al calcular el margen de dumping correspondiente a un exportador.

⁵²³ Véase el informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Zeroing (Japón), párrafo 111.

16. Evaluación de la jurisprudencia del zeroing en la OMC

CHO comenta que la jurisprudencia audaz que el Órgano de Apelación ha creado derribando al zeroing ha invitado a una buena cantidad de críticas desde distintos frentes. En ninguna parte de los textos de la OMC y del Acuerdo Antidumping, así como en sus antecedentes legislativos llamados así a los antecedentes de la negociación de la Ronda Uruguay, se hace una prohibición explícita de esta práctica existente. Según EE.UU., por lo tanto, el Órgano de Apelación está "haciendo un reglamento que los EE.UU. nunca negoció"⁵²⁴.

En esta línea, el gobierno de EE.UU. ha observado que una prohibición del zeroing, simplemente no se puede encontrar en el texto del Acuerdo Antidumping. De la misma manera comenta que si los Miembros no se pusieron de acuerdo en la cuestión del zeroing en la Ronda de Uruguay, ésta no es razón para que se deje a la solución de controversias. Dice que los mismos Miembros deberían esforzarse por llegar a un acuerdo sobre esta cuestión a través de la negociación⁵²⁵.

De hecho, el artículo 17.6(ii) del Acuerdo Antidumping establece que si el Grupo Especial llega a la conclusión de que una disposición pertinente del Acuerdo se presta a varias interpretaciones admisibles, declarará que la medida adoptada por las autoridades está en conformidad con el Acuerdo si se basa en alguna de esas interpretaciones admisibles. Wolff comenta que de acuerdo a este artículo, la jurisprudencia del Órgano de Apelación que invalida el zeroing, el cual no se encuentra prohibido por el artículo VI del GATT ni por el Acuerdo Antidumping, equivaldría a "*legislar para llenar los vacíos que hay en el mismo Acuerdo respecto a los derechos antidumping y por lo tanto viola el estándar de revisión que figura en el Acuerdo Antidumping*"⁵²⁶.

⁵²⁴ CHO, J., *The World Trade Constitutional Court*, Chicago-Kent College of Law, Illinois Institute of Technology, disponible en http://works.bepress.com/sungjoon_cho/48/, consultada el 28 de junio de 2010.

⁵²⁵ Communication from the United States, Offsets for Non-Dumped Comparisons, TN/RL/W/208, Jun. 5, 2007, at 2 [The U.S. June 2007 Communication].

⁵²⁶ WOLFF, A., *Problems with WTO Dispute Settlement*, 2 CHI. J. INT'L L, 2001, pp.417, 421; véase también ALFORD, R., *Reflections on U.S. – Zeroing: A Study in Judicial Overreaching by the*

En EE.UU. el artículo § 2101 (b) (3) (B) de la Ley 2001 TPA⁵²⁷ (*Trade Promotion Authority*) establece lo siguiente "al Congreso le preocupa que los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación en la solución de controversias de la OMC y el Órgano de Apelación apliquen apropiadamente el criterio de revisión contenido en el artículo 17.6 (ii) del Acuerdo Antidumping..."⁵²⁸. En un contexto similar, un grupo de diez senadores de EE.UU. enviaron una carta a la USTR (*United States Trade Representative*) y al USDOC en diciembre de 2006 advirtiendo que la eliminación del zeroing llevaría un debilitamiento dramático de las leyes antidumping de los EE.UU.⁵²⁹.

Frente a estas protestas del Congreso, algunos comentaristas advierten que con la actitud del Órgano de Apelación respecto al zeroing, los EE.UU. podrían bloquear el otorgamiento de generosas concesiones en las negociaciones comerciales⁵³⁰. Según ellos el activismo judicial del Órgano de Apelación puede terminar con una victoria pírrica para liberar negociaciones⁵³¹.

Se ha realizado y mostrado las principales críticas de los Miembros de la OMC que se han dado con respecto a la práctica del zeroing por parte de los Miembros de la OMC, así como de expertos en la materia con respecto a la

WTO Appellate Body, 45 COLUM. J. TRANSNAT'L L.2006, pp. 199-202; GREENWALD, J., *WTO Dispute Settlement: An Exercise in Trade Law Legislation?*, 6 J. INT'L ECON. L., 2003, p. 114.

⁵²⁷ La Autoridad de Promoción del Comercio (TPA), contiene un marco para una estrecha colaboración entre el Congreso y el Presidente. El TPA Act dispone que el Congreso vote sin enmienda y dentro de un periodo definido sobre la legislación que implementa acuerdos de comercio que remita al presidente. El TPA Act también exige al presidente notificar, consultar e informar al Congreso sobre la negociación de acuerdos de comercio que busque implementar a través de los procedimientos de autorizaciones de comercio. El TPA Act también establece objetivos detallados para negociaciones comerciales en el nivel multilateral, regional y bilateral.

⁵²⁸ Pub. L. No. 107-210, 116 Stat. 933(2002), § 2101(b)(3)(B).

⁵²⁹ BREVETTI, R., *U.S. Zeroing Methodology Hit Again by WTO Appellate Body*, 24 INT'L TRADE REP. 53, Jan. 11, 2007.

⁵³⁰ TARULLO, D., *Paved with Good Intentions: The Dynamic Effects of WTO Review of Anti-Dumping Action*, 2 WORLD TRADE REV. 373, 374 (2003); Steinberg, Richard H. Steinberg, *Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints*, 2204, 98 AM. J. INT'L L. 261. Sin embargo la United States General Accounting Office (GAO), *World Trade Organization: Standard of Review and Impact of Trade Remedy Rulings*, July 2003: observó que los expertos jurídicos consultados de la GAO, llegaron a la conclusión de que la OMC ha aplicado correctamente las normas de revisión y ha decidido acertadamente sobre la metodología del zeroing.

⁵³¹ TARULLO, D., *Paved with Good Intentions: The Dynamic Effects of WTO Review of Anti-Dumping Action... op. cit.*, p. 374.

práctica del zeroing por los EE.UU. No estoy de acuerdo con los EE.UU. en afirmar que el Órgano de Apelación ha interpretado erróneamente los textos, el control jurisdiccional y la soberanía de la OMC al prohibir la práctica del zeroing entre los miembros de la OMC, lo anterior en virtud de que se ha demostrado claramente que dicha práctica ejercida por EE.UU. deja en completo estado de indefensión y vulnerabilidad a los demás Miembros.

Capítulo 3

Los mecanismos de solución de controversias en el TLCAN

A.- Antecedentes

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte⁵³² (en adelante, TLCAN) ha sido considerado como uno de los Tratados más avanzados en resolución de conflictos. Sus mecanismos de resolución de controversias comerciales han servido de inspiración a otros Acuerdos de gran importancia como la Ronda de Uruguay que culminó con la creación de la OMC.

Se puede pensar que discutir la forma en cómo se deben solucionar las controversias durante la negociación de un Tratado internacional es como hablar de las opciones de divorcio en el sermón de una boda. Sin embargo es muy importante señalar que en todo Tratado internacional las disposiciones que contienen las obligaciones entre los Estados son igual de importantes como las que contienen las instituciones y los procedimientos necesarios para resolver futuras controversias⁵³³.

En el contexto del TLCAN, la solución de controversias tiene mayor relevancia debido al incremento en el comercio de bienes y servicios, así como de inversiones generadas por la liberación negociada, lo cual conduce inevitablemente a un aumento de controversias entre los socios del TLCAN.

⁵³² En Agosto de 1990 el presidente Carlos Salinas de México, el presidente George Bush de los EE.UU. y el Primer Ministro de Canadá, Brian Mulroney anunciaron la intención de negociar un Acuerdo de libre comercio de América del Norte. En junio de 1991 se iniciaron formalmente en Toronto las negociaciones con la primera ronda de los 19 grupos de trabajo que se establecieron para este propósito. Después de más de un año de negociaciones, en agosto de 1992, se anunció la culminación exitosa del proceso y se había alcanzado un acuerdo que llevaría a la creación gradual de una zona de libre comercio entre los tres países. La llegada de Clinton a la presidencia de EE.UU., con la derrota de Bush en las elecciones presidenciales de noviembre de 1992, llevó a la negociación de los acuerdos paralelos en cuestiones laborales, del medio ambiente y sobre incrementos imprevistos en las importaciones. Éstos fueron concluidos en agosto de 1993 y después del voto aprobatorio de la Cámara de Representantes del Congreso de EE.UU., el Tratado entró en vigor el 1º de enero de 1994. TAMAYO, A., MARICAL, J., VALVERDE, M., *Para evaluar el TLCAN*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2001, p.7

⁵³³ REISMAN, M. Y WIEDMAN, M., *Contextual Imperatives of Dispute Resolution Mechanisms. Some Hypotheses and their Applications in the Uruguay Round and NAFTA*, en *Journal of World Trade Law*, vol. 29, núm. 3, junio de 1995, p. 5.

La globalización ha contribuido al incremento en el uso a nivel mundial de las técnicas alternativas para la solución de controversias⁵³⁴. Existen técnicas que buscan que los socios comerciales arreglen sus diferencias entre ellos mismos, como las consultas, o bien con la intervención de un tercero como los buenos oficios, la mediación, la conciliación y el arbitraje, entre otros⁵³⁵. Sin embargo, la implementación de un Órgano de Apelación Permanente en los mecanismos de solución de controversias del TLCAN fomentará la utilización de los medios alternativos y el diálogo entre las partes.

El hecho de que Canadá, EE.UU. y México cuenten con sistemas jurídicos diferentes no repercute negativamente en la operación del Tratado, prueba de ello es la experiencia que se ha tenido en la Comunidad Europea, en la cual confluyen Estados cuyo sistema jurídico tiene su fundamento tanto en el sistema anglosajón como en el civilista o romanista, sin menoscabo en la operación y funcionamiento de la CE.⁵³⁶

⁵³⁴ “La globalización económica se refiere a la integración mundial de los mercados (...) uno de sus efectos es la expansión de mercados de bienes y servicios, capital financiero y propiedad intelectual de una dimensión nacional a dimensiones transnacionales, regionales y (...) globales”. Véase HUERTA, Y., *Economic Globalization and Intellectual Property*, ponencia presentada en el coloquio internacional “El impacto de la globalización económica en los sistemas jurídicos nacionales”, Instituto de Investigaciones Jurídicas e International Association of Legal Science, México, 10-12 de junio de 1998.

⁵³⁵ En la práctica es difícil trazar la frontera entre los buenos oficios y la mediación. No obstante puede decirse que normalmente un tercero ejerce sus *buenos oficios* cuando trata de acercar o aproximar a los socios comerciales en la controversia para que reanuden negociaciones directas, ofreciéndoles así un cause de comunicación. Ese tercero se convierte en *mediador* cuando está autorizado a hacer algo más que actuar simplemente como intermediario al tomar parte activa en el proceso de arreglo de la controversia, haciendo propuestas para su solución y celebrando reuniones con las partes en la controversia para examinar estas últimas. Por otro lado, la *conciliación* y la *mediación* están normalmente a cargo de una comisión. En cuanto a la *conciliación*, dos funciones por lo general le son propias: la de investigar y aclarar los hechos que son objeto de la controversia y, como en el caso de la *mediación*, la de procurar que los socios comerciales en la controversia lleguen a un acuerdo, sugiriéndoles soluciones mutuamente aceptables al problema. En el *arbitraje*, el tercero actúa como juez al resolver la controversia mediante un laudo con fuerza vinculativa para las partes del conflicto, quienes están obligados a acatarlo. LEYCEGUI, B., FERNANDEZ, R., *TLCAN ¿Socios Naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2000, México, D.F., p. 538.

⁵³⁶ SERRANO, F., *El Mecanismo de Solución de Controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, en *Resolución de Controversias Comerciales en América del Norte*, coordinador Witker, J., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 87.

Dentro de los objetivos principales del TLCAN, está el de “crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias...”⁵³⁷. El sistema de solución de controversias en el TLCAN se encuentra integrado por un conjunto de reglas, instituciones y procedimientos mediante el cual México, EE.UU. y Canadá buscaron prevenir, atender y resolver los problemas y diferencias que se fueran presentando, ya que de no haberse incluido dicho régimen o de carecer de efectividad, los socios comerciales no tendrían la posibilidad de exigir el cumplimiento de lo convenido.

El TLCAN contiene 3 tipos de mecanismos para la solución de controversias⁵³⁸ que se distinguen por: i) el tipo de controversias que cada uno pretende resolver, ii) los sujetos que intervienen en ellos; iii) las reglas de procedimiento que les aplican y iv) las consecuencias de sus decisiones, a saber: 1. El general, contenido en el Capítulo XX y se denomina “Disposiciones Institucionales y Procedimientos para la Solución de Controversias”, que instituye los llamados Paneles Arbitrales, para resolver controversias Estado contra Estado sobre la interpretación y aplicación del Tratado; 2. El mecanismo relativo a las cuotas antidumping y compensatorias del Capítulo XIX y se denomina “Revisión y Solución de Controversias en Materia Antidumping y Cuotas Compensatorias”, que instituye los llamados Paneles Binacionales, para resolver controversias entre los particulares contra el Estado sobre dicha materia; y 3. El mecanismo relativo a las inversiones en general Capítulo XI y se denomina “Inversiones”, que prevé la

⁵³⁷ Artículo 102 fracción (e) del TLCAN.

⁵³⁸ Existen, además, el mecanismo de solución de controversias del Acuerdo de Cooperación Ambiental, y el mecanismo de solución de controversias del Acuerdo de Cooperación Laboral. Hay quienes consideran como mecanismos de solución de controversias adicionales al Artículo 1805 en materia de revisión e impugnación de acciones administrativas definitivas relacionadas con los asuntos del TLCAN, por parte de tribunales internos en cada país, al mecanismo del capítulo XX cuando se aplica a los servicios financieros mediante una lista separada de árbitros y a la Sección C del capítulo XX (Procedimientos internos y soluciones comerciales privadas). Asimismo, los capítulos VIII (Medidas de Emergencia), X (Compras de Gobierno), y XVII (Propiedad Intelectual) contienen disposiciones que obligan a las partes a tener mecanismos nacionales para resolver las controversias y asegurar el debido cumplimiento de los compromisos derivados del TLCAN en estas materias.

integración de Tribunales Arbitrales para la solución de conflictos entre los inversionistas y el Estado.

En lo que concierne a este trabajo de tesis, el interés se centra en los mecanismos de los capítulos XIX y XX por tratarse de mecanismos análogos a los de la OMC en materias comerciales.

Dichos mecanismos necesitan la creación de un Órgano de Apelación Permanente como el de la OMC, con la finalidad de hacer el proceso más seguro, eficaz, eficiente y se logre un equilibrio entre los miembros del TLCAN, ya que los sistemas de solución de controversias en los acuerdos regionales son esencialmente los mismos: la instauración de paneles arbitrales *ad hoc*, que resuelven cada controversia en particular, esto después de haber pasado por una fase diplomática, que muchas veces fracasa, acto continuo el tribunal *ad hoc*, emite una resolución sin carácter vinculante y coercitiva entre las partes en conflicto, ya que las partes tiene la facultad de atenerse a la resolución o no y en este último caso pueden optar por llegar a una negociación totalmente diferente al informe del panel.

De la misma manera resulta importante comentar que los paneles *ad hoc*, carecen de ser permanentes, y por ende dan menor seguridad jurídica a las partes y no son expeditos los procedimientos, pues como veremos en el presente capítulo, la elección e instauración de los paneles arbitrales en el TLCAN, pueden durar mucho tiempo.

B.- El Mecanismo General de Solución de Controversias en el TLCAN

1.- Antecedentes

Como principal punto de partida en el diseño del Mecanismo General de Solución de Controversias (en adelante, MGSC) del capítulo XX⁵³⁹ del TLCAN

⁵³⁹ Para una visión del funcionamiento del mecanismo del capítulo XX desde la perspectiva de uno de sus expanelistas véase los artículos de Sidney Picker. PICKER, S., *NAFTA Chapter Twenty*.

servió el capítulo XVIII relativo a la resolución de controversias del Acuerdo de Libre Comercio entre EE.UU. y Canadá⁵⁴⁰ (en adelante, ALC) ya que contiene el procedimiento general para la solución de controversias relativas a cuestiones sobre la aplicación, interpretación, así como la experiencia relativa a su funcionamiento⁵⁴¹. La naturaleza trilateral del TLCAN obligó a que se tuviera que regular una serie de soluciones nuevas⁵⁴². De la misma manera sirvieron como punto de referencia algunas de las novedosas disposiciones contenidas en los artículos XXII y XXIII del ESD.

Para responder a la diversidad y complejidad de las obligaciones pactadas, el MGSC hace uso de una amplia gama de técnicas o métodos alternativos de resolución de diferencias ante diversas instancias. En el diseño de este

Reflection on Party to Party Dispute Resolutions, Arizona Journal Of International and Comparative Law, spring, 1997, vol. 14, pp. 465-478 y PICKER S., *The NAFTA Chapter 20 Dispute Resolution Process: A view from the Inside*, Canada-United States Law Institute Conference NAFTA Revisited, núm. 23, Cleveland, Ohio, April 18-20, 1997, pp. 525-540. HUERTA, J., *Mexico in the WTO and NAFTA: litigating international trade disputes*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2010, pp. 13-16.

⁵⁴⁰ A su vez, el capítulo 18 del ALC se basó en los avances en solución de controversias del GATT y en el artículo 19 del Acuerdo de Libre Comercio EE.UU.-Israel, referido a solución de controversias. SIQUEIROS, L., *La resolución de controversias en el Tratado Trilateral de Libre Comercio entre México, Estados Unidos de América y Canadá*, en Panorama Jurídico del TLC (Memorias), México Universidad Iberoamericana, Departamento de Derecho, enero, 1992, p. 70.

⁵⁴¹ STEGER, D., *El Tratado de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos: abriendo nuevos caminos*, en *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio*, coordinador Jorge Witker, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1002, p. 143. La experiencia del *Free Trade Agreement (FTA)* entre EE.UU. y Canadá en lo que toca este tema se recogió en un estudio elaborado conjuntamente por la *American Bar Association*, la *Canadian Bar Association* y por la Barra Mexicana de Abogados (caps. 18 y 19). Con fundamento en dichos datos, se formularon diversas recomendaciones que fueron presentadas ante los respectivos negociadores nacionales del TLCAN y, tal como dice SIQUEIROS: “*parece ser que las tres recomendaciones de las tres barras de abogados no recibieron la aprobación de los negociadores*”. El citado jurista presentó otros comentarios por demás procedentes en su estudio al que hacemos referencia. Véase SIQUEIROS, J. L., *Disposiciones institucionales y procedimientos, para la solución de controversias en el TLC*, en Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio II, Universidad Iberoamericana, México, 1993, pp. 79-80. De la misma manera LEIR dice que el ALC ofrece una variedad de mecanismos de solución de controversias, algunos únicos en el campo del derecho internacional, otros son adaptaciones de los sistemas existentes a las necesidades de la relación económica de los dos países, véase LEIR, M. R., *The Canada-U.S. Free Trade Agreement: New Directions in Dispute Settlement*, American Society of International Law. Proceedings of the 83er Annual Meeting, Chicago, April 5-8, 1989, p. 252.

⁵⁴² Para mayor información sobre las diferencias entre el MGSC del Acuerdo de Libre Comercio entre EE.UU. y Canadá y el del TLCAN, véase LEYCEGUI, B., *Reflexiones en torno al régimen general de prevención, administración y solución de controversias previsto en los capítulos 18 y 20 del Tratado de Libre Comercio*, Escuela Libre de Derecho, México, 1993.

mecanismo se buscó lograr la combinación apropiada de métodos diplomáticos, políticos y legales⁵⁴³.

En primer lugar se debe mencionar al “mecanismo general”, y se le llama así porque en principio es aplicable a todas las controversias derivadas del TLCAN y se encuentran las disposiciones sobre las instituciones que se encargan de vigilar el cumplimiento y el desarrollo del TLCAN⁵⁴⁴.

Este mecanismo puede ser activado por cualquiera de las Partes, por controversias derivadas de la aplicación o interpretación del Tratado ya sea por medidas vigentes o en proyecto, o cuando sin violar expresamente las disposiciones del Tratado las medidas adoptadas por una de las Partes causen anulación o menoscabo. Este último concepto se refiere a aquella situación en la que un Estado no permite a la otra Parte o a sus particulares, gozar de los beneficios acordados en el texto negociado, tales como las reducciones arancelarias o la eliminación de obstáculos técnicos al comercio entre otros, no obstante que no se estén violando ninguna disposición expresa del Tratado⁵⁴⁵.

No obstante lo anterior, existen determinadas controversias que no puede ventilarse conforme a este mecanismo tales como las controversias sobre cuotas antidumping y cuotas compensatorias, ya que éstas deben ser sometidas al

⁵⁴³ En relación con estas técnicas para la solución de controversias entre Estados, véase JACKSON, J., “*Rule Implementation and Dispute Resolution*”, en *The World Trading System, Law and Policy of International Economic Relations*, The MIT Press, Cambridge, Mass, 1991, p. 83-113.

⁵⁴⁴ AGUILAR, G., *Solución de controversias y prácticas desleales*, celebrada en el salón Sebastián Lerdo de Tejada del Senado de México, el 13 de noviembre de 1992.

⁵⁴⁵ Artículo 2004 del TLCAN: “1. Las Partes podrán recurrir al mecanismo de solución de controversias de este capítulo, cuando en virtud de la aplicación de una medida que no contravenga el Tratado, consideren que se nulifican o menoscaban los beneficios que razonablemente pudieron haber esperado recibir de la aplicación de las siguientes disposiciones: a) Segunda Parte, “Comercio de bienes”, salvo las relativas a inversión del Anexo 300-A, “Comercio e inversión en el sector automotriz”, o del Capítulo VI, “Energía”; b) Tercera Parte, “Barreras técnicas al comercio”; c) Capítulo XII, “Comercio transfronterizo de servicios”; o d) Sexta Parte, “Propiedad Intelectual”. 2. Las Partes no podrán invocar: a) el párrafo 1 (a) o (b), en la medida que el beneficio derive de cualquier disposición relativa al comercio transfronterizo de servicios de la Segunda o Tercera Parte; o b) el párrafo 1 (c) o (d); en relación con las medidas sujetas a una excepción de conformidad con el Artículo 2101, “Excepciones generales”.

mecanismo establecido expresamente para ellas, el cual analizaremos más adelante.

El Capítulo XX del TLCAN está dividido en tres secciones: la sección A, relativa a las instituciones, en la que se encuentra la Comisión de Libre Comercio; la sección B: el Secretariado, relativa al mecanismo genérico de solución de controversias; y la sección C, referente a procedimientos internos y a la solución de controversias comerciales privadas.

Este mecanismo contempla 3 etapas: la primera de carácter administrativo y las otras dos de carácter contencioso. Estas etapas son: 1. La etapa de Consultas entre las Partes; 2. La etapa de la reunión de la Comisión de Libre Comercio; y 3. El procedimiento ante un Panel arbitral.

2.- Énfasis en la solución por vía diplomática y consultas

Un objetivo trascendental de los procedimientos de solución de controversias del TLCAN es la prevención o solución de todas las controversias mediante la cooperación mutua y las consultas. Los procedimientos de solución de controversias dispuestos en el capítulo XX se aplican a todas las controversias relativas a la aplicación o a la interpretación del TLCAN o en toda circunstancia en que una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte es o podría ser incompatible con las obligaciones de este Tratado, o pudiera causar anulación o menoscabo de los beneficios y de las concesiones realizadas con arreglo al Tratado⁵⁴⁶. Salvo por las reclamaciones motivadas por otra situación que contempla la OMC, los fundamentos jurídicos o hechos que justifican una acción judicial de conformidad con el Artículo XXIII del GATT de 1994 y con el Artículo 2004 del TLCAN son similares⁵⁴⁷.

⁵⁴⁶ Artículo 2004 del TLCAN; Anexo 2004. ROJAS, H., *The Dispute Resolution Process Under NAFTA*, United States-Mexico Law Journal, Albuquerque, The University of New Mexico School of Law, volume 1, number 1, 1993, p. 20.

⁵⁴⁷ LACARTE, J. y GRANADOS, J., *Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales...op. cit.* p. 192.

Por lo general cuando surge alguna controversia entre los socios comerciales, éstos entran en comunicación directa para que por medio de la cooperación alcancen una solución satisfactoria⁵⁴⁸. De esta manera se convierten en la primera instancia de atención y manejo de las diferencias que se presenten. En el supuesto caso de no poder resolver el asunto, en ocasiones se le turna al comité encargado de aplicar el TLCAN en el área sobre la cual versa la contienda. De no poder llegar a un arreglo, los socios comerciales pueden solicitar consultas⁵⁴⁹.

Las consultas son un primer paso obligatorio en el proceso de solución de controversias dispuesto en el Capítulo XX. Si la tercera Parte considera tener un interés en el asunto, estará legitimada para participar en las consultas⁵⁵⁰. Con la implementación de un Órgano de Apelación Permanente se fomentará la participación de los medios alternativos de solución de controversias. Como se vió en el capítulo primero de la presente tesis, también en el ámbito de la OMC, se exige que las Partes consultantes hagan todo lo posible por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de cualquier asunto mediante las consultas.

En el caso en que las Partes no logran solucionar el asunto a través de consultas dentro de un breve plazo especificado, cualquiera de las Partes podrá solicitar por escrito que se reúna la Comisión de Libre Comercio (en adelante, CLC)⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ Artículo 2003 del TLCAN.

⁵⁴⁹ Artículo 2006 del TLCAN.

⁵⁵⁰ Artículo 2006 del TLCAN.

⁵⁵¹ Artículo 2007. Esta es una facultad que le compete sólo a las partes consultantes y no puede hacer uso de ella la parte que permaneció ajena a la controversia. Las Partes pueden solicitar que se reúna la Comisión de Libre Comercio sin tener que haber agotado la fase de consultas: cuando el conflicto verse sobre la materia ambiental y éste se hubiere turnado a la OMC y la Parte demandada solicite que la controversia sea solucionada bajo los mecanismos del TLCAN (Artículo 2005); o bien cuando se llevaron a cabo consultas técnicas en materia de reglas de origen, medidas sanitarias y fitosanitarias, y medidas relativas a normalización, bajo el Grupo de Trabajo sobre Reglas de Origen (Artículo 513), el Comité de medidas sanitarias y fitosanitarias (Artículos 722 y 723) y el Comité de Medidas relativas a Normalización (Artículos 913 y 914), respectivamente.

3. La Comisión de Libre Comercio

La CLC es el órgano central del TLCAN, la cual es una institución político administrativa de carácter internacional, integrada por los Ministros de Comercio⁵⁵² de los tres países y cuya función es supervisar la aplicación del Tratado, vigilar el funcionamiento de los comités y grupos de trabajo encargados de dar cumplimiento a las disposiciones del TLCAN, establecer nuevos comités según se requieran y, en materia de solución de controversias, es muy importante su participación debido a la tarea rectora que ejerce en la segunda de las tres etapas del procedimiento de solución de controversias; salvo disposición en contrario las decisiones se toman por consenso⁵⁵³.

En reunión de la CLC de fecha 10 de enero de 2011, celebrada en la ciudad de México, los miembros sostuvieron que los textos de la negociación del TLCAN son documentos de valor histórico y reconocieron el nivel de interés público en ellos, señalaron que han liberado los textos de negociación del Capítulo XX (Disposiciones Institucionales y Procedimientos para la Solución de Controversias) y los textos estarán disponibles en sus páginas de internet. De la misma manera señalaron que de conformidad con las iniciativas de los tres gobiernos para promover el acceso, la transparencia y la tecnología, recomendaron que las tres secciones nacionales del Secretariado del TLCAN, exploren, a través del desarrollo de un proyecto piloto, un sistema en línea para la presentación electrónica y archivo de documentos, inicialmente para el procedimiento del Capítulo XIX⁵⁵⁴.

⁵⁵² Actualmente la Comisión de Libre Comercio del TLCAN se encuentra integrada por El Embajador Ronald Kirk, Representante Comercial de EE.UU.; Bruno Ferrari García de Alba, Secretario de Economía de México; y Peter Van Loan, Ministro de Comercio Internacional de Canadá. A 05 de febrero de 2011.

⁵⁵³ SERRANO, F., *El Mecanismo de Solución de Controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, en *Resolución de Controversias Comerciales en América del Norte... op. cit.*, p. 84 y 85.

⁵⁵⁴ Reunión de la CLC de fecha 10 de enero de 2011, en la ciudad de México.

De la misma manera señalaron que se encuentran comprometidos a concluir exitosamente la Agenda de Desarrollo de Doha de la OMC, ya que instaron a todos los Miembros de la OMC a demostrar un dinamismo renovado y a participar directamente entre sí, para evaluar y cerrar las brechas restantes en las negociaciones para encaminar la Ronda de Doha hacia un resultado equilibrado y ambicioso que abrirá nuevos mercados y creará nuevos flujos comerciales. Como punto final acordaron que Canadá será el anfitrión de la próxima reunión de la CLC del TLCAN⁵⁵⁵.

No obstante, el Capítulo XX no sólo es solución de controversias, porque para el manejo de una solución económica exitosa se requiere poner igual o mayor atención en evitar la controversia que en resolverla⁵⁵⁶. Por tal motivo, el TLCAN establece la CLC que asume toda la responsabilidad operacional del Tratado. Ésta se reunirá en los diez días siguientes a la entrega de la solicitud y se avocará sin demora a la solución de la controversia. Como parte de los esfuerzos tendientes a resolver la controversia, la CLC podrá: 1) convocar asesores técnicos o crear grupos de trabajo o de expertos; 2) recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación o a otros procedimientos de solución de controversias, o 3) formular recomendaciones para apoyar a las Partes consultantes a lograr una solución amistosa⁵⁵⁷.

Por lo tanto el evitar y solucionar las controversias es un proceso gradual que va desde las consultas diplomáticas hasta reuniones más formales de la CLC y finalmente si es necesario a audiencias formales de un panel.

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la OMC, donde en muchos casos las consultas se han convertido en una formalidad y las Partes reclamantes suelen desear pasar directamente a la fase de establecimiento de un Grupo

⁵⁵⁵ Idem.

⁵⁵⁶ LEIR, R., *The Canada-US Free Trade Agreement: New Directions in Dispute Settlement*, American Society Of International Law. Proceedings of the 83rd Annual Meeting, Chicago, April 5-8, 1989, p. 253.

⁵⁵⁷ Artículo 2007 del TLCAN.

Especial, en el TLCAN se insta a la CLC a agotar todos los medios diplomáticos existentes para resolver la controversia entre las Partes. Una de las posibles razones que explicaría el escaso número de procedimientos sustanciados por paneles conforme al Capítulo XX es que las Partes suelen recurrir a los medios diplomáticos, incluidas las consultas y el establecimiento de grupos de trabajo o de expertos para ayudar a resolver la controversia. Dado que los Miembros del TLCAN no llevan un registro de los asuntos que se han llevado a consultas, es difícil saber con exactitud el número de asuntos que se han resuelto en esta instancia. Desafortunadamente, existe escasa información confiable sobre cuántas controversias han sido resueltas mediante medios diplomáticos o métodos de solución alternativa de controversias⁵⁵⁸.

El Capítulo XX del TLCAN incluye cláusulas que contemplan ciertas disposiciones institucionales y procedimientos generales de solución de controversias entre Estados con apego al TLCAN. Las principales funciones de la CLC son las siguientes: 1) supervisar la puesta en práctica del TLCAN; 2) vigilar su ulterior desarrollo; 3) resolver las controversias que pudieran surgir respecto de su interpretación o aplicación; 4) el control del Secretariado; 5) supervisar la labor de todos los comités⁵⁵⁹ y grupos de trabajo establecidos conforme al Tratado, y 6) conocer de cualquier otro asunto que pudiese afectar el funcionamiento del Tratado. A fin de desempeñar sus funciones, la CLC goza de facultades generales para: 1) establecer y delegar responsabilidades en comités, grupos de trabajo y de expertos; 2) solicitar la asesoría de personas o de grupos sin vinculación gubernamental, y 3) adoptar cualquier otra acción para el ejercicio de sus

⁵⁵⁸ LACARTE, J. y GRANADOS, J., *Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales...* op. cit. p. 192.

⁵⁵⁹ Actualmente los comités establecidos son: Comité para el Comercio de Bienes (Capítulo III). Comité sobre Comercio de Ropa Usada (Anexo 300-B). Comité de Comercio Agropecuario (Capítulo VII). Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Capítulo VII). Comité Asesor sobre Controversias Privadas de Agricultura (Capítulo VII). Comité Consultivo sobre Controversias Privadas (Capítulo XX). Comité para la Micro, Pequeña y Mediana Industria (Capítulo X). Comité de Servicios Financieros (Capítulo XIV) y Comité para Medidas Relativas a Normalización (Capítulo IX con 3 subcomités y un Consejo); de la misma manera existen los siguientes Grupos de Trabajo: Grupo de Trabajo sobre Reglas de Origen (Capítulo V). Grupo de Trabajo México-EE.UU. (Capítulo VII). Grupo de Trabajo México-Canadá (Capítulo VII). Grupo de Trabajo en Materia de Comercio y Competencia (Capítulo XV) y Grupo de Trabajo sobre Entrada Temporal (Capítulo XVI).

funciones, según acuerden las Partes. La CLC debe reunirse al menos una vez al año aunque, de hecho, lo hace más asiduamente. Debe establecer sus propias reglas y procedimientos y tomar sus decisiones por consenso, a menos que se disponga lo contrario. La función más importante de la CLC es la de realizar las interpretaciones pertinentes de las disposiciones del Tratado, por ello ha realizado cuatro interpretaciones⁵⁶⁰.

Es de gran importancia comentar que la CLC no tiene sede ni periodicidad fija para sus reuniones, por lo que es recomendable reactivar e institucionalizar dicha Comisión asignándole nuevas funciones e iniciando un proceso de reflexión sobre el futuro de su integración.

En la actualidad, sus reuniones son irregulares y, por lo general, no se llevan a cabo en aras de dar un impulso a la integración, sino de evitar conflictos. Las decisiones finales sobre el funcionamiento del TLCAN están, por ende, en manos de los Ministros, y no existe ningún mecanismo trilateral propiamente dicho. Los representantes gubernamentales ni siquiera disponen de la autoridad para hacer propuestas. Por ello, ni siquiera se puede hablar de toma de decisiones intergubernamentales en un marco institucional⁵⁶¹.

Debido a que la CLC generalmente sólo se reúnen anualmente en sesión ordinaria, o mediante sesiones extraordinarias cuando así lo requiera, fue necesaria la creación de un organismo técnico que la apoye: El Secretariado. La CLC estableció el Secretariado del TLCAN, integrado por Secciones Nacionales con oficinas físicas permanentes, ubicadas en cada una de las capitales de las Partes.

⁵⁶⁰ Las interpretaciones han sido sobre: el Acceso a Documentos (Artículo 1137.4 y artículo 1120.2); el principio de Nivel Mínimo de Trato (Artículo 1105); Intención de someter una reclamación a arbitraje; y Participación de Partes no Contendientes.

⁵⁶¹ GRATIUS, S., *MERCOSUR Y NAFTA: instituciones y mecanismos de decisión en procesos de integración asimétricos*, Iberoamericana, Madrid, 2008, p. 71.

4.- El Secretariado

El Secretariado del TLCAN, conformado por una Sección Mexicana, una Sección Canadiense y una Sección Estadounidense, es responsable de la administración de las disposiciones sobre solución de controversias del TLCAN. El Secretariado del TLCAN es una organización única establecida de conformidad con el artículo 2002⁵⁶² de dicho Acuerdo. El Secretariado administra los mecanismos estipulados en el Tratado para resolver las controversias comerciales entre las industrias nacionales o los gobiernos de los países partes de una forma oportuna e imparcial.

Un órgano administrativo similar, la Secretaría Binacional, existía bajo el ALC. Esta entidad estaba encargada de administrar las disposiciones sobre solución de controversias del referido Acuerdo. La Secretaría consistía de dos oficinas, conocidas con el nombre de Secciones Nacionales, ubicadas en Ottawa y Washington, D.C.

Con el TLCAN, en cumplimiento de la obligación de los socios comerciales de establecer oficinas nacionales permanentes en cada país, Canadá y EE.UU. simplemente rebautizaron sus respectivas secciones nacionales como Sección Canadiense y Sección Estadounidense del Secretariado del TLCAN, mientras que

⁵⁶² Artículo 2002. El Secretariado. 1. La Comisión establecerá un Secretariado que estará integrado por secciones nacionales, y lo supervisará. 2. Cada una de las Partes deberá: (a) establecer la oficina permanente de su sección; (b) encargarse de: (i) la operación y asumir los costos de su sección, y (ii) la remuneración y los gastos que deban pagarse a los panelistas, miembros de los comités y miembros de los comités de revisión científica establecidos de conformidad con este Tratado, según lo dispuesto en el Anexo 2002.2; (c) designar al Secretario de su sección, quien será el funcionario responsable de su administración y gestión; y (d) notificar a la Comisión el domicilio de la oficina de su sección. 3. El Secretariado deberá: (a) proporcionar asistencia a la Comisión; (b) brindar apoyo administrativo a: (i) los paneles y comités instituidos conforme el Capítulo XIX, "Revisión y solución de controversias en materia de cuotas antidumping y compensatorias", de acuerdo con los procedimientos establecidos según el artículo 1908; y (ii) a los paneles creados de conformidad con este capítulo, de acuerdo con los procedimientos establecidos según el artículo 2012; y (c) por instrucciones de la Comisión: (i) apoyar la labor de los demás comités y grupos establecidos conforme a este Tratado; y (ii) en general, facilitar el funcionamiento de este Tratado.

México procedió a establecer su Sección Nacional⁵⁶³. Así pues, el Secretariado del TLCAN está conformado por: La Sección Canadiense, ubicada en Ottawa; La Sección Mexicana, que se encuentra en la Ciudad de México, D.F.; y la Sección Estadounidense, que se encuentra en Washington, D.C. Las Secciones Nacionales, que son idénticas entre sí, están a cargo de los Secretarios designados por sus respectivos gobiernos. Las Partes corren con los costos de operación de sus respectivas Secciones Nacionales del Secretariado⁵⁶⁴.

5.- Ámbito de aplicación

El MGSC se aplica a todas las controversias que surjan entre México, EE.UU. y Canadá en relación con: a) la aplicación o a la interpretación del TLCAN; b) una medida adoptada o por adoptar de cualquiera de los socios comerciales que se considere incompatible con lo acordado en el Tratado, o c) una medida adoptada o en proyecto de cualquiera de los socios comerciales que aunque no incompatible con el Tratado sí anule o menoscabe los beneficios que

⁵⁶³ Me permito transcribir un correo electrónico enviado a la Secretaría del TLCAN, solicitando me concedan una visita para corroborar datos de mi tesis. Para webmaster@nafta-sec-alena.org.

De: GERARDO LUPIAN (g_lupian@hotmail.com)

Enviado: miércoles, 19 de octubre de 2011 12:19:25 p.m.

Para: webmaster@nafta-sec-alena.org

Secretariado del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) P r e s e n t e Espero que se encuentren muy bien, por este medio me permito presentarme: mi nombre es Gerardo Enrique Lupián Morfín, mexicano y candidato a Doctor en Derecho Publico Global por la Universidad Autónoma de Barcelona. Les comento que estoy realizando mi tesis doctoral sobre los sistemas de solución de controversias en la OMC como en el TLCAN, titulada "La necesidad de establecer un Organo de Apelación en el TLCAN". De la manera mas atenta les solicito me permitan realizar una visita a sus instalaciones para poder comprobar datos relativos a mi tesis doctoral. Sin más por el momento agradeciendo su apoyo y en espera de su atenta respuesta me despido quedando como su amigo y muy seguro servidor. Saludos!!

⁵⁶⁴ Secciones nacionales del Secretariado. Canadá: Canadian Secretary, NAFTA Secretariat, Canadian Section 90 Sparks Street, Suite 705, Ottawa, Ontario, K1P 5B4. Teléfono: 613-992-9388. Fax: 613-992-9392, e-mail: canada@nafta-sec-alena.org. México: Secretario General Sección Mexicana del Secretariado del TLCAN, Blvd. Adolfo López Mateos 3025, 2o piso Col. Héroes de Padierna, C.P. 10700, México D.F. Teléfono: 52-55-56-29-9630. Fax: 52-55-56-29-9630, e-mail: mexico@nafta-sec-alena.org. EE.UU.: United States Secretary NAFTA Secretariat, U.S. Section, Room 2061, 14th Street and Constitution Ave., N.W., Washington, D.C. 20230. Teléfono: 202-482-5438. Fax: 202-482-0148, e-mail: usa@nafta-sec-alena.org.

razonablemente hubiera esperado obtener cualquiera de los socios comerciales en materia de comercio de bienes como consecuencia de lo pactado⁵⁶⁵.

Cabe destacar que en relación con las controversias que se presenten bajo el apartado c), el TLCAN deliberadamente restringió su ámbito de aplicación al sector de comercio de bienes, ya que es, respecto de las concesiones arancelarias, donde resulta más factible medir los beneficios razonablemente esperados⁵⁶⁶.

Es adecuado señalar que ciertas materias han quedado total o parcialmente excluidas de las diversas instancias o procedimientos que comprende el MGSC. Las que han quedado totalmente excluidas son:

- a) Las decisiones de Canadá y de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras de México relativas a si debe o no permitirse una adquisición de empresas nacionales que esté sujeta a revisión⁵⁶⁷;
- b) Prohibiciones o restricciones a la inversión por causa de seguridad nacional⁵⁶⁸;
- c) Las medidas que adopten las autoridades de los socios comerciales que prohíban prácticas contrarias a la competencia o por no cumplir las

⁵⁶⁵ Artículo 2004 y Anexo 2004 del TLCAN. Lo interesante de esta última hipótesis es que cualquier socio comercial tiene la posibilidad de demandar a su contraparte por la aplicación de una medida que no contraviene el TLCAN. Este concepto general de “anulación o menoscabo” de beneficios proviene del Artículo XXIII del GATT y de la práctica y jurisprudencia generadas en este foro en relación con dicho artículo a través de los años. No obstante el TLCAN lo incorpora con sus diferencias. Al respecto véase LEYCEGUI, B., *Reflexiones en torno al régimen general de prevención, administración y solución de controversias previsto en los capítulos 18 y 20 del Tratado de Libre Comercio... op. cit.* pp. 43-45.

⁵⁶⁶ El Anexo 2004 del TLCAN sobre “anulación o menoscabo” es poco claro en cuanto a su alcance. Cuando el TLCAN se refiere a que podrá alegarse la anulación o menoscabo de beneficios por acciones adoptadas en capítulos que regulan otras materias, se refiere únicamente a las disposiciones relativas a acceso al mercado de bienes que se encuentran incorporados en ellos. Ésta es la interpretación que da al referido Anexo Guillermo Aguilar Álvarez, quien encabezó las negociaciones en materia de solución de controversias por parte de México y quien fue el abogado responsable de dar el apoyo legal a la oficina de SECOFI Secretaria de Comercio y Fomento Industrial, actualmente Secretaria de Economía, encargada de negociar el Tratado.

⁵⁶⁷ Artículo 1138.2, Anexo 1138.2 y Anexo I, I-M-4, todos del TLCAN (se prevén umbrales para determinar qué adquisiciones son revisables).

⁵⁶⁸ Artículo 1138 del TLCAN.

obligaciones de consulta y cooperación en relación con la aplicación efectiva de la legislación en materia de competencia,⁵⁶⁹ y

d) Cualquier otro asunto comprendido en el Capítulo XIX⁵⁷⁰.

Las exclusiones en estos casos se debieron a que los socios comerciales interpusieron razones de soberanía, o bien porque en la última materia decidieron establecer un mecanismo *ad hoc*.

Por otro lado las materias que quedaron parcialmente excluidas son:

a). Las medidas de urgencia que sólo sean proyectos (no puede solicitar la constitución de un panel)⁵⁷¹;

b). La negativa de autorización de entrada temporal de hombres de negocios por el no cumplimiento de las obligaciones contempladas en el Capítulo XVI “Entrada temporal de hombres de negocios” (no pueden solicitar la intervención de la CLC)⁵⁷².

6.- Procedimiento general de solución de controversias

Cuando surge un problema entre los socios comerciales del TLCAN, existen técnicas e instancias para que sea ventilado y solucionado. Es importante destacar que no siempre se hace uso de todas ellas ni todas las diferencias siguen un procedimiento idéntico.

En el presente procedimiento únicamente intervienen los Estados y que por lo tanto, no pueden actuar directamente los particulares, de la misma manera existe el compromiso de los Estados para procurar en todo momento, resolver la controversia mediante un arreglo satisfactorio y de mutuo acuerdo sobre la

⁵⁶⁹ Artículo 1501 del TLCAN.

⁵⁷⁰ Artículo 2004 del TLCAN.

⁵⁷¹ Artículo 804 del TLCAN.

⁵⁷² Artículo 1606 del TLCAN. Cabe destacar que esta excepción no se aplica si se demuestra que el asunto se refiere a una práctica recurrente y la persona de negocios afectada ha agotado los recursos administrativos a su alcance. Al respecto véase LEYCEGUI, B., FERNANDEZ de Castro, R., *TLCAN ¿Socios Naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte...op. cit.* p. 551.

interpretación y aplicación del TLCAN, evitando así el uso de los mecanismos correspondientes.

6.1. Elección del foro

Debido a que México, EE.UU. y Canadá son miembros del TLCAN y de la OMC, se provoca una convergencia de normas jurídicas⁵⁷³, por lo que se da la necesidad de que los socios comerciales elijan previamente en cuál de los dos foros desean resolver el conflicto, siendo éste un caso claro de *shopping forum*⁵⁷⁴.

Tal y como afirma Reyes, el TLCAN es la única agrupación regional en el mundo que mantiene su propio esquema de solución de controversias por prácticas desleales de comercio internacional, en un procedimiento ajeno a la OMC, aunque en esencia similar en cuanto a la protección de los derechos de los países ante la competencia desleal⁵⁷⁵.

⁵⁷³ *Lex specialis* es una frase latina que significa "ley relativa a la materia específica". Se trata de la máxima legal "*lex specialis derogat legi generali*". Esta doctrina se refiere a la interpretación de las leyes. Se puede aplicar la ley en ambos contextos nacionales e internacionales. La doctrina establece que una ley que regule una materia específica prevalece sobre una ley que sólo regula lo general. <http://definitions.uslegal.com/lex-specialis/>, consultada el 29 de noviembre de 2011. El TLCAN como el derecho de la OMC constituyen *lex specialis* cuando autorizan el establecimiento de contramedidas que afectan derechos de los particulares. Así el artículo 2019 del Capítulo XX del TLCAN se establece el derecho de las Partes de imponer contramedidas frente al incumplimiento del informe final de un panel. RODRIGUEZ, G., Comentario sobre *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, INC. vs. México y Corn Products International, INC. vs. México*, casos CIADI No. ARB (AF) /04/05 y Caso CIADI N0. ARB (AF)/04/01, en <http://dei.itam.mx/archivos/articulo2/Rodriguez.pdf>, consultada el 20 de noviembre de 2011.

⁵⁷⁴ El concepto de *forum shopping* fue acuñado por primera vez en el entendimiento de 1979, que fue parte de los Acuerdos de la Ronda Tokio del GATT debido a la existencia de múltiples foros para la solución de controversias en materia comercial en el mundo. REYES, C., *Comercio Internacional, jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales...op. cit.* pp. 134,144. El "forum shopping" es un concepto propio del Derecho internacional privado. La persona que toma la iniciativa de una acción judicial puede verse tentada a elegir el tribunal en función de la ley que éste aplicará. La persona que inicia la acción puede verse tentada a elegir un foro no porque sea el más adecuado para conocer del litigio, sino porque las normas sobre conflictos de leyes que este tribunal utilizará llevarán a la aplicación de la ley que más le convenga. http://ec.europa.eu/civiljustice/glossary/glossary_es.htm#ForumShop, consultada el 21 septiembre de 2011. BALLBÉ, M. y PADRÓS, C., *Estado competitivo y armonización europea...op. cit.*

⁵⁷⁵ REYES, C., *Comercio Internacional, jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales...op. cit.* p. 208.

La elección del foro representará un problema cuando una controversia se planteé ante dos foros y éstos resuelvan en diferentes sentidos, ya que ¿cuál foro prevalecería? ¿Aceptaría cualquiera de los foros la decisión del otro? La parte perjudicada en el foro de la OMC podría o no ejercer su derecho a apelar, no siendo el caso en el foro del TLCAN, en donde la parte perjudicada no tendría el derecho a acudir a una instancia de apelación por la ausencia de dicho órgano en el mecanismo de solución de controversias de dicho Tratado, limitándose al análisis que realice el panel⁵⁷⁶.

De acuerdo con el Tratado, las controversias que surjan bajo las estipulaciones tanto del TLCAN como de la OMC pueden solucionarse en cualquiera de los foros, a discreción del país reclamante⁵⁷⁷. Esta es la regla tradicional en el litigio nacional, así como en la solución de controversias internacionales⁵⁷⁸.

De la misma manera el TLCAN indica que si el país reclamante desea iniciar un procedimiento ante la OMC notificará esta intención al Estado supuestamente afectante miembro del TLCAN y si este último desea recurrir al procedimiento del TLCAN, conjuntamente llevarán a cabo consultas para convenir un foro único y de no existir consenso, la controversia se resolverá conforme a las reglas del TLCAN, excluyéndose las de la OMC⁵⁷⁹.

Para estos supuestos se establece una cláusula de “exclusión de foros”. Dicha cláusula prevé que una vez que la parte reclamante haya iniciado un

⁵⁷⁶ REYES, C., *Comercio Internacional, jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales...op. cit.* p. 134.

⁵⁷⁷ Tanto el ALC (artículo 1801.2) como el TLCAN (artículo 2005(I)) incorporan la opción de elección de foro en relación con el GATT. En la etapa del ALC hubo casos resueltos por los paneles del GATT así como en el ALC: *Doc GATT DS/17/R, Import, Distribution and Sale of Certain Alcoholic Drinks by Provincial Marketing Agencies (16 de octubre de 1991)* y *Doc GATT DS/23/R, United States: Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages (16 de marzo de 1992)*.

⁵⁷⁸ GAINES, E., *Comments on Dispute Settlement Issues Under NAFTA*, United States-Mexico Law Journal, Albuquerque. The University of New Mexico School of Law, volume 1, number 1, 1993, p. 35.

⁵⁷⁹ CONTRERAS, F., *Los Mecanismos de Solución de Controversias en el TLCAN*, VIII Congreso de protocolo en México 2007, Universidad Autónoma Metropolitana, Academia Mexicana de Protocolo, pp. 6 y 7.

procedimiento de solución de controversias conforme al Tratado o bien uno conforme a la OMC, el foro seleccionado será excluyente del otro, esto evita el tener que atender la misma controversia en dos foros distintos y la eventual posibilidad de obtener dos decisiones contradictorias sobre el mismo asunto, como lo reconoce el artículo 2005.1 del TLCAN⁵⁸⁰.

El TLCAN contempla explícitamente la coexistencia normativa con el sistema de la OMC e incluso el supuesto de la incompatibilidad entre ambos para casos especiales prevaleciendo el TLCAN sobre las disposiciones de los Acuerdos de la OMC: 1. Las Partes confirman los derechos y obligaciones existentes entre ellas conforme al GATT y otros Acuerdos de los que sean parte. En caso de incompatibilidad entre tales Acuerdos y el presente Tratado, este prevalecerá en la medida de la incompatibilidad, salvo que en el mismo se disponga otra cosa⁵⁸¹. El MGSC previsto en la sección B del Capítulo XX del TLCAN tiene como objetivo prevenir y solucionar todas las diferencias o problemas que surjan entre los socios comerciales respecto de la aplicación o a la interpretación del TLCAN; o cuando un socio considere que una medida vigente o en proyecto de otro socio, es o

⁵⁸⁰ Artículo 2005.1 del TLCAN: “Excepto lo dispuesto en los párrafos 2, 3 y 4, las controversias que surjan en relación con lo dispuesto en el presente Tratado y en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, en los convenios negociados de conformidad con el mismo, o en cualquier otro acuerdo sucesor (GATT), podrán resolverse en uno u otro foro, a elección de la parte reclamante.

<http://www.aladi.org/nsfaladi/reuniones.nsf/6053654be7953f91032569fa0064855b/68f84d963066913f03256e8a00638d11?OpenDocument>, consultada el 10 de agosto de 2010.

⁵⁸¹ El TLCAN se refiere en varias de sus disposiciones a normas de los acuerdos multilaterales de la OMC. Por ejemplo, las disposiciones del artículo III del GATT, relativo a Trato Nacional, se hallan incorporadas en el artículo 603.1 del TLCAN. También se encuentran referencias al artículo XIX del GATT y a las reglas sobre salvaguardias de la OMC en el artículo 802.1 del TLCAN. Marceau Gabrielle calcula que son más de 50 las referencias a normas del GATT en el TLCAN y unas 150 las referencias al GATT en el ALC. MARCEU, G., *NAFTA and WTO Dispute Settlement Rules. A Thematic Comparison*, Journal of World Trade, vol. 31, núm. 2, abril 1997, pp. 25-81. Gaines opina que la clara intención de las partes, es que las obligaciones del TLCAN prevalezcan sobre las obligaciones del GATT en aquellas materias cubiertas de forma explícita por el Tratado en la medida en que haya inconsistencias entre las obligaciones del TLCAN y el GATT. Las únicas desviaciones son las excepciones expresamente previstas. GAINES, E., *Comments on Dispute Settlement Issues under NAFTA...op. cit.*, p. 35.

pueda ser incompatible con las obligaciones del Tratado, o aunque no incompatible, sí le pueda causar anulación o menoscabo de beneficios⁵⁸².

En un contexto trilateral que plantea el TLCAN, en el caso de una controversia que incluya a los tres países Miembros donde haya dos Partes reclamantes y una Parte demandada⁵⁸³, el tercer país cobra gran importancia en el procedimiento. Si el país reclamante desea llevar un asunto ante la OMC, antes de hacerlo debe notificar su intención al tercer país, y si éste desea iniciar un procedimiento respecto al mismo asunto conforme al TLCAN, ambos entablarán consultas con el fin de convenir en un foro único⁵⁸⁴.

En el supuesto caso en que el país reclamante y el tercer país no se ponen de acuerdo respecto al foro más conveniente para resolver la controversia, ésta normalmente se resolverá bajo lo dispuesto por el TLCAN. No se dispone literalmente que sea el TLCAN sino se dice que normalmente la controversia se resolverá bajo los lineamientos del Tratado⁵⁸⁵. Esto es debido a que si explícitamente hubieran preferido el Tratado, esto hubiera implicado una renuncia previa al foro de la OMC⁵⁸⁶.

Petersmann⁵⁸⁷ señala, entre las causas más relevantes para la existencia de diversidad de foros comerciales, las siguientes:

⁵⁸² Artículo 2004; Anexo 2004. ROJAS, H., *The Dispute Resolution Process Under NAFTA...op. cit.*, p. 20.

⁵⁸³ El TLCAN no contempla la situación inversa, que exista un reclamante y dos demandados.

⁵⁸⁴ ROJAS, H., *The Dispute Resolution Process Under NAFTA...op. cit.*, p. 21.

⁵⁸⁵ Artículo 2005 (2) del TLCAN.

⁵⁸⁶ Existe una excepción importante a esta regla en materia de medio ambiente y cuestiones científicas relacionadas. En este caso el país demandado puede solicitar que estos asuntos se ventilen exclusivamente bajo el TLCAN. Artículo 2005 (3) y (4).

⁵⁸⁷ PETERSMANN, E., *La Proliferación y Fragmentación de los Mecanismos de Solución de Controversias en el Comercio Internacional: Los Procedimientos de Solución de Diferencias de la OMC y los Mecanismos de Solución Alternativa de Controversias, en Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales*, LACARTE, J. y GRANADOS, J., BID-INTAL, Buenos Aires, 2004, PP. 274-280.

- 1.- La creciente cantidad y diversidad de diferencias entre los gobiernos en el marco de la OMC.
- 2.- Pérdida gradual de la vigencia de las disposiciones transitorias de la OMC. Este razonamiento atiende a los apoyos otorgados temporalmente a los países menos avanzados; la terminación de estos privilegios cada día aumenta, por lo que las controversias sometidas a la OMC se incrementan.
- 3.- Superposición de los acuerdos de la OMC respecto de otros acuerdos internacionales.
- 4.- Creación de diversos tribunales en todo el mundo.
- 5.- Creciente número de tribunales económicos regionales.
- 6.- La existencia de tribunales de arbitraje internacional mixtos que otorgan acceso a las partes reclamantes privadas. La imposibilidad de productores, inversionistas y comerciantes privados para acudir a la OMC crea la necesidad de que sean ellos mismos los que tramiten y controlen su propio conflicto, sin la necesaria intervención de sus autoridades estatales.

Existe una diversidad de opciones existentes de foros para resolver las controversias, aunque no se mencione de forma clara la posibilidad de que dos o más foros conozcan de la misma causa y resuelvan en consecuencia, en lo que pudiera representar una contradicción de decisiones. Por lo tanto la concurrencia de foros debe proporcionarle a las partes en conflicto la posibilidad de elegir cuál foro es más conveniente para someter su disputa y su confianza para que dicho foro le resuelva su controversia, a sabiendas de que no por el hecho de poder elegir recaerá una solución favorable a sus intereses, pero teniendo la confianza de que sus mismos intereses estarán bien representados en dicho foro. La posibilidad de elección de foro no debe confundirse con la posibilidad que tengan

las partes a buscar en varios foros a la vez para ver si en alguno de ellos la resolución les favorece⁵⁸⁸.

6.1.1. Casos de Forum Shopping

En la etapa del TLCAN y la OMC se han producido una serie de casos de shopping fórum⁵⁸⁹ en donde interactúan dichos foros y que mencionaré a continuación.

a) Salvaguardias sobre escobas⁵⁹⁰. Constituye el primer caso del TLCAN en que un Miembro solicita un panel que resuelva una controversia aplicando ambos derechos. Es un caso en donde EE.UU. impone medidas de salvaguardia sobre las escobas de mijo mexicanas. México después de haber solicitado consultas y tras acudir a la CLC suspende, de conformidad al artículo 802.6⁵⁹¹, concesiones comerciales elevando el arancel para vinos de mesa y otras bebidas y productos. De la misma manera México solicitó la constitución de un panel del capítulo XX y alegó ante el panel que EE.UU. violó el derecho del TLCAN como el de la OMC en materia de salvaguardias. México consideró que la Corte de Comercio

⁵⁸⁸ REYES, C., *Comercio Internacional, jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales...op. cit.* p. 154, 208, 209.

⁵⁸⁹ Los casos presentados en este capítulo son sólo algunos representativos que se han planteado ante paneles del TLCAN y Grupos Especiales de la OMC, pero no son todos los que se encuentran en dicha circunstancia.

⁵⁹⁰ USA-97-2008-01, caso de la medida de salvaguardia impuesta por los EE.UU. a las Escobas de mijo mexicanas. Informe final (30 de enero de 1998).

⁵⁹¹ Artículo 802: *Medidas globales. "Las Partes conservan sus derechos y obligaciones conforme al Artículo XIX del GATT o a cualquier otro acuerdo de salvaguardas suscrito al amparo del mismo, excepto los referentes a compensación o represalia y exclusión de una medida en cuanto sean incompatibles con las disposiciones de este artículo. Cualquier Parte que aplique una medida de emergencia conforme a aquellas disposiciones excluirá de la medida las importaciones de bienes de cada una de las otras Partes, a menos que...802.6: La Parte que aplique una medida de conformidad con este artículo proporcionará a la Parte o Partes contra cuyo bien se haya aplicado una compensación mutuamente acordada de liberalización comercial, en forma de concesiones que tengan efectos comerciales sustancialmente equivalentes, o que lo sean respecto del valor de los gravámenes adicionales que se esperen de la medida. Si las Partes implicadas no pueden llegar a un acuerdo sobre la compensación, la Parte contra cuyo bien se aplique la medida podrá imponer medidas que tengan efectos comerciales sustancialmente equivalentes a los de la medida adoptada de conformidad con los párrafos 1 ó 3".*

Internacional estadounidense (abreviadamente, CCI) no ajustó su decisión a la definición de “producto similar⁵⁹²” utilizada tanto en el TLCAN como en la OMC y por este motivo no incluyó en su análisis la industria de escobas de plástico; dicha omisión hizo que la CCI definiera incorrectamente el concepto de “industria nacional”. México consideró que la diferencia podía dirimirse tanto en el foro del

⁵⁹² México argumentó que la definición de "industria nacional en el Artículo 4:1(c) del Acuerdo sobre Salvaguardas de la OMC y en las disposiciones paralelas del TLCAN, puede ser interpretada estableciendo dos pruebas legales separadas y alternativas. La referencia a los "productores del bien similar o competidor directo" puede ser entendida diciendo que para que un producto pueda ser incluido en la "industria nacional" aplicable, dicho producto debe ser o bien "similar" al producto importado que se está investigando, o ser "competidor directo" del mismo. México argumentó que el término "similar" se refiere al concepto de "producto similar" que es empleado en diversas disposiciones del GATT, en tanto que el término "competidor directo" puede ser entendido como una referencia a productos que, aunque no son "similares" al bien importado, no obstante ello, son comercialmente intercambiables o sustituibles con el mismo. La reclamación de error de México estaba basada en el sustento de que las escobas de plástico producidas en los EE.UU. eran "similares" a las escobas de mijo importadas sujetas a investigación. México consideró que la reclamación de "similitud" era lo suficientemente clara por lo que era innecesario que México argumentara la otra prueba legal -el asunto de si las escobas de plástico eran "directamente competitivas" con las escobas de mijo importadas y sobre las consecuencias legales que podrían seguirse de una resolución afirmativa sobre esta cuestión. México argumentó que el significado común de la palabra inglesa "*like*" y sus equivalentes en español y en francés, *similar* y *similaire*, respectivamente, que son los otros dos idiomas oficiales de los textos del GATT y del TLCAN, no requiere que los bienes en cuestión sean idénticos, sino únicamente que sean substancialmente similares en todos los aspectos importantes. Como se aclara en el Artículo 15 del Código de Valoración Aduanera de la OMC, los redactores de los textos legales del GATT/OMC han utilizado el término "bienes idénticos" cuando se requiere que los bienes sean idénticos. Además, las decisiones anteriores de los paneles GATT/OMC han interpretado de la misma manera el concepto de "producto similar" incluyendo bienes que son similares aun cuando no sean idénticos. México observó que los precedentes del GATT y de la OMC, de manera consistente, han interpretado el término de "producto similar" como un concepto cuya aplicación requiere la consideración de los siguientes factores: "los usos finales del producto; los gustos y hábitos del consumidor, y las propiedades, naturaleza y calidad del producto." La comparación de las escobas de mijo y de las de plástico con base en estos tres criterios mostró en cada caso un grado de similitud y de calidad de intercambiable que requirió que se les clasificara como "productos similares". De la misma manera, desde el punto de vista de México, los argumentos tanto de la resolución de la CCI como del reporte de su personal reconociendo la calidad comercial intercambiable de las escobas de mijo y de las de plástico confirmaron la conclusión de que se trataba de "productos similares." Respecto a los diferentes factores tomados en consideración en la resolución de la CCI, México argumentó que las conclusiones de la CCI de que las escobas de mijo utilizaban una "línea de productos distinta", que eran fabricadas mediante distintos procesos de producción, que se podía generar información financiera por separado o que fueron producidas de diferentes materiales no eran factores relevantes para determinar si un "producto es similar o no". México considera que el gran peso que la CCI colocó en la evaluación de la diferencia existente en los procesos de producción empleados para fabricar las escobas de mijo era incorrecto desde el punto de vista legal. <http://www.sice.oas.org/dispute/nafta/spanish/u972081b.asp#productosimilar>, consultada el 21 de septiembre de 2011.

TLCAN como en el de la OMC. EE.UU. argumentó que el Panel del TLCAN no tenía jurisdicción para conocer de reclamaciones basadas en obligaciones del artículo XIX del GATT y del Acuerdo de Salvaguardas de la OMC porque el artículo 802.1 del TLCAN sólo incorpora el artículo XIX del GATT de forma genérica, por dicho argumento, para EE.UU., el foro debió ser el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC. Sin embargo el panel evitó entrar en la cuestión de la aplicabilidad del derecho de la OMC y resolvió aplicando solamente el derecho del TLCAN de la siguiente manera: *“no era necesario resolver esta objeción preliminar, debido a que era posible resolver las cuestiones en controversia únicamente bajo el Tratado. Después de examinar en su totalidad las reclamaciones legales de México bajo tanto las medidas de salvaguarda de la OMC como las del TLCAN. El panel finalmente concluyó que la controversia podía resolverse con base en la disposición que se establece tanto en el Anexo 803.3 (12) del TLCAN como en el artículo 3.1 del Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC... ya que dichas disposiciones son substancialmente idénticas, la aplicación de la versión legal alcanzada de conformidad con el Anexo 803.3 (12) del TLCAN. El Panel eligió fundamentar su decisión en su integridad en el Anexo 803.3 (12), sin tomar en cuenta el artículo 3.1 del Código sobre Salvaguardas, por lo tanto fue innecesario que el Panel resolviera respecto a la objeción preliminar de los estadounidenses relativa a la jurisdicción que tiene el Panel de examinar las disposiciones de la OMC relacionadas con el artículo 802 del TLCAN”*⁵⁹³.

Tal y como afirma Zapatero, la resolución debería haber sido aplicando también el derecho de la OMC, citando al menos sus reglas reforzando sus argumentaciones jurídicas. Este caso es un ejemplo de como los mecanismos de controversias evitan aplicar derecho de otros acuerdos internacionales⁵⁹⁴.

⁵⁹³ ZAPATERO, P., *Derecho del Comercio Global... op. cit.*, pp. 252- 258.

⁵⁹⁴ Idem.

b) El caso de Jarabe de Maíz de Alta Fructuosa⁵⁹⁵ es uno de los más representativos, en donde México y EE.UU. acudieron a ambos foros. La controversia inició en 1998, cuando la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la entonces Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (actualmente, Secretaría de Economía), publicó la resolución final en la que se declaró la existencia de dumping por las importaciones estadounidenses a México de jarabe de maíz de alta fructuosa. En la presente controversia entre EE.UU. y México respecto a la aplicación de medidas antidumping sobre las importaciones del jarabe de maíz de los EE.UU., éstos atacaron las medidas mexicanas ante un Grupo Especial de la OMC y al casi al mismo tiempo ante un Panel del TLCAN. En ambos foros el conflicto se llevó hasta el fin, quienes emitieron resoluciones finales en sentido similar, pero es importante resaltar que el asunto nunca coincidió en ambos tribunales, sólo hubo alguna mención que se hizo del procedimiento del TLCAN en las actuaciones de la OMC, la cual no tuvo trascendencia ya que el Grupo Especial no las tomó en cuenta⁵⁹⁶. En el presente asunto el Panel del TLCAN aplicó la doctrina de cortesía, en la que un tribunal ejerce deferencia hacia otro y adopta sus determinaciones y conclusiones para evitar complicaciones⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ México — Investigación antidumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa procedente de los Estados Unidos (DS132) Reclamante: Estados Unidos. La medida en controversia fue la adopción de derechos antidumping por parte de México sobre importaciones de jarabe de maíz con alta concentración de fructosa de Estados Unidos. El Grupo Especial concluyó que México actuó en forma incompatible con el artículo 3 del Acuerdo Antidumping por no haber realizado una determinación adecuada de la existencia de amenaza de daño. En cumplimiento de las recomendaciones del Órgano de Solución de Diferencias, México emitió una resolución final revisada. EE.UU. solicitó el establecimiento de un Grupo Especial de cumplimiento de conformidad con el artículo 21.5 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD).

En el procedimiento de cumplimiento, el Órgano de Apelación concluyó que la resolución revisada de México era incompatible con el artículo 3 del Acuerdo Antidumping. Lo anterior debido a la insuficiente consideración de la repercusión de las importaciones objeto de dumping sobre la rama de producción nacional, y a la insuficiente consideración de los posibles efectos de un supuesto convenio de restricción en la determinación de la probabilidad de aumento sustancial. http://www.economia.gob.mx/swb/work/models/economia/Resource/433/1/images/Mexico-Jarabe_de_Maiz.pdf, consultada el 21 de septiembre de 2011.

⁵⁹⁶ REYES, C., *Comercio Internacional, jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales...* op. cit. p.126.

⁵⁹⁷ Decisión final, Revisión de la Resolución Final de la Investigación Antidumping sobre las Importaciones de Jarabe de Maíz de Alta Fructuosa. Caso MEX-EE.UU. A-98-1904-1, el 3 de agosto de 2001,

En el contexto del capítulo XIX del TLCAN, el Panel aplica la ley nacional del país que ha aplicado una medida antidumping, mientras la ley aplicable ante el Grupo Especial de la OMC es el derecho de ésta. De la misma manera en el contexto del capítulo 20 del TLCAN, la ley aplicable es el TLCAN, mientras que en el contexto del ESD, la ley aplicable es el derecho de la OMC⁵⁹⁸.

Es conveniente mencionar que la doctrina *res judicata* no se aplica entre las decisiones de los Paneles del TLCAN y los Grupos Especiales de la OMC, ya que para que se pueda aplicar dicha doctrina en los dos procedimientos tiene que haber: a) las mismas partes, b) el mismo asunto y c) las mismas alegaciones jurídicas. En el presente caso al no aplicarse la misma ley para resolverlo, no se cumple con el tercer requisito de la doctrina, aunque sean las mismas partes y el mismo asunto⁵⁹⁹.

A la fecha⁶⁰⁰, esta concurrencia de foros no ha derivado en resoluciones contradictorias de la OMC como del TLCAN respecto de una misma causa, asimismo ninguno de los dos foros proponen una solución a este problema.

6.2. Cooperación mutua y consultas

Un objetivo trascendental de los procedimientos de solución de controversias del TLCAN es la prevención o solución de todas las controversias mediante la cooperación mutua y las consultas⁶⁰¹, objetivo que puede ser fomentado con la implementación de un Órgano de Apelación Permanente.

http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/español/Capítulo_19_del_TLCAN/Mexicanas/ma98010s.pdf, párrafos 372-389.

⁵⁹⁸ http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/CondonDiferenciasOMCyACR.pdf, consultada el 21 de septiembre de 2011.

⁵⁹⁹ http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/CondonDiferenciasOMCyACR.pdf, consultada el 21 de septiembre de 2011. Véase PAUWELYN, J., *Adding Sweeteners to Softwood Lumber: The WTO-NAFTA Spagueti Bowl is Cooking*, *Journal of International Economic Law* 2006.

⁶⁰⁰ 19 de octubre de 2011.

⁶⁰¹ Para mayor amplitud del tema véase el apartado 2.- Énfasis en la solución por vía diplomática y consultas del apartado B.- El Mecanismo General de Solución de Controversias en el TLCAN de la presente tesis.

En el caso en que las Partes no logran solucionar el asunto a través de consultas dentro de un breve plazo especificado, cualquiera de las Partes podrá solicitar por escrito que se reúna la CLC⁶⁰². Ésta se reunirá en los diez días siguientes a la entrega de la solicitud y se avocará sin demora a la solución de la controversia. Como parte de los esfuerzos tendientes a resolver la controversia, la CLC podrá: 1) convocar asesores técnicos o crear grupos de trabajo o de expertos; 2) recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación o a otros procedimientos de solución de controversias, o 3) formular recomendaciones para apoyar a las Partes consultantes a lograr una solución amistosa⁶⁰³.

6.3. Integración de paneles

Si la CLC no resuelve la diferencia, cualquiera de las Partes contendientes puede solicitar que se integre un panel arbitral. Tras la recepción de la solicitud por escrito, la CLC analizará el asunto que sea objeto de la reclamación dentro de un plazo de los diez días siguientes a la entrega de la solicitud y tendrá la obligación de establecer un panel. Es importante mencionar que en el TLCAN no se especifica un plazo para el establecimiento de dicho panel. En cuanto a la efectividad del proceso, los retrasos excesivos en la constitución de los paneles en todos los casos, sugiere la existencia de imperfecciones procesales muy importantes y significativas en el diseño del mecanismo, particularmente en lo referente a la aparente incapacidad de las Partes de acordar la pronta constitución

⁶⁰² Artículo 2007 del TLCAN. Esta es una facultad que le compete sólo a las partes consultantes y no puede hacer uso de ella la parte que permaneció ajena a la controversia. Las Partes pueden solicitar que se reúna la Comisión de Libre Comercio sin tener que haber agotado la fase de consultas: cuando el conflicto verse sobre la materia ambiental y éste se hubiere turnado a la OMC y la Parte demandada solicite que la controversia sea solucionada bajo los mecanismos del TLCAN (Artículo 2005); o bien cuando se llevaron a cabo consultas técnicas en materia de reglas de origen, medidas sanitarias y fitosanitarias, y medidas relativas a normalización, bajo el Grupo de Trabajo sobre Reglas de Origen (artículo 513), el Comité de medidas sanitarias y fitosanitarias (artículos 722 y 723) y el Comité de Medidas relativas a Normalización (artículos 913 y 914), respectivamente.

⁶⁰³ Ibidem.

de los paneles y el limitado grado de apoyo del Secretariado que proveen los tres gobiernos⁶⁰⁴.

El panel arbitral se integra con cinco miembros y las reglas para su designación respecto al Capítulo XX tanto en conflictos bilaterales como trilaterales se basaron en el sistema de selección cruzada⁶⁰⁵. A través de este sistema tratándose se una controversia planteada entre dos Partes del TLCAN, cada Parte seleccionará dos panelistas que sean nacionales de la otra Parte contendiente. Si se trata de conflictos planteados entre los tres países, la Parte contra la que se dirige la reclamación selecciona dos panelistas, uno de cada uno de los países que la están demandando, mientras que las Partes reclamantes seleccionan a dos panelistas que sean ciudadanos de la Parte demandada⁶⁰⁶. En ambos casos, el quinto panelista, quien actuará como presidente, lo eligen las Partes contendientes por mutuo acuerdo. De no lograrse dicho acuerdo, la Parte

⁶⁰⁴ Durante las negociaciones del TLCAN se contempló la posibilidad de dos tipos de paneles, como lo prevé el ALC: paneles arbitrales y paneles de expertos, sin embargo se optó por la constitución de un solo tipo de paneles “los paneles arbitrales”, los cuales, pese a su denominación, sólo están facultados para emitir recomendaciones. Artículos 1806 y 1807 del ALC respectivamente. STEGER, D., *El Tratado de Libre Comercio Canadá- Estados Unidos: abriendo nuevos caminos*, en *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio*, coordinador Jorge Witker, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, p. 144. LEIR, R., *The Canada-US Free Trade Agreement: New Directions in Dispute Settlement...op. cit.*, p. 253. Artículo 2008. La decisión de contemplar un solo tipo de paneles se basó en el hecho de que la existencia de dos tipos de paneles, uno que emite laudos y otro que emite recomendaciones, generalmente propicia el debilitamiento del último. Hubiera sido conveniente que el TLCAN contemplara y regulara el arbitraje, en el caso de que las partes de común acuerdo se sometieran a él. Así lo hace el GATT en su artículo XXIII. WITKER, J., *Panorama General de Controversias en el comercio Internacional Contemporáneo*, en *Resolución de Controversias comerciales en América del Norte*, coordinador Jorge Witker, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 40.

⁶⁰⁵ Cruz nos comenta al respecto “debo consignar el acierto y la originalidad de la forma en que se estableció el sistema cruzado de selección de árbitros, pues así se superarán y evadirán, sin duda, las deficiencias propias del sistema tradicional. Es de lamentarse que en los demás mecanismos no se siguiese esta fórmula que fue sugerida, hasta donde sabemos, por los negociadores mexicanos y que naturalmente contó con el apoyo del sector privado desde que fue sometida a consideración a finales del mes de abril de 1992. CRUZ, R., *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos*, Mc Graw Hill, México, 1997, p. 4. Véase GARCÍADIEGO, J.(coord.), *El TLC día a día*, Porrúa, México, 1994, p. 707.

⁶⁰⁶ Véase que el TLCAN solamente contempla, tratándose de un conflicto en que las tres Partes estén involucradas, que sean dos las reclamantes y una la demandada. Por lo que no prevé que puedan ser dos las demandadas en un caso. Lo anterior porque el Capítulo XX se activa como consecuencia de una medida que emana de una de las Partes y no de dos. Aunque dos Partes del TLCAN adopten medidas parecidas o incluso idénticas, siempre constituirán actos diversos y por lo tanto litigios diferentes. LEYCEGUI, B., FERNANDEZ de Castro, R., *TLCAN ¿Socios Naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte...op. cit.* pp. 552 y 553.

demandada o las Partes demandantes, según se decida por sorteo, designarán como presidente a un individuo que no sea ciudadano del país o países que hagan la designación⁶⁰⁷.

Para hacer más efectivo el mecanismo del Capítulo XX, es necesario que las partes utilicen una autoridad externa a ellas para que haga el nombramiento del presidente, tal como se establece en el caso del Capítulo XI, que es el Secretario General del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión (abreviadamente, CIADI) a quien se le autoriza nombrar al presidente del tribunal arbitral o los árbitros si las partes no lo hubieran nombrado después de un período máximo.

Con este método de selección cruzada, México, EE.UU. y Canadá previeron que era más factible la selección de panelistas mejor calificados, ya que es menos probable que intervengan factores políticos en su elección, por lo que se garantiza mayor independencia e imparcialidad ya que los panelistas se sentirán menos comprometidos y desvinculados de su gobierno por no haber participado en su nombramiento⁶⁰⁸. Además, se evita que se ponga en tela de juicio el régimen de solución de controversias cada vez que un panelista vote a favor de la Parte de la cual es ciudadano⁶⁰⁹.

Para que este sistema de selección cruzada funcione eficazmente, los árbitros tienen que ser seleccionados de una lista de panelistas y es precisamente lo que el Tratado prevé: se escogerán de una lista de árbitros. Los panelistas que integran deben ser electos mediante consenso de las Partes, por periodo de tres

⁶⁰⁷ Esta forma de elegir al presidente tiene la ventaja de que la vencedora en el sorteo recibe el beneficio de poder realizar el nombramiento de manera unilateral y por ende la Parte vencida sabe que el quinto panelista no será ciudadano de la Parte vencedora y por lo tanto ésta no tendrá mayoría.

⁶⁰⁸ De acuerdo al artículo 2017.2, se busco garantizar una mayor independencia e imparcialidad mediante la introducción en el TLCAN de la regla consistente en que ni el informe preliminar ni la determinación final que emita el papel revelarán qué panelistas se encuentran asociados con la opiniones de mayoría o de minoría.

⁶⁰⁹ En el caso “Langostas de Canadá”, presentado ante un panel integrado conforme al Acuerdo de Libre Comercio celebrado entre EE.UU. y Canadá, cada uno de los panelistas votó a favor del país de su nacionalidad. Lo anterior suscitó suspicacia y descontento por parte de los canadienses, quienes se encontraban en minoría.

años, con la posibilidad de ser reelectos. Los miembros de las listas han de ser probos, gozarán de buen prestigio y reputación y serán elegidos en función de su objetividad, confiabilidad y buen juicio, además de que han de estar familiarizados con el Derecho Comercial Internacional. Para ser integrante de un panel, los candidatos de las listas deben completar una declaración inicial conforme a lo estipulado en el Código de Conducta del TLCAN, éste es fundamental para el proceso. El principio rector es que el candidato de la lista y miembro de un panel debe revelar cualquier interés, relación o asunto que pudiera afectar su integridad o imparcialidad o que pudiera crear apariencia de deshonestidad o parcialidad, por ende los panelistas y miembros de los comités del TLCAN no son árbitros permanentes, sino que se designan para un propósito específico. Un punto muy interesante de esta lista es que el TLCAN no especifica que los miembros de la misma sean ciudadanos de México, Canadá o EE.UU., por lo que se debe entender que pueden ser ciudadanos de cualquier país, inclusive de países no miembros del TLCAN⁶¹⁰.

La lista se conforma con un máximo de 30 integrantes que deberán reunir ciertos requisitos para que garanticen la calidad de sus resoluciones e imparcialidad⁶¹¹. Cada socio comercial tendrá derecho a nombrar hasta 10 árbitros. En el caso de que un país designe a un panelista que no aparezca en la lista de árbitros, dicha designación podrá ser impugnado por sus contrapartes en el conflicto sin tener que justificar la causa. Mediante todas las reglas anteriores se buscó:

⁶¹⁰ A diferencia del Capítulo XIX, que exige que los miembros del panel sean ciudadanos de los países partes del TLCAN. CAMARILLO, O., *El TLC y el Sistema de Resolución de Controversias (Capítulo XX)*, en el Seminario Internacional sobre Resolución de Controversias Comerciales en América del Norte, México D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, conferencia del 14 de octubre de 1993.

⁶¹¹ Artículo 2009 del TLCAN. Esta lista es diferente de la lista de árbitros en materia de inversión cuya creación dispone el capítulo XI del TLCAN. También es diferente de la lista de árbitros en el área de servicios financieros que se establecerá conforme al capítulo XIV del TLCAN. El capítulo XIX sobre Revisión y Solución de Controversias en Materia Antidumping y Cuotas Compensatorias también dispone la creación de otra lista de árbitros.

- a) *“Resolver el problema de la falta de especialistas. Al estar identificados de antemano en una lista pequeña y por consenso las personas más capacitadas, se agilizarían los trámites relativos a su designación.*
- b) *Fomentar que sean las mismas personas las que participen en los casos, lo que permitirá que se especialicen, al adquirir experiencia en un lapso menor. Se pensó que esto también contribuirá a lograr la unificación de criterios, lo que se traduce en una mayor certeza para el Estado que somete la controversia respecto a la forma como resolverá el panel”⁶¹².*

Con las reglas mencionadas con anterioridad relativas a la constitución de los paneles, el TLCAN buscó lograr un equilibrio entre un modelo *ad hoc* y un modelo permanente de solución de controversias. En el primero, cada vez que una diferencia llega a la fase arbitral o contenciosa se constituye un panel integrado por especialistas en la materia objeto de la controversia, que son electos en ese momento de una lista de árbitros. En el segundo modelo, se solicita la intervención de un tribunal u órgano previamente establecido⁶¹³.

El panel actúa conforme a las Reglas Modelo de Procedimiento (en adelante, Reglas), siempre que las Partes contendientes no acuerden otra cosa. En el TLCAN así como en las Reglas se prevén plazos específicos para cada fase o instancia del procedimiento. En el caso en que la Parte quejosa decida continuar el procedimiento sin ninguna interrupción entre la etapa de consultas, la intervención de la CLC y la solicitud de integración de un panel, el mecanismo general de solución de controversias tiene una duración de aproximadamente 250 días. Resulta positivo el establecimiento de plazos específicos debido a que hasta

⁶¹² LEYCEGUI, B., FERNANDEZ de Castro, R., *TLCAN ¿Socios Naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte...op. cit.* pp. 556 y 557.

⁶¹³ La discusión sobre la naturaleza del órgano encargado de resolver las diferencias estuvo presente durante la negociación del ALC, como en la del TLCAN. Las Barras de Abogados de los tres países presentaron en ambas negociaciones propuestas para que fuera un tribunal permanente el que conociera de las disputas. Sobre las ventajas y desventajas de un tribunal permanente, véase LEYCEGUI, B., *Reflexiones en torno al régimen general de prevención de controversias previsto en los capítulos 18 y 20 del Tratado de Libre Comercio*, Escuela Libre de Derecho, México, 1993.

cierto punto se logra judicializar en mayor medida el procedimiento, característica que hace que el mecanismo se acerque más a la técnica o método de resolver las controversias con apego a las normas a través de una resolución jurídica y menos al poder a través de una resolución política. La duración del procedimiento que se menciona puede ser mayor si la Parte o las Partes reclamantes deciden no solicitar que se prosiga con la subsecuente instancia de manera inmediata una vez agotada la anterior⁶¹⁴.

El panel iniciará el procedimiento señalando primero los términos de referencia o acta de misión, lo cual permitirá que la controversia se determine en forma precisa y por ende se trate precisamente⁶¹⁵.

Otra característica en el procedimiento es su confidencialidad. Por lo que las audiencias ante el panel, las deliberaciones y el informe preliminar, así como todos los escritos y las comunicaciones que se presenten o se lleven a cabo ante él tendrán el carácter de confidenciales⁶¹⁶. Esto tiene la finalidad de mantener el procedimiento, en la medida de lo posible, al margen de las presiones públicas.

La intervención del panel concluye con la emisión de un informe final. Dicho informe tiene la naturaleza de una recomendación⁶¹⁷ ya que las Partes contendientes todavía tendrán que llegar a un acuerdo para la solución del conflicto. De no ponerse de acuerdo, y siempre que el panel haya resuelto a favor de la demandante o reclamante porque encontró que una medida es incompatible

⁶¹⁴ LEYCEGUI, B., FERNANDEZ de Castro, R., *TLCAN ¿Socios Naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte...op. cit.* p.557.

⁶¹⁵ Artículo 2012 (3) del TLCAN. Se basó en el punto 5.1 del ESD que dice: “el mandato de los Grupos Especiales será el siguiente (...): Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes del Acuerdo General, el asunto sometido a las PARTES CONTRATANTES por (nombre de la parte contratante) en el documento DS (...) y formular conclusiones que ayuden a las PARTES CONTRATANTES a hacer recomendaciones o resolver sobre la cuestión, conforme a lo dispuesto en el artículo XXIII.2.”

⁶¹⁶ Artículo 2012.1, b) del TLCAN.

⁶¹⁷ La trascendencia futura del informe es evidente pues aunque no sea de aplicación obligatoria en casos similares constituirá un precedente que será consultado en su oportunidad. CRUZ, R., *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos*, Mc Graw Hill, México, 1997, pp. 2-5. En el caso del ALC el capítulo 18, artículo 1806, sí estableció el recurso a “arbitraje vinculativo” para resolver disputas sobre medidas de salvaguardia, así como para otros temas en la medida en que hubiera acuerdo entre las partes. El TLCAN, sin embargo, no incluyó este recurso a arbitraje vinculativo.

con las obligaciones del TLCAN o es causa de anulación o menoscabo de dicho país reclamante “podrá suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente a la Parte demandada, hasta el momento en que alcancen un acuerdo sobre la resolución de la controversia”⁶¹⁸. Esta condición, que requiere que el panel haya favorecido a la demandante para que pueda proceder a suspender beneficios, tiene como consecuencia dotar de mayor fuerza e importancia a las resoluciones de los paneles y al régimen de solución de controversias en general⁶¹⁹. Por lo tanto llegamos a la conclusión, de que en el TLCAN las resoluciones de los paneles tienen como principal objetivo determinar la legitimidad de los reclamos del demandante, ya que de declararlos no legítimos no tendrá derecho a la compensación.

6.4. La Tercera Parte o Tercer Participante

Debido al contexto trilateral del TLCAN, éste contempla los derechos de la tercera Parte que no participa en una controversia como Parte contendiente para participar como tercero, en vista de que el panel va emitir juicios sobre la interpretación y aplicación del TLCAN, sí le interesa intervenir en ella como *amicus curiae*, esta calidad le otorga el derecho a presentar comunicaciones escritas u orales al panel y a recibir comunicaciones escritas de las Partes contendientes sin estar vinculado para la resolución que emita el panel. Para ello, deberá notificar a las Partes contendientes y a su Sección del Secretariado por escrito su intención de participar⁶²⁰. En este sentido, los procedimientos de solución de controversias establecidos en el TLCAN pueden garantizar a la tercera Parte más legitimación que la conferida a los terceros en la mayoría de los procedimientos de solución de diferencias incluidos ante la OMC. Sin embargo los Grupos Especiales de la OMC

⁶¹⁸ Artículos 2018 y 2019 del TLCAN.

⁶¹⁹ Esto se debe a que a diferencia del Acuerdo de Libre Comercio entre EE.UU. y Canadá (ALC), de no favorecer el panel a la Parte demandante, y de no llegar a un acuerdo con su contraparte, ésta no podrá proceder unilateralmente a suspender beneficios. En el artículo 1807.9 del ALC y artículo 2019 del TLCAN. En la parte relativa a conclusiones y análisis prospectivo (2.5) del mecanismo general se analiza el alcance, definitividad y obligatoriedad de las resoluciones de los paneles.

⁶²⁰ Artículo 2013 del TLCAN.

pueden otorgar, y lo han hecho en muchos casos, mayores derechos a los terceros que aquellos contemplados en el ESD⁶²¹.

6.5. Recurso a especialistas

De manera similar a las facultades que tienen los Grupos Especiales de la OMC, los paneles del TLCAN pueden recabar información y asesoría técnica de las personas o grupos que estimen pertinentes y podrán solicitar un informe escrito a un comité de revisión científica sobre cualquier gestión de hecho, relativa a aspectos relacionados con el medio ambiente, la salud, la seguridad u otros asuntos científicos planteados durante el procedimiento⁶²².

6.6. Presentación de informes preliminares

La idea de que los Grupos Especiales presenten un informe provisional a las Partes contendientes conforme al ESD de la OMC tuvo su origen en las negociaciones conducentes a la firma del TLCAN⁶²³. Según este Tratado, las Partes pueden hacer observaciones por escrito al panel sobre el informe preliminar, e incluso solicitar al panel reconsiderar su informe y llevar a cabo cualquier examen ulterior que considere pertinente⁶²⁴. No obstante, el TLCAN exige que el panel “funde su informe en los argumentos y comunicaciones presentados por las Partes”⁶²⁵. No existe una limitación similar para los Grupos Especiales en el ESD de la OMC.

El informe preliminar debe realizarse dentro de los 90 días siguientes al nombramiento del último árbitro y debe contener: conclusiones de hecho, determinación sobre si la medida impugnada es incompatible con las obligaciones del TLCAN o si causa su anulación o menoscabo.

⁶²¹ LACARTE, J. y GRANADOS, J., *Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales...op. cit.* p. 193.

⁶²² Ibidem. p. 194, artículos 2014 y 2015 del TLCAN.

⁶²³ Artículo 2016 del TLCAN. Porque sólo a las partes contendientes les compete conocer el informe del panel.

⁶²⁴ Artículo 2016(5) del TLCAN.

⁶²⁵ Artículo 2016(1) del TLCAN.

En la OMC, los Grupos Especiales deben dar traslado de su informe definitivo a las partes en la diferencia. Al igual que en dicha Organización, el Capítulo XX en estudio contempla expresamente que los panelistas podrán formular votos particulares sobre cuestiones en las que no exista acuerdo unánime⁶²⁶. Y, como ocurre también en la órbita de la OMC, no se divulgará la identidad de los panelistas que hayan votado con la mayoría o minoría⁶²⁷.

6.7. El informe final

Debe realizarse dentro de los 30 días siguientes de haberse rendido el informe preliminar. Una vez emitido debe ser comunicado a la CLC junto con los dictámenes de los comités de revisión científica y todas las consideraciones que se deseen, salvo que la CLC disponga otra cosa, el informe final se publicará 15 días después.

6.8. Plazos ideales para la revisión de un panel del Capítulo XIX del TLCAN, conforme a las reglas modelo de procedimiento con dos partes contendientes⁶²⁸

Artículo 2008	Presentación de la solicitud de conformación del panel arbitral	Día 0
Artículo 2011.1 (b)	Selección del presidente del panel	Dentro de los 15 días siguientes a la solicitud de conformación del panel arbitral
Regla 5- Artículo 2012(3)	Presentación de los términos de referencia para las partes	Dentro de los 20 días siguientes a la presentación de la solicitud
Artículo 2011.1©	Conclusión de la selección del panel	15 días después de la selección del presidente
Regla 7	Presentación de las declaraciones	A más tardar a los 10 días de haber

⁶²⁶ Artículo 2016(3) del TLCAN.

⁶²⁷ LACARTE, J. y GRANADOS, J., *Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales...op. cit.* p. 193, artículo 2017(2) del TLCAN.

⁶²⁸ Fuente: Secretariado del TLCAN

(http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_s.aspx?DetailID=770), consultada el 18 de agosto de 2010.

	iniciales por escrito (parte demandante)	concluido la selección del panel
Regla 7	Presentación de las réplicas por escrito (parte demandada)	A más tardar 20 días después de recibida la declaración inicial por escrito
Regla 26	Presentación de la lista de las partes deliberantes y otras personas que asistirán a la audiencia	Cinco días antes de la audiencia
Regla 21	Celebración de la audiencia	En fecha que determina la presidencia
Regla 32	Presentación de escritos complementarios	Dentro de los 10 días siguientes a la celebración de la audiencia
Regla 38	Solicitud de conformación de un comité de revisión científica	A más tardar 15 días después de celebrada la audiencia
Artículo 2016(2)	Presentación del informe preliminar	Dentro de los 90 días siguientes a la conclusión de la selección del panel
Artículo 20116(4)	Presentación de los comentarios sobre el informe preliminar	Dentro de los 14 días siguientes a la presentación del informe preliminar
Artículo 2017(1)	PRESENTACIÓN DEL INFORME DEFINITIVO	Dentro de los 30 días siguientes a la presentación del informe preliminar

6.9. Ausencia de un mecanismo de apelación

Es importante destacar que en general el TLCAN no cuenta con un mecanismo de apelación para la revisión de las decisiones de los paneles, ni en particular para la revisión de las decisiones de los paneles binacionales establecidos según el Capítulo XX, por lo tanto este sistema es menos legalista y vinculante, como cuestión de derecho, y por ende es más flexible y diplomático que el sistema de la OMC⁶²⁹. En el capítulo cuarto se verá la necesidad y viabilidad de crear un órgano de apelación permanente en el TLCAN similar al de la OMC.

⁶²⁹ STEGER, D., *La Solución de Controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)* en LACARTE, J. y GRANADOS, J., *Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales...op. cit.* p. 194.

6.10 Implementación de los informes de los paneles

Los procedimientos generales de solución de controversias del TLCAN difieren de los de la OMC en un aspecto importante: la implementación. Éste puede ser un motivo por el cual los procedimientos del TLCAN sean invocados tan ocasionalmente y las Partes han preferido recurrir al sistema de la OMC, a pesar de que las normas de aplicación contempladas en el ESD tienen varias lagunas y por lo tanto disten de ser perfectas. De acuerdo al TLCAN, cuando un panel presenta su informe final, “*las partes contendientes convendrán en la solución de la controversia, la cual, por lo regular, se ajustará a las determinaciones y recomendaciones de dicho panel...*”⁶³⁰. A diferencia del mecanismo de la OMC, por lo tanto, según el cual los informes definitivos de los Grupos Especiales y los del Órgano de Apelación son adoptados por el OSD a menos que exista consenso en contrario, en el TLCAN son las Partes las que tienen la última palabra. Deben de estar de acuerdo por consenso con la resolución de la controversia, pero no están necesariamente obligadas a acatar las determinaciones y recomendaciones del panel. Las Partes pueden convenir otra solución si así lo desean⁶³¹.

Hubiera sido de gran beneficio para las Partes, el haber encargado a la Comisión vigilar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados para la solución de la controversia, como en el caso de la OMC, aunque el grado de presión sería menor en el TLCAN al estar integrado sólo por tres países⁶³².

El Capítulo XX indica que la resolución consistirá en la no ejecución o en la derogación de la medida violatoria con este Tratado o aunque no lo contravenga sea causa de anulación o menoscabo de los beneficios del mismo, pero también contempla la posibilidad de otorgar una compensación a falta de una resolución en

⁶³⁰ Artículo 2018(1) del TLCAN.

⁶³¹ LACARTE, J. y GRANADOS, J., *Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales...op. cit.* p. 194.

⁶³² HORLICK, N., *The US-Canada FTA and GATT Disputes Settlement Procedures. The Litigants' View*, Journal of World Trade, Switzerland, Volume 26, Number 2, April 1992, p. 9. El artículo 19 del ESD regula la ejecución de las recomendaciones y resoluciones emitidas por los Grupos Especiales o por el Órgano de Apelación.

ese sentido⁶³³. También en este caso los procedimientos generales de solución de controversias del TLCAN son similares al antiguo sistema de solución de diferencias del GATT y no son tan legalistas como los de la OMC. De lo dispuesto en el ESD de la OMC, se requiere que la Parte demandada ponga su medida de conformidad con las resoluciones y recomendaciones del OSD, y el resultado preferido es la supresión de la medida declarada incompatible. La Parte demandada tiene la obligación jurídica de cumplir con las resoluciones y recomendaciones comprendidas en los informes adoptados del Grupo Especial y/o del Órgano de Apelación y, de acuerdo con el ESD, la compensación sólo podrá utilizarse a modo de medida temporal para promover el cumplimiento.

Según lo dispuesto en el TLCAN, no existe una obligación jurídica similar de que la Parte demandada deba acatar las determinaciones y recomendaciones del panel, y las Partes contendientes pueden acordar otra forma de solucionar la controversia, incluida la compensación como alternativa a la derogación de la medida disconforme⁶³⁴.

6.11. Incumplimiento y suspensión de beneficios

Si la Parte demandada no ha logrado un acuerdo con la Parte reclamante para solucionar la controversia dentro de los treinta días siguientes a la recepción del informe final del panel, la Parte reclamante podrá suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente hasta tanto se alcance un acuerdo sobre la resolución de la controversia. Dicha suspensión de beneficios es provisional, pues sólo tendrá lugar hasta que ambas Partes alcancen un acuerdo mutuo para solucionar la controversia⁶³⁵.

⁶³³ Artículo 2018(2) del TLCAN.

⁶³⁴ STEGER, D., *La Solución de Controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)*, p. 195, en LACARTE, J. y GRANADOS, J., *Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales....op. cit.*, p. 195.

⁶³⁵ Artículo 2019 (1) del TLCAN; LEIR, R., *The Canada-US Free Trade Agreement: New Directions in Dispute Settlement American Society of International Law*. Proceedings of the 83rd Annual Meeting, Chicago, April 5-8, 1989.

Como se puede observar, la suspensión de beneficios queda dentro de la potestad de las Partes contendientes, debido a que en ocasiones habrá controversias en las que sólo participen dos países de los tres que son Miembros del TLCAN. Al igual que lo dispuesto en el ESD de la OMC, la Parte reclamante debe primero procurar suspender los beneficios en otros sectores si considera que no es factible ni eficaz suspenderlos en el mismo sector o sectores. También se podrá establecer un panel para que determine si es manifiestamente excesivo el nivel de los beneficios que una Parte haya suspendido⁶³⁶. A pesar de que los procedimientos contemplados en el TLCAN para la suspensión de beneficios parecen similares a aquellos del ESD, hasta la fecha no ha habido ningún caso en el cual una Parte reclamante haya suspendido beneficios invocando el Capítulo XX del TLCAN como respuesta al incumplimiento del informe de un panel⁶³⁷.

6.12. Intervención de la CLC en procedimientos internos

A diferencia del sistema de la OMC, el TLCAN cuenta con un procedimiento explícito que permite a la CLC intervenir en cualquier procedimiento administrativo o judicial interno en el cual surja una cuestión relativa a la interpretación o aplicación del TLCAN. De la misma manera, cuando un tribunal u órgano administrativo solicite la opinión de algún país Miembro del TLCAN, ese país lo notificará a los demás países y a su Sección del Secretariado⁶³⁸. En dicho caso, si la CLC puede llegar a una interpretación acordada de las disposiciones pertinentes del TLCAN, la Parte deberá presentar la interpretación acordada por la Comisión al tribunal u órgano administrativo de su jurisdicción. Asimismo, se prohíbe expresamente a las Partes el derecho de iniciar acciones contra cualquiera de las otras Partes conforme a su legislación nacional argumentando que una medida de la otra Parte es incompatible con el TLCAN.

⁶³⁶ Artículo 2019 del TLCAN.

⁶³⁷ A pesar de que las Partes Contratantes del GATT autorizaron la suspensión de concesiones sólo una vez antes de la creación de la OMC, desde 1995 el OSD concedió la autorización en 8-10 casos. STEGER, D., *La Solución de Controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)*, p. 195, en LACARTE, J. y GRANADOS, J., *Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales*....op. cit., p. 195.

⁶³⁸ Artículo 2020 (1) del TLCAN.

Como se puede apreciar el MGSC del TLCAN incorporó una amplia gama de técnicas alternativas y la regulación de una serie de instancias y procedimientos que corresponden a la complejidad y naturaleza de las obligaciones pactadas en el Tratado. Pero es importante que dicho mecanismo evolucione para que la voluntad de los gobiernos no tenga demasiada influencia en la resolución final de los conflictos y así las resoluciones de los paneles tengan un carácter más obligatorio. Leycegui, comenta que si desde un principio esto no se pactó es porque los socios comerciales consideraron que el grado de integración o interdependencia económica y las condiciones políticas en norteamérica no eran las más propicias para promover un mecanismo más orientado hacia las normas y menos hacia el poder⁶³⁹.

De lograrse en América del Norte un mayor grado de integración e interdependencia económica como consecuencia de lo pactado y de futuras negociaciones en materia de liberalización, dicha unión irá aparejada con una reconfiguración del sistema de solución de controversias, utilizando técnicas de solución de controversias con las cuales las resoluciones de los órganos encargados de resolver las diferencias sean definitivas y obligatorias para las Partes en litigio.

No es posible calificar de bueno o malo un sistema de solución de controversias sin tomar en cuenta el contexto en el cual está operando. Éste será positivo y cumplirá con sus objetivos en la medida en que evite generar las fricciones que pongan en riesgo no sólo la observancia o cumplimiento de lo

⁶³⁹ LEYCEGUI, B., FERNANDEZ de Castro, R., *TLCAN ¿Socios Naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte...op. cit.* p. 574. Cabe señalar que México decidió dotar mayor obligatoriedad a las decisiones de los órganos arbitrales previstos en los MGSC de los Tratados de Libre Comercio negociados con el Grupo de los Tres (México-Colombia-Venezuela), Costa Rica y Bolivia, al establecer que “la decisión final del tribunal arbitral será obligatoria para las Partes contendientes en los términos y plazos que éste ordene” (Artículos 19-16, 17-15 y 19-14, respectivamente, de los tres tratados citados). Véase Decreto de Promulgación de Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela, Diario Oficial, 9 de enero de 1995; Decreto de, Promulgación del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Costa Rica, Diario Oficial, 10 de enero de 1995, y Decreto de Promulgación del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Bolivia, Diario Oficial, 11 de enero de 1995.

acordado o de las resoluciones emitidas en el sistema de solución de controversias, sino al TLCAN en su conjunto, cuyo objetivo principal es la preservación⁶⁴⁰.

7. Casos

Hasta la fecha⁶⁴¹ el número de procedimientos iniciados de conformidad al Capítulo XX ha sido sorprendentemente bajo⁶⁴². Si bien algunos casos se han resuelto por medio del mecanismo de consultas, sólo tres reclamaciones condujeron a informes finales por parte de un panel arbitral⁶⁴³. Por el contrario, desde 1989 hasta 1994 se registraron cinco informes finales de paneles según lo dispuesto en el capítulo XVIII del ALC entre Canadá y EE.UU., el capítulo antecesor del TLCAN: tres se originaron en EE.UU. y dos en Canadá.

7.1. Evolución de las estadísticas del capítulo XX del TLCAN⁶⁴⁴

Año	89	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	Total
Cap XX	0	0	0	0	0	0	1	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3

⁶⁴⁰ LEYCEGUI, B., FERNANDEZ de Castro, R., *TLCAN ¿Socios Naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte...op. cit.* pp. 576 y 577.

⁶⁴¹ 28 de noviembre de 2011

⁶⁴² Véase Anexo III "Estadísticas del TLCAN".

⁶⁴³ CDA-95-2008-01, *Aranceles aplicados por Canadá a ciertos productos agropecuarios originarios de EE.UU.*, panel arbitral solicitado por los EE.UU. que emitió su informe unánime el 2 de diciembre de 1996; USA-97-2008-01. Medida de salvaguarda impuesta por los EE.UU. de América a las escobas de mijo mexicanas, panel arbitral solicitado por México que emitió su informe unánime el 30 de enero de 1998; USA-98-2008-01, *Servicios de transporte transfronterizo*, panel arbitral solicitado por México que emitió su informe unánime el 6 de febrero de 2001.

⁶⁴⁴ <http://idatd.eclac.cl/controversias/tlcan.htm?perform=estadisticas&numero=4>, consultada el 25 de febrero de 2011.

7.2. Servicios transfronterizos de autotransporte

En el caso de servicios transfronterizos de autotransporte de carga, como un elemento del TLCAN, los gobiernos de ambos países crearon mecanismos de cooperación, consulta y planeación que se constituyó en el “*Sistema de información geográfica para el proceso binacional de planeación y programación del transporte fronterizo*”⁶⁴⁵ esto con el fin de establecer reglas claras y facilitar o agilizar la apertura y la prestación de servicios de transporte entre las dos partes.

De conformidad con el anexo I del TLCAN, se permitiría el acceso de transporte transfronterizo de carga terrestre en los Estados fronterizos de México y EE.UU. tres años a partir de la firma del TLCAN en 18 de diciembre de 1995, y se permitiría el libre tránsito en todo el territorio seis años después de la entrada en vigor del Tratado el 1 de enero de 2000. Canadá y EE.UU. abrieron sus respectivos territorios para el libre tránsito de transporte de carga desde 1982⁶⁴⁶.

⁶⁴⁵ El Sistema de información geográfica para el proceso binacional de planeación y programación del transporte fronterizo, surge en el seno del Comité Conjunto de Trabajo capítulo México (CCT) creado en el marco de los acuerdos particulares al transporte del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, TLCAN, con las siguientes funciones específicas: Incrementar la eficiencia del sistema de transporte binacional del área fronteriza. Mejorar la comunicación y la coordinación de la planeación y programación del transporte, así como las políticas y operaciones, entre las entidades fronterizas, incluyendo a las dependencias públicas y a los proveedores de servicios. Establecer y mantener un banco de datos binacional. Mantener los programas y procesos de transporte existentes de las dependencias públicas participantes que están involucradas en la planeación y programación de mejoras al transporte, en la zona fronteriza. Conducir estudios especiales para abordar los asuntos relevantes identificados por el CCT.

http://www.imt.mx/sitioimt/USIG/ServiciosTecnologicos/ProyectosDerivados/TransFront/frmlIntroduccion.aspx?Pagina=428&Ruta=USIG/Servicios%20tecnol%C3%B3gicos/Aplicaciones%20concluidas/Transporte%20fronterizo/Introducci%C3%B3n&ID_CON_Menu=396, consultada el 22 de septiembre de 2011.

⁶⁴⁶ Expediente del Secretariado Núm. EUA-MEX-98-2008-01. El caso se refiere al incumplimiento de EE.UU. a las obligaciones previstas en los artículos 1202 (Trato Nacional en Servicios Transfronterizos) y/o 1203 (Trato de Nación Más Favorecida en Servicios Transfronterizos) del TLCAN al no dar por terminada su moratoria de tramitar solicitudes de empresas mexicanas de autotransporte para que sean autorizadas para operar en los estados fronterizos estadounidenses. Documentos del caso y fecha de documento: 18 de diciembre de 1995, solicitud para la celebración de Consultas; 24 de julio de 1998, solicitud de reunión de la Comisión de Libre Comercio; 22 de septiembre de 1998, solicitud de establecimiento del Panel Arbitral; 6 de febrero de 2001, Informe Final del Panel Arbitral, Informe Final del Panel Arbitral (ENG). Disponible en http://www.economia.gob.mx/swb/work/models/economia/Resource/433/1/images/Panel_Transporte_Final.pdf, consultada el 1 de octubre de 2010.

El anexo I también especifica que EE.UU. y México eliminarían las restricciones al servicio de transporte de pasajeros de itinerario fijo a partir del tercer año de entrada en vigor del TLCAN, el 1 de enero de 1997. Asimismo, se acordó que se permitiría inversión de mexicanos en EE.UU para proveer servicios transfronterizos de carga, a partir del tercer año después de la firma del Tratado, el 18 de septiembre de 1998, y que siete años a partir de la entrada en vigor del Tratado se permitiría inversión para proveer servicios transfronterizos de transporte de pasajeros, el 1 de enero de 2001⁶⁴⁷.

México sostiene que EE.UU. violó varias disposiciones del TLCAN, al no eliminar restricciones al comercio transfronterizo de transporte de carga, e impedir la inversión mexicana en el sector de transporte de carga en EE.UU., y que además ello constituye un trato discriminatorio pues las restricciones no se aplican a Canadá. Argumenta que la postura estadounidense no se debe a consideraciones de seguridad, sino a presiones ejercidas por sindicatos estadounidenses que se oponen a la entrada de camiones mexicanos a su territorio. Admite que las disposiciones mexicanas en la materia no son equivalentes a las de EE.UU., pero señala que nunca se acordó que se adoptaría un régimen común, sólo que habría cooperación en la materia. Por todo ello, sostiene que EE.UU. viola las disposiciones de Trato Nacional y Nación Más Favorecida contenidas respectivamente en los artículos 1202 y 1203 del Capítulo XII del TLCAN (Comercio Transfronterizo de Servicios), y los Artículos 1102 y 1103 de Capítulo XI del Tratado (Inversión).

EE.UU. sostiene que el artículo 1202 establece que el Trato Nacional se otorgará “en circunstancias similares” y que dado que el marco regulatorio estadounidense es más riguroso que el mexicano, no se está violando este artículo. Asimismo, sostiene que tampoco viola el artículo 1203, dado que ahí también se señala que el trato de Nación Más Favorecida se otorgará “en circunstancias similares,” y el marco regulatorio canadiense es equivalente al estadounidense. También niega que haya motivaciones políticas detrás de su

⁶⁴⁷ ORTIZ, A., *La solución de controversias en el TLCAN: un esbozo sobre su desempeño y retos*, CIDE, México, 2002, pp. 17 y 18.

negativa de procesar las solicitudes mexicanas para acceso a transportistas de carga, y señala que en todo caso varios paneles de la OMC han establecido de manera clara que la intención de la Parte acusada de violar alguna disposición es irrelevante, y sólo se debe determinar si hubo o no una violación, y considera que ese mismo principio se debe aplicar a los casos del Capítulo XX.

Canadá solicitó participar de conformidad con lo establecido en el artículo 2013 (Participación de la tercera Parte). Sostiene que para interpretar el artículo 1202 se debe comparar el trato que recibe un transportista de carga extranjero (en este caso mexicano) en EE.UU. con el trato que recibe un transportista de carga estadounidense en EE.UU. y que la negativa general de EE.UU. a procesar solicitudes mexicanas para tal efecto constituye una violación al principio de trato nacional. Sostiene además que también está violando las disposiciones del Capítulo IX (Medidas Relativas a Normalización), toda vez que los niveles de protección establecidos de conformidad con ese capítulo deben de respetar el principio de Trato Nacional establecido en el Artículo 1202⁶⁴⁸.

Es oportuno hacer referencia específica a esta controversia, por la atención pública y gubernamental que ha atraído por su trascendencia política y económica y porque se ilustra cómo se han manejado las controversias en el TLCAN. Es el caso más controvertido del Capítulo XX, hasta la fecha involucró la decisión de EE.UU. de no abrir su frontera a los servicios mexicanos de autotransporte de carga, de conformidad con lo dispuesto por el TLCAN⁶⁴⁹. Desde 1982, EE.UU. había impuesto una moratoria a la operación de camiones y autobuses mexicanos en el territorio de EE.UU. En el Capítulo XII del TLCAN, EE.UU. había aceptado empezar a abrir sus fronteras, de manera inmediata, a la prestación local de servicios de autotransporte de carga, para finales de 1995 a los recorridos más largos de y hacia los Estados fronterizos y, por último, para el 1º de enero de 2000 la autorización para la prestación de servicios de largo trayecto en todo el territorio de EE.UU.

⁶⁴⁸ ORTIZ, A., *La solución de controversias en el TLCAN: un esbozo sobre su desempeño y retos...op. cit.*, pp. 17 y 18.

⁶⁴⁹ HUERTA, J., *Mexico in the WTO and NAFTA: litigating international trade disputes...op. cit.*, p. 77.

Por lo que se refiere a EE.UU., la oposición más fuerte a la apertura de servicios de carga de transporte terrestre provino de los transportistas afiliados al *Transportation Trades Department* de la AFL-CIO, quienes llevaron a cabo una campaña publicitaria en contra de la apertura, argumentando cuestiones de seguridad tales como el supuesto hecho de que el Ministerio de Trabajo (*Department of Labor*) de los EE.UU. no tiene programas para asegurar que las empresas mexicanas y sus trabajadores cumplirán con las normas laborales y de seguridad en EE.UU., que la infraestructura fronteriza es inadecuada para atender un mayor flujo de camiones en la frontera, y que México no tiene requisitos adecuados para verificar que los choferes no estén usando alcohol y drogas.

En diciembre de 1995, EE.UU. se opuso a implementar el Acuerdo, alegando motivos de seguridad con respecto al transporte en camión mexicano y a los conductores nacionales mexicanos del transporte en camión. México protestó, y solicitó la realización de consultas con EE.UU., las consultas fracasaron por lo que el 24 de julio de 1998 México solicitó la integración de un panel, el cual se constituyó el 2 de febrero de 2000 para examinar el caso.

Existe cierta ironía en cuanto a la forma en que el asunto fue tomado en este caso, ya que históricamente, EE.UU. fue el país que presionó para una apertura en los servicios de autotransporte y México era el que se negaba aceptarla. La moratoria de EE.UU. a los servicios mexicanos de autotransporte de carga empezó en 1982 como una respuesta al hecho de que México se negara a admitir la entrada a su territorio nacional de camiones estadounidenses. En las negociaciones del TLCAN, EE.UU. fue el país que insistió en una apertura recíproca y México el que opuso resistencia. Según los negociadores, México acabó por aceptar, aunque no de muy buena gana, una apertura recíproca⁶⁵⁰. De cualquier manera, el capítulo XII dispuso que tanto México como EE.UU. asumían el compromiso de eliminar gradualmente sus barreras al transporte transfronterizo en camión, incluido lo referente a la inversión en dichos servicios transfronterizos.

⁶⁵⁰ MAYER, F., *Interpreting NAFTA: The science and Art of Political Analysis*, Nueva York, Columbia University Press, 1998.

La imputación de que el TLCAN permitiría que camiones mexicanos poco seguros podrían operar en el territorio de EE.UU. revistió una importancia eminente en la oposición política interna al TLCAN a lo largo de las negociaciones y durante el esfuerzo realizado para lograr la aprobación de la ley de implementación del TLCAN en el Congreso, y siguió siendo un tema de debate muy acalorado después de la entrada en vigor del Tratado. El *Teamsters Union*, la organización activista *Public Citizen* y muchos otros grupos, enfocaron sus argumentos en cuestión de seguridad, advirtiendo sobre los riesgos de abrir los caminos en territorio estadounidense al autotransporte mexicano y a los conductores nacionales mexicanos del mismo que, según ellos afirmaban, era poco seguro el primero y carecían de la debida capacitación los segundos.

Otro tema importante para el *Teamsters Union*, fue la gran diferencia de la jornada por trabajo igual entre los conductores nacionales estadounidenses y los conductores nacionales mexicanos, aproximadamente una razón de siete a uno, lo cual los conductores nacionales estadounidenses veían como una amenaza clara a su empleo. Conforme se fue acercando la fecha para la apertura de los Estados fronterizos al autotransporte fronterizo, se acrecentó la oposición de dichos grupos. A pesar de ello, en septiembre de 1995, Peña, el Secretario de Transporte de EE.UU., anunció las medidas que habían sido propuestas para implementar el Tratado. En diciembre, la Comisión Interestatal de Comercio publicó avisos en el *Federal Register*, en el sentido de que las regulaciones propuestas se convertirían en regla consagrada por la ley el 18 de diciembre.

Sin embargo, poco antes de que la regla entrara en vigor, la Oficina General de Contabilidad de EE.UU. emitió un informe sobre asuntos de seguridad relacionados con la operación del autotransporte mexicano en ese país. El informe dio considerables argumentos que se oponían a la apertura. Se señaló que el número de inspectores y la calidad de las instalaciones de inspección en la frontera eran totalmente inadecuados para asegurar que el autotransporte mexicano cumpliera con las normas regulatorias de EE.UU. Se estaba inspeccionando menos de uno por ciento de todas las unidades de autotransporte.

Se criticó al Departamento de Transporte su falta de preparación para implementar las nuevas regulaciones.

La esperanza de la administración del presidente Clinton era que México no objetaría demasiado enérgicamente la extensión de la moratoria, sobre todo en virtud de que México había peleado con empeño durante las negociaciones para evitar la apertura al transporte en camión. Sin embargo el gobierno mexicano no estaba dispuesto a hacer excepciones a la implementación del TLCAN, ya que si se empezaban a aceptar desviaciones de las fechas acordadas de implementación, otras industrias amenazadas por las disposiciones del TLCAN reclamarían que también a ellas se les debería conceder extensiones similares.

De la misma manera, EE.UU. siguió prohibiendo la inversión por personas físicas de nacionalidad mexicana en empresas estadounidenses de autotransporte, por lo que México protestó inmediatamente, denunciando que el gobierno de EE.UU. había cedido a la presión política ejercida por los sindicatos obreros, muy en particular la ejercida por el *Teamsters Union* y como lo comentamos con anterioridad solicitó la realización de consultas con EE.UU.

Las consultas fracasaron, pero México optó en ese momento no llevar el asunto a un panel de solución de controversias. Durante dos años, las partes trataron de llegar a una negociación, pero en julio de 1998, al ser evidente que la administración del presidente Clinton no se mostraba dispuesta a implementar la apertura, México solicitó una reunión de la CLC del TLCAN y cuando ésta no logró resolver el asunto, en septiembre solicitó de manera formal el establecimiento de un panel, el cual se integró hasta el 2 de febrero de 2000.

México en su alegato ante el panel del Capítulo XX, señaló que en el TLCAN *“EE.UU. aceptó liberalizar gradualmente su moratoria a los servicios de transporte transfronterizo en autobús o camión, y a la inversión en empresas*

*establecidas en EE.UU., que proporcionan tales servicios*⁶⁵¹. Argumentó que en la exposición de razones para negar el acceso a su mercado, EE.UU. en esencia estaba requiriendo que México adoptara las normas regulatorias de ese país, una violación de la soberanía nacional y un requisito de armonización regulatoria no exigida por el TLCAN. *“...No hay ninguna justificación válida para la negativa de permitir los servicios de transporte transfronterizo aduciendo que en México no se ha adoptado un sistema nacional de normas de seguridad para las empresas de autotransporte que sea compatible con el de EE.UU.”*⁶⁵².

En el alegato que presentó México se sostuvo que el gobierno de EE.UU. *“había demostrado que no cree que las empresas mexicanas de autotransporte, los camiones mexicanos o los conductores mexicanos sean intrínsecamente poco seguros o de otra manera incompetentes para operar dentro de EE.UU.”*⁶⁵³. Particularmente se quejó de la negativa global a considerar las solicitudes mexicanas, una práctica denominada “trato discriminatorio”, en inglés, “*flagging*”, lo cual constituía, según sostuvo México, una denegación del Trato Nacional. A los solicitantes estadounidenses y canadienses se les permite autoevaluar su cumplimiento, se les considera individualmente con base en sus propios méritos, y se les concede el derecho de apelar la denegación de sus solicitudes. En contraste, a todos los solicitantes mexicanos se les ha calificado de no confiables e incompetentes, conforme a una metodología desconocida de evaluación que nunca ha sido formalmente adoptada⁶⁵⁴.

EE.UU. en su réplica alegó que no se había implementado un esquema regulatorio adecuado para garantizar que los camiones mexicanos podrían operar sin peligro en EE.UU. y que por lo tanto tenía motivos para seguir prohibiendo el paso del autotransporte mexicano de carga. Entre otras cosas, a los camiones mexicanos se les inspeccionaba con menos frecuencia que a los camiones

⁶⁵¹ Alegato mexicano presentado ante el panel del capítulo XX, citado en la determinación final del panel, 6 de febrero de 2001.

⁶⁵² Ibidem, p. 24.

⁶⁵³ Ibidem, p. 25.

⁶⁵⁴ Idem.

estadounidenses y los conductores mexicanos de camiones tenían menores restricciones respecto a las horas que podían conducir y ningún requisito de llevar una bitácora de su tiempo de conducir. “*El régimen mexicano de seguridad carece de componentes básicos, tales como las normas de aplicación general para el equipo de autotransportes y puntos de inspección en la carretera o sistemas de revisión en el terreno que funcionen con plenitud*”⁶⁵⁵.

En la opinión de EE.UU., el TLCAN no le obligaba al otorgamiento de autorizaciones para la operación de empresas mexicanas de autotransporte en circunstancias que: 1) persisten preocupaciones serias referentes al historial general de seguridad de las mismas; 2) México aún se encuentra en vías de elaborar medidas de regulación y coercitivas de primera línea que son necesarias para encargarse de las normas de seguridad aplicables a los vehículos de autotransporte; y 3) no se han implementado plenamente arreglos esenciales en materia de cooperación bilateral⁶⁵⁶.

Sin embargo, EE.UU. no invocó el artículo 904(2) del TLCAN, según el cual cada una de las Partes “*podría fijar el nivel de protección que considere apropiado para lograr sus objetivos legítimos en materia de seguridad o de protección de la vida y la salud humana, animal o vegetal, así como del medio ambiente o de los consumidores*”.

Canadá, al invocar su derecho a comentar como una tercera parte, participó y apoyó a México, al argumentar que las acciones de EE.UU. eran violatorias tanto del artículo 1202, que impone la obligación de otorgar un trato nacional a proveedores de servicios transfronterizos, como del artículo 1102, que impone la obligación de otorgar un trato nacional a la inversión. “*La negativa indiscriminada a que una persona de México pueda obtener una autorización para prestar servicios de autotransporte transfronterizo sería, por si misma, menos favorable que el trato*

⁶⁵⁵ Alegato de EE.UU. presentado ante el panel, citado en la determinación final del panel, p. 35.

⁶⁵⁶ Ibidem, pp. 37 y 38.

*que se otorgue a prestadores estadounidenses de servicios de autotransporte, en circunstancias similares*⁶⁵⁷.

El 6 de febrero de 2000 el panel emitió su determinación final, pronunciándose por unanimidad a favor de México. Según se afirmó en el laudo arbitral *“el Panel encuentra que no son convincentes varios de los argumentos referentes a las dificultades y posibles preocupaciones de seguridad que EE.UU. plantea como obstáculos a la implementación de sus obligaciones derivadas del Anexo I en el sentido de permitir la prestación de servicios de transporte transfronterizo de carga hacia los Estados fronterizos de EE.UU. a partir del 17 de diciembre de 1995*⁶⁵⁸.

Sobre la cuestión de negarle a los inversionistas mexicanos el acceso al mercado de EE.UU., el panel señaló que EE.UU. casi no había realizado ningún intento de justificar la barrera por razones de seguridad. *“EE.UU. efectivamente ha concedido que las preocupaciones de seguridad, que constituyen la base de los fundamentos esgrimidos en apoyo de la negativa de EE.UU. a implementar sus obligaciones relacionadas con los servicios transfronterizos, no son aplicables a la inversión*⁶⁵⁹.

Respecto a la cuestión de permitir a los operadores de México la posibilidad de proporcionar servicios en EE.UU., el panel determinó que la negativa indiscriminada de EE.UU. a analizar solicitudes de una autorización para operar que sean presentadas por prestadores mexicanos de servicios de autotransporte de manera individual sugiere que la acción contraviene la obligación de EE.UU. de otorgar un trato nacional y se encuentra en discordancia con el trato de nación más favorecida, dado que a las empresas canadienses de autotransporte también se les otorga un trato de manera individual⁶⁶⁰. Se formuló la recomendación en el sentido de que EE.UU. *“tome las medidas apropiadas para ajustar sus prácticas*

⁶⁵⁷ Alegato canadiense presentado ante el panel, citado en la determinación final del panel, p. 48.

⁶⁵⁸ Determinación final del panel, p. 81.

⁶⁵⁹ Ibidem, p. 88.

⁶⁶⁰ Ibidem, p. 72.

*con respecto a los servicios de autotransporte transfronterizo de carga y la inversión en los mismos de conformidad con sus obligaciones derivadas de las disposiciones aplicables del TLCAN*⁶⁶¹.

Por lo anteriormente comentado, el gobierno estadounidense anunció en febrero de 2001 que cumpliría con la decisión del panel, y el 19 de marzo de 2002, publicó reglas definitivas para instrumentar la apertura al autotransporte mexicano⁶⁶², se establecieron las medidas de seguridad necesarias que los transportistas y autobuses de pasajeros deben cumplir para operar en los EE.UU.⁶⁶³.

En noviembre del año 2002 el presidente Bush anunció una determinación de la moratoria para que los autobuses mexicanos circularan más allá de la zona comercial fronteriza y dentro de los Estados fronterizos, y a la vez levantó la prohibición para que haya inversión mexicana en empresas de transporte de carga y de pasajeros establecidas en EE.UU.

Sin embargo, a finales del 2002 una serie de grupos opositores a la apertura de la frontera a los transportistas mexicanos presentaron un juicio ante los tribunales de circuito estadounidense alegando violaciones a las regulaciones del medio ambiente y en enero del 2003 un tribunal del noveno circuito decidió que antes de que los transportistas mexicanos puedan ser autorizados a cruzar la frontera, el Departamento de Transporte deberá realizar un estudio acerca del impacto ambiental de este tráfico. Mientras tanto, otros grupos opositores seguían manifestando preocupaciones acerca de la seguridad de los transportes mexicanos.

⁶⁶¹ Ibidem, p. 91.

⁶⁶² SECRETARIA DE ECONOMIA, *Servicios de Autotransporte transfronterizo de carga internacional bajo el TLCAN, 1 de septiembre de 2011*.

⁶⁶³ Ejemplo de medidas que los transportistas y autobuses de pasajeros mexicanos debían cumplir era: presentar una autorización provisional inicial que indicara que todas las condiciones necesarias de seguridad se habían cumplido y una inspección de instalaciones de los transportes dentro de los 18 meses siguientes a la recepción de un permiso provisional. México argumentó que estas medidas eran discriminatorias.

Las preocupaciones se centran en las fallas en seguridad que supuestamente han mostrado los camiones de carga mexicanos; sin embargo, un estudio del Departamento de Transporte de EE.UU. hecho el año 2001 encontró que los camiones de carga mexicanos que operan en las zonas comerciales fronterizas estadounidenses no son significativamente menos seguros que los estadounidenses, ya que la tasa de falla es únicamente cinco por ciento superior a la estadounidense. Por otro lado, las predicciones pesimistas de que la autorización a circular a los transportistas mexicanos llevará a una oleada de camiones mexicanos en los EE.UU., es probablemente infundada. El propio Departamento de Transporte estima que la falta de financiamiento en México para los operadores de transporte impedirá un incremento significativo de la flota mexicana en los EE.UU.

Todo lo anterior obligó al gobierno mexicano a buscar otras medidas y el 12 de marzo de 2003 solicitó consultas al gobierno estadounidense amenazando que en ausencia de cumplimiento por parte de EE.UU. de la recomendación del panel buscaría compensación por los daños y perjuicios que la disputa ha ocasionado. Mientras tanto, México decidió bloquear el ingreso de camiones estadounidenses al territorio mexicano.

El 27 de abril de 2007 los dos gobiernos acordaron implementar un Programa Demostrativo (prueba piloto) de acceso al autotransporte de carga, con vigencia de un año, prorrogado hasta 2010, el cual permitiría a un número limitado de empresas de los dos países prestar el servicio de transporte de carga. De acuerdo con información proporcionada por un panel independiente que evaluó el Proyecto durante su primer año de operación: *“Las empresas autotransportistas mexicanas participantes tuvieron mejores resultados en las inspecciones de*

*camiones y conductores que los transportistas estadounidenses que operan fuera del Proyecto*⁶⁶⁴.

Con motivo de la reciente aprobación del presupuesto para el año fiscal 2009 de la Ley Ómnibus de Asignaciones, el Congreso de los EE.UU., con la ratificación del presidente Obama, prohibió al Departamento de Transporte utilizar fondos para mantener el referido Programa Demostrativo, y como consecuencia se dejó de operar⁶⁶⁵.

El 16 de agosto de 2010, el Secretario de Economía de México, Bruno Ferrari, anunció que ante el incumplimiento⁶⁶⁶ por parte de EE.UU. en materia de autotransporte de carga, el gobierno de México aplicará el mecanismo conocido como “carrusel”. Esta medida consiste en ampliar la lista de productos provenientes de EE.UU. que deberán pagar arancel. *“Así estamos impactando un volumen de comercio de alrededor de 2 mil 500 ó 2 mil 600 millones de dólares”*. La nueva lista de productos⁶⁶⁷ se publicó el 18 de agosto de 2010 en el Diario

⁶⁶⁴ SECRETARIA DE ECONOMIA, *Servicios de Autotransporte transfronterizo de carga internacional bajo el TLCAN*, 1 de septiembre de 2011.

⁶⁶⁵ <http://www.imcp.org.mx/spip.php?article545>, consultada el 1 de octubre de 2010. SECRETARIA DE ECONOMIA, *Servicios de Autotransporte transfronterizo de carga internacional bajo el TLCAN*, 1 de septiembre de 2011.

⁶⁶⁶ El TLCAN establece en su artículo 2019, párrafo 1: *“Si en su informe final un panel ha resuelto que una medida es incompatible con las obligaciones de este Tratado... y la Parte demandada no ha llegado a un acuerdo con cualquiera de las Partes reclamantes sobre una solución mutuamente satisfactoria,.... esa Parte reclamante podrá suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente a la Parte demandada, hasta el momento en que alcancen un acuerdo sobre la resolución de la controversia.”*

⁶⁶⁷ El gobierno mexicano publicó el 18 de agosto de 2010 la nueva lista de productos provenientes de EE.UU. que pagan aranceles, destacando productos sensibles como el cerdo y el maíz que se suman a 97 productos más considerados en la serie de artículos que deben cumplir con el decreto a partir del 19 de agosto de 2010, en una medida de presión para que se solucione una disputa bilateral en el transporte de carga. Al producto porcino, en presentación de piernas, paletas y sus trozos sin deshuesar; se le aplicó una tasa de 5%, siendo de los menos afectados a diferencia de otros como el queso fresco con un impuesto de 25%. El decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) modificó su artículo uno donde se establece la Tasa Aplicable durante 2003, del Impuesto General de Importación, para las mercancías originarias de América del Norte, sólo en lo referente a los aranceles aplicables a las mercancías originarias de los EE.UU. Esta medida surge, en apego al TLCAN, en respuesta al incumplimiento de EE.UU. para permitir el libre tránsito del autotransporte de carga mexicano en el territorio de dicho país. En un comunicado, la Secretaría de Economía ratificó que los objetivos de las medidas de represalia son preservar la integridad del

Oficial de la Federación y establece aranceles a 99 productos industriales y agrícolas; diez más de la lista anterior provenientes ahora de 43 Estados de la Unión Americana, éstos son tres más que el año 2009. Explicó que el mecanismo conocido como “carrusel”, que consiste en rolar y además ampliar la lista de productos sujetos a arancel, busca que se cumpla con la liberalización del autotransporte de carga como lo establece el TLCAN⁶⁶⁸.

Bruno Ferrari precisó que se eliminaron 16 productos porque ya carecían de vigencia y se agregaron 26 nuevos. En esta selección, aseguró que se cuidó que

Tratado, al observar las obligaciones previstas y garantizar certidumbre y seguridad jurídica a los actores económicos y elevar la competitividad de América del Norte, al reducir el tiempo y los costos de traslado de mercancías entre México y EE.UU. La nueva lista incluye a 99 productos (10 más que el año 2009) y se mantienen 73 de la lista original, cuyas importaciones totales desde EE.UU. tienen un valor aproximado de 2 mil 600 millones de dólares (con datos de 2008). De los productos que integran la lista, 54 son agroalimentarios (representan 68% del valor total del comercio afectado por la lista) y 45 industriales (representan 32% del valor total del comercio afectado por la lista). “La integración del listado anterior era de 40% de bienes agroalimentarios y 60% de bienes industriales. Con esta nueva composición lograremos un mayor impacto”, se estableció. En el documento se especifica el impacto de la lista original en el periodo comprendido entre marzo de 2009 y marzo de 2010, cuando las exportaciones de EE.UU. hacia México disminuyeron para casi el 81% de los productos de la lista y se creó una coalición de más de 140 empresas y asociaciones estadounidenses que trataron de sensibilizar al Gobierno y al Congreso estadounidenses sobre la importancia de resolver este compromiso pendiente; además un número importante de legisladores estadounidenses y gobernadores de varios estados, se manifestaron a favor de una solución expedita a este diferendo. <http://www.informador.com.mx/economia/2010/226969/6/publican-nueva-lista-de-productos-de-eu-que-pagaran-aranceles.htm>, consultada el 19 de agosto de 2010.

⁶⁶⁸ Los países que toman esta clase de medidas suelen escoger productos que “duelan” en determinados sectores productivos del país exportador. Aquí, se quiso sustituir productos estratégicos y sensibles con una lista grande de productos que individualmente no tienen gran relevancia en el comercio bilateral. Incluso, en muchos de los 89 productos, los EE.UU. no son el principal proveedor de México. En otros productos, existen alternativas para que los productos comprendidos en la medida se puedan importar exentos o con bajos aranceles. Si México se ha decidido por la vía de la retorsión comercial, puede atacar productos sensibles para los EE.UU. Ello provocaría que los productores de los bienes afectados se movilicen ante las autoridades comerciales y congresistas americanos, como un contrapeso a los intereses de los sindicatos de transportistas americanos, obligando a los EE.UU., a entrar en balance y cumplir con sus compromisos del TLCAN de abrir los servicios de transporte de carga a los transportistas mexicanos. VAZQUEZ B. A., *Las Medidas de Retorsión Comercial en la Guerra del Transporte de Carga*, 31 de marzo de 2009. <http://www.imcp.org.mx/spip.php?article545>, consultada el 1 de octubre de 2010.

los productos no tuvieran un impacto significativo en los precios de la canasta básica del país. Precisó que, se evitó la inclusión de insumos que afecten a las cadenas productivas mexicanas y se eligieron productos provenientes de entidades de EE.UU. en donde las exportaciones a México representan un porcentaje muy importante. Ferrari confió que con esta medida el gobierno estadounidense cumpla con su compromiso de permitir el ingreso de camiones mexicanos a su territorio, lo cual debió ocurrir desde diciembre de 1995.

La nueva lista mantiene los tres criterios utilizados en la selección de productos sujetos a represalias el año 2009 siendo el primero que los productos elegidos no tengan un impacto significativo en los precios de la canasta básica y los únicos productos de la misma incluido son chocolate y jamón. El segundo criterio comprende que los productos incorporados no afecten a las cadenas productivas en el país y el único producto de la lista que califica claramente como insumo son las piernas de cerdo, para las que se estableció un arancel de sólo 5% y de las que existen proveedores nacionales, así como de otros países libres de arancel. Por último, los productos que provengan de un buen número de Estados de la Unión Americana, cuyas exportaciones a México representen un porcentaje importante respecto de lo que exportan al mundo, por ello la lista incluye productos de 43 Estados (86% de los Estados) ⁶⁶⁹.

Según datos de la Cámara de Comercio Americana, las represalias comerciales aplicadas por el gobierno mexicano desde marzo de 2009 provocaron la pérdida de unos 25 mil empleos en empresas asentadas en EE.UU.

El 6 de enero de 2011, México recibió una comunicación oficial del Gobierno de EE.UU. para iniciar los trabajos que permitan encontrar una solución

⁶⁶⁹ <http://www.informador.com.mx/economia/2010/226969/6/publican-nueva-lista-de-productos-de-eu-que-pagaran-aranceles.htm>, consultada el 19 de agosto de 2010.

a la controversia bilateral sobre el autotransporte de carga transfronterizo pactado en el marco del TLCAN⁶⁷⁰.

El embajador Ron Kirk, Representante Comercial de EE.UU. y el Secretario del Departamento de Transporte de ese país, Ray LaHood, se comunicaron vía telefónica con sus contrapartes en México, Bruno Ferrari, Secretario de Economía y Juan Molinar Horcasitas, Secretario de Comunicaciones y Transportes, para informar la decisión del gobierno estadounidense.

La propuesta presentada al gobierno mexicano está basada principalmente en definir conceptos generales o de reflexión que serán la base fundamental para iniciar el diálogo con funcionarios estadounidenses que viajarán a México próximamente. Por su parte el Gobierno de México le da la bienvenida a este primer paso que ha dado la Administración del Presidente Barack Obama y en cumplimiento al compromiso de apertura acordado hace 17 años en el TLCAN. México estudiará con cuidado la propuesta de EE.UU. y reitera su mejor disposición para resolver en definitiva esta controversia. Manifiesta, asimismo, su gran interés porque se concrete lo antes posible un sistema de transporte transfronterizo ágil, eficiente y que abarque todo el territorio estadounidense⁶⁷¹.

México busca una solución permanente y satisfactoria que proporcione certidumbre y condiciones necesarias para que los transportistas mexicanos puedan participar competitivamente. De la misma manera es conveniente para ambas partes este acercamiento ya que el comercio diario de mercancías entre México y EE.UU. es de alrededor de mil millones de dólares y 70 por ciento de este comercio se realiza por vía terrestre⁶⁷².

En este mismo orden de ideas, en los EE.UU. el día 9 de febrero de 2011, el senador republicano y excandidato presidencial John McCain se alineó con

⁶⁷⁰ Dirección General de Comunicación Social, Comunicado de prensa Núm. 002/11. México, D.F., a 6 de enero de 2011.

⁶⁷¹ <http://www.sct.gob.mx/despliega-noticias/article/comunicado-conjunto-analiza-mexico-propuesta-de-estados-unidos-para-solucionar-conflicto-del-autot/>, consultada el 8 de febrero de 2011.

⁶⁷² Idem.

México en la controversia sobre la libre circulación de transportes mexicanos en este país, al afirmar que *"si no se resuelve este problema EE.UU. podría tener que enfrentarse a más represalias comerciales"*. *"Entiendo muy bien la postura del Gobierno mexicano en este tema y me temo que si no resolvemos este asunto de una manera u otra veremos mayores tarifas impuestas a más productos estadounidenses"*, señaló el senador por Arizona en una conferencia sobre la agenda comercial del gobierno de Obama del Consejo de las Américas. *"Eso obviamente daña nuestra economía" y es "muy frustrante"*, admitió McCain. De la misma manera señaló: *"Yo he tenido estas discusiones con mis colegas del Congreso desde hace años. Si no les gusta que se permita la entrada de los camiones mexicanos a EE.UU., entonces no debían haber votado para ratificar el TLCAN"*, afirmó McCain al respecto⁶⁷³. Brady, miembro del subcomité de Comercio de la Cámara de Representantes, reconoció que México tiene derecho a tomar represalias bajo el TLCAN, que, a su juicio, equivalen a un total de 2.400 millones de dólares en las exportaciones como trigo, frijoles, carne de res y arroz. *"Esas represalias hacen a los productos estadounidenses mucho menos competitivos y podrían cerrar el mercado mexicano a muchas de nuestras exportaciones"*, advirtió Brady⁶⁷⁴.

El senador republicano recalcó que no es un Acuerdo que se negoció en secreto y que el texto incluye requisitos para inspecciones y para que los camiones mexicanos cumplan los mismos estándares que los estadounidenses. *"Les he dicho a mis colegas que si no les gustan los camiones mexicanos entonces renegociemos el TLCAN o sino que cumplamos con ese Acuerdo que fue ratificado por el Senado de EE.UU"*, insistió⁶⁷⁵.

⁶⁷³ http://caracas.eluniversal.com/2011/02/09/int_ava_mccain-entiende-post_09A5139013.shtml, consultada el 10 de febrero de 2011.

⁶⁷⁴ <http://www.adn.es/economia/20090316/NWS-3177-EEUU-Congresistas-represalias-perjudiquen-mexicanas.html>, consultada el 10 de febrero de 2011.

⁶⁷⁵ http://caracas.eluniversal.com/2011/02/09/int_ava_mccain-entiende-post_09A5139013.shtml, consultada el 10 de febrero de 2011.

Como resultado de diversas reuniones, el 6 de julio, ambos países suscribieron un *Memorándum de Entendimiento* que permitirá implementar el acuerdo sobre la apertura del autotransporte transfronterizo de carga que anunciaron los Presidentes Calderón y Obama el pasado 3 de marzo de 2011. La firma de este Memorándum permitirá al gobierno estadounidense recibir de forma inmediata solicitudes de empresas mexicanas interesadas en prestar servicios de autotransporte de carga en EE.UU. Por su parte, México acordó suspender en 50% los aranceles que impuso a 99 productos provenientes de EE.UU. en agosto del 2010, como represalia por el incumplimiento de la apertura. Esta reducción se aplicó de manera horizontal a los 99 productos y comenzó a aplicarse el 8 de julio del 2011. México suspenderá el 50 por ciento restante de los aranceles en cuanto EE.UU. emita el primer permiso a un transportista mexicano bajo este nuevo Programa. México se reserva el derecho de reimponer represalias y reactivar el sistema de carrusel si EE.UU. incumple la apertura del autotransporte. El Acuerdo establece un Grupo Binacional de Monitoreo conformado por los gobiernos de ambos países para dar seguimiento a lo acordado y resolver los problemas que surjan en la implementación del Programa⁶⁷⁶.

El Programa contempla una fase inicial con una duración máxima de tres años. Para que esta fase sea exitosa, se requiere fomentar la participación de los particulares, en aras de obtener resultados estadísticamente significativos. Para que el Programa sea estadísticamente significativo, se requiere al menos 4,100 inspecciones y la inscripción de 45 empresas. Dada la experiencia del Programa anterior, México estima que estos dos parámetros se pueden cumplir antes de los tres años. Como primer paso, los transportistas mexicanos deberán tramitar su registro para obtener un permiso provisional de operación. Se anticipa que estos trámites tomarán aproximadamente dos meses. Es decir, que los primeros que se inscriban podrían tener el permiso provisional a finales de septiembre o principios de octubre.

⁶⁷⁶ SECRETARIA DE ECONOMIA, *Servicios de Autotransporte transfronterizo de carga internacional bajo el TLCAN, 1 de septiembre de 2011.*

En cuanto los transportistas mexicanos cumplan con 18 meses acumulados de operación, podrán obtener su permiso permanente en EE.UU. (*Permanent Operating Authority-POA*). Estarán exentos de la cuota de registro y se acreditará la experiencia operativa de los 28 transportistas mexicanos que participaron en el programa anterior y que decidan inscribirse en este nuevo programa. Esto hace posible que 11 transportistas puedan obtener su permiso permanente antes de que finalice este año. Los transportistas mexicanos que obtengan el permiso permanente, podrán seguir transitando bajo las mismas reglas que los transportistas de EE.UU., incluso si el programa se cancela o no logra los resultados estadísticos esperados. El programa excluye el transporte de materiales peligrosos y de pasajeros, así como operaciones de cabotaje⁶⁷⁷.

El día 21 de octubre de 2011, el primer camión mexicano cruzó la frontera con EE.UU. para prestar servicios de transporte de carga internacional, conforme a lo dispuesto en el nuevo Programa de Autotransporte Transfronterizo de Carga, firmado por autoridades de ambos países, el pasado 6 de julio. Por parte de México, los Secretarios de Comunicaciones y Transportes, Dionisio Pérez-Jácome Friscione y de Economía, Bruno Ferrari García de Alba, acompañados del gobernador de Tamaulipas, Egidio Torre Cantú; del presidente municipal de Nuevo Laredo, Benjamín Galván y del embajador de EE.UU. en México, Anthony Wayne, fueron testigos de honor durante la salida del primer camión cuyo destino es Garland, Texas.

El camión mexicano, de la empresa Transportes Olympic, se internará a territorio estadounidense para entregar una torre para perforación de pozos, de casi 10 metros de altura. Actualmente, diez empresas transportistas mexicanas están en proceso de autorización para obtener su permiso por parte de las autoridades de EE.UU. Este primer cruce, bajo el nuevo programa, representa un paso fundamental para el pleno cumplimiento de los compromisos de EE.UU. y México en el TLCAN en materia de transporte transfronterizo de carga, que traerá beneficios directos a los productores, exportadores, consumidores y usuarios del

⁶⁷⁷ Idem.

autotransporte, haciéndolo más eficiente y competitivo. Los transportistas de carga mexicanos interesados en participar creen contar con la certidumbre jurídica de que, una vez que cumplan los requisitos establecidos, podrán obtener y mantener la autorización permanente para operar conforme a las mismas reglas que sus similares de EE.UU.

De la misma manera, el 21 de octubre de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto a través del cual México suspende el 50% restante de los aranceles a la importación de 99 productos estadounidenses que nuestro país sancionó como represalia después de la cancelación en 2009 del programa anterior. México se reserva el derecho de restablecer dichas represalias, en caso de que Estados Unidos incumpla con sus obligaciones.

El comercio entre México y EE.UU. asciende a casi 400 mil millones de dólares anuales, y aproximadamente 70% se transporta en camión. La posibilidad de brindar un servicio de carga internacional de entrega de puerta a puerta contribuirá a lograr una frontera más moderna, ágil y eficiente. El gobierno mexicano reitera su completa disposición para trabajar de manera conjunta con el de EE.UU. para que este programa sea exitoso y sienta las bases para consolidar la apertura total en la frontera común para los servicios transfronterizos de carga⁶⁷⁸.

El 23 de noviembre de 2011, el sindicato estadounidense de camioneros International Brotherhood of Teamsters y los grupos Sierra Club y Ciudadano Público presentaron una demanda contra el Departamento de Transporte para bloquear el paso de los camiones mexicanos a EE.UU. La demanda, presentada ante la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, sostiene que el gobierno

⁶⁷⁸ <http://www.ensenada.net/noticias/nota.php?id=22360>, consultada el 21 de octubre de 2011.

estadounidense violó varias regulaciones federales al autorizar las primeras licencias a camiones mexicanos para que operen en EE.UU⁶⁷⁹.

En documentos presentados, el sindicato argumentó que el gobierno tendría que evaluar aspectos como el impacto ambiental del proyecto piloto como el que desarrolla antes de aplicarlo. El presidente del sindicato, Jim Hoffa, informó en un comunicado: “*Abrir las fronteras a esos peligrosos y sucios camiones es un ataque a la seguridad de las autopistas, a los camioneros estadounidenses, a los mayoristas y al medio ambiente*”. Hoffa aseguró que el programa piloto firmado en marzo entre el presidente estadounidense, Obama, y su homólogo mexicano, Calderón genera una “*presión que la clase media estadounidense no necesita*”. La demanda del sindicato Teamsters pide que los camiones mexicanos muestren señales que aclaren que cumplen los requisitos federales de seguridad, mientras que denuncia que los conductores mexicanos no están sujetos a los mismos requisitos físicos que los estadounidenses⁶⁸⁰.

Se puede apreciar que a EE.UU. le están afectando fuertemente las represalias comerciales que México ha realizado sin temor a que EE.UU. implemente otro tipo de represalias en diferentes sectores.

Dada la situación en que se encuentra en particular esta disputa, resulta difícil argumentar que el Capítulo XX ha sido eficaz en la solución de este conflicto.

El Capítulo XX del TLCAN provee fórmulas para resolver las controversias entre los tres gobiernos relativas a la interpretación y aplicación del TLCAN, por lo que los particulares no tienen capacidad para iniciar el procedimiento, aunque éstos con influencia política pueden inducir a sus gobiernos a litigar en su

⁶⁷⁹ <http://eleconomista.com.mx/industrias/2011/11/23/camioneros-eu-insisten-bloqueo-contra-mexicanos>, consultada el 23 de noviembre de 2011.

⁶⁸⁰ Idem.

representación como se hizo evidente en el caso analizado de “Servicios transfronterizos de autotransporte”.

8. Comparación del Capítulo XX del TLCAN con el ESD de la OMC

Una ventaja de los procedimientos contemplados en el Capítulo XX del TLCAN con respecto al sistema de solución de controversias de la OMC es la flexibilidad que ofrecen a las Partes contendientes. Los procedimientos del TLCAN son más similares al antiguo sistema de solución de controversias del GATT que al sistema más legalista y judicial de la OMC. Con toda probabilidad, ha habido casos resueltos en el marco del TLCAN por vías diplomáticas sin recurrir a la integración de un panel. Sin embargo, es difícil evaluar exactamente cuántos de esos casos han sido resueltos por medios diplomáticos, dado que las Secciones del Secretariado del TLCAN no llevan registros al respecto⁶⁸¹.

Por otro lado, una importante desventaja que exhiben los procedimientos del TLCAN es su flexibilidad y dependencia de la diplomacia para resolver controversias. En un sistema como del TLCAN, donde existe una gran asimetría de poder entre una Parte dominante siendo esta EE.UU. y dos Partes más pequeñas, México y Canadá, la Parte dominante siempre puede demorar e incluso obstaculizar los procedimientos, como lo vemos entre otros, en el asunto de los camiones transfronterizos. En el contexto del Capítulo XX, ha habido casos en los cuales una Parte ha retardado la constitución del panel así como su constitución. Aún en las ocasiones en que el panel se constituya y presente su informe, las Partes no están legalmente obligadas a aceptar y aplicar sus determinaciones y recomendaciones. Las Partes pueden decidir, por consenso, resolver la controversia de otra manera, y una de las Partes podría evitar que se acepte el informe del panel. Una vez más vemos cómo las asimetrías de poder pueden influir en los resultados de dicho sistema. En la historia de la aplicación del

⁶⁸¹ STEGER, D., *La Solución de Controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)*, p. 195, en LACARTE, J. y GRANADOS, J., *Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales*....op. cit. pp. 195 y 196.

Capítulo XX del TLCAN ha habido dificultades tanto en la composición de los paneles como en asegurar el cumplimiento de sus informes. Por lo anteriormente expuesto es necesaria la implementación de una segunda instancia como es el órgano de apelación permanente donde las partes tengan la obligación de cumplir con la resolución.

Dada la alternativa entre los procedimientos generales de solución de controversias que ofrece el TLCAN, que son flexibles y diplomáticos y los procedimientos de solución de controversias de la OMC, que son menos diplomáticos y más judiciales para las Partes, no sorprende que las Partes del TLCAN hayan optado con frecuencia por recurrir al sistema de la OMC para resolver sus controversias. Además, mientras que oficialmente no hay doctrinas aceptadas como la del *stare decisis* en la solución de diferencias de la OMC hasta ahora, se aprecia la obvia ventaja de entablar una acción ante la OMC, debido a que es probable que las resoluciones adoptadas en una diferencia en particular influyan en casos similares entablados en el futuro.

9. Comentarios

El Capítulo XX fue diseñado siguiendo un modelo mixto diplomático político con reglas, ya que establece primero un proceso de resolución de controversias que inicia con las consultas entre las Partes, continuando con un proceso de conciliación ante la CLC, el cual si falla es seguido por el establecimiento de un panel arbitral y finalmente por la implementación del reporte arbitral y en su defecto, por la imposición de represalias comerciales como las que aplicó México en contra de EE.UU. en el caso ya analizado en la presente investigación de Servicios Transfronterizos de autotransportes. Sin embargo, en virtud de que el proceso para llegar al panel depende del acuerdo de las Partes en nombrar a los panelistas, el modelo diplomático político prevalece sobre el orientado por reglas, ya que una de las Partes puede escoger no nombrar a sus panelistas y por lo tanto puede ejercer un control sobre el desarrollo de la controversia, de tal manera

que nunca llegue a ser examinada por el panel arbitral y por consiguiente, no exista un reporte final que sea vinculatorio para las Partes⁶⁸².

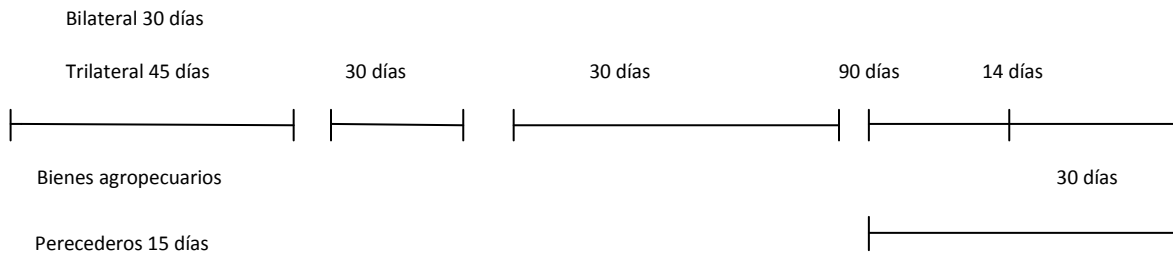
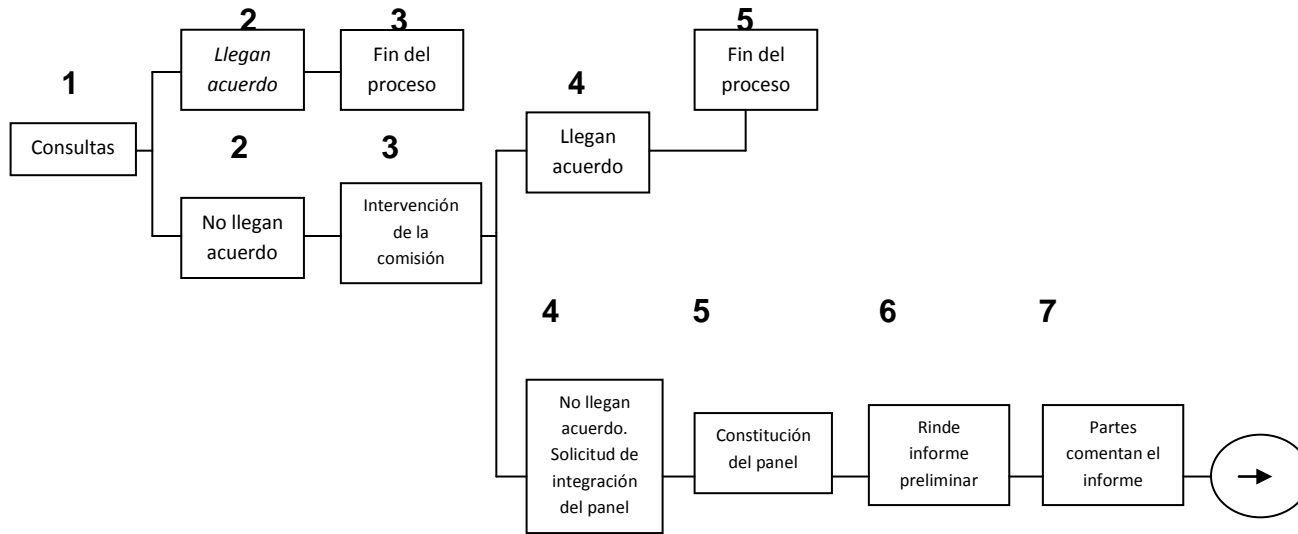
En cuanto a la efectividad del proceso, los retrasos excesivos en la constitución de los paneles en el caso de servicios de transporte, manifiesta la existencia de imperfecciones procesales muy importantes y significativas en el diseño del mecanismo, particularmente en lo referente a la aparente incapacidad de las Partes de acordar la pronta constitución de los paneles y el limitado grado de apoyo del Secretariado que proveen los tres gobiernos.

Es importante reconocer que el historial de resolución de controversias del Capítulo XX ha sido demasiado corto para poder evaluar con confianza su eficacia.

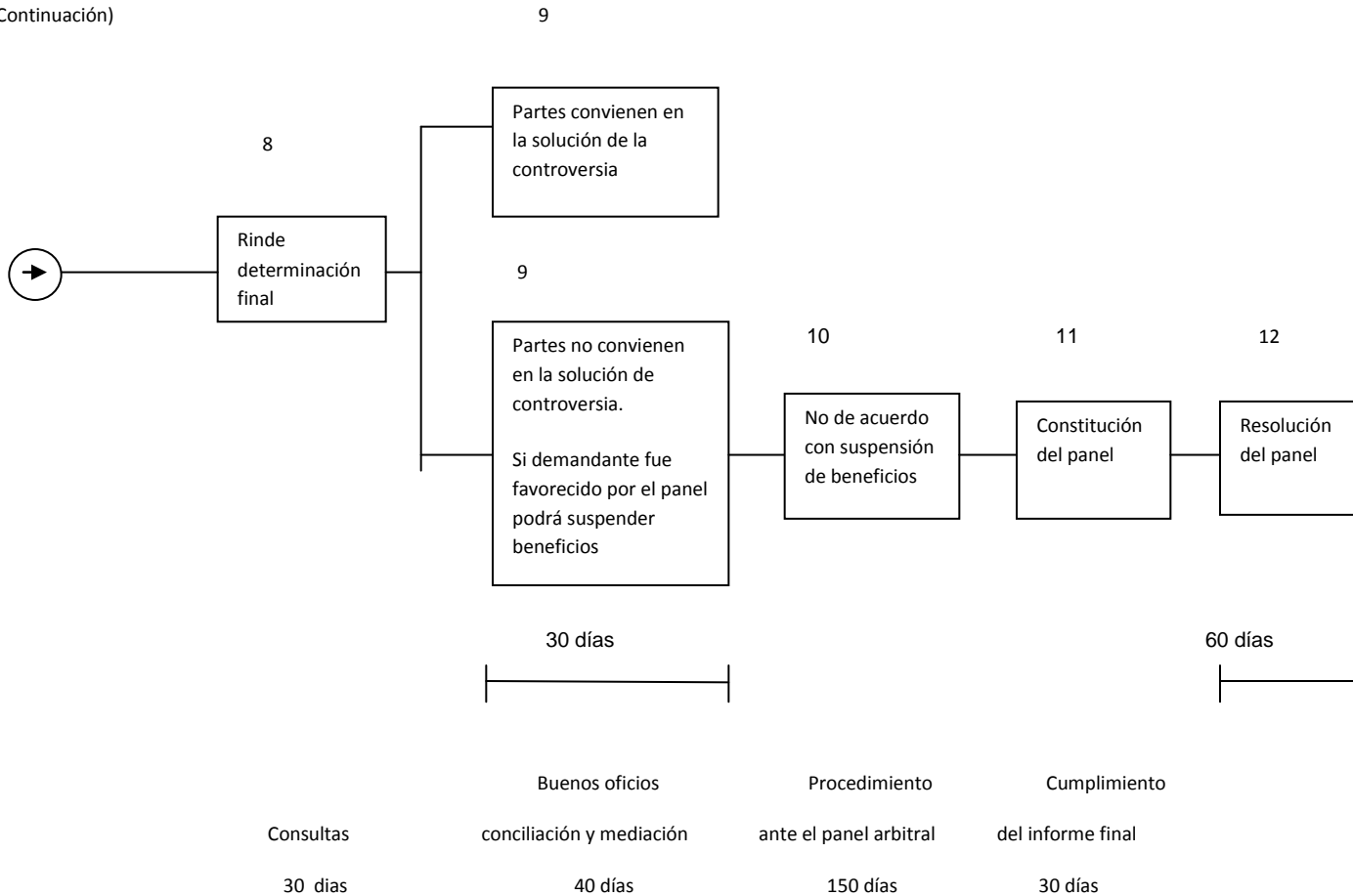
La implementación de un órgano de apelación permanente con resoluciones vinculatorias para las partes en el capítulo XX del TLCAN sería experimental por el poco plazo para evaluar la eficacia con el objetivo de convertirse en una institución eficaz de autoridad.

⁶⁸² VEGA, G., *México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte...op. cit.* pp. 289 y 290.

10. Mecanismo General de Solución de Controversias-Capítulo 20 (Procedimiento)



(Continuación)



Mecanismo

general

Aproximadamente

250

días

C. Revisión en materia de Derechos Antidumping y Compensatorios del capítulo XIX del TLCAN

11. Antecedentes

Como se ha visto en el transcurso de la presente tesis, en la actualidad 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. Y por subvención o subsidio gubernamental se entiende toda clase de apoyo económico otorgado por el Estado a los productores o exportadores nacionales, con el fin de colocarlos artificialmente en condiciones competitivas en los mercados exteriores⁶⁸³.

La ventaja que los exportadores extranjeros gozan gracias al dumping y a los subsidios gubernamentales, puede llegar a causar graves efectos en los mercados exteriores, tales como 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, del empleo y de los salarios⁶⁸⁴.

En este orden de ideas en el capítulo 2 de la presente tesis, vimos que el remedio para contrarrestar los efectos negativos es la imposición de derechos antidumping o impuestos compensatorios (cuotas compensatorias en México)⁶⁸⁵.

⁶⁸³ Véase el capítulo 2 de la presente tesis.

⁶⁸⁴ GIESZE C. R., *La revisión y 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*, en WITKER, J. (Coordinador), *Resolución de Controversias comerciales en América del Norte*, UNAM, México, 1997, pp. 117 y 118.

⁶⁸⁵ 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. Véase los artículos 62 y 63 de la LCE. En esta ley se definen las “cuotas compensatorias” como “aprovechamientos” en los términos del artículo 3º del Código Fiscal de la Federación. Artículo 3º.- “Son aprovechamientos los ingresos

12. Negociaciones

Debido al interés que los exportadores mexicanos mostraron por asegurar un acceso seguro y estable al mercado estadounidense y canadiense que no pudiera ser puesto en entredicho por la aplicación arbitraria de las legislaciones antidumping y las de cuotas compensatorias, el gobierno mexicano propuso en la negociación del TLCAN contar con un mecanismo similar de resolución de controversias al que EE.UU. y Canadá habían negociado en el Capítulo XIX del ALC⁶⁸⁶, ya que el objetivo principal que tuvo Canadá fue crear un mecanismo de solución de controversias que se caracterizara por un proceso más transparente, objetivo y justo⁶⁸⁷.

El tema de la utilización de las leyes antidumping como instrumento proteccionista así como la necesidad de disciplinar su utilización, se planteó por primera vez durante la negociación del ALC y como resultado, se creó el denominado “mecanismo de resolución de controversias en materia de

que percibe el Estado por funciones de derecho público distintos de las contribuciones, de los ingresos derivados de financiamientos y de los que obtengan los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal”.

⁶⁸⁶ VEGA, G., *México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte...op. cit.* p. 35. Durante la negociación del ALC una de las principales preocupaciones que expresó Canadá fue el ritmo de crecimiento con que el gobierno estadounidense empezó a aplicar cuotas antidumping y cuotas compensatorias a sus productos en la década de los años 1980. El ALC entró en vigor el 1º de enero de 1989. Un recuento detallado de las preocupaciones de Canadá respecto a la aplicación de cuotas antidumping y compensatorias por parte de EE.UU. se encuentran en WINHAM, R., *trading with Canada: The Canada-U.S. Free Trade Agreement*, Nueva York, Priority Press, 1998; VEGA, G., *Resolución de Controversias en materia de Prácticas desleales de Comercio en el TLCAN la experiencia de Capítulo XIX. Las Prácticas desleales de comercio en el proceso de integración comercial en el continente americano: la experiencia de América del Norte y Chile*, UNAM, IJ, México, 2001, p. 200.

⁶⁸⁷ GANTZ señala que la real motivación para la formación del capítulo XIX fue el rechazo de EE.UU. para otorgar a Canadá una excepción de la aplicación de sus leyes antidumping y de subsidios. GANTZ, D., *Resolution of Trade Disputes UNDER NAFTA's Chapter 19: The Lessons of Extending the Binational Panel Process to Mexico*, Law and Policy in International Business. Vol. 29, No. 3, Spring, 1998, EUA, p. 305.

antidumping y de subvenciones y cuotas compensatorias” en el capítulo XIX de dicho Acuerdo⁶⁸⁸.

No existe realmente una diferencia material entre el mecanismo de revisión y de solución de controversias del artículo 1904 del TLCAN y el del mismo artículo del ALC⁶⁸⁹. En la negociación del mecanismo de resolución de controversias del TLCAN, la pregunta que parecía flotar en la mente de los negociadores estadounidenses del Tratado era: ¿por qué compartir nuestra capacidad de decisión con México? Esta preocupación de EE.UU. se reflejó en este Capítulo XIX sobre resolución de controversias, considerado uno de los más importantes del TLCAN. Los estadounidenses determinaron que en el tratamiento de las leyes contra prácticas desleales antidumping e impuestos compensatorios se aplicará la legislación nacional. Es decir no se desarrollaría una legislación común, una normatividad y regulación estadounidense, sino que cada país aplicaría su propia legislación. Lo novedoso constituiría en establecer un proceso de revisión en la aplicación de las legislaciones nacionales⁶⁹⁰. Como señala Weintraub: “*éste es un principio restringido que no acepta la lógica del libre comercio: no hay leyes contra prácticas desleales dumping o impuestos compensatorios entre los Estados de*

⁶⁸⁸ VEGA, G., *Resolución de Controversias en materia de Prácticas desleales en el TLCAN la experiencia de Capítulo XIX. Las Prácticas desleales de comercio en el proceso de integración comercial en el continente americano: la experiencia de América del norte y Chile*, UNAM, México, 2001, p. 200.

⁶⁸⁹ Las diferencias principales entre el capítulo XIX del ALC y el del TLCAN, es que se crea en el artículo 1905 del TLCAN, un mecanismo para salvaguardar el funcionamiento adecuado del sistema binacional de arbitraje del artículo 1904, y que se requiere en el TLCAN que la mayoría de los panelistas binacionales sean jueces, activos o retirados, de buena reputación. Véase el Anexo 1901.2 del TLCAN. Además, se extiende en el capítulo XIX del TLCAN, 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 TLCAN; el artículo 1904.13(a) del ALC; el artículo 1904.13(a)(iii) del TLCAN. Finalmente, a diferencia del capítulo XIX del ALC, en el mismo capítulo del TLCAN no se prevé una fecha límite para el sistema binacional de arbitraje del capítulo XIX. Véase los artículos 1906 y 1907 del ALC; el artículo 1907 del TLCAN.

⁶⁹⁰ LEYCEGUI, B., FERNANDEZ de Castro, R., *TLCAN ¿Socios Naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte...op. cit.*, pp. 480, 481.

EE.UU., pero sí continúan existiendo entre los tres países del área de América del Norte”⁶⁹¹.

Vega menciona que este mecanismo de solución de controversias es muy singular, sin ningún precedente importante en el derecho internacional y que dicha singularidad resulta de las siguientes características:

- a) Los paneles binacionales revisan decisiones de las autoridades administrativas nacionales.
- b) Las revisiones se basan en el Derecho interno de las partes contratantes y no en reglas de derecho internacional.
- c) Personas físicas y morales cuentan con la potestad de solicitar la revisión ante los paneles.
- d) Dichas personas físicas y morales pueden participar por sí mismas o mediante representantes en el juicio de revisión ante los paneles⁶⁹².

En la negociación del Tratado, México buscó acceso al mecanismo del Capítulo XIX por las mismas razones que Canadá, principalmente para fortalecer la seguridad de acceso a los mercados de sus socios comerciales, especialmente a EE.UU., evitando que los beneficios de la liberación fueran perjudicados por las acciones antidumping o de cuotas compensatorias⁶⁹³. En la comparecencia de Serra Puche como Secretario de Comercio ante el Senado de México, con motivo de la conclusión de las negociaciones afirmó: “*un aspecto fundamental de la negociación fue asegurar a los exportadores mexicanos que no estarían sujetos a la aplicación arbitraria e injustificada de las medidas de defensa contra prácticas*

⁶⁹¹ WEINTRAUB, S., *NAFTA. What Comes Next?*, The Center for Strategic and International Studies, Washington, 1994, p. 28.

⁶⁹² VEGA, G., *Resolución de Controversias en materia de Prácticas desleales en el TLCAN la experiencia de Capítulo XIX...op. cit.*, p. 200.

⁶⁹³ PAN, J., *Assessing the NAFTA Chapter 19 Binational Panel System: An Experiment in International Adjudication... op. cit.* p. 206.

*desleales de EE.UU. y Canadá*⁶⁹⁴. Es importante tener en cuenta que en México el Capítulo XIX fue considerado principalmente desde una perspectiva exportadora y que se había reflexionado poco sobre las consecuencias que el procedimiento de revisión mediante paneles podría tener en contacto con el sistema jurídico mexicano.

Fix comenta que el Capítulo XIX del ALC fue el resultado de un compromiso entre la posición de ambos países en relación con la aplicación de la legislación antidumping en la zona de libre comercio y que dicho compromiso asumió la forma de un procedimiento *sui generis* de solución de controversias conforme al cual las partes conservarían su legislación en la materia, pero sustituirían la revisión judicial de las resoluciones administrativas respectivas con la revisión que llevara a cabo un panel binacional⁶⁹⁵.

Las negociaciones en torno al Capítulo XIX fueron muy difíciles. A Canadá y EE.UU. les preocupaba que el mecanismo se ampliara a México, debido a que cuenta con un sistema legal distinto, el cual de acuerdo con Canadá y EE.UU. presentaba diferencias sustanciales y procesales con sus sistemas jurídicos, de tal modo que harían imposible el funcionamiento del sistema del capítulo XIX del ALC en el TLCAN⁶⁹⁶. Todos esos problemas se superaron durante la negociación del

⁶⁹⁴ SERRA PUCHE Jaime, Secretario de Comercio y Fomento Industrial (actualmente Secretaría de Economía), comparecencia con motivo de la conclusión de las negociaciones del TLCAN, ante la comisión de comercio exterior del Senado de la República, 14 de agosto de 1992 en SECOFI. *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Documentos básicos*, México (SECOF-M. Porrúa 1994) p. 672. Citado por FIX, H. y LÓPEZ, S., *Comunicación entre culturas jurídicas: los paneles binacionales del capítulo XIX del TLCAN*. Revista de Derecho Privado, año 8, no 23, mayo-agosto, 1997, p. 24.

⁶⁹⁵ FIX, H. y LOPEZ, S., *Comunicación entre culturas jurídicas: los paneles binacionales del capítulo XIX del TLCAN... op. cit.* p. 23.

⁶⁹⁶ En cuanto a las diferencias sustanciales del marco legal mexicano, la preocupación más importante de EE.UU. y Canadá fue la existencia en la Constitución Mexicana del derecho de amparo, que constituye para todos los efectos un mecanismo de revisión judicial de todos los procedimientos judiciales o administrativos mexicanos. Con el ejercicio del juicio de amparo hacia posible que una empresa mexicana o extranjera lo pudiera utilizar como recurso de protección ante una decisión adversa de un panel y por lo tanto hacer nugatoria la capacidad de un panel de dictar decisiones obligatorias e inapelables. En lo referente al procedimiento, se pensó que los juristas de Canadá o EE.UU. no serían capaces de aplicar la ley civil mexicana de manera correcta, ni tampoco podrían los abogados de México adaptarse a las prácticas jurídicas de Canadá y EE.UU, debido a que el *common law* otorga a los jueces una amplia autoridad de interpretar la legislación

TLCAN y en el Acuerdo resultante, las disposiciones del Capítulo XIX para la resolución de disputas debidas a la aplicación de cuotas antidumping y compensatorias fueron esencialmente iguales que las del ALC, e hizo de éste un rasgo permanente de las relaciones comerciales en norteamérica, esto dio legitimidad al mecanismo y reafirmó la idea de que constituyó un nuevo punto de partida, importante e interesante para la resolución de controversias en materia de prácticas desleales en el derecho internacional.

Sin embargo, los tres países convinieron en realizar algunas modificaciones:

- a) El establecimiento del sistema de paneles del TLCAN tiene un carácter permanente, su antecesor tenía una duración de siete años⁶⁹⁷.
- b) Se incluyó en el TLCAN un nuevo mecanismo contenido en el artículo 1905⁶⁹⁸, el cual tiene el propósito de abordar una preocupación que no se había planteado en las negociaciones del ALC, a saber, la definitividad y la obligatoriedad de las resoluciones de los paneles en el sistema mexicano⁶⁹⁹.
- c) La previsión de consultas anuales, o a petición de alguna de las Partes, entre las autoridades investigadoras competentes, con el fin de examinar

en combinación con precedentes previamente establecidos en casos específicos, mientras que el derecho civil, el cual se basa en normas codificadas, le concede a los jueces menor libertad de interpretar la legislación. WINHAM, R. and GRANT, A., *Antidumping and Countervailing Duties in Regional Trade Agreements; Canada-US-FTA, NAFTA and Beyond*, Minn. J. Global Trade 1, núm. 11, 1994, y HORLICK, N. & DEBUSK, A., *Dispute resolution under NAFTA: Bulding on the U.S. Canada FTA, GATT and ICSID*, 27 Journal of World trade, núm. 21, 1993.

⁶⁹⁷ URUCHURTU, A., *Revisión de Resoluciones Definitivas en materia de prácticas desleales ante los paneles binacionales del TLCAN*. Nuevo Consultorio Fiscal. Año 13, no. 235, junio 1999, p. 78.

⁶⁹⁸ El artículo 1905 del TLCAN pretende salvaguardar el sistema de paneles si una parte alega que la aplicación del Derecho interno de otra de las Partes: a) ha impedido la integración de un panel; b) ha impedido al panel dictar un fallo definitivo; c) ha impedido que se ejecute el fallo o no han reconocido el efecto obligatorio del mismo; o d) la parte no ha permitido la revisión independiente, por parte de un panel o un tribunal, de la resolución definitiva de su autoridad investigadora en materia de AD/CC .

⁶⁹⁹ URUCHURTU, A., *Revisión de Resoluciones Definitivas en materia de prácticas desleales ante los paneles binacionales del TLCAN...op cit.* p. 25.

problemas que pudieran resultar de la ejecución u operación del Capítulo XIX y recomendar soluciones cuando corresponda⁷⁰⁰.

- d) Otras modificaciones se refieren a los requisitos para ser panelista, y a las causas y plazos para invocar el procedimiento del Comité de Impugnación Extraordinaria⁷⁰¹.

El Capítulo XIX del TLCAN establece un mecanismo de solución de controversias que tiene como finalidad evitar la utilización de los sistemas contra prácticas desleales de los tres países miembros con fines proteccionistas. Este capítulo constituyó un gran reto, ya que en él se fusionan dos sistemas jurídicos diferentes, el *common law* y el romano canónico germánico⁷⁰².

El objetivo y finalidad del TLCAN así como del Capítulo XIX, es establecer condiciones justas y predecibles para la liberación progresiva del comercio de bienes y servicios entre las Partes de este Tratado y conservar disciplinas efectivas sobre las prácticas comerciales desleales; tal como se desprende de las disposiciones del Tratado, su preámbulo y objetivos⁷⁰³.

13. Ausencia de disposiciones en materia de derechos antidumping o compensatorios

Es importante hacer hincapié que el TLCAN no incluye disposiciones de fondo relativas a las investigaciones y medidas en materia de derechos antidumping y compensatorios⁷⁰⁴. En cambio, reconoce el derecho de cada una de

⁷⁰⁰ Idem.

⁷⁰¹ FIX, H. y LOPEZ, S., *Comunicación entre culturas jurídicas: los paneles binacionales del Capítulo XIX del TLCAN*, Revista de Derecho Privado. Año 8, No. 23, Mayo-Agosto, 1997, p. 25.

⁷⁰² Ibidem, p. 77.

⁷⁰³ Artículo 1902.2 (d) (i). Nota de WITKER, J., *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte: análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas, volumen 2*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1993, p. 91.

⁷⁰⁴ En opinión de Alvaro Baillet Gallardo, jefe de la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la que fue 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*". Audiencia de información sobre la negociación del TLCAN con el tema: "Solución de controversias y prácticas desleales", celebrada en el Salón

las Partes a aplicar su propia legislación interna al respecto. Son los Acuerdos de la OMC sobre antidumping y sobre subsidios y medidas compensatorias⁷⁰⁵ los que establecen las normas de fondo con las cuales deben cumplir las legislaciones y los procedimientos nacionales.

Las Partes del TLCAN pueden cambiar o reformar sus disposiciones jurídicas en materia de derechos antidumping y compensatorios, siempre que la Parte que lleve a cabo la reforma la notifique a las otras Partes y acate las demás disposiciones contempladas en el Capítulo XIX. Si otra Parte solicitara la celebración de consultas respecto de una de las modificaciones propuestas, deberá darse lugar a dichas consultas. Además, cualquiera de las Partes podrá someter la reforma propuesta de la legislación de otra Parte ante un panel binacional para que éste emita una opinión declarativa sobre si dicha reforma se apega a los Acuerdos de la OMC así como al objeto y fin del TLCAN y su Capítulo XIX⁷⁰⁶.

El TLCAN establece en su artículo 1904⁷⁰⁷ que cada una de las “Partes del Tratado”, los gobiernos de México, Canadá y EE.UU., podrá optar por sustituir en una controversia específica entre ellos, la revisión judicial interna⁷⁰⁸ de las resoluciones definitivas sobre antidumping y cuotas compensatorias con la revisión que lleve a cabo un panel binacional en base al criterio de revisión respectivo.

“Presidente Sebastián Lerdo de Tejada” del Senado de la República, el 13 de noviembre de 1992, México, D.F., 8ª parte 1rc., p. 3.

⁷⁰⁵ En particular, el Artículo VI del GATT de 1994, el Código Antidumping y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

⁷⁰⁶ Artículos 1902 y 1903 del TLCAN.

⁷⁰⁷ HUERTA, J., *Mexico in the WTO and NAFTA: litigating international trade disputes...op. cit.*, p. 18.

⁷⁰⁸ Al referirse a la revisión interna, en el caso de México se sustituye tanto el recurso de revocación como el juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa; en el caso de EE.UU. se sustituye la revisión ante el Tribunal de Comercio internacional de los EE.UU. y la revisión judicial ante el Tribunal de Apelaciones del Circuito Federal; en Canadá se sustituye la revisión ante el Viceministro de Ingresos Canadiense y después ante la Corte Federal de Apelaciones de Canadá.

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

14.1. Legislación y reglamentación interna

En general, los regímenes jurídicos nacionales de los EE.UU., Canadá y México, en materia de antidumping y cuotas compensatorias, son similares⁷⁰⁹, y se apegan en gran parte a las normas de la OMC. El sistema jurídico norteamericano está conformado por los artículos 303, 701 y 731 de la Ley Arancelaria de 1930; el régimen canadiense por la Ley de Medidas Especiales de Importación y su Reglamento; y el sistema mexicano por la LCE y su Reglamento⁷¹⁰.

14.2. Procedimientos administrativos

Los procedimientos administrativos de México, EE.UU. y Canadá, en materia de antidumping⁷¹¹ y cuotas compensatorias, son similares; sin embargo existe una diferencia de gran importancia entre los tres países acerca del número de dependencias federales⁷¹² que llevan a cabo las investigaciones y otros procedimientos administrativos al respecto. En Canadá, la autoridad investigadora competente es la *Canada Border Services Agency* (Agencia de Servicios Transfronterizos de Canadá): entidad encargada de emitir las resoluciones sobre dumping y subsidios, el *Canadian International Trade Tribunal* (Tribunal Canadiense de Comercio Exterior): encargado de conducir las investigaciones de si el dumping o el subsidio ha causado o amenaza causar un daño a la industria

⁷⁰⁹ Una diferencia importante entre el sistema norteamericano y el de México, es que no se dispone explícitamente en la legislación mexicana el concepto de “subsidios a la producción”. Véase el artículo 771(5)(B) de la Ley Arancelaria de 1930 de EE.UU., con todas sus enmiendas; el artículo 37 de la LCE.

⁷¹⁰ GIESZE, R., *La revisión y 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...op. cit.* pp. 131 y 132.

⁷¹¹ En cuando al procedimiento administrativo de México y EE.UU., véase el capítulo 2 de la presente tesis.

⁷¹² El Anexo 1911 del TLCAN señala que se entenderá por Autoridad investigadora competente: en el caso de Canadá, el *Canadian International Trade Tribunal*, o la autoridad que la suceda, o el *Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise*, según se establece en la *Special Import Measures Act*, con sus reformas, o la autoridad que lo suceda; en el caso de EE.UU., la *International Trade Administration of the U.S. Department of Commerce*, o la autoridad que la suceda, en el caso de México, la autoridad que se designe dentro de la Secretaría de Economía.

nacional. El Tribunal de Comercio Internacional canadiense, otra dependencia federal, se encarga de las resoluciones definitivas acerca del daño importante⁷¹³.

Tal y como vimos en el capítulo 2 de la presente tesis, dentro del sistema antidumping norteamericano, el USDOC⁷¹⁴ es el organismo que analiza y realiza las investigaciones en cuanto a los derechos antidumping, efectúa las reexaminaciones administrativas y cuida el cumplimiento de acuerdos así como de las órdenes de imposición de derechos antidumping que dicta. De la misma manera tiene la facultad de iniciar de oficio una investigación. Para la realización de estas funciones, el USDOC cuenta con dos oficinas.

En primer lugar se encuentra la Oficina de Investigaciones Relativas a las Leyes Antidumping, la cual es competente para analizar en una investigación antidumping, el margen de dumping promedio existente. En segundo lugar se encuentra la Oficina para el cumplimiento de las Leyes Antidumping, la cual realiza las reexaminaciones administrativas, investiga la evasión de órdenes y la emisión de instrucciones al servicio de aduanas para establecer los aranceles protectores finales antidumping. En tercer lugar se encuentra la oficina para el Cumplimiento de Acuerdos, la cual estará encargada para su cumplimiento. Otro organismo de gran importancia es la Comisión de Comercio Internacional, tiene la misión de investigar y determinar el daño a la industria estadounidense y la relación causal que exista entre el daño y las importaciones objeto de investigación⁷¹⁵.

⁷¹³ GIESZE, R., *La revisión y 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...op. cit.*, p. 133.

⁷¹⁴ En cuanto a la metodología detallada de cálculo del USDOC de márgenes de dumping, véase *U.S. Department of Commerce (Import Administration), Antidumping Manual, ch.6 (Fair Value Comparisons)*, disponible en <http://ia.ita.doc.gov/admanual/index.html>, consultada el 23 de junio de 2010.

⁷¹⁵ Tariff Act 1930, Sec. 1332 b): "*Investigations of TARIFF relations: The commission shall have power to investigate the TARIFF relations between the United States and foreign countries, commercial treaties, preferential provisions, economic alliances, the effect of export bounties and preferential transportation rates, the volume of importations compared with the domestic production and consumption, and conditions, causes, and effects relating to competition of foreign industries with those of the United States, including dumping and cost of production*".

En México las prácticas desleales⁷¹⁶ de comercio exterior internacional se encuentran reguladas en los artículos 28 a 44 del Título V de la LCE. En el artículo 28 de esta Ley se define lo que internacionalmente se conoce por prácticas desleales⁷¹⁷, considerando únicamente dos de ellas: dumping y subvenciones. En México, el dumping fue regulado inicialmente en la Ley Reglamentaria del Artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (abreviadamente, CPEUM) en materia de Comercio Exterior⁷¹⁸. La Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la Secretaría de Economía es la encargada tanto de las decisiones sobre dumping y subsidios como de las decisiones sobre daños.

El sistema jurídico mexicano contra el dumping en el comercio internacional actualmente está conformado por disposiciones de Derecho interno así como de Derecho internacional⁷¹⁹. Las normas del Derecho interno están consignadas en el párrafo segundo del artículo 131 de la CPEUM, en los artículos 30 a 36 de la LCE y en los artículos 37 al 58 del RLCE, supletoriamente el Código Fiscal de la Federación como lo indica el artículo 85 de la LCE⁷²⁰, la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, la Ley de Amparo, la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la CPEUM. En el caso de México, además de estas leyes, la legislación aplicable incluye GATT de 1994 y sus correspondientes Acuerdos complementarios, el Acuerdo Antidumping y el Acuerdo sobre Subvenciones y

⁷¹⁷ Artículo 28 LCE: Se consideran prácticas desleales de comercio internacional la importación de mercancías en condiciones de discriminación de precios o de subvenciones en el país exportador, ya sea el de origen o el de procedencia, que causen daño a una rama de producción nacional de mercancías idénticas o similares en los términos del artículo 39 de esta Ley. Las personas físicas o morales que importen mercancías en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional estarán obligadas al pago de una cuota compensatoria conforme a lo dispuesto en esta Ley.

⁷¹⁸ La Ley Reglamentaria del Artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1986, quedó abrogada con la entrada en vigor de la Ley de Comercio Exterior del 27 de julio de 1993.

⁷¹⁹ WITKER, J. y HERNÁNDEZ, L., *Régimen Jurídico del Comercio...op. cit.*, p. 434.

⁷²⁰ Artículo 85: A falta de disposición expresa en esta Ley en lo concerniente a los procedimientos administrativos en materia de prácticas desleales de comercio internacional y medidas de salvaguarda, se aplicará supletoriamente el Código Fiscal de la Federación, en lo que sea acorde con la naturaleza de estos procedimientos.

Medidas Compensatorias⁷²¹. Dichos ordenamientos forman parte de la legislación interna por virtud de lo dispuesto en el Artículo 133 de la CPEUM⁷²².

En los tres países del TLCAN 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 sean estas: exportadores, gobiernos extranjeros, importadores e industrias nacionales, tienen la oportunidad en los tres países miembros del TLCAN, de presentar argumentos y hechos en apoyo de sus posiciones, ante las respectivas autoridades investigadoras competentes. Cuando éstas dictan las resoluciones definitivas e imponen las cuotas compensatorias definitivas, generalmente surgen controversias al respecto, acudiendo las Partes casi siempre ante los tribunales nacionales del país importador para impugnar la resolución definitiva.

En EE.UU., se acude ante el Tribunal de Comercio Internacional y se puede apelar el fallo de éste 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 y en México, se impugnan las resoluciones emitidas por la Secretaría de Economía ante la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

⁷²¹ URUCHURTU, G., *Revisión de Resoluciones Definitivas en materia de prácticas desleales ante los paneles binacionales del TLCAN*, Nuevo Consultorio Fiscal. Año 13, no. 235, junio, 1999, p. 90

⁷²² Artículo 133: Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, será la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados.

De la misma manera, si surge una controversia en materia de antidumping o cuotas compensatorias entre los particulares estadounidenses, mexicanos o canadienses, 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 TLCAN, por lo tanto, un panel arbitral, en lugar de un tribunal nacional, podrá revisar la resolución definitiva en controversia.

15. Solicitud de instauración del panel

El artículo 1904.2 del TLCAN señala que cualquiera de las Partes implicadas⁷²³ podrá solicitar que un panel revise:

- a) Una copia de la resolución definitiva de la autoridad investigadora competente, que incluya fundamentación y motivación de la misma;
- b) Todas las transcripciones o actas de las reuniones o audiencias ante la autoridad investigadora competente; y
- c) Todos los avisos publicados en el Diario Oficial de la Parte importadora en relación con el procedimiento administrativo, una resolución definitiva⁷²⁴

⁷²³ Artículo 1911, parte implicada significa: a) la parte importadora, o b) una parte cuyas mercancías sean objeto de la resolución definitiva.

⁷²⁴ El artículo 1911 del TLCAN señala que el término "Resolución definitiva" se refiere a: 1. En el caso de Canadá: I. Un mandato o fallo del *Canadian International Trade Tribunal conforme a la Subsección 43(1) de la Special Import Measures Act*; II. Un mandato del Canadian International Trade Tribunal conforme a la Subsección 76(4) de la *Special Import Measures Act*, con sus reformas, en continuación de un mandato o fallo pronunciados conforme a la Subsección 43(1) de la Act, con o sin reforma; III. Una resolución dictada por el *Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* conforme a la Sección 41 de la *Special Import Measures Act*, con sus reformas; IV. Una reconsideración dictada por el *Deputy Minister* conforme a la Sección 59 de la *Special Import Measures Act*, con sus reformas; V. una resolución dictada por el Canadian International Trade Tribunal conforme a la Subsección 76(3) de la *Special Import Measures Act*, con sus reformas, en el sentido de no iniciar el procedimiento de revisión; VI. Una reconsideración por el *Canadian International Trade Tribunal* conforme a la Subsección 91(3) de la *Special Import Measures Act*, con sus reformas; y VII. Una revisión por el *Deputy Minister* de un compromiso conforme a la Subsección 53(1) de la *Special Import Measures Act*, con sus reformas. 2. En el caso de EE.UU., I. una resolución definitiva de naturaleza positiva que dicte la *International Trade Administration of the U.S. Department of Commerce* o la *U.S. International Trade Commission* conforme a la Sección 705 o 735 de la *Tariff Act* de 1930, con sus reformas incluyendo cualquier porción negativa que contenga esa resolución; II. Una resolución definitiva de naturaleza negativa que dicte la *International Trade Administration of the U.S. Department of Commerce* o la *U.S. International Trade Commission* conforme a la Sección 705 o 735 de la *Tariff Act* de 1930, con sus reformas, incluyendo cualquier porción afirmativa que contenga esa resolución; III. Una resolución definitiva, distinta a la señalada en el inciso (iv) conforme a la Sección 751 de la *Tariff Act* de 1930, con sus reformas; IV. Una resolución que dicte la *U.S. International Trade Commission* conforme a la

sobre antidumping y cuotas compensatorias emitida por una autoridad investigadora competente de una parte importadora, para dictaminar, de acuerdo con el artículo 1904.2, si esa resolución fue dictada conforme a las disposiciones jurídicas en materia de antidumping y cuotas compensatorias de la parte importadora⁷²⁵.

16. Integración de los paneles

Los paneles a los que se hace referencia en el Capítulo XIX estarán compuestos por cinco expertos, nacionales de las Partes contendientes, por lo general seleccionados de una lista acordada por las Partes del TLCAN⁷²⁶. Cada

Sección 751(b) de la *Tariff Act* de 1930, con sus reformas, en el sentido de no revisar una resolución basada en un cambio de circunstancias; y V. una resolución dictada por la *International Trade Administration of the U.S. Department of Commerce* respecto a la pertenencia de un tipo particular de mercancía a la clase o tipo de mercancía descrita en un fallo existente de dumping o una resolución sobre cuotas antidumping o compensatorias; y 3. En el caso de México, I. una resolución definitiva respecto a las investigaciones en materias de cuotas antidumping o compensatorias dictada por la Secretaría de Economía conforme al Artículo 13 de la Ley de Comercio Exterior, con sus reformas; II. Una resolución definitiva respecto a la revisión administrativa anual de la resolución definitiva respecto a cuotas antidumping o a cuotas compensatorias dictada por la Secretaría de Economía, como se señala en su lista del Anexo 1904.15, inciso (o); y III. Una resolución definitiva dictada por la Secretaría de Economía respecto a la pertenencia de un tipo particular de mercancía a la clase o tipo de mercancía descrita en una resolución existente sobre cuotas antidumping o compensatorias. La LCE mexicana señala en sus artículos 94 y 97 que el término “resolución definitiva” se refiere a aquellas resoluciones que concluyen el procedimiento de investigación con o sin la imposición de cuotas compensatorias, las que revisen si determinado producto está sujeto al pago de una cuota compensatoria previamente establecida y las que confirmen, modifiquen o revoquen dichas cuotas, derivadas del procedimiento de la revisión anual.

⁷²⁵ WITKER, J., *EL TLCAN: Resolución de controversias comerciales*, Ed. Edeval, Chile, 1995, p. 99.

⁷²⁶ Artículo 2011.3. Miembros para revisiones de paneles binacionales del TLCAN. Canadienses: Alexandroff, Alan S., Alvarez, Henri C., Anissimoff Serge, Barbeau Jacques, Bernier Ivan, Bradford, Meriel V.M., Brown, Donald J.M., Chiasson, Edward C., Code, William E., Cranker, Glenn A., Cuming, Ronald C.C., Dearden, Richard G., Fleming, Donald J., Foran, Frank R., Freedman, Martin H. Gauthier, Paule, Goldie, D. Michael, Goldman, Calvin S., Halliday, Anthony, Heenan, Roy L., Hines W. Roy. Irish Maureen, LaBarge Paul, Lacoste Gérald, LeBlanc Sylvio A., Macleod, Alan D., MacMillan, Kathleen E., McKelvey, E. Neil, McKercher, Donald S., McRae, Donald M., Mullan, David J., Paterson, Robert, K., Pilkington, Marilyn L., Potter, Simon, Richard, John D., Smith, T.B., Swick, Brenda C., Trakman, Leon E., Tyler, Wilhelmina K., Vogel, Shawna K., Winham, Gilbert R. Mexicanos: Adame Goddard Jorge, Angulo Parra Carlos, Arratibel Salas Luis Gustavo, Arreola Baranda Juan Carlos, Arrocha William, Avila De La Torre Ricardo, Baillet Alvaro, Castañeda Sabido Alejandro, Contreras Vaca Francisco José, Cortina Velarde Francisco J., Cuadra y Moreno Héctor De Los Reyes Alvarado Yolanda, Elwood Bryan, Enríquez Sánchez Raymundo, Fix Fierro Héctor, García Corral Hernán, Magallón Gómez Eduardo, Ogarrio Ramírez Alejandro, Ortega Gomez

una de las Partes del TLCAN implicada en la controversia selecciona dos panelistas, y el quinto es elegido por el consenso de las Partes o, si no pudieran ponerse de acuerdo, por una de las Partes contendientes elegida por sorteo. El TLCAN dispone que las Partes implicadas nombrarán por lo general a panelistas que se encuentren en la lista de árbitros que se integre conforme al Anexo 1901.2⁷²⁷. El TLCAN establece plazos de estricto cumplimiento para los procedimientos del panel, cuyo fallo definitivo se expide generalmente dentro de los 315 días siguientes a la fecha en que se presenta la solicitud de revisión⁷²⁸.

A diferencia de los Grupos Especiales de la OMC o de los paneles establecidos de conformidad con el Capítulo XX, los paneles conformados según el Capítulo XIX no aplican las disposiciones del TLCAN, de la OMC ni del Derecho Internacional. Antes bien, se limitan a aplicar las disposiciones jurídicas en materia de derechos antidumping y compensatorios de la Parte⁷²⁹ que emitió la resolución

Armando, Patiño Manffer Ruperto, Pereznieto Castro Leonel, Reyes De La Torre Luz Elena, Uruchurtu Chavarín Gustavo, Vázquez Robles Miguel Angel, Veytia Palomino Hernany. Estadounidenses: Alford, William P., Anderson Elizabeth B., Baker Steven W., Bogard Lawrence J., Buys Cindy G., Chaplin Peggy L., Cohen David M., Connelly, Warren E., Cooper, Gary C., Davis Mark D., Dennin Joseph F., Esch Michael D., Farrell, Edward J., Fenton, Howard N., Fitzgerald Peter L., Koteen Gerchick Lisa, Gold, Matthew A, Gordon, Michael W., Hayes, Edward T., Hodgson Mélida N., Joelson, Mark R., Kamarck, Lynn G., Kaye, D. Michael, Kennedy, Kevin C., Lafer, David A., Lichtenstein, Cynthia C., Liebman, Joseph I., Lutz, II Robert E., Magnus John R., Malashevich Bruce P., McGill Brian E., Melnbrensis Velta A., Morante Thomas F., Perez Antonio Fidel, Pike Damon V., Pomeranz Morton, Powell Stephen J., Rachlin Lauren D., Reyna Jimmie V., Ries Martha, Ruggeri Robert E., Sandstrom Mark R., Santos, Leonard E., Schmidt Susan Marie, Schwartz David M., Shepherd Honorable Sheldon L., Trossevin Marguerite E., Tursi Honorable Dale P., Verrill, Jr. Charles Owen, Walders, Lawrence R. <http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx?conID=779#2>, consultada el 18 de agosto de 2010.

⁷²⁷ El Anexo contempla que la lista incluirá cuando menos a 75 personas, de las cuales cada una de las Partes seleccionará al menos 25, después de consultar a las otras Partes. Todos los candidatos deberán ser nacionales de Canadá, EE.UU. o México y gozar de gran prestigio y reputación y serán elegidos estrictamente sobre la base de su objetividad, confiabilidad, buen juicio y familiaridad con el derecho comercial internacional. Las partes implicadas en una controversia no se encuentran limitadas a escoger sólo a integrantes de la lista, sino que pueden escoger a otras personas; sin embargo si no se escogen de la lista, cada parte puede recusar hasta cuatro candidatos que proponga la otra parte. CRUZ M. R., *La Importancia del TLCAN en el Comercio exterior de México*, Ars Iuris, No. 27, 2002, México, p. 18.

⁷²⁸ LACARTE, J. y GRANADOS, J., *Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales...op. cit.* pp. 196 y 197.

⁷²⁹ "Las disposiciones jurídicas en materia de antidumping y derechos compensatorios consisten en leyes aplicables, antecedentes legislativos, reglamentaciones, práctica administrativa y los precedentes judiciales, en la medida en que un tribunal de la Parte importadora podría basarse en

definitiva. También se requiere que apliquen los criterios de revisión que la Parte importadora aplicaría para revisar una resolución de la autoridad investigadora interna. Los paneles sólo podrán confirmar las resoluciones de autoridades nacionales o devolverlas a dichas autoridades para que las vuelvan a revisar⁷³⁰. Los paneles no tienen autoridad para revisar las resoluciones de las autoridades nacionales y sustituirlas por las propias. En algunos casos, se han devuelto varias veces resoluciones a las autoridades investigadoras nacionales y, consecuentemente, los paneles debieron revisar en varias oportunidades las nuevas resoluciones expedidas por dichas autoridades. El fallo del panel es obligatorio para las Partes implicadas con relación al asunto concreto sometido al panel⁷³¹. Hay plazos estrictos para el cumplimiento de las devoluciones y la consiguiente revisión por parte de los paneles de las nuevas resoluciones de la autoridad competente⁷³².

17. Tipos de Paneles

El Capítulo XIX contempla cuatro instancias de arbitraje diferentes: revisión de reformas legislativas; revisión de resoluciones definitivas sobre cuotas antidumping y compensatorias; impugnación extraordinaria y la salvaguarda del sistema de revisión ante el panel⁷³³.

17.1. Panel para la revisión de las reformas legislativas

El Panel para la revisión de reformas legislativas, ha sido creado para garantizar que las futuras reformas a las legislaciones nacionales en materia de

tales documentos para revisar una resolución definitiva de la autoridad competente". TLCAN, Artículo 1904(2).

⁷³⁰ Artículo 1904(8) del TLCAN.

⁷³¹ Artículo 1904(9) del TLCAN.

⁷³² Cuando un panel devuelva una resolución con el fin de que se revise, el plazo para que la autoridad investigadora emita una resolución definitiva en una investigación en ningún caso excederá el período máximo señalado por su ley. Si se solicita la revisión de la nueva resolución definitiva adoptada por la autoridad investigadora, dicha revisión estará a cargo del mismo panel binacional, el que normalmente emitirá un fallo definitivo dentro de los noventa días siguientes a la fecha en que dicha nueva resolución le haya sido sometida. TLCAN, artículo 1904(8).

⁷³³ HUERTA, J., *Mexico in the WTO and NAFTA: litigating international trade disputes... op. cit.*, p. 17.

prácticas desleales sean consistentes con las decisiones anteriores de los paneles, los objetivos del TLCAN, el GATT de 1994, el Código Antidumping, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias⁷³⁴, ya que si bien el TLCAN permite que cada Parte pueda aplicar sus normas que regulan esta materia, de pretender modificarlas tiene la obligación de notificar y consultarlo con sus contrapartes del Tratado⁷³⁵.

17.2. Panel binacional para la revisión de las resoluciones definitivas sobre cuotas antidumping y compensatorias

En el desarrollo del presente capítulo se ha señalado que la parte central de la negociación en la materia de prácticas desleales fue la incorporación del Capítulo XIX del sistema de paneles binacionales que tienen por objeto revisar las resoluciones definitivas sobre cuotas antidumping y compensatorias emitidas por las autoridades administrativas de cada una de las Partes del TLCAN⁷³⁶. Como se

⁷³⁴ Artículo 1902.2 y 1903 del TLCAN. El artículo 1902 señala que los países miembros del Tratado deben cumplir con requisitos específicos para realizar cualquier reforma o modificación a disposiciones jurídicas en esta materia. Estos requisitos se refieren a que cualquier modificación que un país miembro del Tratado desee hacer sus leyes vigentes en materia de AD y CC, se aplicará a los otros socios del TLCAN únicamente si la reforma legislativa específica claramente que tendrá vigencia para los bienes de otra parte o partes del Tratado, si se ha dado notificación previa a los otros países miembros, si cumple dicha notificación se realizan las consultas necesarias, y que dicha reforma no sea incompatible con el GATT, con el Acuerdo sobre la aplicación del Artículo VI del GATT, ni con los objetivos y fines del TLCAN. El artículo 1903 establece el derecho de la parte a la que se le aplique la reforma de pedir que se instaure un panel binacional para que revise si la reforma se apega al artículo 1902, o si tiene la función de revocar una resolución previa de un panel de conformidad con el artículo 1904 y no se apega al artículo 1902. En caso de que el panel recomiende modificaciones a la reforma, las dos partes iniciarán consultas en un plazo de 90 días a partir de que el panel emita su opinión declarativa. Si la legislación correctiva no es aprobada en 9 meses, a partir del fin del periodo de consultas de 90 días y no se ha alcanzado ninguna otra solución satisfactoria, la parte que haya solicitado la integración del panel podrá adoptar medidas legales o administrativas equiparables, o denunciar el Tratado respecto a la Parte que hace la reforma, 60 días después de notificarlo por escrito a esa Parte.

⁷³⁵ Artículo 1902.2. Cualquier Parte afectada por una reforma puede solicitar que un panel binacional emita una opinión declarativa respecto a si la reforma cumple las condiciones señaladas, o si los efectos de ésta son revocar una resolución previa emitida por un panel conforme al artículo 1904 del Tratado. Si el panel recomienda modificaciones a la reforma, las Partes inician consultas. Si en un plazo de nueve meses no se da la legislación correctiva, la Parte afectada puede adoptar medidas legislativas o administrativas equiparables, o denunciar el Tratado.

⁷³⁶ El Anexo 1911 define cuáles son las autoridades investigadoras competentes de Canadá, México y EE.UU.

comentó anteriormente, dicho paneles reemplazan las instancias internas de revisión administrativa y judicial cuando así lo solicite una de las Partes por iniciativa propia o por petición de una persona que estaría legitimada a pedir la revisión judicial ante instancias nacionales. Estos paneles dictaminan si la resolución definitiva se emitió de conformidad con las disposiciones jurídicas de la Parte importadora⁷³⁷ y aplican el mismo criterio de revisión y principios generales de derecho que un tribunal de la Parte importadora aplicaría para revisar una resolución de la autoridad investigadora. Por ende su naturaleza es híbrida, ya que los paneles son internacionales pero la ley y el criterio de revisión⁷³⁸ que aplican son nacionales⁷³⁹.

La decisión de los panelistas tiene como efecto confirmar la resolución impugnada o reenviar la resolución a la autoridad para que adopte medidas no incompatibles con su decisión. Al cumplir las instrucciones del panel, la autoridad debe presentarle un informe llamado “de devolución”, en el cual indica cómo procedió. La naturaleza de la decisión es obligatoria y no estará sujeta a ningún

⁷³⁷ Artículo 1904.2. “Las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias de la Parte importadora consisten en leyes, antecedentes legislativos, reglamentos, práctica administrativa y precedentes judiciales pertinentes, en la medida en que un tribunal de la Parte importadora podría basarse para revisar una resolución definitiva de la autoridad investigadora competente”.

⁷³⁸ El criterio de revisión que aplica cada Parte del TLCAN está definido en el Anexo 1911. En general puede decirse que el órgano que revisa le corresponde corroborar si la autoridad que emitió la resolución u ordenó o tramitó el procedimiento era competente; si los requisitos formales exigidos por la ley se cumplieron; si existió algún vicio en el procedimiento que pudo haber afectado la defensa de las partes interesadas; o bien si los hechos que motivaron la resolución no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron de forma equivocada.

⁷³⁹ GANTZ nos comenta que los representantes legales del gobierno de Canadá han argumentado que el proceso del Capítulo XIX, creado por un tratado internacional como el TLCAN, ha internacionalizado las leyes de cada uno de sus países miembros al aplicar sus leyes correspondientes sobre antidumping y subsidios para los propósitos del proceso de revisión y que por lo tanto los paneles binacionales operan bajo el derecho internacional. GANTZ, D., *Resolution of Trade Disputes under NAFTA's Chapter 19: The Lessons of Extending the Binational Panel Process to Mexico...op. cit.*, p. 308. ADAME afirma que al incorporarse las leyes nacionales de la material del tratado, resulta que cuando el panel revisa la resolución aplica una ley internacional, que es la propia ley nacional incorporada al Tratado, a diferencia de una instancia judicial nacional que aplicaría la ley de la materia simplemente como ley nacional. ADAME, J., *¿Debe un panel binacional, que examina una resolución en materia de cuotas AD o CC, revisar la competencia de la autoridad que la dictó?*, Revista de Derecho Privado, Año 7, #20, mayo-agosto, 1996, Ed. McGrawhill, México, p. 89. Puntos de vista que no compartimos debido a que los paneles binacionales sólo aplican derecho internacional en la medida en la que lo aplicaría un tribunal interno de la Parte importadora en la revisión interna.

procedimiento de revisión judicial de la Parte importadora⁷⁴⁰. Por tal motivo, se crea la prohibición a las Partes de establecer en su legislación interna la posibilidad de impugnar ante sus tribunales nacionales una resolución de un panel. Los paneles se rigen conforme a lo dispuesto en el TLCAN, las Reglas de Procedimiento del artículo 1904 del Tratado y el Código de Conducta para los procedimientos de Solución de Controversias de los Capítulos XIX y XX del mismo⁷⁴¹.

17.3. Comité de Impugnación Extraordinaria

En casos excepcionales las Partes podrán solicitar que se integre un panel conocido como Comité de Impugnación Extraordinaria (en adelante, CIE), creado para asegurar que se preserve la integridad y legitimidad de los paneles binacionales, integrado por tres jueces federales activos o retirados de las dos Partes contendientes que las Partes designan de una lista⁷⁴² de 15 árbitros (cada socio del TLCAN nombra a cinco integrantes de la lista), en donde cada Parte nombra a un panelista y por sorteo se decide cuál de las Partes nombrará al tercero; podrá ratificar la resolución del panel, anular su fallo o devolvérselo para que adopte una medida que no sea incompatible con la resolución del comité⁷⁴³.

El TLCAN en su anexo 1903.2 (Procedimientos de los paneles conforme al Artículo 1903) establece un plazo muy práctico para que el CIE contemple en su revisión 90 días a partir de la fecha de su establecimiento, mientras que en el caso de México, los procedimientos de revisión administrativos y judiciales generalmente tardan más de tres años al igual que en la OMC.

⁷⁴⁰ Artículo 1904.11 del TLCAN.

⁷⁴¹ Código de Conducta para los Procedimientos de Solución de Controversias de los Capítulos XIX y XX del TLCAN.

⁷⁴² Miembros para comités de impugnación extraordinaria, según el artículo 1904 del TLCAN. Canadienses: Desjardins Alice, Evans John M., Heatherington Mary, Hunt Constance, Richard, John D. Estadounidenses: Adams, Arlin M., Getzendanner, Susan, O'Connor Sandra Day, Pratt, George C., Renfrew, Charles B. No hay mexicanos en la lista. <http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx?conID=779#2>, consultada el 3 de octubre de 2010.

⁷⁴³ Anexo 1904.13 del TLCAN.

Sin embargo, a fin de poder invocar la constitución de un CIE, una Parte deberá alegar alguna de las graves situaciones que se detallan a continuación: que (i) un miembro del panel ha sido culpable de una falta grave, de parcialidad, o ha incurrido en grave conflicto de intereses; (ii) el panel se ha apartado de manera grave de una norma fundamental de procedimiento, por ejemplo no convocó a una de las Partes interesadas a la audiencia pública o (iii) el panel se ha excedido ostensiblemente en sus facultades, autoridad o jurisdicción; y que (iv) cualquiera de las acciones antes señaladas ha afectado materialmente el fallo del panel y amenace la integridad del proceso de revisión por el panel binacional⁷⁴⁴. Hasta la fecha, sólo se han iniciado cinco procedimientos ante un CIE de conformidad con el ALC entre Canadá y los EE.UU. y el TLCAN, sólo tres desde la puesta en vigor del TLCAN, y todos los finalizados hasta ahora han dado resultado en la desestimación de las impugnaciones⁷⁴⁵.

Es sumamente importante señalar que el procedimiento ante el CIE no constituye una instancia de apelación respecto a las resoluciones emitidas por los paneles binacionales, ya que las resoluciones de éstos son obligatorias y definitivas⁷⁴⁶.

17.4. Comité Especial para la salvaguarda del sistema de revisión ante el panel

Como se señaló anteriormente, el TLCAN introdujo al Capítulo XIX una instancia arbitral que no existió en el ALC y que tiene por objeto salvaguardar o asegurar que el mecanismo de los paneles binacionales que vienen a sustituir o que representan una alternativa adicional a las instancias nacionales de revisión

⁷⁴⁴ Artículo 1904(13) del TLCAN.

⁷⁴⁵ Está todavía pendiente un proceso de un CIE en el caso EE.UU-Magnesio Puro de Canadá. Otro proceso sustanciado de conformidad con el ALC entre Canadá y los EE.UU., que atañe a la resolución de una autoridad estadounidense en el caso Madera blanda procedente de Canadá, produjo un fallo no unánime que incluyó una controvertida opinión disidente del juez Wilkey de los EE.UU. LACARTE, J. y GRANADOS, J., *Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales...op. cit.* p. 197.

⁷⁴⁶ GEISZE, R., *La revisión y 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...op. cit.* p. 135. Véase las reglas del Comité de Impugnación Extraordinaria del TLCAN.

funcione de manera eficiente y sus resoluciones sean debidamente acatadas. La incorporación de dicho mecanismo fue impuesto como condición a México por parte de EE.UU. para poderle hacer extensivo el sistema de los paneles binacionales de revisión⁷⁴⁷.

Conforme a este mecanismo de salvaguarda, un país signatario podrá solicitar que un Comité Especial determine si la aplicación de la ley de uno de los países Miembros ha impedido, la instalación del panel binacional, que el panel binacional dicte una resolución definitiva, la ejecución de la resolución del panel ordinario, así como su fuerza y efecto obligatorio, también en lo relativo a brindar la oportunidad a un tribunal judicial independiente de conformidad con los principios dispuestos en Derecho interno y de revisión judicial de los fundamentos de la resolución administrativa objeto de la controversia.

El Comité Especial deberá consistir de tres miembros seleccionados de la lista del CIE y de acuerdo con los procedimientos del propio CIE. Si el Comité Especial concluye que se incurre en algunos de los supuestos previstos, los países involucrados iniciarán un proceso de consultas para solucionar el asunto, tomando en cuenta la determinación del Comité. Si los países contendientes 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 o suspender otros beneficios derivados del TLCAN. Si el país reclamante suspende el sistema de paneles ordinarios, el país demandado podrá suspender recíprocamente la operación de dicho sistema. 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 continuará en vigor.

⁷⁴⁷ LEYCEGUI, B., FERNANDEZ de Castro, R., *TLCAN ¿Socios Naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte...op. cit.*, pp. 577-586.

18. Análisis sobre el caso Manzanas originarias de los Estados Unidos. Decisión del Panel Binacional del Artículo 1904 del TLCAN, 15 de octubre de 2009⁷⁴⁸

El 15 de octubre de 2009, el Panel Binacional constituido conforme al artículo 1904 del TLCAN, emitió su “*decisión en el caso de la revisión de la resolución final de la investigación antidumping sobre las importaciones de manzanas originarias de los EE.UU.*”⁷⁴⁹. El Panel estuvo conformado por: Gabriela Aldana Ugarte, Christian Raúl Natera Niño de Rivera, Morton Pomeranz, Mark R. Sandstrom y Ricardo Ramírez Hernández como Presidente. En esta decisión se analizan tres reclamaciones principales y siete reclamaciones adicionales⁷⁵⁰. Las reclamaciones principales fueron las siguientes: Primera: sobre la validez de la representación legal de los productores nacionales de la Unión Agrícola Regional de Fruticultores del Estado de Chihuahua (en adelante, UNIFRUT), de acuerdo con las normas jurídicas mexicanas. Segunda: es la fundamental de la controversia y fue motivada porque la autoridad investigadora mexicana utilizó varios períodos de investigación para determinar el daño causado a la rama de la producción nacional, utilizando en su análisis información y datos extemporáneos. Tercera: la autoridad investigadora mexicana se excedió del plazo legal para emitir su decisión.

De las reclamaciones adicionales, deben destacarse las siguientes: Primera: Los Exportadores de Frutas del Noroeste de EE.UU. (en inglés, Northwest Fruit Exporters y en adelante, NFE) impugnaron la solicitud de información que les hizo la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales (en

⁷⁴⁸ REYES, C., *Manzanas originarias de los EE.UU., decisión del panel binacional del artículo 1904 del TLCAN*, Revista de Derecho Económico Internacional, Vol. 1 No. 1, noviembre, 2010.

⁷⁴⁹ Decisión en el caso de la Revisión de la Resolución Final de la investigación antidumping sobre las importaciones de manzanas originarias de los EE.UU. Caso: MEX-USA- 2006-1904-02, de 15 de octubre de 2009, <http://registry.nafta-sec-alena.org/cmdocuments/aac0f58d-54c3-4117-b0ae-fdf2e282c360.pdf>, consultada el 2 de septiembre de 2010.

⁷⁵⁰ Las reclamaciones adicionales sólo serán mencionadas ya que no son objeto de estudio de la presente tesis. Para mayor información al respecto véase: Decisión en el caso de la Revisión de la Resolución Final de la investigación antidumping sobre las importaciones de manzanas originarias de los EE.UU. Caso :MEX-USA-2006-1904-02, de 15 de octubre de 2009, <http://registry.nafta-sec-alena.org/cmdocuments/aac0f58d-54c3-4117-b0ae-fdf2e282c360.pdf>, consultada el 6 de septiembre de 2010. REYES, C., *Comentario sobre el caso Manzanas originarias de los EE.UU. Decisión del Panel Binacional del artículo 1904 del TLCAN*, 15 de octubre de 2009.

adelante, UPCI) de la Secretaría de Economía, sobre sus costos de producción, a falta de justificación por parte de los productores nacionales. Segunda: la NFE alegó la violación del Acuerdo Antidumping y de la LCE por la UPCI, al negar el acceso a información confidencial presentada por otras empresas partes de la NFE. Tercera: la NFE reclamó a la UPCI no haber hecho visitas de verificación para constatar información y datos proporcionados por los productores nacionales, en concordancia con el artículo 175 del RLCE⁷⁵¹. Cuarta: los reclamantes impugnaron que el margen de dumping establecido por la UPCI debió ser menor, la metodología de su cálculo violó la LCE, su Reglamento y el Acuerdo Antidumping, además de que la demora en su decisión influyó para la determinación de ese margen de dumping. Quinta: otros reclamantes, la Unión Nacional de Comerciantes Importadores y Exportadores de Productos Agrícolas (en adelante, UNCIEPA) argumentaron la violación de la UPCI al artículo 1902.1 del TLCAN por no haber tomado en cuenta ciertos precedentes administrativos mexicanos. Sexta: la UNCIEPA impugnó la decisión de la UPCI que le impidió participar en el segundo procedimiento de investigación, por no haber participado en el primer procedimiento, lo que, a su juicio, violaba la ley mexicana y el Acuerdo Antidumping. Séptima: la UNCIEPA reclamó que la UPCI violó el artículo 9.3 del Acuerdo Antidumping porque el monto de la cuota compensatoria establecida excedió al margen calculado por la UPCI.

Es importante mencionar que este Panel se estableció para revisar la segunda decisión final de la UPCI que impuso cuotas compensatorias definitivas por la existencia de una práctica desleal de comercio. Este segundo procedimiento de investigación, a su vez, se realizó en cumplimiento a la resolución en amparo del Juez Noveno de Distrito, el 14 de febrero de 2005. Esto indica que la UPCI realizó una investigación que fue revocada ante las instancias nacionales mexicanas y en una segunda investigación que determinó nuevamente la existencia de dumping, daño y relación causal, se impuso nuevamente cuota

⁷⁵¹ Artículo 175 RLCE- La Secretaría podrá requerir la información, datos y documentos contables y de cualquiera otra índole a las partes interesadas, a efecto de verificar la veracidad de sus manifestaciones y declaraciones en el domicilio oficial de la Secretaría.

compensatoria, esta decisión fue impugnada ante el mecanismo establecido por el Capítulo XIX del TLCAN, que es la que se analiza.

18.1. Representación Legal

La empresa reclamante, NFE, impugnó el poder notarial del representante de los productores nacionales (en este caso, UNIFRUT), por no cumplir con las disposiciones del artículo 75, fracción II del RLCE⁷⁵². Los productores nacionales negaron la falta de formalidad del poder notarial y agregaron que, inclusive, cualquier deficiencia de esta naturaleza podría subsanarse en una etapa posterior del procedimiento. El panel observó que el tribunal mexicano que ordenó la reposición del procedimiento de investigación confirmó la personalidad del representante legal en una misma reclamación hecha por la NFE en el anterior procedimiento. Por haber sido analizada previamente, el Panel confirmó lo resuelto por la UPCI. Respecto a la personalidad, en muchos procesos se argumenta la falta de personalidad de los representantes de las empresas. Los poderes otorgados carecen, en general, de formatos preestablecidos, por ello pueden existir dudas sobre las facultades de los representantes con mucha frecuencia. Esta reclamación parecía innecesaria por haber sido resuelta en un procedimiento previo, aunque de haber trascendido hubiera echado abajo todo lo actuado con posterioridad. El Panel simplemente ratifica lo resuelto previamente por el tribunal mexicano.

18.2. Periodo de investigación utilizado por la UPCI

La UPCI utilizó varios períodos de investigación, que se mencionan a continuación: 1.- Resolución de inicio: aunque no lo decía de manera expresa, la UPCI confirmó que utilizó el período del 1 de enero al 30 de junio de 1996. 2.- Resolución preliminar: Se utilizó el período original, es decir, para dumping del 1 de enero al 30 de junio de 1996 y para daño, del 1 de enero de 1994 al 30 de junio

⁷⁵² El artículo 75, fracción II del Reglamento de la Ley de Comercio Exterior, se refiere a los documentos que deberán presentarse para solicitar el inicio de la investigación por prácticas desleales, que exige, entre otras: fracción II. Nombre o razón social y domicilio del promovente y, en su caso, de su representante, acompañado de los documentos que lo acrediten.

de 1996. Sin embargo, hizo una modificación en el párrafo 386 para quedar en dumping del 1 de enero de 2004 al 30 de junio de 2005, y para daño, del 1 de enero de 2002 al 30 de junio de 2005. Resolución final: La UPCI se basó en el período de enero a diciembre de 1996 y de enero de 2004 a junio de 2005 para dumping, daño y relación causal, de acuerdo con información proporcionada por los participantes⁷⁵³.

Los reclamantes argumentaron que los datos utilizados por la UPCI no eran contemporáneos ya que, en la mayoría de los casos, la información y datos tenían, por lo menos, 8 años de antigüedad. Por ello, fue fundamental para el Panel verificar la validez de la información. El Panel tomó en cuenta, como una directriz útil para este caso, un informe del Órgano de Apelación de la OMC (México – Medidas antidumping definitivas sobre la carne de bovino y el arroz, WT/DS295/AB/R, del 29 de noviembre de 2005), el cual estableció los siguientes criterios para utilizar un período de investigación: Que la antigüedad del período de investigación no es por sí misma una violación del artículo 3.1 del Acuerdo Antidumping. Para ello deben tomarse en cuenta otros elementos, como los siguientes: a) Si el período de investigación fue propuesto por el solicitante. b) Si se demostró o no que hubiera problemas prácticos que exigieran la utilización de este período concreto de investigación. c) Si se estableció que no fuera posible actualizar la información. d) Si se hizo o no algún intento por actualizar la información. e) Si se dio alguna razón por la que no se recabara información más reciente. f) No obstante todo lo anterior, un desfase de 15 meses puede suscitar serias dudas acerca de la existencia de un nexo suficientemente pertinente entre los datos relativos al período de investigación y el daño presente.

Este criterio utilizado por el Panel es una novedad en este mecanismo del TLCAN ya que como es sabido que para los paneles no hay obligación de tomar en cuenta precedentes de otros paneles del TLCAN, con mayor razón tampoco de

⁷⁵³ El artículo 76 del RLCE, establece que el periodo de investigación para la determinación de prácticas desleales deberá ser de por lo menos seis meses anterior al inicio de la investigación, en tanto que el artículo 77 del mismo ordenamiento, establece un periodo de investigación máximo de cinco años anteriores a la presentación de la solicitud, para la evaluación del daño o amenaza de daño.

los de la OMC. Sin embargo, el Panel en este caso no utiliza un criterio del Órgano de Apelación de la OMC para otorgarle fuerza obligatoria en el caso de manzanas, sino sólo como una referencia que fortalece su argumento, sin que por ello se vulnere el mandato conferido en el artículo 1904.3 o en el Anexo 1911 del TLCAN. Esta práctica de tomar en cuenta lo realizado por otro tribunal, aunque no se trate de cuestiones idénticas, contribuye a limitar el riesgo constante de enfrentar decisiones encontradas de diversos foros, lo único que deberá cuidarse en todo momento es la pertinencia del criterio que se utilice como precedente para el caso concreto al que ha de aplicarse.

El precedente en el TLCAN debe formar parte de un sistema fortalecido de solución de diferencias como lo sería con la implementación de un órgano de apelación permanente en el Tratado, ya que dichos precedentes tendrían suficiente validez, al derivarse de un tribunal permanente y fuertemente arraigado en la cultura del TLCAN.

La determinación del período de investigación tiene, entre otras, la finalidad de comprobar la existencia de daño a la rama de la producción nacional. Nada le impide a la UPCI allegarse de toda la información pertinente para determinar la existencia de daño, por el contrario, los artículos 41 fracción IV de la LCE y 64 fracción IV del RLCE la facultan para recabar la información que considere pertinente, con la única obligación de “identificar dichos factores y explicar la importancia de los mismos en la determinación respectiva”. El Panel no le confiere en su decisión, facultades adicionales a la UPCI sino que sólo ratifica lo que los ordenamientos jurídicos nacionales disponen⁷⁵⁴.

En cuanto al intento de la UPCI de actualizar la información, el Panel concluyó que la UPCI utilizó información no reciente porque carecía de datos

⁷⁵⁴ Artículo 41 fr. IV LCE.- La determinación de la existencia de daño material a la rama de producción nacional, la hará la Secretaría tomando en cuenta:...IV. Los demás elementos que considere conveniente la Secretaría, o en su caso proporcione la producción nacional. Artículo 64 RLCE fr. IV.- Para efectos del artículo 41 de la Ley, la Secretaría tomará en cuenta:...Otros elementos que considere convenientes, referidos a factores o índices económicos relevantes para la industria en cuestión no contemplados en los incisos anteriores. En este caso, la Secretaría deberá identificar dichos factores y explicar la importancia de los mismos en la determinación respectiva.

actuales que soportaran su resolución y llenó dicho vacío con información y datos obtenidos en la investigación original que tenían por lo menos 8 años de antigüedad. La UPCI no proporcionó razonamientos claros en su elección del período de investigación, por lo que el Panel no tuvo más remedio que, mediante la aplicación del criterio del Órgano de Apelación antes mencionado, reconocer que la UPCI se excedió por utilizar información inadecuada para su análisis. Este fue uno de los argumentos de mayor fuerza para que el Panel decidiera como lo hizo. El Panel concluyó que “un vacío de 8 años no puede constituir un nexo suficientemente pertinente”⁷⁵⁵ entre la información utilizada en el período de investigación y la determinación actualizada de dumping, daño y relación causal.

Por ello, el Panel no tiene elementos para evaluar la resolución final hasta que la información se actualice con la información del nuevo período de investigación contemplado en el párrafo 3868 de la Resolución Preliminar. Por todo lo anterior, el Panel decidió devolver la resolución a la UPCI sin entrar en el análisis de la misma hasta que se actualicen los datos.

La conclusión a la que llega el Panel se basó en la premisa de que no importaría que la UPCI hubiera tomado en cuenta un período largo de investigación si en el mismo hubiera un “nexo suficientemente pertinente”, tal y como lo expresa el criterio del Órgano de Apelación antes referido que vinculara los datos proporcionados, de manera que lo que no queda claro es el razonamiento de la autoridad investigadora para tomar en cuenta el período que utilizó, por ser excesivo e inadecuado para concluir la existencia de una práctica desleal. Por ello, el Panel no resuelve, sino devuelve para que la UPCI actualice la información conforme al nuevo período que es el que reflejaría una situación más real de daño a la rama de la producción nacional.

18.3. Plazo para publicar la resolución final

De acuerdo con la NFE, la UPCI se excedió en el plazo para publicar la resolución, que son 260 días conforme al artículo 59 de la LCE. La UPCI admitió

⁷⁵⁵ Decisión del Panel, párrafo 74.

la demora respecto de lo dispuesto en la Ley aunque la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (en adelante SCJN) determinó en 2007 que la Autoridad Investigadora puede excederse del período establecido por la Ley pero reconoció que el Acuerdo Antidumping les otorga un plazo de hasta 18 meses, además de que señaló que los reclamantes debían probar que dicha demora les afectó. El Panel consideró⁷⁵⁶ que el artículo 1904.2 del TLCAN remite a las normas internas de la Parte importadora, dentro de la que se encuentran las decisiones de la SCJN. Por ello, no avala la reclamación y confirma la Resolución de la UPCI, porque el plazo nunca excedió del otorgado por el Acuerdo Antidumping.

Es importante tener presente que el Panel debe acatar el mandato que se le confiere de manera puntual y en ocasiones el alcance de las disposiciones del TLCAN no siempre son claras; el Derecho interno mexicano será aplicable pero no todo el Derecho ni en todos los casos, sino como lo dispone el artículo 1904.2, es decir, "...si esa resolución estuvo de conformidad con las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias de la Parte importadora. Para este efecto, las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias consisten en leyes, antecedentes legislativos, reglamentos, práctica administrativa y precedentes judiciales pertinentes...". En este caso el Panel, tomando las decisiones de la Corte como referencia, reafirma la congruencia del Derecho mexicano con el Acuerdo Antidumping.

18.4. Cuestiones jurídicas que está por resolverse en asuntos futuros

Este caso en estudio da señales claras de lo difícil que puede volverse una investigación para determinar la existencia de prácticas desleales, así como los diferentes mecanismos actuales para resolver controversias, tanto en el nivel nacional como en una de las variantes internacionales como el TLCAN. Es de gran importancia señalar que la decisión en este caso tomó más de una década desde el inicio de la investigación. Ésta puede ser una de las razones por las cuales en los últimos años hayan disminuido los procedimientos de investigación en México,

⁷⁵⁶ Decisión del Panel, párrafo 74.

con la consecuente reducción de las solicitudes de establecimiento de paneles del Capítulo XIX del TLCAN.

La autoridad investigadora mexicana, la UPCI, obtuvo reveses claros por sus fallos en la determinación de prácticas desleales y la imposición de cuotas compensatorias a empresas exportadoras e importadoras de manzanas estadounidenses. En primer lugar por los tribunales mexicanos y en segundo, por el panel del Capítulo XIX, al devolver la decisión para su rectificación. Es de gran relevancia la existencia de diversas instancias por las que puede combatirse una resolución administrativa que determina la existencia de prácticas desleales e impone cuotas compensatorias, como actualmente se encuentra el procedimiento nacional así como el internacional y eventualmente la posible contradicción de criterios de ambos tribunales.

El procedimiento para la conformación del Panel Binacional sigue siendo un gran problema, ya que en este caso dicho Panel se conformó en julio de 2007 y comenzó sus actuaciones hasta agosto de 2008. Por lo que la falta de mecanismos ágiles para la designación de panelistas y de procedimientos rápidos para cumplir sus ausencias, sean éstas por la razón que sea, vuelve al mecanismo del Capítulo XIX excesivamente lento, gravoso y perjudicial para las empresas que buscan solucionar pronto sus conflictos. Por estas razones es que el Órgano de Apelación de la OMC le ha aventajado tanto en estos más de 15 años de su entrada en vigor.

El hecho de que el Panel haya citado precedentes del Órgano de Apelación de la OMC, además de novedoso, parece adecuado; sin embargo, en cuestiones eminentemente jurídicas, no queda clara su trascendencia ya que no sería muy común en la actualidad que la OMC, tanto los Grupos Especiales como el Órgano de Apelación, citen criterios de un Panel del TLCAN y que ello además sea aprobado por el OSD. Esto nos lleva a cuestionar ¿si con la cita de este Panel de precedentes de la OMC se creará la costumbre? o en su caso, ¿se debería crear la costumbre de que los tribunales derivados de Acuerdos Comerciales Regionales remitan a precedentes multilaterales de la OMC aunque sólo sirvan de guía? En este orden de ideas los diversos foros internacionales que tienen

facultad para resolver controversias comerciales, deben armonizar sus criterios para disminuir los riesgos que existen de posibles choques de jurisdicciones.

18.5. Lo más reciente

El 25 de febrero de 2010, la SE emitió la resolución por la que se da cumplimiento a la decisión final del Panel, la cual fue publicada en México en el Diario Oficial de la Federación el 2 de marzo de 2010. En esta Resolución, la UPCI resolvió lo siguiente⁷⁵⁷: “*se eliminan las cuotas compensatorias definitivas impuestas a las importaciones de manzanas de las variedades red delicious y sus mutaciones y golden delicious, originarias de los EE.UU.*”

El 3 de marzo de 2010, México eliminó las cuotas compensatorias a las importaciones de manzanas originarias de EE.UU. y se corroboró que el presente mecanismo es una de las fortalezas escondidas del TLCAN independientemente de las fallas que éste presenta. El Capítulo XIX del TLCAN ha sido la única vez en que EE.UU. ha pactado la posibilidad de ser sometido a un tribunal internacional para revisar sus cuotas antidumping, una ventaja que no ha vuelto a otorgar a ninguno de los demás países con los que ha firmado otros Tratados de libre comercio.

“*Es el secreto mejor guardado del TLCAN porque es un capítulo que se usa, funciona y no tiene tanta difusión*”⁷⁵⁸, afirmó Ricardo Ramírez, miembro mexicano del Órgano de Apelaciones de la OMC, ya que por medio del “Capítulo XIX”, un particular puede demandar las cuotas antidumping impuestas por EE.UU., México o Canadá y el caso puede llegar, como fue el de las manzanas, al establecimiento de un tribunal especial facultado para determinar si se justifican o no las medidas impuestas.

⁷⁵⁷ Párrafo 125 de la Resolución publicada en el DOF, el 2 de marzo de 2010.

⁷⁵⁸ <http://eleconomista.com.mx/industrias/2010/03/19/tlcan-fortaleza-dirimir-cuotas-antidumping>, consultada el 31 de agosto de 2010.

Para el caso de las manzanas, el panel resolvió que las cuotas antidumping fijadas por México contra las importaciones estadounidenses no eran compatibles con las normas de la OMC. A petición de la UNIFRUT, las cuotas se aplicaron por primera vez en 1996 y una década después se ubicaron en un rango de entre 6.4 y 47.05 por ciento. Fueron impugnadas por los NFE.

Desde la entrada en vigor del TLCAN, se han levantado 126 tribunales⁷⁵⁹ para resolver casos de dumping, de los cuales 116 han concluido y 9 están pendientes. De éstos, 85 son contra EE.UU., 18 contra México y 22 contra Canadá. Proporcionalmente, este mecanismo se ha usado más en el TLCAN que en la OMC, en la que participan 153 países y donde se han levantado unos 421 casos desde 1995⁷⁶⁰.

A diferencia de la OMC, el TLCAN ofrece otra ventaja: puede rembolsar a las empresas las cuotas antidumping cobradas por el gobierno en cuestión, si se gana el caso. Para fijar una cuota, los países tienen que medir el margen de dumping del país importador⁷⁶¹.

19. ¿Cómo ha funcionado el Capítulo XIX del TLCAN?

El Capítulo XIX ha tenido detractores, en EE.UU., particularmente, causó muchas polémicas en sus inicios y sigue considerándose que constituye un medio para vigilar la forma en que una nación administra sus propias leyes y, por tanto, una intromisión innecesaria en la soberanía nacional⁷⁶². Sin embargo, el mecanismo del Capítulo XIX ha sido, en general, bien recibido en EE.UU., aunque

⁷⁵⁹ Véase Anexo III "Estadísticas del TLCAN" de la presente tesis.

⁷⁶⁰ <http://eleconomista.com.mx/industrias/2010/03/19/tlcan-fortaleza-dirimir-cuotas-antidumping>, consultada el 31 de agosto de 2010. Véase Anexo III de la presente tesis.

⁷⁶¹ <http://eleconomista.com.mx/industrias/2010/03/19/tlcan-fortaleza-dirimir-cuotas-antidumping>, consultada el 31 de agosto de 2010.

⁷⁶² VEGA, G., *México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte...op. cit., p. 76*. Otro motivo, expresado también sobre todo en EE.UU., es la inquietud de que los paneles del capítulo 19 establezcan una jurisprudencia independiente sobre remedios comerciales, aplicable sólo a los miembros del TLCAN, lo que crearía inconsistencias con la aplicación de los estatutos y reglamentaciones en materia de cuotas antidumping y compensatorias.

como lo señalamos también ha sido objeto de las más severas críticas. En una encuesta entre abogados de la Barra de Abogados Comerciales en EE.UU., publicada en 1998, cerca del 75% de la muestra respondió que el mecanismo de resolución de controversias del TLCAN era sólido y nadie expresó lo contrario⁷⁶³.

Para medir que tan eficaz ha sido el mecanismo del Capítulo XIX es importante saber si las controversias se resuelven y si los gobiernos cumplen con los fallos de los órganos que las emiten. En una investigación de 1996, López comparó el mecanismo de resolución de controversias del Capítulo XIX con el Capítulo XX del TLCAN y encontró que el primero era más eficaz⁷⁶⁴. López señala que “de las 24 controversias sobre antidumping que se iniciaron según los términos del Capítulo XIX, a diciembre de 1996 se habían resuelto 22”. En comparación, de los 8 casos de resolución de controversias que se presentaron bajo el Capítulo XX por las mismas fechas sólo 3 se resolvieron. Davey en su libro de 1996, *Pine and Swine*, sugirió que un sistema para que sea eficaz, debe manejar las discordias entre las Partes con base en las reglas contenidas en el Acuerdo y debe también dirimir aquellas disputas que no puedan resolverse mediante la aplicación de esas reglas comunes⁷⁶⁵. En cuanto al primer criterio señala que los panelistas del Capítulo XIX son cuidadosamente instruidos sobre sus deberes por el TLCAN y otras leyes nacionales que competen a la revisión de la aplicación de cuotas antidumping y compensatorias y que dichos panelistas generalmente han seguido con éxito las instrucciones. Respecto al segundo criterio, ha habido disputas que no se han resuelto mediante el proceso de paneles, sino que se han llevado al ámbito político, como han sido el caso de: *carne de cerdo y madera de coníferas*, disputas llevadas entre Canadá y EE.UU. Debido a esto, Davey no da al Capítulo XIX una calificación plenamente positiva a su capacidad para resolver los conflictos comerciales.

⁷⁶³ Latin America Advisor, 1998, pp. 1 y 2.

⁷⁶⁴ LÓPEZ, D., *Dispute Resolution under NAFTA: Lessons from the Early Experience*, Texas International Law Journal, vol. 32, núm. 2, 1997, pp. 201 y 202.

⁷⁶⁵ DAVEY, W., *Pine and Swine, Canada-United States trade Dispute Settlement: The FTA Experience and NAFTA prospects*, Ottawa, Centre for Trade Policy and Law, 1996, pp. 7 y 8.

Otro punto de vista respecto a la evaluación de la eficacia del mecanismo en estudio es el que sugiere Pan, quien señala al respecto: “en términos generales, el Capítulo XIX ha sido un éxito”⁷⁶⁶. El criterio de Pan es, primero, que los paneles aplicaron correctamente las leyes de EE.UU., México y Canadá durante sus revisiones de las acciones de las diferentes autoridades administrativas, procediendo con base en el respeto del régimen legal en el que trabajan. En segundo lugar, Pan afirma que los paneles han emitido fallos adecuadamente razonados y a menudo voluminosos y bien documentados. Estos fallos se han sustentado correctamente en la legislación interna, lo cual es requerido por el TLCAN. También nos comenta que el hecho de que la mayoría de los fallos hayan sido unánimes muestra que los propios panelistas intentaron reconciliar sus diferencias con el fin de garantizar la aceptación general de las decisiones de los paneles del Capítulo XIX.

Por lo anteriormente analizado se ve que el Capítulo XIX está cumpliendo con los objetivos para los que se negoció. El examen del historial de los resultados de las disputas dentro de este mecanismo en los últimos 10 años demuestra un compromiso claro por parte de México, EE.UU. y Canadá a asegurar que sus autoridades administrativas se sujeten en forma estricta a las legislaciones de remedios comerciales en sus actuaciones y a cumplir los compromisos adquiridos en el Capítulo XIX del TLCAN.

Pese a todo lo positivo de este mecanismo, debemos reconocer que éste enfrenta el grave problema que tiene que ver con la dificultad que han mostrado México y EE.UU., de que los paneles se encuentran suspendidos o pendientes de constitución⁷⁶⁷.

De la misma manera el Capítulo XIX no resuelve las fricciones comerciales y la incertidumbre en los negocios que entrañan los procedimientos de prácticas

⁷⁶⁶ PAN, E., *Assessing the NAFTA Chapter 19 Binational panel System: An Experiment in International Adjudication...* op. cit. pp. 379 y 421.

⁷⁶⁷ VEGA, G., *México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte...* op. cit., p. 80.

desleales de comercio internacional, cualquiera que sea el foro, por lo que, a largo plazo, los tres gobiernos deberán vigilar este tema y continuar el esfuerzo que han realizado los grupos de trabajo del TLCAN, relativos al antidumping y cuotas compensatorias, para desarrollar un régimen como un Órgano de Apelación Permanente que enfrente al dumping y a las cuotas compensatorias, así como a sus remedios en forma más eficaz y menos contenciosa que el actual sistema⁷⁶⁸.

El sistema de paneles binacionales cumple los objetivos de un órgano formal de arbitraje al reemplazar a los tribunales nacionales, de la misma manera, de acuerdo a la experiencia del Capítulo XIX, el arbitraje por parte de un órgano internacional es más deseable que la adjudicación de un tribunal nacional⁷⁶⁹.

El sistema del Capítulo XIX trata de hacer más expedita la toma de decisiones, el proceso de revisión binacional parece que también ha otorgado a los exportadores de México, EE.UU. y Canadá mayor confianza en que las leyes antidumping y de cuotas compensatorias de cada una de las Partes serán aplicadas en forma justa⁷⁷⁰.

Las críticas son inevitables en cualquier sistema de controversias, pero desafortunadamente aquellos que buscan eliminar este sistema ignoran su éxito en general y el papel tan importante que juega en el TLCAN⁷⁷¹.

⁷⁶⁸ AGUILAR, G., *El Capítulo 19 del TLCAN: revisión de resoluciones en materia de cuotas antidumping y compensatorias por paneles binacionales* en LEYCEGUI, B., *Comercio a Golpes: Las prácticas desleales de Comercio Internacional bajo el TLCAN*, ITAM, México, 1997, p. 63.

⁷⁶⁹ Idem.

⁷⁷⁰ AGUILAR, G., *El Capítulo 19 del TLCAN: revisión de resoluciones en materia de cuotas antidumping y compensatorias por paneles binacionales* en LEYCEGUI, B., *Comercio a Golpes: Las prácticas desleales de Comercio Internacional bajo el TLCAN... op. cit.*, p. 41.

⁷⁷¹ Ibidem, p. 63.

20.- Plazos ideales para la revisión de un panel del capítulo 19 del TLCAN, conforme a las reglas de procedimiento⁷⁷²

Regla 34	Presentación de la solicitud de revisión ante panel arbitral	Día 0
Regla39	Presentación de reclamaciones	En 30 días a partir de la solicitud de revisión ante un panel
Regla 40	Presentación de avisos de comparecencia	Dentro de los 45 días siguientes a la solicitud de revisión ante un panel
Artículo 1901.2(3)	Selección de panelistas a cargo de las partes	Día 55
Regla 41	Presentación del fallo definitivo, razones, índice y expediente administrativo	Dentro de los 15 días siguientes a la presentación del aviso de comparecencia
Anexo 1901.2(3)	Partes seleccionan quinto panelista	Día 61
Regla 57/1)	Presentación de memoriales por parte de las partes demandantes	Dentro de los 60 días siguientes a la presentación del expediente administrativo
Regla 57(2)	Presentación de memoriales por parte de la autoridad investigadora o los participantes	Dentro de los 60 días siguientes a la presentación de los memoriales de las partes demandantes
Regla 57(3)	Presentación de réplicas a los memoriales	En los 15 días siguientes a la presentación de los memoriales de la autoridad
Regla 57(4)	Presentación de los anexos a los memoriales	Dentro de los 10 días siguientes a la presentación de las réplicas
Regla 67(1)	Inicio de las audiencias	Dentro de los 30 días siguientes a la presentación de las réplicas
Artículo 1904.14	DECISIÓN DEL PANEL	315 días después de presentada la solicitud de revisión a cargo de un panel

⁷⁷² Fuente: Secretariado del TLCAN.

(http://www.nafta-sec_alena.org/DefaultSite/index_s.aspx?DetailID=770), consultada el 27 de septiembre de 2010.

21. Evolución de las estadísticas del capítulo XIX del TLCAN⁷⁷³

Año	89	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	Total
Cap XIX						9	10	5	11	9	8	17	6	11	8	4	7	9	4	4	3	1	126

De los 125 casos, 116 han sido resueltos y quedan 9 pendientes. EE.UU. tiene 77 casos, de los cuales 41 son vs Canadá, 35 vs México y 1 caso de estadounidenses vs de EE.UU., dicha investigación en contra de productos mexicanos. Canadá tiene 22 casos, de los cuales 13 son vs EE.UU., 2 vs México y 7 casos de canadienses en contra de Canadá dichas investigaciones en contra de productos de EE.UU. y una investigación en contra de productos mexicanos. México tiene 17 casos, de los cuales 11 son vs EE.UU., 3 vs canadienses y 3 casos de mexicanos vs México, dichas investigaciones en contra de productos de EE.UU. De los 9 pendientes, 8 de éstos son de EE.UU., 6 vs mexicanos y 2 vs canadienses. El caso pendientes es de estadounidenses vs México.

En los casos de Impugnación Extraordinario, hay 3 casos concluidos: 2 casos de EE.UU. vs Canadá y 1 caso de EE.UU. vs México.

Las resoluciones de paneles de los casos vs México han sido las siguientes: confirmó en 2 ocasiones, confirmó en parte y devolvió en 4 ocasiones, devolvió en 3 ocasiones, se suspendió en 6 ocasiones, se declaró incompetente en 1 ocasión y se dio por terminada la revisión sin entrar al fondo del asunto en 1 ocasión.

⁷⁷³ <http://idatd.eclac.cl/controversias/tlcan.htm?perform=estadisticas&numero=4>, consultada el 25 de febrero de 2011. Estadísticas: Las decisiones e informes de los Paneles llevadas a cabo en el marco del TLCAN se encuentran disponibles en la página de internet del Secretariado del TLCAN: <http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx>, consultada el 25 de febrero de 2011.

Las resoluciones de paneles de los casos vs EE.UU. han sido las siguientes: confirmó en 5 ocasiones, confirmó en parte y devolvió en 12 ocasiones, devolvió en 12 ocasiones y se suspendió en 47 ocasiones y dio por terminada la revisión por haber quedado el asunto sin materia en 1 ocasión.

Las resoluciones de paneles de los casos vs Canadá ha sido las siguientes: confirmó en 9 ocasiones, confirmó en parte y devolvió en 3 ocasiones, devolvió en 2 ocasiones y se suspendió en 8 ocasiones.

Nunca ha prosperado una impugnación extraordinaria. En las impugnaciones extraordinarias en contra de las decisiones de los paneles en los casos de *cemento gray portland* y *clinker*, procedentes de México, *magnesio* de Canadá y ciertos productos de *madera suave* procedentes de Canadá, el Comité de Impugnación Extraordinaria ha confirmado la decisión del Panel⁷⁷⁴.

22. Comparación entre el Capítulo XIX del TLCAN y el ESD de la OMC

En el transcurso de la investigación, se ha visto que el Capítulo XIX del TLCAN ofrece un proceso de revisión efectivo y expedito, aunque se han registrado varias demoras en los últimos años debido a dificultades en la integración de paneles⁷⁷⁵. Pero una vez que se integra un panel, el proceso contemplado en el Capítulo XIX puede resultar más expedito que el proceso de la OMC. Sin embargo, en casos difíciles, puede haber una serie de devoluciones, de conformidad con lo dispuesto por el Capítulo XIX del TLCAN o, en la órbita de la OMC, varios casos según lo dispuesto por el artículo 21.5 del ESD. A pesar de que la revisión contemplada en el Capítulo XIX se limita a determinar si la resolución de un organismo se emitió de conformidad con la legislación interna de la Parte importadora, y el panel está limitado por los criterios de revisión aplicables

⁷⁷⁴ Las decisiones e informes de los Paneles llevadas a cabo en el marco del TLCAN se encuentran disponibles en la página de internet del Secretariado del TLCAN: <http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx>, consultada el 25 de febrero de 2011.

⁷⁷⁵ A diferencia del Capítulo XX, las Partes del TLCAN sí acordaron listas de panelistas para los casos iniciados según el Capítulo XIX. Sin embargo, se han registrado demoras, especialmente en los últimos años, en el proceso de selección de panelistas de listas previamente acordadas.

en esa Parte, los fallos del panel pueden dar como resultado la reducción de derechos antidumping o compensatorios y, en algunos casos, la revocación de las órdenes de la autoridad correspondiente y el reintegro de los derechos abonados.

Por el contrario, al entablar una reclamación ante la OMC, cualquiera de las Partes del TLCAN puede impugnar si una medida o investigación antidumping se ajusta a las obligaciones de la Parte importadora de conformidad con los Acuerdos de la OMC. Sin embargo, el proceso dura bastante tiempo más y, al finalizar, el Grupo Especial de la OMC puede sugerir, aunque no ordenar, la revocación de una orden nacional de imposición de derechos antidumping o compensatorios o el reintegro de los mismos si éstos hubieran sido abonados⁷⁷⁶.

El presentar una impugnación en un caso derivado de la imposición de medidas antidumping o compensatorias según lo dispuesto en el Capítulo XIX del TLCAN o bien de acuerdo con la OMC conlleva claras ventajas y desventajas. Una ventaja del sistema establecido en el Capítulo XIX es que las Partes privadas pueden solicitar que se integre un panel binacional a fin de realizar una revisión judicial de la medida, mientras que, si eligen el camino contemplado en la OMC, deberán hacer negociaciones políticas ante sus gobiernos para que éstos realicen la impugnación. Una de las ventajas que ofrece el sistema de la OMC es que puede impugnarse la resolución preliminar de una autoridad investigadora competente o una ley, reglamentación o práctica administrativa de cualquier Parte del TLCAN. Según el Capítulo XIX, sólo podrán solicitarse revisiones judiciales de las resoluciones definitivas de las autoridades investigadoras de que se trate.

En última instancia, un Grupo Especial el Órgano de Apelación de la OMC puede ordenar al Miembro afectado que ponga sus medidas o disposiciones jurídicas de conformidad con las obligaciones contraídas en los Acuerdos abarcados por la OMC. En cambio, un panel integrado según lo estipulado en el

⁷⁷⁶ Las facultades de los Grupos Especiales de la OMC están limitadas por el Artículo XIX del ESD. La mayoría de dichos Grupos Especiales se han mostrado reticentes incluso a “sugerir” la revocación de órdenes o el reintegro de los derechos abonados (ver el informe del Grupo Especial en el asunto *Canadá. Madera Blanda, Determinación de daños por la Comisión Internacional de Comercio de los EE.UU.*

Capítulo XIX sólo tiene la facultad de confirmar la resolución definitiva de una autoridad o devolverla a dicha autoridad para que la revea. Esto puede conducir a un ping-pong entre el panel del TLCAN y la autoridad investigadora de la Parte en cuestión.

Las Partes no se encuentran impedidas de recurrir tanto al Capítulo XIX del TLCAN como al sistema de solución de diferencias de la OMC a fin de impugnar las mismas resoluciones definitivas de las autoridades investigadoras de una Parte. De hecho, ésto ha ocurrido en los casos *México- Jarabe de maíz con alta concentración de fructuosa* y más recientemente, en el caso *EE.UU.- Madera blanda procedente del Canadá IV*⁷⁷⁷. Dadas las diferentes características de los dos sistemas, puede haber razones estratégicas para que los gobiernos presenten sus reclamaciones recurriendo a ambos mecanismos. El hecho de que, según lo dispuesto en el Capítulo XIX del TLCAN, las personas privadas están facultadas para iniciar un procedimiento de revisión por un panel binacional, puede también conducir a que se presenten impugnaciones relativas a las mismas investigaciones de medidas antidumping o compensatorias con apego tanto al TLCAN como a la OMC. Las Partes del TLCAN también pueden decidir recurrir tanto el Capítulo XIX del TLCAN como los procedimientos de solución de diferencias de la OMC, sobre todo en casos difíciles y contenciosos, como *Madera Blanda IV*, con el propósito de lograr una solución negociada de la controversia⁷⁷⁸.

Recurrir tanto al Capítulo XIX del TLCAN como al sistema de solución de diferencias de la OMC a fin de impugnar las mismas resoluciones definitivas de las

⁷⁷⁷ En el caso de EE.UU.-Madera blanda procedente del Canadá IV, respecto de medidas antidumping y compensatorias tomadas por los EE.UU., el gobierno de Canadá ha presentado seis reclamaciones ante la OMC que se relacionan directamente con las resoluciones de las autoridades investigadoras (y se han iniciado otros dos casos ante la OMC con el propósito de impugnar las disposiciones de la legislación de los EE.UU. que rigen la imposición de derechos antidumping y compensatorios) y ya ha habido tres casos presentados conforme al capítulo XIX del TLCAN, los cuales han conducido a dos conjuntos de devoluciones, nuevas resoluciones por parte de las autoridades investigadoras y revisiones de paneles binacionales de esas determinaciones.

⁷⁷⁸ STEGER, D., *La Solución de Controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte en* LACARTE, J. y GRANADOS, J., *Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales...op. cit.*, pp. 199 y 200.

autoridades investigadoras de una Parte, presenta un problema como resultado de la falta de coordinación entre ambos sistemas. Si bien existe coordinación entre el Capítulo XIX y los mecanismos judiciales nacionales, así como entre la OMC y los acuerdos, no existe coordinación entre la OMC y los sistemas judiciales nacionales⁷⁷⁹, ya que la OMC cuenta con un procedimiento administrativo que establece la LCE, por lo que no es necesario el agotamiento del procedimiento administrativo nacional para llevar a cabo el procedimiento de un Grupo Especial.

Por lo tanto, el derecho de la OMC, como el del TLCAN y las leyes nacionales coexisten y regulan las mismas situaciones pero en la práctica su jerarquía depende del foro. Dependiendo del país, las cortes nacionales pueden decidir si le dan o no a las normas y precedentes locales una jerarquía mayor o menor que al derecho de la OMC o del TLCAN⁷⁸⁰.

23. Virtudes y debilidades del Sistema de Solución de Controversias del TLCAN⁷⁸¹

Weekes, observa que es muy importante la cuestión acerca de si una controversia debería presentarse conforme al mecanismo de solución de controversias del TLCAN o de la OMC. De acuerdo con él, existen dos consideraciones principales que informan las decisiones de los gobiernos a este respecto. En primer lugar, hay mayor incertidumbre procesal en cuanto al funcionamiento de un panel del TLCAN, en comparación con un panel en la OMC, incluida la falta de garantías sobre la conformación de un panel, y el hecho de que en el marco del TLCAN no se cuenta con el apoyo de una Secretaría. En segundo

⁷⁷⁹ GARCIA, V., *El Capítulo XIX del TLCAN*, Revista Alegatos, No. 32, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1996, p. 47.

⁷⁸⁰ AGUILAR, G., *El Capítulo 19 del TLCAN: revisión de resoluciones en materia de cuotas antidumping y compensatorias por paneles binacionales* en LEYCEGUI, B. *Comercio a Golpes: Las prácticas desleales de Comercio Internacional bajo el TLCAN... op. cit.*, p. 62.

⁷⁸¹ Mesa Redonda: virtudes y debilidades del Sistema de Solución de Controversias del TLCAN. Participantes: John Weekes, Ricardo Ramírez y Debra Steger. Modrador: Jaime Granados. Relatora: Valerie Hughes. Disponible en LACARTE, J. y GRANADOS, J., *Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales... op. cit.*, pp. 203- 204.

lugar, cuando se pretende la solución de una diferencia conforme a la OMC, es posible obtener apoyo de otros países como terceras partes o sumarse a otros como codemandantes en sus causas contra un Miembro en particular. Para ilustrar este punto Weekes planteó la siguiente hipótesis: supongamos que Canadá invocará el TLCAN para plantear un procedimiento contra los EE.UU., mientras que Japón y la Unión Europea presentaran un caso similar en el marco de la OMC. Si Canadá perdiera en el procedimiento iniciado conforme al TLCAN, mientras que se hiciera la reclamación de las otras partes conforme a la OMC, Canadá quedaría sin otro recurso. Por lo tanto, en opinión de Weekes, solamente si las cláusulas sustantivas del TLCAN respaldan mejor una posición que las disposiciones establecidas en el marco de la OMC, conviene recurrir al mecanismo de solución de controversias del TLCAN.

Weekes explica que, durante décadas, Canadá considera que la búsqueda de un sistema apropiado de solución de controversias es como buscar un *Santo Grial*: si Canadá lo encuentra, no habrá problemas con los EE.UU. Es frecuente olvidar que un buen mecanismo de solución de controversias no constituye la mejor manera de evitar las controversias, ya que las controversias se evitan mediante cláusulas bien redactadas en los Acuerdos de fondo. Las diferencias entre Canadá y los EE.UU. que aún no se han resuelto se relacionan con temas sobre los cuales la agenda del TLCAN permanece inconclusa, tales como el sector agropecuuario, las industrias culturales, los subsidios y los mecanismos de defensa comercial.

Weekes se refirió a los mecanismos de solución de controversias incluidos los Acuerdos paralelos al TLCAN sobre cuestiones laborales y medio ambiente, que buscan que las partes del TLCAN cumplan con sus propias leyes en materia laboral y ambiental. Weekes mencionó que a Canadá no le agradaba la idea de que pudiera producirse una retorsión comercial en caso de incumplimiento de las leyes ambientales y laborales internas de Canadá. El resultado final para Canadá fue permitir que la decisión de un panel internacional en materia de cumplimiento fuera directamente obligatoria en Canadá. Weekes sostiene que el sistema es

bueno en tanto evita “acciones de retorsión indiscriminadas” que puedan afectar a terceros inocentes.

Ramírez afirmó que, en el caso de México, las controversias conforme al TLCAN podían dividirse en dos grupos: 1) azúcar y cemento, y 2) el resto. Según Ramírez, siempre habrá controversias entre México y EE.UU., sobre azúcar y cemento⁷⁸². De la misma manera describió al Capítulo XIX del TLCAN como la joya de la corona del TLCAN. No obstante, señaló una debilidad significativa del sistema: la selección de los integrantes del panel. El señor Ramírez expresó que hay cinco miembros en lugar de tres; por consiguiente, la selección de los integrantes del panel se torna mucho más difícil. De la misma manera comentó que es más difícil seleccionar panelistas de dos países (México y los EE.UU.) que de los 153 Miembros de la OMC. En cuanto al Capítulo XX del TLCAN, el señor Ramírez expuso su idea de que era una señal positiva que tantos países de América Latina lo hubieran replicado en sus Acuerdos Regionales.

Ramírez dijo que la “mejor virtud” del TLCAN es el mecanismo de cumplimiento. No hay una exigencia de presentar el caso ante un panel de cumplimiento, como sucede con el Grupo Especial de cumplimiento en el marco de la OMC,⁷⁸³ como tampoco hay necesidad de un arbitraje para determinar el plazo prudencial para el cumplimiento, como si existe en la OMC⁷⁸⁴. Punto de vista en el que no estoy de acuerdo debido a que no se ha solucionado la controversia de “Servicios transfronterizos de autotransporte” analizada anteriormente. El TLCAN exige que la Parte que ha de cumplir debe demostrar que lo ha hecho en un plazo de 30 días. Si no lo hace, se procede al arbitraje y se habilita el derecho a exigir una retorsión.

Steger observó que los clientes del sector privado a menudo tienen objetivos diferentes que el de aclarar el Derecho. El objetivo cuando se actúa para un importador, por ejemplo, es obtener la devolución de los derechos y la

⁷⁸² Véase el Anexo III de la presente tesis.

⁷⁸³ Véase el Artículo 21.5 del ESD.

⁷⁸⁴ Véase el Artículo 21.3 (c) del ESD.

revocación de la orden que impone derechos antidumping. Por lo tanto, la cuestión en términos de elección de un foro está determinada por el recurso disponible al final del proceso. El sistema de la OMC implica un proceso de tres años o más y, mientras tanto, se deben pagar los derechos. Conforme al Capítulo XIX del TLCAN, en cambio, existe la posibilidad de devolver las actuaciones a un tribunal inferior para que adecúe la sentencia y hasta de revocar la orden y devolver los derechos, si el demandante tiene éxito. Los organismos a menudo han reducido el monto de los derechos y, en algunos casos, incluso los eliminaron por completo a pedido de un tribunal. Así, para las Partes privadas, el TLCAN es el foro al que prefieren recurrir. Podría ser útil considerar ésto en el contexto de las conversaciones permanentes sobre la posible reforma de los sistemas de solución de controversias del TLCAN y de la OMC.

Hughes mencionó muy acertadamente que, al considerar en qué foro sustanciar una diferencia, no se debería olvidar el hecho de que la OMC tiene un procedimiento de apelación y no existe tal posibilidad de apelación en los mecanismos previstos en el TLCAN. De la misma manera nos comenta que un Órgano de Apelación con un grupo permanente de expertos es dado a decidir el caso con miras a lograr coherencia y sistematización en la aplicación del derecho⁷⁸⁵.

24. Resultados

Por lo anteriormente expuesto, el mecanismo para la solución de controversias que prevé el Capítulo XIX del TLCAN ha tenido resultados positivos. De la misma manera los paneles se han constituido como un medio de defensa alternativo imparcial y efectivo, por lo que dichos paneles en parte han contribuido a disciplinar el uso de las medidas antidumping y compensatorias.

Las autoridades administrativas de los tres países han actuado con mayor cuidado y se han preocupado por fundamentar y razonar de mejor manera sus

⁷⁸⁵ En el capítulo cuarto veremos la necesidad de crear un órgano de apelación en el TLCAN similar al de la OMC.

resoluciones definitivas emitidas en investigaciones de dumping o de subvenciones. Esto cobra mayor importancia ante la intransigencia de EE.UU. en cuanto a avanzar en la negociación de reglas de cuotas antidumping o compensatorias menos restrictivas, aplicables al comercio de bienes que ocurren entre ellas⁷⁸⁶.

En la medida en que ocurra una especialización mayor en los procesos de producción dentro de la región, se verán disminuidas las investigaciones en materia de dumping y de subvenciones y por lo tanto los casos presentados conforme al Capítulo XIX del TLCAN⁷⁸⁷.

Otros factores contribuirán también a que en un futuro exista menor presión para seguir sosteniendo la aplicación de las leyes de prácticas desleales entre los socios comerciales. Por un lado, será cuando se haya efectuado la total liberación del mercado de América del Norte y por lo tanto puedan fluir las mercancías dentro de la región sin ninguna restricción o costo adicional de ningún tipo. Esto, debido a que bajo este contexto no existirá ningún incentivo para que las empresas exporten recurriendo a una práctica desleal.

Ha quedado demostrado a lo largo del presente capítulo, la falta de mecanismos suficientes para garantizar en el TLCAN una labor mucho más profesional de los panelistas en el desempeño de su trabajo, porque las reglas de procedimiento del artículo 1904, el Código de Conducta para Árbitros y los

⁷⁸⁶ Véase HORLICK y SHEA, *Alternativas a las leyes nacionales de antidumping y de cuotas compensatorias: su viabilidad o conveniencia en el contexto del TLCAN*, en LEYCEGUI, B., *Comercio a golpes. Las prácticas desleales de comercio internacional bajo el TLCAN...op cit.*, pp. 263-290 y HART, M. (coord.), *Finding Middle Ground-Reforming the Antidumping Laws in North America*, Centre for Trade Policy and Law, Ottawa, 1997.

⁷⁸⁷ No es tan difícil pensar que esto ocurra si se toma en cuenta que son los bienes intermedios los que se han visto más afectados por estas investigaciones. Probablemente ello dará lugar a una flexibilización en la posición de EE.UU. respecto a la eventual no aplicación de las leyes de prácticas desleales entre los socios comerciales del Tratado; más aún si se incrementan y organizan los productores que incorporan insumos de la región y que se ven por lo tanto beneficiados si éstos ingresan a precios más baratos. De hecho, ya hoy se están empezando a unir e incluso han sugerido que se elabore una lista de productos no sujetos a investigaciones dumping o de subvenciones por no existir suficiente oferta nacional. Comunicación personal con Julis Katz (negociador en jefe de EE.UU. del TLCAN) en la Oficina de Representación de Comercio de EE.UU., Washington, marzo de 1998.

Comités de Impugnación Extraordinaria no han logrado consolidar plenamente la labor adecuada de los panelistas⁷⁸⁸.

Para finalizar el estudio de este capítulo sería ideal que se llegue a un estado de desarrollo a nivel TLCAN en el cual todas las controversias que surjan entre los países Miembros puedan ser solucionadas por la vía pacífica y que en este proceso sean utilizadas instancias como un Órgano de Apelación Permanente para que con el más estricto apego a Derecho sean dirimidos los conflictos y posteriormente acatadas las resoluciones por las Partes litigantes, dejando a un lado esquemas donde predominen el poder y la fuerza.

A sabiendas de las diferentes circunstancias que se deben cumplir para que sea factible la solución de las controversias, el mejor régimen será el que más favorablemente cumpla los objetivos y el nivel de compromiso que las partes han depositado en el TLCAN⁷⁸⁹.

⁷⁸⁸ REYES, C., *Comercio Internacional, jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales...op. cit.* p. 143.

⁷⁸⁹ LEYCEGUI, B., FERNANDEZ de Castro, R., *TLCAN ¿Socios Naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte...op. cit.*, pp. 601-603.

Capítulo 4

La necesidad de crear un Órgano de Apelación en el TLCAN similar al de la OMC

1.- Antecedentes

En la OMC, a diferencia de los Grupos Especiales, el Órgano de Apelación es un organismo permanente compuesto de siete miembros⁷⁹⁰, que se ocupa de examinar los aspectos jurídicos de los informes emitidos por los Grupos Especiales. Así pues, el Órgano de Apelación es la segunda y última instancia de la etapa jurisdiccional. Como este órgano no existía en el antiguo sistema de solución de diferencias del GATT de 1947, el adoptar esta segunda etapa jurisdiccional fue una de las principales novedades de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales.

Una importante razón de que se haya constituido el Órgano de Apelación es que, desde que se redactó el ESD, los informes de los Grupos Especiales han tratado de mejorar su técnica jurídica, por lo cual en el actual sistema de solución de diferencias, los Miembros de la OMC ya no pueden impedir por sí solos la adopción de los informes de los Grupos Especiales⁷⁹¹, salvo que dispongan por lo menos de la aprobación tácita de todos los demás Miembros presentes en el OSD.

⁷⁹⁰ El Órgano de Apelación de la OMC al 29 de noviembre de 2011 está compuesto por: Jennifer Hillman (EE.UU.) siendo ésta la presidenta, Lilia R. Bautista (Filipinas), Peter Van den Bossche (Bélgica), Ricardo Ramírez Hernández (México), Shotaro Oshima (Japón), David Unterhalter (Sudáfrica), y Yuejiao Zhang (China). El 18 de noviembre de 2011, el OSD nombró para formar parte del Órgano de Apelación, a las dos personas siguientes: Ujal Singh Bhatia, de la India, y Thomas R. Graham, de los EE.UU., por un período de cuatro años a contar desde el 11 de diciembre de 2011. Bhatia y Graham reemplazarán a Bautista y a Hillman a partir del 11 de diciembre de 2011.

⁷⁹¹ La regla del consenso negativo (o en contrario) significa que en último término el reclamante tiene la garantía de que el Grupo Especial se establecerá si lo desea. La única posibilidad de impedir el establecimiento es que el OSD llegue a un consenso en contra, pero esto no ocurrirá si el reclamante no está dispuesto a sumarse a dicho consenso. En otras palabras, siempre que el reclamante, aunque esté solo y haga frente a la oposición de todos los demás Miembros de la

En este orden de ideas con la constitución del Órgano de Apelación se dio en la OMC la automaticidad de la adopción de los informes del Grupo Especial y no sólo acabó con la posibilidad de que la Parte vencida pudiera bloquear la adopción del informe, sino que hizo imposible que las Partes u otros Miembros rechacen los informes de los Grupos Especiales por estar en desacuerdo con sus análisis jurídicos. Cuando la Parte vencedora en la diferencia, tiene como móvil principal su voluntad de ganar el litigio, este rechazo es imposible aunque el informe del Grupo Especial contenga errores jurídicos. En cambio, con el sistema de solución de diferencias del GATT de 1947 algunos informes de Grupos Especiales no fueron adoptados porque la interpretación jurídica de una determinada disposición del GATT era inaceptable para las Partes Contratantes, desde una perspectiva esencialmente jurídica. Aunque esto ya no es posible, el examen en apelación que ahora realiza el Órgano de Apelación permite corregir los posibles errores jurídicos de los Grupos Especiales. Con ello, el Órgano de Apelación hace más coherentes las decisiones, lo que es conforme con el objetivo básico del sistema de solución de diferencias de aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio⁷⁹², ya que cuando una parte interpone una apelación contra un informe de un Grupo Especial, el Órgano de Apelación examina los aspectos jurídicos de la impugnación y puede confirmar, modificar o revocar las constataciones del Grupo Especial⁷⁹³.

2.- Marco jurídico general y solución de controversias

Considerando que una de las metas fundamentales que pretende alcanzar México en el TLCAN, es tener un acceso estable y a largo plazo al mercado norteamericano y canadiense, México lo logrará si conjuga varios objetivos que funcionen como canales de conducción hacia dicho propósito; estos objetivos son:

- a) La eliminación gradual de aranceles.

OMC, insista en que se establezca el Grupo Especial, el OSD no puede llegar a un consenso contra dicho establecimiento. Se puede decir que la decisión del OSD de establecer un Grupo Especial es prácticamente automática.

⁷⁹² Párrafo 2 del artículo 3 del ESD.

⁷⁹³ Párrafo 13 del artículo 17 del ESD.

- b) La disminución máxima posible de barreras no arancelarias⁷⁹⁴ y la sujeción de las subsistentes a normas jurídicas claras y objetivas.
- c) La disminución de la discrecionalidad de las autoridades que tienen la facultad legal de imponer medidas contra el tráfico comercial y la sujeción también a normas claras, jurídicas, objetivas y justas de los procedimientos contra las llamadas prácticas desleales de comercio.
- d) El establecimiento de un mecanismo justo de solución de controversias⁷⁹⁵.

Todo acuerdo, es y será siempre fuente de controversias tanto en su interpretación como en su aplicación, máxime cuando se pretende regular al comercio internacional. Por lo tanto en el TLCAN es crucial el establecimiento de un mecanismo idóneo y ágil que dé resolución a los problemas que surjan, que sea justo y por ende brinde seguridad, certeza y confianza a las Partes. Asimismo al tener un buen instrumento de estas características dependerá que el TLCAN se vaya perfeccionando a través de las revisiones periódicas, pues se tendrán las medidas a tomar, o al menos, se marcarán o indicarán sus soluciones.

En el transcurso de la presente tesis se han visto las diferencias de sistemas jurídicos entre los diferentes socios del TLCAN, lo cual no significa que no se den las mismas instituciones y principios, sólo que la forma de aplicarlas es distinta. Esto nos lleva a que dichos sistemas se deben de respetar y no pretender uniformarlos, porque la falta de conocimiento y desinformación conduce a juicios

⁷⁹⁴ Las barreras no arancelarias se definen como las “*leyes, regulaciones, políticas o prácticas de un país que restringen el acceso de productos importados a su mercado*”. Por ende, incluyen tanto normas legales como procedimientos administrativos no basados en medidas explícitas, sino en directivas informales de instituciones y gobiernos.

<http://www.mitecnologico.com/Main/BarrerasNoArancelarias>, consultada el 13 de diciembre de 2010.

⁷⁹⁵ Posición del sector privado mexicano ante el TLCAN: Elementos fundamentales, 25 de febrero de 1992. El documento contiene las posiciones de la industria mexicana en las diferentes mesas que integraron la negociación y consideraciones del sector empresarial, sobre los puntos más críticos a considerarse en el texto final del TLCAN. CRUZ, M., *EL TLCAN: Controversias, soluciones y otros temas conexos... op. cit.*, pp. 87-90.

falsos, de ahí la necesidad de proporcionar y asimilar toda la información necesaria.

3.- Medios alternativos de solución de conflictos

El ESD⁷⁹⁶ de la OMC dispone que las Partes deberán acudir al mecanismo de consultas, previo a la solicitud de instalación de un Grupo Especial que resuelva la diferencia. De la misma manera, si las Partes así lo deciden, puede iniciarse un mecanismo de buenos oficios, conciliación o mediación, que les lleve a concluir la diferencia⁷⁹⁷.

Mientras que en el TLCAN no se establece la obligación de iniciar ningún mecanismo alternativo de solución de controversias que no sea el que realiza el propio panel en cada caso concreto, aunque no existe ningún inconveniente para que las Partes, en cualquier etapa del procedimiento y antes de de que el panel dicte su resolución, lleguen a un acuerdo que concluya con la controversia, aun y cuando no se tenga previsto de manera expresa⁷⁹⁸.

Existen diversas formas de medios alternativos de solución de controversias. Las dos más comúnmente utilizadas son la mediación y el arbitraje⁷⁹⁹.

⁷⁹⁶ Artículo 4° (2) del ESD..

⁷⁹⁷ Artículo 5° del ESD.

⁷⁹⁸ REYES, C., *Comercio Internacional, jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales...op. cit.* p. 186.

⁷⁹⁹ Principales instituciones de arbitraje de los miembros del TLCAN: A. Canadá. 1.- British Columbia International Commercial Arbitration Centre 104 – 1260 Hornby Street Vancouver, British Columbia Canadá V6Z 1W2 Tel.: (604) 684-2821 Resto de Canadá: 1-877-684-2821 Fax: (604) 736-9233 E-mail: options@bcicac.com Website: <http://www.bcicac.com/>. 2.- Centro Canadiense de Arbitraje Comercial (anteriormente el Centro de Arbitraje Comercial Nacional e Internacional de Quebec) 295, Boulevard Charest Est Bureau 900 Quebec, Quebec Canada, G1K 3G8 Tel.: (418)649-1374 Fax: (418) 649-0845 E-mail: ccac@ccac-adr.org, Website: <http://www.cacniq.org/>. 3.- The ADR Institute of Canada, Inc. Suite 500, 234 Eglinton Avenue East Toronto, Ontario Canada, M4P 1K5 Tel.: 1-877-475-4353 Tel.: 1-416-487-4733 Fax: 1-416-487-4429 E-mail: admin@adrcanada.ca Website: <http://www.adrcanada.ca>. B. México. 1.- Cámara de Comercio de la Ciudad de México (CANACO) Paseo de la Reforma 42 Col. Centro Delegación Cuauhtémoc 06048 México, D.F. Tel.: 011 52 55 5592 2665, Tel.: 011 52 55 5592 2677, Fax: 011 52 55 5703 2862, E-mail: arbitrajecanaco@ccmexico.com.mx

3.1.- Mediación

La mediación dispone de un foro privado y confidencial en el cual, una persona imparcial “el mediador” facilita la comunicación entre las Partes con la intención de lograr la solución de una controversia. El mediador actúa como un intermediario con el objetivo de que cada Parte se sienta cómoda para discutir su punto de vista sobre la controversia. El mediador pretenderá centrar a las Partes en los temas cruciales de la controversia y en los intereses de cada Parte para lograr una solución. El mediador puede proponer opciones de solución a consideración de las Partes, pero las propuestas del mediador no son vinculantes para ellas. El mediador puede o no ser un abogado. Es recomendable que él o ella sea alguien en quien ambas Partes confíen. La mediación es a menudo conducida sin la participación de abogados que representen a las Partes⁸⁰⁰.

3.2.- Arbitraje

Mientras que la mediación está diseñada para alentar a las Partes a encontrar una solución mutuamente aceptable, el arbitraje es un proceso contencioso que resulta en un laudo vinculante para las Partes. Dependiendo del

Website: <http://www.arbitrajecanaco.com.mx>. 2.- Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio (CAMECIC) Edificio World Trade Center Oficina No. 20 Piso 14, Avenida de las Naciones No. 1 Colonia Nápoles , 03810 México, D.F. Tel.: 52 55 5488 2678/ 2679/ 2681 Fax: 52 55 5488 2680, E-mail: camecic@iccmex.org.mx, Website: <http://www.iccmex.org.mx>. 3.- Centro de Arbitraje de México (CAM) World Trade Center, Ciudad de México, Montecito 38, piso 14, ofna. 38, Col. Nápoles México, D.F. C.P. 03810, Tel.: 52 55 5488 0436, Fax: 52 55 5488 0437, E-mail: camex@camex.com.mx, Website: <http://www.camex.com.mx>. C. Estados Unidos 1.- American Arbitration Association 335 Madison Ave 10th Floor, New York, NY 10017, Tel.: (212) 716-5800, Fax: (212) 246-7274, Website: <http://www.adr.org>, 2.- CPR Institute for Dispute Resolution 366 Madison Avenue 14th Floor New York, NY 10017-3122 Tel.: (212) 949-6490, Fax: (212) 949-8859 E-mail: info@cpradr.org. Website: <http://www.cpradr.org/>

⁸⁰⁰ <http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx?x=316>, consultada el 1 de noviembre de 2011.

acuerdo de las Partes en la cláusula arbitral, la decisión puede ser emitida por uno o por tres árbitros⁸⁰¹.

Las Partes generalmente presentan argumentos, testigos y evidencia documental a los árbitros. Las reglas judiciales de procedimiento y evidencia no son aplicables. Las reglas que se siguen en el arbitraje son generalmente muy flexibles. Frecuentemente los abogados están involucrados en la representación de las Partes, pero no siempre es necesario contratar a un abogado. Los árbitros son generalmente abogados, pero también suelen ser personas de negocios u otro tipo de profesionales con conocimientos o aptitudes que pudiesen resultar relevantes para la controversia⁸⁰².

La mayoría de los laudos arbitrales son cumplidos voluntariamente por la Parte perdedora. Sin embargo, si la Parte perdedora no cumple voluntariamente con el laudo emitido por los árbitros, éste puede ser ejecutado por los tribunales locales con jurisdicción sobre la Parte perdedora. Canadá, México y los EE.UU. son Partes de varios tratados internacionales que requieren que sus tribunales ejecuten los laudos arbitrales, salvo en ocasiones excepcionales (tales como en casos de fraude y corrupción). Por consiguiente, a diferencia de una decisión judicial, existen muy pocos supuestos para apelar un laudo arbitral adverso⁸⁰³.

Una de las fallas en general de los medios alternativos, así como de las decisiones del OSD y de los paneles del TLCAN, es la falta de coercibilidad de las decisiones, ya que cuando un país tiene los medios económicos para asumir una represalia comercial, al tiempo que puede ser un gran intimidador para evitar retorsiones comerciales, un país en vías de desarrollo se encuentra en una gran

⁸⁰¹ <http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx?x=316>, consultada el 1 de noviembre de 2011.

⁸⁰² Idem.

⁸⁰³ Para una discusión acerca de la ejecución de los laudos arbitrales en la región del TLCAN ver “*Enforcing Agreements to Arbitrate and Arbitral Awards in the NAFTA countries*”.

dificultad para competir con un desarrollado ante el incumplimiento de la resolución⁸⁰⁴.

4.- Marco institucional del TLCAN

De acuerdo con el TLCAN operan 26 instituciones diferentes, entre el órgano máximo, la CLC⁸⁰⁵, el Secretariado⁸⁰⁶ y los diversos comités, grupos de trabajo, subcomités y subgrupos de trabajo⁸⁰⁷.

A pesar de que las funciones de los diversos grupos de trabajo y comités con sus respectivos subgrupos y subcomités no son idénticas y que además éstos suelen contar con un poder de decisión limitado, les ha correspondido realizar tres⁸⁰⁸ actividades que de alguna manera han sido importante pero no suficientes para la prevención, administración y solución de controversias:

- a) Servir como foro para el intercambio de información y de consulta para atender a nivel técnico los problemas o diferencias que surjan entre las Partes respecto a la interpretación o aplicación del TLCAN. Con lo cual se buscó crear los canales de comunicación adecuados para poder detectar,

⁸⁰⁴ REYES, C., *Comercio Internacional, jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales...op. cit.* p. 121.

⁸⁰⁵ Como lo vimos en el capítulo 3 de la presente tesis, la CLC está integrada por los Ministros o Secretarios de Estado de las tres Partes o, en su defecto, por las personas que éstos designen. Dentro de sus actividades más importantes se encuentran: a) supervisar la instrumentación y ulterior desarrollo del TLCAN; b) resolver las controversias que puedan surgir respecto de su interpretación o aplicación y c) supervisar el trabajo de todos los diversos órganos que operan bajo el TLCAN.

⁸⁰⁶ El Secretariado está integrado por secciones nacionales. Le corresponde proporcionar apoyo administrativo a la CLC y a las demás instituciones que operan en el TLCAN, así como a los paneles y órganos arbitrales previstos en sus capítulos XIX y XX.

⁸⁰⁷ Véanse los artículos 2001 (CLC), 2002 (El Secretariado) y el Anexo 2001.2, que enumera todos los comités, subcomités, grupos de trabajo y subgrupos de trabajo que crea el TLCAN e indica los artículos donde se encuentran previstos. Se han establecido otras instituciones con posterioridad a la firma del TLCAN (Anexo 2001.2, inciso C). Estas son: Grupo de Trabajo sobre Normas Técnicas y Comercialización Agropecuarias (el cual sustituyó a los grupos bilaterales México. EE.UU. y México Canadá de los anexos 703.2 (A) (25) y 703.2 (B) (13), Grupo de Trabajo de Compras del Sector Público, Grupo de Trabajo de Inversión y Servicios, Grupo de Trabajo Antidumping e Impuestos Compensatorios, Grupo de Trabajo sobre Medidas de Emergencia y Grupo de Trabajo de Administración de Cupos. Los Acuerdos Paralelos en materia laboral y ambiental también cuentan cada uno con su propio marco institucional.

⁸⁰⁸ LEYCEGUI, B., FERNANDEZ de Castro, R., *TLCAN ¿Socios Naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte... op. cit.*, pp. 541-543.

administrar o resolver en una temprana etapa los referidos conflictos, evitando tener que acudir a instancias más contenciosas.

- b) Ser la instancia donde se negocian las diversas materias contempladas en el TLCAN, ya sea para mejorar o bien para continuar desarrollando las reglas existentes. Ya que al continuar pactando mayor liberalización y mejores términos de acceso, se contribuye a la eliminación o reducción de los temas de tensión comercial.
- c) Respecto a algunos temas, dar seguimiento a la negociación relativa a la armonización de los marcos legales y prácticas administrativas de los tres países. Con ello se pretende eliminar las barreras comerciales y facilitar que se cumpla la liberalización comercial pactada en el TLCAN, reduciendo con ellos el número de conflictos posibles.

En la actualidad el marco institucional del TLCAN resulta insuficiente y limitado para regular los nuevos problemas a los cuales se enfrentan los tres países en su proceso de integración. Por lo que es necesario, que dichos gobiernos lleguen a un nuevo arreglo institucional y a una extensión del TLCAN hacia problemas relevantes como el mecanismo de solución de controversias⁸⁰⁹.

5.- La creciente importancia de las instituciones jurídicas

Una de las connotaciones más importantes de la historia de la OMC hasta el momento ha sido la creciente importancia de su sistema de solución de diferencias, considerado por muchos la “joya de la corona”⁸¹⁰ de la OMC. Como lo hemos visto en el desarrollo de la presente tesis, el TLCAN introdujo un sistema de solución de diferencias de múltiples vías que se asemeja en muchos aspectos

⁸⁰⁹ CALDERON, C., *Apertura económica, salarios y migración internacional*, Núm. 46, vol. XXI, México, 2006.

⁸¹⁰ “Para muchos, el sistema de solución de diferencias es la joya de la corona de la OMC”, dijo el Director General, Sr. Lamy. Noticias: Comunicados de prensa 2009, Press, Solución de Diferencias, *Se llega al hito de 400 diferencias en la OMC*, /578, 6 de noviembre de 2009, en http://www.wto.org/spanish/news_s/pres09_s/pr578_s.htm, consultada el 13 de diciembre de 2010.

al de la OMC⁸¹¹. Por lo tanto es necesario que en el sistema de solución de *diferencias* del TLCAN se introduzca otra de las extraordinarias y únicas características del proceso de solución de diferencias de la OMC: el procedimiento de apelación.

6.- El TLCAN no es el marco más conveniente para resolver controversias comerciales

Hasta el día de hoy⁸¹² el TLCAN no es el marco más conveniente para resolver las disputas comerciales entre México y EE.UU. coincidieron analistas⁸¹³.

⁸¹¹ En lo que concierne a este trabajo tesis, nuestro interés se centra en los mecanismos de los capítulos XIX y XX por tratarse de mecanismos análogos a los de la OMC en materias comerciales. El capítulo XIX contiene, de manera notable, un mecanismo para ofrecer una alternativa a la revisión judicial por parte de tribunales nacionales de las determinaciones finales sobre casos de medidas antidumping y de medidas compensatorias, con una revisión por parte de los paneles binacionales independientes. El capítulo XX contiene previsiones de solución de diferencias gobierno a gobierno, que son aplicables a todas las controversias en relación con la interpretación o aplicación del TLCAN. En consulta con las Partes, los paneles pueden estar asistidos por paneles de revisión científica, los cuales pueden proveer un informe escrito sobre cualquier asunto fáctico concerniente, la salud, la seguridad u otras cuestiones científicas. Aunque no concierne a este trabajo de tesis, es importante mencionar que el capítulo XI del TLCAN, permite a un inversionista del TLCAN que alega que un gobierno ha incumplido sus obligaciones sobre inversiones bajo este capítulo tener acceso al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del Banco Mundial (abreviadamente, CIADI) a las Reglas Adicionales de Facilitación del CIADI; a las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI); o a elegir los recursos disponibles en los tribunales nacionales del país anfitrión.

⁸¹² 30 de noviembre de 2011.

⁸¹³ De no reformarse el TLCAN, se condena a quedarse en letra muerta, por lo que las Partes involucradas voltarán a ver a la OMC. Así lo expresó la maestra Loretta Ortiz Ahlf, académica y ex directora del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana (UIA) en el “Primer debate sobre el TLCAN”, evento organizado por el Departamento de Derecho de esta Institución. Su opinión fue discutida por el licenciado Mariano Gomezperalta Casali, Director general de Consultoría Jurídica de Negociaciones de la Secretaría de Economía; el licenciado Ricardo Ramírez, que en enero de 2009 era consejero y director de Prácticas Comerciales de América Latina de la firma Chadbourne & Parke, y el doctor Rodolfo Cruz Miramontes, académico de la UIA. La experta señaló que EE.UU. ya se ha inclinado por los mecanismos de la OMC, pues se le da un mejor seguimiento a todo el proceso de implantación, ejecución y existen sanciones más punitivas para aquellos que cometan violaciones a los acuerdos. Por su parte, Ramírez mencionó que la OMC sobrepasó a todos los acuerdos regionales porque los mecanismos de solución de problemas para resolver controversias, contienen defectos y debilidades que deben resolverse. “La OMC ha desconocido los acuerdos regionales” y los considera como una excepción, argumentó el consejero. Para evitar el desplazo del Tratado es necesario revisar aspectos donde las empresas y sectores nacionales quedan en desventaja, dijo la maestra Ortiz Ahlf. Por su parte, Ramírez expresó que no era el momento de renegociar el TLCAN en materia de comercio exterior,

Ya que “*México y EE.UU. tratan de ir a la OMC en lugar de usar el TLCAN*”, afirmó Gary Hufbauer, investigador del Instituto Peterson para Economía Internacional. De la misma manera señala que “*bajo el TLCAN el panel decide si cada país aplicó su propia ley*”, explicó el especialista, mientras que la OMC tiene sus propias reglas de evaluación. “*En recurrentes ocasiones, los países se quejan en asuntos que los estándares de la OMC serán más altos o más en su favor que la ley del socio del TLCAN*”.

Dicha condición promueve que tanto México como EE.UU. recurran a la OMC para demandar subsidios a las exportaciones que derivan en precios antidumping. Sin embargo, “cada país tiene el derecho de usar el TLCAN o la OMC, según las circunstancias”, acotó Jeffrey Schott, especialista en economía mexicana del Instituto Peterson.

Para una demanda comercial en el marco del TLCAN, “*hay una obligación de que el Gobierno que pierde va a obligar a la empresa a cumplir, pero eso no siempre sucede*”, señaló Mónica Gambrill, especialista del Centro de Investigación sobre América del Norte (en adelante, CISAN) de la Universidad Nacional Autónoma de México. Dicha obligación procede en ocasiones con “tortuguismo”, calificó Gambrill. Ante dicha fragilidad, México y EE.UU. recurren a la OMC, pues la solución es más efectiva que en el TLCAN⁸¹⁴.

7. Manejo del factor político en los mecanismos de solución de controversias en el TLCAN

Conscientes de que es difícil aislar el factor político de los conflictos entre Estados y tomando en cuenta las circunstancias políticas y económicas que imperan en cada Parte del TLCAN y en la región al negociar éste, las reglas e

porque no están establecidas las condiciones necesarias en los gobiernos de los países vecinos del norte. “México no puede hacerlo de manera unilateral (...) y el presidente Felipe Calderón ha dicho que debemos ver hacia el futuro”. Universidad Iberoamericana, *TLCAN se ve desplazado por la OMC*, 18 de febrero de 2009.

⁸¹⁴ <http://www.informador.com.mx/mexico/2009/131675/6/el-tlcan-ineficaz-para-resolver-disputas-con-estados-unidos.htm>, consultada el 24 de marzo de 2010.

instancias de los mecanismos de solución de controversias deben utilizar técnicas que promuevan de manera importante que las partes litigantes logren solucionar sus conflictos.

Al evaluar el funcionamiento de los mecanismos de solución de controversias la pregunta obligada es si se están aplicando las reglas que se incorporaron para acercar el mecanismo a los sistemas de solución de controversias más orientados por las normas. Por lo expuesto en el capítulo tercero de la presente tesis, en lo que respecta al funcionamiento del sistema de paneles, éste es uno de los rubros donde se requiere que haya mayor progreso⁸¹⁵.

Conforme se modifique el contexto político y económico en el que opera el Tratado, lo óptimo será que los mecanismos de solución de controversias evolucionen y permitan que, en caso de no darse fin a una controversia mediante las consultas, la intervención de la CLC, o la de un panel, aquélla sea turnada a un Órgano de Apelación cuyas resoluciones sean vinculantes, y cuya ejecución quede en la mayor medida posible al margen de las presiones políticas y diplomáticas de las Partes. Si esto se logra por existir las circunstancias propicias para que sea viable, las Partes se verán beneficiadas. Asimismo, les conviene un esquema como el del Órgano de Apelación en que si no logran alcanzar acuerdos por la vía de la negociación, las diferencias sean resueltas en un ámbito donde predomine el derecho sobre el poder.

El brindar decisiones vinculantes se debe acompañar de dos medidas: a) otorgar la posibilidad de apelación, y b) eliminar la opción de suspender concesiones. El mecanismo de la OMC parece haber encontrado el equilibrio justo entre obligatoriedad y flexibilidad: existen decisiones vinculantes, pero a la vez se abre la opción de apelar la decisión del panel. Lo mismo se debiera hacer en al caso del TLCAN, siguiendo muy de cerca el esquema de la OMC⁸¹⁶.

⁸¹⁵ LEYCEGUI, B., FERNANDEZ de Castro, R., *TLCAN ¿Socios Naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte...op. cit.*, pp. 568 y 569.

⁸¹⁶ ORTIZ, A., *La solución de controversias en el TLCAN: un esbozo sobre su desempeño y retos...op. cit.*, p. 31.

8. Falta de eficacia de los mecanismos de resolución de controversias del TLCAN

Entre los múltiples y complejos temas que enfrentaron en la negociación del TLCAN, México, EE.UU. y Canadá, uno de los que más importancia tuvieron para los tres países fue el de los mecanismos de resolución de controversias que debían incluirse en el Acuerdo. Esta importancia se derivó de la conciencia de que la negociación a final de cuentas debería haber dado como resultado un cuerpo complejo de detalladas normas y reglas obligatorias para los tres países y que dada la complejidad del mismo, era importante incluir mecanismos efectivos para la resolución de controversias que surgieran como resultado de la implementación del mismo y que sirvieran además para aclarar cualquier ambigüedad en las normas o reglas negociadas, que forzaran al cumplimiento del marco normativo y que facilitaran la identificación de fórmulas para prevenir o minimizar conflictos, promoviendo los objetivos generales del Acuerdo⁸¹⁷.

Como se ha visto en el desarrollo de la presente tesis, el Capítulo XX del TLCAN fue diseñado para la prevención o solución de controversias derivadas de la interpretación y aplicación del mismo o respecto de aquellas circunstancias en que una de las Partes considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte es o podría ser incompatible con las obligaciones del TLCAN, o pudiera ser causa de anulación o menoscabo de beneficios.

De la misma manera el Capítulo XIX del TLCAN, está dirigido a resolver las controversias relativas a la interpretación y aplicación de las legislaciones antidumping y cuotas compensatorias. Como se ha visto, en dicho mecanismo los exportadores canadienses y mexicanos y sus respectivos gobiernos le dieron una importancia fundamental, pero que por sus características y el grado de nivel de delegación de autoridad que concede a los paneles binacionales resultó uno de los más difíciles de negociar.

Del estudio que se ha efectuado en la presente tesis resulta claro que el TLCAN incorpora una variedad de mecanismos para resolver las controversias

⁸¹⁷ VEGA, G., *México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte... op. cit.*, p. XXV.

que surjan en torno a la interpretación y aplicación de ciertas disposiciones del TLCAN a situaciones específicas. Cada mecanismo es esencialmente una forma de arbitraje internacional⁸¹⁸, pero el proceso mediante el cual operan difiere de mecanismo a mecanismo⁸¹⁹. El arbitraje es un sistema eficaz, rápido y expedito que tiene como objetivo la solución de controversias de una manera que permite a las Partes llegar a una solución de forma más sencilla. Sin embargo existen inconvenientes, como es el que dicha decisión se sujete a una sola instancia.

9. La necesidad de un Órgano de Apelación Permanente en el TLCAN

Tal y como considera Lamy⁸²⁰, un sistema de comercio basado en normas no debe ser solamente seguro y previsible, sino también equitativo e imparcial. La seguridad, previsibilidad, equidad e imparcialidad son las notas distintivas del sistema de solución de diferencias de la OMC. Al garantizar que todos los Miembros, grandes y pequeños, ricos y pobres, disfruten de un sistema basado en normas, y no en el poder económico o político, la solución de diferencias no es,

⁸¹⁸ CRUZ, R. y CRUZ, O., *El Arbitraje. Los Diversos Mecanismos de Solución de Controversias: Análisis y Práctica en México*, Porrúa, 2004; Centro de Comercio internacional, *Arbitraje y Solución Alternativa de Controversias*, Themis, México, 2003; SILVA, J., *Arbitraje Comercial Internacional en México*, 2da ed, Oxford, 2001; GORGÓN, F., *Arbitraje Comercial y Ejecución de Laudos*, Mc Graw Hill, México, 2000.

⁸¹⁹ A diferencia de los Capítulos XX y XIX, en donde México, EE.UU. y Canadá decidieron establecer listas de panelistas dentro de las cuales escogen los miembros de los paneles de arbitraje, en el caso del capítulo XI los socios del TLCAN decidieron recurrir a tres mecanismos de arbitraje: a) el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (abreviadamente, CIADI), siempre que tanto la parte contendiente como la parte del inversionista sean Estados parte del mismo; b) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI cuando la parte contendiente o la parte del inversionista, pero no ambas, sean estado parte del CIADI, o c) las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil internacional (UNCITRAL). A diferencia de los mecanismos de los Capítulos XX y XIX, el mecanismo del Capítulo XI sigue un modelo exclusivamente orientado por reglas, ya que no depende de la voluntad de las partes el que se accionen los mecanismos de creación de tribunales arbitrales y estos pueden ser accionados de manera directa por la acción de los inversores afectados y los tribunales eventualmente establecidos por terceros, como son el secretario del CIADI. VEGA, G., *México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte...op. cit.*, p. 291.

⁸²⁰ http://www.wto.org/spanish/news_s/sppl_s/sppl207_s.htm, consultada el 7 de octubre de 2011.

como Hudec dijo en una ocasión del sistema de solución de diferencias del GATT, un sistema “*que responde más a los intereses de los fuertes que de los débiles*”.

Tal y como afirman Ramírez y Sánchez, la implementación de un Órgano de Apelación Permanente, demuestra originalidad, es interesante, muy novedoso y supone una mejora al TLCAN⁸²¹.

La incorporación de elementos estructurales que tiendan a promover el cumplimiento en el mecanismo de solución de controversias del TLCAN es, por supuesto, fundamental. Es necesario señalar, sin embargo, que debe mantenerse un balance adecuado entre estos incentivos y aquellos necesarios para que los Miembros del TLCAN continúen participando del sistema de solución de controversias y no busquen retrotraerse del mismo, pues si ello sucediera se haría ilusorio el objetivo que se persigue con el mecanismo. Este último riesgo no parece haberse presentado en el TLCAN⁸²².

La solución de diferencias es un aspecto institucional fundamental en los acuerdos comerciales internacionales. Sin embargo, a pesar de la importancia de los sistemas de solución de diferencias, hay relativamente poca literatura y poca jurisprudencia sobre la relación entre el sistema de solución de diferencias de la OMC y los sistemas de solución de diferencias del TLCAN⁸²³.

⁸²¹ Me permito reproducir el correo electrónico de fecha 13 de octubre de 2010 que me envió Ramírez: “*Hola Gerardo, Gracias por tu correo. Tu tema me parece muy interesante y novedoso. De hecho, me parece tan novedoso que no recuerdo que exista alguna bibliografía sobre el particular. Buena suerte y ojalá me puedan mantener informado de los avances de tu investigación*”. Saludos, Ricardo Ramírez Hernández Órgano de Apelación/Appellate Body Organización Mundial del Comercio/World Trade Organization Tel.- +41 (0)22- 739-5574 Fax.- +41 (0)22- 739-5786 ricardo.ramirez@wto.org. De la misma manera al Dr. Jorge Antonio Sánchez Cordero Dávila, Árbitro Internacional del TLC para América del Norte (Capítulo XIX), se le hace muy conveniente que se implemente un Órgano de Apelación en el TLCAN. Dicha afirmación me la hizo en forma personal en el XIV Encuentro Internacional de Juristas de la Feria Internacional del Libro que se llevó a cabo en Guadalajara, Jalisco, México, el día 3 de diciembre de 2010.

⁸²² GONZALEZ, A., *La solución de controversias en los acuerdos regionales de América Latina con países desarrollados*, División de Comercio Internacional e Integración, Santiago de Chile, abril de 2006, p. 49.

⁸²³ Entre la literatura sobre este tema se encuentra: HUERTA G. J., *Mexico in the WTO and NAFTA: litigating international trade disputes*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2010; PAUWELYN, J., *Adding Sweeteners to Softwood Lumber: The WTO-NAFTA ‘Spaghetti Bowl’ is Cooking*, *Journal of International Economic Law*, 2006; MORGAN D., *Dispute Settlement under PTAs: Political or Legal?* en Ross Buckley, Vai lo Lo and Laurence Boulle (eds) *Challenges to Multilateral Trade: The Impact of Bilateral, Preferential and Regional Agreements*, Kluwer Law

En la actualidad y estando de acuerdo con Ballbé se tiene la necesidad de establecer un mecanismo de solución de controversias en el ámbito del TLCAN, como el Órgano de Apelación de la OMC, para que haya un equilibrio entre los Miembros, el cual le dé celeridad a las resoluciones para así poder facilitarles a las Partes la oportunidad de evitar los litigios que son largos y costosos⁸²⁴. Punto de vista que comparte el miembro del Órgano de Apelación Ricardo Ramírez, así como el Jorge Antonio Sánchez Cordero Dávila, Árbitro Internacional del TLC para América del Norte (Capítulo XIX)⁸²⁵.

El TLCAN contempla un modelo de solución de controversias “uninstancial”, ya que es el mismo tribunal arbitral o panel el que decide la controversia, en el cual el panel emite un informe preliminar que deberá apegarse a una estructura determinada⁸²⁶ sujeto a observaciones de las Partes contendientes, para luego emitir un informe final⁸²⁷, mientras que el modelo de la OMC permite que el informe del Grupo Especial esté sujeto a apelación ante el Órgano de Apelación integrados por individuos distintos a aquellos que conformaron el Grupo Especial⁸²⁸. Éstas son las dos diferencias principales entre los dos modelos. Lo cierto es que ambos sistemas han permitido la solución de controversias⁸²⁹. Un proceso de apelación pretende minimizar errores por apreciación diferente de la

International, The Hague, 2008; y HORLICK, G. and PIÉROLA, F., *Dispute Settlement in the WTO and in 'North-South' Agreements of the Americas: Considerations for the Choice of Forum*, Inter-American Development Bank, 2006.

⁸²⁴ GARCIA, V., *El Capítulo XIX del TLCAN...op. cit.*, p. 46.

⁸²⁵ Me permito reproducir el correo electrónico de fecha 13 de octubre de 2010 que me envió el Lic. Ramírez: “Hola Gerardo, Gracias por tu correo. Tu tema me parece muy interesante y novedoso. De hecho, me parece tan novedoso que no recuerdo que exista alguna bibliografía sobre el particular. Buena suerte y ojalá me puedan mantener informado de los avances de tu investigación”. Saludos, Ricardo Ramírez Hernández Órgano de Apelación/Appellate Body Organización Mundial del Comercio/World Trade Organization Tel.- +41 (0)22- 739-5574 Fax.- +41 (0)22- 739-5786 ricardo.ramirez@wto.org. De la misma manera al Dr. Jorge Antonio Sánchez Cordero Dávila, Árbitro Internacional del TLC para América del Norte (Capítulo XIX), se le hace muy conveniente que se implemente un Órgano de Apelación en el TLCAN. Dicha afirmación me la hizo en forma personal en el XIV Encuentro Internacional de Juristas de la Feria Internacional del Libro que se llevó a cabo en Guadalajara, Jalisco, México, el día 3 de diciembre de 2010.

⁸²⁶ Artículo 2016 TLCAN.

⁸²⁷ Artículo 2017 TLCAN.

⁸²⁸ Artículos 16.4 y 17 del ESD.

⁸²⁹ VEJAR, C., *Solución de controversias en las negociaciones del Área de Libre Comercio de las Américas*, varios autores, *El Área de Libre Comercio de las Américas*, México, UNAM, 2004, p. 228.

materia controvertida⁸³⁰. La importancia de la apelación radica en la garantía de doble instancia y de debido proceso⁸³¹.

Morgan ha notado dos diferencias importantes entre el sistema de la OMC y los sistemas de solución de diferencias de los acuerdos regionales: (1) es más común el recurso a mecanismos políticos y diplomáticos, en lugar de sistemas jurídicos más formales, en los acuerdos regionales como el del TLCAN; y (2) la ausencia de un recurso de apelación en los acuerdos regionales. La preferencia para los mecanismos políticos y diplomáticos es el resultado de las relaciones estratégicas y políticas que existen entre muchos socios en los acuerdos regionales como es el caso del TLCAN. La naturaleza de estas relaciones regionales, también explica por qué hay relativamente menos disputas formales entre los miembros del TLCAN, comparado con el sistema de la OMC⁸³².

Otras razones por la relativa falta de controversias formales, son la ausencia de mecanismos eficaces para la implementación y el cumplimiento en muchos acuerdos regionales y el poder asimétrico de los socios más grandes en ese contexto. Además, muchos acuerdos regionales como el TLCAN permiten la opción de recurrir al sistema de la OMC para solucionar las diferencias comerciales entre los Miembros de acuerdos regionales⁸³³. La opción de recurrir a

⁸³⁰ "(...) the primary purpose for introducing appeal has been of avoiding mistakes in the legal findings by panels (...)", SACERDOTI, G., *Appeal and Judicial Review in International Arbitration and Adjudication: The Case of the WTO Appellate Review...op. cit.*, p. 247.

⁸³¹ SWACKER, F., REDDEN, K., WENGER, B., *World Trade Without Barriers. Comparative Dispute Resolution- Public and Private...op. cit.* p. 33. BHALA, señala que el Órgano de Apelación actúa como una Corte Americana en el que los precedentes son muy importantes: "...the fact that the World Trade Organization's ("WTO") Appellate Body increasingly functions not simply like a court, as distinct from an arbitral tribunal, but like an American court, is one aspect of this more general trend in the global economy of the new millennium... A most obvious symptom of this decay is the Appellate Body's use of precedent", BHALA, R., *The Myth of Stare Decisis and International Trade Law...op. cit.*, pp. 847-849.

⁸³² http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/CondonDiferenciasOMCyACR.pdf, consultada el 4 de diciembre de 2010.

⁸³³ En el caso de EE.UU.-Madera blanda procedente del Canadá IV, respecto de medidas antidumping y compensatorias tomadas por los EE.UU., el gobierno de Canadá ha presentado seis reclamaciones ante la OMC que se relacionan directamente con las resoluciones de las autoridades investigadoras (y se han iniciado otros dos casos ante la OMC con el propósito de impugnar las disposiciones de la legislación de los EE.UU. que rigen la imposición de derechos antidumping y compensatorios) y ya ha habido tres casos presentados conforme al Capítulo XIX del TLCAN, los cuales han conducido a dos conjuntos de devoluciones, nuevas resoluciones por

la OMC, junto con la naturaleza política y estratégica de las relaciones entre los Miembros de muchos acuerdos regionales, también explican la ausencia del recurso a un órgano de apelación en los acuerdos regionales⁸³⁴. Los acuerdos comerciales que la Unión Europea ha celebrado representan un buen ejemplo de la categoría de acuerdos regionales en donde se prefieren las soluciones políticas a las diferencias, en lugar de utilizar mecanismos más formales⁸³⁵.

En este orden de ideas el TLCAN representa un buen ejemplo de un acuerdo regional que ha utilizado mecanismos formales, sobre todo en las diferencias relativas a la inversión extranjera y las medidas antidumping y compensatorias.

9.1. Órgano de Apelación Permanente en el TLCAN

Una apelación es una revisión realizada por un tribunal jurisdiccional superior de un juicio final emitido por una corte dentro de su jurisdicción original. La estructura general de un procedimiento de apelación, es que del tribunal de primera instancia se acude ante el tribunal de apelación y finalmente ante la Suprema Corte⁸³⁶.

El crecimiento de las controversias comerciales internacionales y la dificultad para resolverlas como en el TLCAN, propicia el desarrollo de un procedimiento de apelación. Dicho procedimiento involucra la consideración de una decisión de un órgano internacional de solución de diferencias por un tribunal

parte de las autoridades investigadoras y revisiones de paneles binacionales de esas determinaciones.

⁸³⁴ MORGAN, D., *Dispute Settlement under PTAs: Political or Legal?* en BUCLEY, R., VAI LO LO and BOULLE L. (eds) *Challenges to Multilateral Trade: The Impact of Bilateral, Preferential and Regional Agreements*, Kluwer Law International, The Hague, 2008.

⁸³⁵ RAMIREZ, E., *Political & quasi-adjudicative dispute settlement models in European Union Free Trade Agreements: Is the quasi-adjudicative model a trend or is it just another model?* WTO Working Paper ERSD-2006-09, November 2006,

http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd200609_e.htm, consultada el 25 de marzo de 2010. y Bradley J. Condon, *EU – Mexico FTA: Case Study, en Bilateral and Regional Trade Agreements: Commentary, Analysis and Case Studies*, Simon Lester and Bryan Mercurio, eds (Cambridge University Press, 2008).

⁸³⁶ KONSTANTIN, J., *The Appellate Procedure or only a Two-Stage Process? A comparative view of the Appellate Body under the WTO Dispute Settlement Understanding*. Law and Policy in international Business. Vol. 30, 1999, p. 200.

que ha garantizado la jurisdicción, dentro de ciertos parámetros para mantener la decisión, modificarla, desecharla o reenviarla ante el órgano de solución de diferencias original⁸³⁷.

A nivel nacional, la apelación parece figurar en todos los sistemas judiciales del mundo, ya que ésta es justificada por las fallas que pueden tener los jueces; una mejor administración de justicia, mayor aceptación de las resoluciones, consistencia legal y unidad en los sistemas legales. En el derecho internacional, el tipo y alcance de los procedimientos de apelación es limitada⁸³⁸.

Para Weiler, el Órgano de Apelación no es una corte, aun siendo “*que es exactamente lo que el Órgano de Apelación es*”⁸³⁹. Esto lo dice porque en la OMC, la función realizada por el Órgano de Apelación es la toma de decisiones de manera judicial.

El Órgano de Apelación Permanente como tribunal judicial es la solución para otorgar equilibrio, seguridad y previsibilidad a los miembros del TLCAN y al progreso de éste.

Como se ha visto en el estudio de la presente tesis en la OMC, el establecimiento del Órgano Permanente de Apelación para conocer apelaciones sobre los reportes de los Grupos Especiales se hizo con la intención de otorgar mayor certeza y previsibilidad al sistema de solución de diferencias. Por ende es conveniente establecer un Órgano de Apelación en el TLCAN para que conozca sobre los reportes de los Paneles, con la intención de otorgar mayor certeza jurídica y previsibilidad.

Al institucionalizar las relaciones económicas, lo que se busca es alejarse de relaciones de poder, brindando certidumbre a todos los agentes económicos y arrojando beneficios en el largo plazo para las Partes⁸⁴⁰. Por ello, debe buscarse el cumplimiento de las obligaciones derivadas del TLCAN en lugar de caer en incumplimiento mutuo, pues a ello se reduce un incumplimiento enfrentado con

⁸³⁷ CAMERON, J. Y CAMPBELL, K., *Dispute resolution in the WTO...op. cit.* p. 98.

⁸³⁸ *Ibidem*, pp. 85 y 86.

⁸³⁹ WEILER, H., *The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats-Reflections on the Internal and external Legitimacy of WTO Dispute Settlement*. Journal of World Trade. Vol. 35, 2000, p. 191.

⁸⁴⁰ GRATIUS S., *MERCOSUR y NAFTA, Instituciones y mecanismos de decisión en procesos de integración asimétricos...op. cit.* pp. 137 y 138.

retiro de concesiones. Sin embargo, también existe la necesidad de otorgar cierta flexibilidad para el cumplimiento, pues de lo contrario se podría caer en un rechazo general hacia el TLCAN.

En la actualidad los mecanismos establecidos en el TLCAN son temporales porque no hay un órgano permanente que de lugar a la creación de un cuerpo legal que dé fuerza y luz a las resoluciones y que constituya un tronco estable a los procedimientos, por lo tanto la creación de un Órgano de Apelación similar al de la OMC, es aconsejable pues será profesional, dará publicidad a sus resoluciones y opiniones y permitirá la creación de una obra jurídica que deba ser vinculatoria y que servirá como precedente ante la falta de conocimientos y de costumbre en el trato de estos temas, así como la existencia de normas idóneas.

En este orden de ideas se deberá establecer como fuente de consulta obligatoria, a las disposiciones de la OMC por tener el Acuerdo multilateral máximo en la materia y por ser México, EE.UU. y Canadá, miembros de la misma.

La competencia del Órgano de Apelación debe ser la máxima posible para conseguir que sus resoluciones sean permanentes y obligatorias, evitando así la interposición de recursos que dilaten y provoquen serios gastos en el procedimiento.

El dar cumplimiento a las decisiones obligatorias es básico por lo que el respeto y el acatamiento a las normas procesales de cada país así como del TLCAN desde el inicio del procedimiento deben ser indispensables, para evitar así la interposición de recursos al momento de ejecutarlos.

Como se ha podido apreciar cualquier controversia sobre la interpretación o ejecución del TLCAN afecta a las tres Partes, participen o no del caso concreto por lo que siempre existe y existirá un interés legítimo para tener acceso al procedimiento, por ende la composición del Órgano de Apelación y mesas de solución de conflictos deberán estar integrados por Miembros de los tres países.

La trascendencia de la implementación de un Órgano de Apelación en el TLCAN similar al de la OMC permitirá que las Partes del TLCAN aseguren su bienestar jurídico y económico en este mundo globalizado.

9.2. La necesidad de un órgano de apelación en el capítulo XX del TLCAN

Es importante hacer hincapié en que el capítulo XX fue diseñado siguiendo un modelo mixto diplomático político con algunos rasgos del modelo orientado por reglas, ya que establece primero un proceso de solución de controversias que inicia por las consulta entre las Partes, continua con un proceso de conciliación ante la CLC, el cual si falla es seguido por el establecimiento de un panel binacional y finalmente por la implementación del reporte arbitral, o, en su defecto, la imposición de sanciones comerciales.

En virtud de que el proceso para llegar al panel depende del acuerdo de las Partes en nombrar a los panelistas, puede decirse que el modelo diplomático político prevalece sobre el orientado por las reglas, pues una de las Partes puede escoger no nombrar sus panelistas, y por consiguiente ejercer un control sobre el curso y avance de la controversia, de tal manera que nunca llegue a ser examinada por el panel arbitral y por lo tanto, no exista un reporte final que sea vinculatorio para las Partes⁸⁴¹.

En otras palabras, existe la posibilidad de que una de las Partes use el poder relativo e influencia con que cuenta para influir la conducta de la otra Parte, como en el caso “Servicios transfronterizos de autotransporte” en donde EE.UU. usa el poder e influencia que tiene sobre México. En la medida en que esto es posible y que a final de cuentas no se pueda obligar a la primera a que un tercero como un Órgano de Apelación decida la controversia y que en efecto no exista una delegación de autoridad efectiva podemos afirmar que el presente mecanismo carece en parte de previsibilidad y efectividad jurídica.

⁸⁴¹ Cabe señalar que México decidió dotar de mayor obligatoriedad a las decisiones de los órganos arbitrales previstos en los mecanismos generales de solución de controversias de los Tratados de Libre Comercio negociados con el Grupo de los Tres (México-Colombia-Venezuela), Costa Rica y Bolivia, al establecer que “la decisión final del tribunal arbitral será obligatoria para las Partes contendientes en los términos y plazos que éste ordene” (artículos 19-16, 17-15 y 19-14, respectivamente de los tres Tratados citados.) Véase el Decreto de Promulgación del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela, Diario Oficial, 9 de enero de 1995; Decreto de Promulgación del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Costa Rica, Diario Oficial, 10 de enero de 1995, y Decreto de Promulgación del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Bolivia, Diario Oficial, 11 de enero de 1995.

De la misma manera, se debe reconocer que el balance de los casos presentados ante el mecanismo del capítulo XX no es enteramente satisfactorio ya que tiene problemas para resolver asuntos de gran importancia, lo que también nos lleva a sugerir la implementación de un Órgano de Apelación en el Capítulo XX del TLCAN. Es importante mencionar que los casos en los que se ha solicitado la formación de un panel arbitral dentro de los términos del Capítulo XX, todos han tenido que ver con asuntos que fueron muy reñidos en las negociaciones del TLCAN, no tanto porque los asuntos internacionales hayan sido difíciles, sino porque su sensibilidad política en el ámbito interno hizo complicado el que pudiera llegarse a un acuerdo mutuo en torno a ellos⁸⁴².

En cuanto a la efectividad del proceso del mecanismo del Capítulo XX, los retrasos excesivos en la constitución de los paneles en todos los casos, pero sobre todo en el de “Servicios transfronterizos de autotransporte”, sugiere la existencia de imperfecciones procesales muy importantes y significativas en el diseño del mecanismo, particularmente en lo referente a la incapacidad de las Partes de acordar la pronta constitución de los paneles. Por lo tanto hasta que los Miembros del TLCAN seleccionen listas formales de panelistas no puede esperarse una mejora importante del proceso, ya que la selección de estas listas aseguraría la selección rápida de al menos cuatro de los panelistas nacionales de los países, ya que se eliminaría el uso del veto a los panelistas, el cual no se permite cuando los candidatos son seleccionados de las listas.

Por lo tanto, el primer paso que se debe tomar para hacer más efectivo el mecanismo del Capítulo XX es que los países Miembros del TLCAN llevaran a cabo la selección de la lista de 30 o más panelistas que se encuentra contemplada en el TLCAN y acordaran elegir panelistas de esas listas. Al mismo tiempo surge la interrogante de cómo se superaría la incapacidad de las Partes de nombrar al presidente del panel, que es el primer paso necesario para dar inicio al procedimiento de constitución del panel.

⁸⁴² VEGA, G., *México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte...op. cit.*, p. 299.

Dada la indisposición que los Miembros del TLCAN han mostrado de utilizar el mecanismo de sorteo que establece el mismo Tratado, sería necesario que los propios panelistas elegidos por las partes hagan el nombramiento del presidente del panel. De la misma manera a los panelistas se le tendría que señalar reglas detalladas y criterios relativos a las cualidades y requisitos que deberían cumplir los presidentes de los paneles⁸⁴³.

Debido a la gran importancia que tiene el Capítulo XX del TLCAN, es necesario que dicho mecanismo evolucione con la implementación de un Órgano de Apelación Permanente y se convierta en una institución más eficaz de autoridad. Otra gran trascendencia que tendría el implementar un Órgano de Apelación sería que hasta la parte perdedora tendría un beneficio importante de seguridad jurídica si la controversia se resuelve mediante un proceso legal a que la misma se vea sujeta a un proceso interminable de discusión política y diplomática.

9.3. La necesidad de un órgano de apelación en el capítulo XIX del TLCAN

Ha quedado demostrado a lo largo de la presente tesis, mediante los ejemplos de la práctica del zeroing y dumping, la necesidad de dotar al TLCAN de un órgano de apelación permanente. Así mismo, se ha acreditado que el modelo de la OMC es el más idóneo entre los existentes en la actualidad para obtener conclusiones aplicables de manera analógica en el TLCAN, aún a sabiendas de las diferencias estructurales y de funcionamiento que existen entre ambas organizaciones internacionales.

En este orden de ideas, los paneles del Capítulo XIX no han tenido hasta ahora dificultad alguna en su toma de decisiones que pueda atribuirse a las diferencias entre los sistemas del derecho civil y del *common law*. Ésto se debe, en gran parte, a que los panelistas se han empeñado en cumplir seriamente con su obligación de aplicar las leyes nacionales del país importador⁸⁴⁴. Sin embargo,

⁸⁴³ Ibidem, pp. 301 y 302.

⁸⁴⁴ PAN, E., *Assessing the NAFTA Chapter 19 Binational Panel System: An Experiment in International Adjudication...op. cit.*, p. 61.

como lo señala Oquendo, ello también puede deberse a otro motivo, a saber: que el Capítulo XIX se diseñó en gran medida con base en la práctica anglosajona sobre la revisión en apelación y, por tanto, no constituye en su base una amalgama de sistemas legales diferentes⁸⁴⁵.

Oquendo sostiene que los elementos del common law que se encuentran en el Capítulo XIX son: en primer lugar, la idea de que los procesos se basan en el expediente de demandas y defensas procesales registradas, no siendo posible presentar nuevas evidencias durante el proceso de revisión; en segundo lugar, los paneles no pueden emitir una evaluación propia del caso, sino que deben limitarse a ratificar la resolución final de la autoridad administrativa o devolverla para que se adopte una medida no incompatible con la decisión del panel y en tercer lugar, los paneles deben presentar su decisión por escrito, lo que refleja la idea que tiene el *common law* de las opiniones de los jueces, en particular al nivel de la apelación, al constituirse en el vehículo mediante el cual el *common law* nace y evoluciona. El resultado último es que los juristas mexicanos se ven en la obligación de trabajar dentro de un contexto esencialmente del *common law*, lo cual quizá reduce el conflicto que de otra manera se daría entre las distintas concepciones que del proceso legal tienen el derecho civil y el *common law*⁸⁴⁶.

Como se vio en el capítulo tercero de la presente tesis, el Capítulo XIX del TLCAN, establece en apariencia un mecanismo que sigue un modelo orientado por reglas, pero inusual y prácticamente único en el sentido de que permite a actores privados participantes en investigaciones antidumping o de cuotas compensatorias en cualquiera de los tres países solicitar revisiones de las decisiones de las respectivas autoridades competentes ante paneles binacionales en lugar de los tribunales nacionales. De la misma manera estas revisiones son resueltas con base en el Derecho interno del país importador en lugar del Derecho internacional, siguiendo procedimientos, los cuales son más parecidos a los que siguen los tribunales nacionales que los tribunales arbitrales. Sin embargo, el

⁸⁴⁵ OQUENDO, A., *NAFTA's Procedural Narrow-Mindedness: The Panel Review of Antidumping and Countervailing Duty Determinations Under Chapter Nineteen*, Connecticut Journal of International Law, vol. 11, núm. 1, 1995, p. 61.

⁸⁴⁶ *Ibidem*, p. 65.

presente mecanismo también mantiene un rasgo del modelo diplomático político, pues como en el caso del Capítulo XX, el proceso de constitución de paneles también depende del acuerdo de las Partes para nombrar a los panelistas, y si una de ellas no lo hace, el proceso se detiene y no avanza, como ha ocurrido últimamente y por lo tanto hace que el mecanismo carezca de previsibilidad y seguridad jurídica.

Esta dificultad se explica en función de algunos de los mismos factores por lo que los gobiernos han tenido dificultad para constituir paneles en el caso del Capítulo XX: en ambos mecanismos se han establecido un pago inadecuado⁸⁴⁷, una alta exigencia y compromiso en cuanto a tiempo y recursos para los panelistas y un sistema muy estricto de reglas de conducta sobre potenciales conflictos de interés que están haciendo cada vez más difícil encontrar panelistas calificados. Lo anterior nos lleva a concluir que los gobiernos deben establecer una lista permanente de panelistas a la cual puedan recurrir en forma más automática. Esta lista podría ser constituida siguiendo los parámetros que anteriormente se propuso para el Capítulo XX. En el caso particular de México, el país no cuenta con el suficiente número de expertos en la materia que puedan ejercer el rol de panelistas.

Por lo tanto, en la medida en que esto es posible y que a final de cuentas no se pueda obligar a ninguna de las Partes de la controversia a nombrar a los panelistas correspondientes en un plazo de tiempo determinado, dicha situación deja al presente mecanismo en una situación de imprevisibilidad y seguridad jurídica.

⁸⁴⁷ Los tres gobiernos decidieron aumentar al doble los honorarios que se les paga a los panelistas en los casos binacionales que se revisen con arreglo tanto al Capítulo XIX como al Capítulo XX, reconociendo el impacto negativo que el escaso incentivo económico tenía sobre la posibilidad de encontrar panelistas calificados. Con el aumento a 800 dólares canadienses por día, la cuota de los panelistas es igual ahora a la cuota que establece la OMC a los panelistas en los casos de resolución de disputas ante dicha organización. Sin embargo, aún esta nueva cuota sigue siendo baja si se la compara a la que reciben los panelistas participantes en casos del Capítulo XI del TLCAN, la cual asciende a la suma de 2,100 dólares americanos por cada ocho horas de servicio. VEGA, G., *México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte...op. cit.*, p. 305.

Por lo tanto, los países miembros del TLCAN deben exigir una mayor transparencia, una mayor seguridad jurídica y respeto hacia las normas que se adopten.

10.- Características del Órgano Permanente de Apelación en el TLCAN

Las resoluciones del Órgano de Apelación en el TLCAN deberán ser vinculantes, ya que actualmente los Estados corren el riesgo de tratar con decisiones equivocadas alcanzadas por los paneles⁸⁴⁸.

El Órgano de Apelación tendrá naturaleza permanente a diferencia de los paneles que son creados para cada controversia en particular.

La apelación tendrá únicamente por objeto cuestiones de derecho tratadas en los informes finales de los paneles y en las interpretaciones jurídicas formuladas por los mismos paneles⁸⁴⁹, por lo que no permitirá la revisión sobre las conclusiones de hecho realizadas por los paneles⁸⁵⁰.

El Órgano de Apelación tendrá jurisdicción obligatoria para los Miembros del TLCAN, ya que éstos establecerán en el mismo TLCAN, resolver todas las controversias relacionadas con los Miembros de éste, a través de los mecanismos establecidos en el mismo y por ende sus resoluciones deberán ser cumplidas obligatoriamente⁸⁵¹.

El Órgano de Apelación podrá confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del Panel⁸⁵².

El Órgano de Apelación en el TLCAN a diferencia del Órgano de Apelación de la OMC, deberá tener la facultad de reenviar una controversia a un Panel para una nueva consideración, la propuesta se centra en la posible ausencia de constataciones fácticas suficientes sobre aspectos específicos del informe del Panel que impidan al Órgano de Apelación completar su análisis y por lo tanto

⁸⁴⁸ CAMERON, J, y CAMPBELL, K., *Dispute Resolution in the WTO...op. cit.*, p. 101.

⁸⁴⁹ Artículo 17.6 del ESD.

⁸⁵⁰ KONSTANTIN, J., *The Appellate Procedure or only a Two-Stage Process? A comparative view of the Appellate Body under the WTO Dispute Settlement Understanding...op. cit.* p. 211.

⁸⁵¹ BACCHU, J., *Groping Toward Grotius. The WTO and the International Rule of Law*, Address at Harvard school of Law, Cambridge, Massachusetts, 2002, p. 9.

⁸⁵² Artículo 17.13 del ESD.

proveer una solución a la controversia. De esta manera el Órgano de Apelación explicará en detalle en su informe las insuficiencias específicas de las constataciones fácticas de modo tal que cualquiera de las Partes en la controversia pueda solicitar el reenvío del asunto al panel original⁸⁵³.

La apelación en el TLCAN será introducida como última etapa, por lo que reducirá el riesgo de errores ante el Panel y permitirá la adopción automática sin el filtro político.

La función del Órgano de Apelación en el TLCAN será asegurar su correcta interpretación, ya que de no hacerlo, las decisiones podrían ser gobernadas por consideraciones políticas en lugar de serlo por consideraciones legales, por lo que no habrá flexibilidad en la aplicación de los términos incluidos en los acuerdos por parte de los Paneles y del Órgano de Apelación. Los reportes del Órgano de Apelación serán definitivos.

11.- Composición y estructura del Órgano de Apelación en el TLCAN

Para la composición y estructura del Órgano de Apelación en el TLCAN es recomendable que en sus orígenes se base en lo regulado por el ESD de la OMC, debido a que dicho Entendimiento ya fue aprobado por expertos en la materia a nivel mundial y con el tiempo se vaya perfeccionando a través de sus precedentes. El Órgano de Apelación representará la segunda instancia permanente en el mecanismo de solución de controversias y gozará de autonomía con respecto al Secretariado del TLCAN.

El Órgano de Apelación estará integrado por siete miembros de los países signatarios del TLCAN; dos miembros mexicanos, dos canadienses, dos estadounidenses y el presidente será seleccionado por los seis integrantes del Órgano de Apelación, de una lista integrada por 18 miembros de los países signatarios del TLCAN: seis miembros mexicanos, dos canadienses y dos estadounidenses, turnándose la presidencia un periodo para cada nación.

⁸⁵³ PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: Presente y Perspectivas...op, cit.*, pp. 206 y 207.

Los panelistas integrantes de la lista designarán a los Miembros del Órgano de Apelación por consenso⁸⁵⁴ por un período de cuatro años, y podrán renovar una vez el mandato de cada uno de ellos, a excepción de su Presidente⁸⁵⁵. El Presidente es responsable de la dirección general de los asuntos del Órgano de Apelación, y especialmente de su funcionamiento interno. Por consiguiente, los Miembros del Órgano de Apelación podrán formar parte de éste por un máximo de ocho años.

En cuanto a la propuesta del número de integrantes del Órgano Permanente de Apelación, el expresidente del Órgano de Apelación de la OMC Claus –Dieter Ehlermann aportó una visión interesante acerca de la cuestión del número de miembros del Órgano de Apelación de la OMC, así como de la duración en su mandato, la cual compartimos. Ehlermann manifestó lo siguiente:

“Sin embargo no comparto la opinión de que un número mayor de integrantes del Órgano de Apelación sea la respuesta más acertada al creciente número de apelaciones y al consiguiente incremento del volumen de trabajo. Admito que en 1995 me sobrecogía el verme integrando un reducido grupo de siete personas que representaba a la totalidad de los Miembros de la OMC. Pero pronto aprendí a valorar la enorme sabiduría de aquellos que decidieron limitar a siete el número de integrantes del Órgano de Apelación. Ese número reducido ha tenido, en mi opinión, efectos extremadamente positivos sobre la intimidad y colegialidad de las liberaciones del Órgano de Solución de Diferencias. Lo que en una primera impresión parecía poco menos que una anomalía demostró ser un

⁸⁵⁴ Párrafo 4 del artículo 2 del ESD. En los casos en que las normas y procedimientos del presente Entendimiento establezcan que el OSD debe adoptar una decisión, se procederá por consenso. Se considerará que el OSD ha adoptado una decisión por consenso sobre un asunto sometido a su consideración cuando ningún Miembro presente en la reunión del OSD en que se adopte la decisión se oponga formalmente a ella.

⁸⁵⁵ Párrafo 2 del artículo 17 del ESD. El OSD nombrará por un período de cuatro años a las personas que formarán parte del Órgano de Apelación y podrá renovar una vez el mandato de cada una de ellas...

*bienpreciado. Este número de miembros debería mantenerse por todos los medios durante todo el tiempo posible*⁸⁵⁶.

Los Miembros del Órgano Permanente de Apelación deberán ser personas de prestigio reconocido, con competencia técnica acreditada en derecho, especialmente en solución de controversias, en comercio internacional, y en la temática de los acuerdos abarcados por el TLCAN y no han de estar vinculados a ningún gobierno. La mayoría de los Miembros del Órgano de Apelación serán profesores universitarios, abogados en ejercicio, exfuncionarios gubernamentales o magistrados de experiencia. La participación en el Órgano de Apelación será permanente ya que los Miembros del Órgano de Apelación han de estar disponibles en todo momento⁸⁵⁷.

Los integrantes del Órgano de Apelación han de ser representativos, en términos generales, de la composición del TLCAN, aunque no actuarán como representantes de sus países sino que representarán al TLCAN en su integridad⁸⁵⁸. Los miembros del Órgano de Apelación deberán trabajar en conjunto con la CLC para que ésta adopte sus informes, siendo éstos obligatorios y vinculantes.

Para la revisión de los informes finales de los paneles arbitrales, los miembros del Órgano de Apelación se dividirán en secciones que estarán conformados por tres miembros para estudiar y analizar la exposición de los casos y actuar en turnos. En cada sección se elegirá un Presidente que tendrá la función

⁸⁵⁶ EHLERMANN, D., *Six Years on the Bench of the World Trade Court, Some Personal Experiences as a Member of the Appellate Body of the World Trade Organization...op. cit.*, p. 610.

⁸⁵⁷ Párrafo 3 del artículo 17 del ESD. El Órgano de Apelación estará integrado por personas de prestigio reconocido, con competencia técnica acreditada en derecho, en comercio internacional y en la temática de los acuerdos abarcados en general. No estarán vinculadas a ningún gobierno. Los integrantes del Órgano de Apelación serán representativos en términos generales de la composición de la OMC. Todas las personas que formen parte del Órgano de Apelación estarán disponibles en todo momento y en breve plazo, y se mantendrán al corriente de las actividades de solución de diferencias y demás actividades pertinentes de la OMC. No intervendrán en el examen de ninguna diferencia que pueda generar un conflicto directo o indirecto de intereses.

⁸⁵⁸ Párrafo 3 del artículo 17 del ESD.

de dirigir el caso, coordinar a los miembros de la sección, presidir las audiencias y coordinar los anteproyectos del reporte de apelación.

La apelación sólo podrá ser presentada por las Partes en la controversia y teniendo como objeto las cuestiones de derecho tratadas en los informes finales de los paneles arbitrales y las interpretaciones jurídicas realizadas por los paneles arbitrales.

Las actuaciones del Órgano Permanente de Apelación serán confidenciales y toda opinión expresada por sus miembros será anónima, en dicho procedimiento se confirmará, modificará o revocará las conclusiones del panel arbitral.

El Órgano de Apelación gozará de distintas características que lo harán el Tribunal de segunda instancia, el cual estará revestido de facultades para revisar las actuaciones de los tribunales arbitrales y así determinar si ha sido correcta o no esa actuación, determinar si ha sido apegada a derecho y determinar si no han rebasado sus facultades al interpretar más allá de lo que el TLCAN podría aplicar.

Como resultado de esta investigación, hemos llegado a las siguientes:

CONCLUSIONES:

PRIMERA.- La globalización es en gran parte un producto estadounidense, que ha extrapolado su modelo administrativo y regulador a todo el mundo.

SEGUNDA.- Para que exista un equilibrio con EE.UU. es necesario tener el máximo conocimiento de su sistema jurídico y administrativo.

TERCERA.- La globalización de los negocios genera importantes desafíos. El caso de la OMC es un ejemplo único y, muy en particular su mecanismo de solución de diferencias.

CUARTA.- El sistema de solución de diferencias de la OMC funciona correctamente, es cierto que persisten muchas imperfecciones en la regulación de sus normas, ya que sería falso confirmar que el sistema ha alcanzado su perfecta madurez.

QUINTA.- Serán necesarios muchos años, largas negociaciones y bastante paciencia para que el sistema de la OMC pueda ser considerado totalmente confiable, 427 casos en 16 años demuestran que la confianza en el sistema de resolución de litigios existe.

SEXTA.- El mecanismo de solución de diferencias de la OMC carece de precedentes en la historia del derecho internacional público. Dispone de una jurisdicción cuasi universal vinculante para todos los Miembros de la organización que abarca en la actualidad 153 Miembros y tiene competencia para resolver diferencias sobre la aplicación de más de 400 páginas de textos normativos.

SEPTIMA.- Una de las innovaciones más importantes del mecanismo de solución de diferencias de la OMC, con únicas y extraordinarias características del proceso de solución de diferencias es el Órgano de Apelación, el cual es considerado como la “joya de la OMC”.

OCTAVA.- En la OMC, el establecimiento del Órgano Permanente de Apelación para conocer apelaciones sobre los reportes de los Grupos Especiales se hizo con la intención de otorgar mayor certeza y previsibilidad al sistema de solución de diferencias.

NOVENA.- Una de las novedades más importantes del ESD respecto del sistema anterior del GATT ha consistido en la inversión del sentido del consenso en la adopción de decisiones del OSD, ya que los informes de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación deben ser adoptados por el OSD, salvo que por consenso se decida lo contrario, por lo tanto esto ha determinado que, aunque en teoría exista este control político de los informes, la posibilidad de que se formen mayorías políticas que bloqueen el mecanismo de solución de diferencias en la OMC, ha desaparecido en la práctica. Este cambio ha determinado un aumento muy considerable de la confianza de los Estados Miembros de la OMC en un mecanismo de solución de diferencias, que se ha traducido en un muy espectacular incremento en la práctica de la utilización de los mismos.

DECIMA.- La eficacia del sistema de solución de diferencias de la OMC brinda seguridad y previsibilidad a los acuerdos celebrados y a los compromisos asumidos en las negociaciones. Además, las negociaciones tienen en cuenta las decisiones del OSD. La eficacia del sistema de solución de diferencias ha hecho también que los Miembros de la OMC se esfuercen por impartir más precisión a los textos de negociación y que se muestren menos dispuestos a aceptar la ambigüedad.

DECIMA PRIMERA.- El Acuerdo de la OMC contiene el cuerpo normativo más extenso en materia de reglamentación del comercio multilateral tanto en el ámbito sustantivo comprendiendo acuerdos comerciales multilaterales sobre comercio de mercancías, servicios y temas de comercio vinculados a la propiedad intelectual, como en el ámbito procesal e institucional, comprendiendo al ESD y a las

disposiciones procesales especiales de los acuerdos multilaterales y del mismo Acuerdo sobre la OMC.

DECIMMA SEGUNDA.- El ESD está sometido a todos los Miembros de la OMC, y tiene jurisdicción vinculante para todos los Miembros que les otorga legitimación activa que opera en un procedimiento de doble instancia: el Grupo Especial y el Órgano de Apelación.

DECIMA TERCERA.- El OSD está integrado por todos los gobiernos Miembros, que están representados generalmente por embajadores o funcionarios de rango equivalente y se erige como el órgano funcional de la OMC encargado de administrar el ESD.

DECIMA CUARTA.- Gran relevancia tienen las consultas, ya que se mantienen vigentes en las fases posteriores del procedimiento, por lo que es muy común que se desarrollen negociaciones paralelamente, al mismo tiempo en que se emplean otros medios de solución de diferencias más empleados en el ESD siendo el caso del establecimiento de Grupos Especiales y el Órgano de Apelación.

DECIMA QUINTA.- La eficacia del Órgano de Apelación se mide por su contribución al progreso del derecho comercial internacional a través del desarrollo de un repertorio de jurisprudencia que abarca una gran variedad de cuestiones. La jurisprudencia de la OMC tiene un efecto de precedente bastante fuerte, el cual no constituye *stare decisis* ni es tan poderoso como para exigir a los Grupos Especiales o al Órgano de Apelación que consideren que los casos nuevos deben adecuarse a los anteriores.

DECIMA SEXTA.- La jurisprudencia del Órgano de Apelación como recomendación formal en ausencia de su obligatoriedad, crea una deficiencia técnica poniendo en duda la estabilidad, uniformidad y previsibilidad del sistema multilateral de comercio.

DECIMA SEPTIMA.- La “suspensión de concesiones u otras obligaciones” o “retaliación”, es el último recurso que prevé el sistema de solución de diferencias de la OMC para lograr incentivar al perdedor de la disputa a que cumpla con las recomendaciones del OSD.

DECIMA OCTAVA.- La suspensión de concesiones no es una solución práctica para los países en desarrollo que resultan favorecidos en un procedimiento de solución de controversias contra países desarrollados, ya que los países en desarrollo se perjudican aún más al aplicar las medidas de retorsión.

DECIMA NOVENA.- La incorporación de un procedimiento de reenvío por parte del Órgano de Apelación al Grupo Especial representaría una mejora muy importante del ESD, ya que las resoluciones estarían más fundamentadas y complementadas.

VIGESIMA.- El objetivo principal del Acuerdo Antidumping es evitar que las prácticas antidumping constituyan un obstáculo al comercio internacional, ya que muchas medidas antidumping son muy propensas al proteccionismo.

VIGESIMA PRIMERA.- En el Acuerdo Antidumping, los conceptos de "dumping", "daño" y "margen de dumping" están vinculados entre sí y, por lo tanto, estas expresiones deben examinarse e interpretarse de manera coherente y compatible por lo que respecta a todas las partes del Acuerdo Antidumping.

VIGESIMA SEGUNDA.- Aunque los textos de la OMC no prohíben expresamente la práctica del zeroing, no debe estar permitida por la OMC, ya que es incompatible con las disposiciones del GATT de 1994 y del Acuerdo Antidumping.

VIGESIMA TERCERA.- La cuestión del zeroing se ha planteado en apelación en numerosas ocasiones en diferentes contextos. El Órgano de Apelación ha examinado la compatibilidad con las normas de la OMC del método de zeroing en las investigaciones iniciales, los exámenes periódicos, los exámenes de nuevos exportadores y los exámenes por extinción. En cada contexto, el Órgano de

Apelación ha declarado que el zeroing es incompatible con las disposiciones pertinentes del GATT de 1994 y del Acuerdo Antidumping.

VIGESIMA CUARTA.- La negativa de los Grupos Especiales a seguir anteriores informes del Órgano de Apelación en los que se traten exactamente las mismas medidas y alegaciones equivale a no hacer una evaluación objetiva del asunto conforme a lo que exige el artículo 11 del ESD.

VIGESIMA QUINTA.- Los Grupos Especiales deben seguir las conclusiones a que ha llegado el Órgano de Apelación en diferencias anteriores, sobre todo cuando las cuestiones son las mismas y más aun cuando éste ha interpretado las mismas cuestiones jurídicas, lo que es coherente con la necesidad de aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio, así como con la necesidad de que las diferencias se solucionen con prontitud.

VIGESIMA SEXTA.- En la DS344 Estados Unidos - Zeroing (México), las alegaciones de México se basaron en una línea coherente de razonamientos y constataciones desarrollada por el Órgano de Apelación. Sin embargo la omisión de EE.UU. para acatar su cumplimiento refleja parte de la ineficacia del sistema de cumplimiento del sistema de solución de diferencias de la OMC y el gran potencial que tiene EE.UU. en el manejo de éste sistema.

VIGESIMA SEPTIMA.- Mientras no haya una solución global y definitiva en contra de la práctica del zeroing infractora del Acuerdo Antidumping, habrá nuevas impugnaciones y probablemente nuevas decisiones que condenen la utilización de esa práctica.

VIGESIMA OCTAVA.- No es útil insistir en utilizar la metodología del zeroing identificada como contraria a las normas internacionales siendo además tediosa y costosa.

VIGESIMA NOVENA.- Hasta el momento no existe ningún avance legislativo significativo sobre el zeroing en el Grupo de Negociación sobre las normas en la

Ronda Doha debido a la gran influencia jurídica y económica que tiene EE.UU. en la OMC.

TRIGESIMA.- Las normas de la OMC deben prevalecer sobre cualquier política proteccionista nacional.

TRIGESIMA PRIMERA.- No se comparte lo expresado por los EE.UU. en afirmar que el Órgano de Apelación ha interpretado erróneamente los textos, el control jurisdiccional y la soberanía de la OMC al prohibir la práctica del zeroing entre los miembros de la OMC, ya que se ha demostrado claramente que dicha práctica ejercida por EE.UU. deja en completo estado de indefensión y vulnerabilidad a los demás Miembros.

TRIGESIMA SEGUNDA.- El TLCAN es considerado como uno de los Tratados más avanzados. Sus mecanismos de resolución de controversias comerciales han servido de inspiración a otros Acuerdos de gran importancia como la Ronda de Uruguay que culminó con la creación de la OMC.

TRIGESIMA TERCERA.- El sistema de solución de controversias en el TLCAN se encuentra integrado por un conjunto de reglas, instituciones y procedimientos mediante el cual México, EE.UU. y Canadá buscan prevenir, atender y resolver los problemas y diferencias que se presentan, ya que de no haberse incluido dicho régimen, los socios comerciales no tendrían la posibilidad de exigir el cumplimiento de lo convenido.

TRIGESIMA CUARTA.- En el diseño del mecanismo del TLCAN se buscó lograr la combinación apropiada de métodos diplomáticos, políticos y legales.

TRIGESIMA QUINTA.- El mecanismo general de solución de controversias del Capítulo XX del TLCAN puede ser activado por cualquiera de las Partes, por controversias derivadas de la aplicación o interpretación del Tratado ya sea por medidas vigentes o en proyecto, o cuando sin violar expresamente las

disposiciones del Tratado las medidas adoptadas por una de las Partes causen anulación o menoscabo.

TRIGESIMA SEXTA.- La CLC es el órgano central del TLCAN y es muy importante su participación debido a la tarea rectora que ejerce en la segunda de las tres etapas del procedimiento de solución de controversias.

TRIGESIMA SEPTIMA.- En el TLCAN no se especifica un plazo para el establecimiento del panel arbitral. En cuanto a la efectividad del proceso, los retrasos excesivos en la constitución de los paneles en todos los casos, sugiere la existencia de imperfecciones procesales muy importantes y significativas en el diseño del mecanismo, particularmente en lo referente a la aparente incapacidad de las Partes de acordar la pronta constitución de los paneles.

TRIGESIMA OCTAVA.- Hasta la fecha el número de procedimientos iniciados de conformidad al Capítulo XX ha sido sorprendentemente bajo, ya que sólo tres reclamaciones condujeron a informes finales por parte de un panel arbitral.

TRIGESIMA NOVENA.- La controversia de “Servicios transfronterizos de autotransporte”, es el caso más controvertido del Capítulo XX, hasta la fecha ha involucrado la decisión de EE.UU. de no abrir su frontera a los servicios mexicanos de autotransporte de carga, de conformidad con lo dispuesto por el TLCAN. Por lo tanto EE.UU. está violando varias disposiciones del TLCAN, al no eliminar restricciones al comercio transfronterizo de transporte de carga, e impedir la inversión mexicana en el sector de transporte de carga en EE.UU., y además ello constituye un trato discriminatorio pues las restricciones no se aplican a Canadá.

CUADRAGESIMA.- La controversia de “Servicios transfronterizos de autotransporte”, por la atención pública y gubernamental que ha atraído por su trascendencia política y económica, ilustra cómo EE.UU. maneja a su gusto las controversias en el TLCAN. Dada la situación en que se encuentra en particular

esta disputa, resulta difícil argumentar que el Capítulo XX ha sido eficaz en la solución de este conflicto.

CUADRAGESIMA PRIMERA.- El historial de solución de controversias del Capítulo XX ha sido demasiado corto para poder evaluar con confianza su eficacia, sin embargo es posible que evolucione y se convierta en una institución más eficaz de autoridad.

CUADRAGESIMA SEGUNDA.- El Capítulo XIX del TLCAN establece un completo mecanismo de solución de controversias que tiene como finalidad revisar las resoluciones definitivas sobre cuotas antidumping y compensatorias emitidas por las autoridades administrativas de cada una de las Partes del TLCAN.

CUADRAGESIMA TERCERA.- Hasta la fecha con lo acordado en el Capítulo XIX del TLCAN, EE.UU. ha pactado la posibilidad de ser sometido a un tribunal internacional para revisar sus cuotas antidumping, una ventaja que no ha vuelto a otorgar a ninguno de los demás países con los que ha firmado otros Tratados de Libre Comercio.

CUADRAGESIMA CUARTA.- El mecanismo de solución de controversias del Capítulo XIX del TLCAN es muy singular, sin ningún precedente importante en el derecho internacional.

CUADRAGESIMA QUINTA.- El procedimiento para la conformación del Panel Binacional del Capítulo XIX sigue siendo un gran problema, ya que en el caso de las manzanas, el Panel se conformó en julio de 2007 y comenzó sus actuaciones hasta agosto de 2008. Por lo que la falta de mecanismos ágiles para la designación de panelistas y de procedimientos rápidos para cumplir sus ausencias, vuelve al mecanismo del Capítulo XIX excesivamente lento, gravoso y perjudicial para las Partes que buscan solucionar pronto sus conflictos. Por estas razones es que el Órgano de Apelación de la OMC le ha aventajado tanto en estos más de 16 años de su entrada en vigor.

CUADRAGESIMA SEXTA.- El TLCAN no cuenta con un mecanismo de apelación para la revisión de las decisiones de los paneles. Por lo tanto este sistema es menos legalista y vinculante, como cuestión de derecho, y por ende es más flexible y diplomático que el sistema de la OMC.

CUADRAGESIMA SEPTIMA.- En el TLCAN es crucial el establecimiento de un mecanismo idóneo y ágil que dé resolución a los problemas que surjan, que sea justo y por ende brinde seguridad, certeza y confianza a las Partes. Asimismo al tener un buen instrumento de estas características dependerá que el TLCAN se vaya perfeccionando a través de las revisiones periódicas, pues se tendrán las medidas a tomar, o al menos, se marcarán o indicarán sus soluciones.

CUADRAGESIMA OCTAVA.- En la actualidad el marco institucional del TLCAN resulta insuficiente y limitado para regular los nuevos problemas a los cuales se enfrentan los tres socios en su proceso de integración. Por lo que es necesario, que dichos gobiernos lleguen a un nuevo arreglo institucional y a una extensión del TLCAN hacia problemas relevantes como el mecanismo de solución de controversias.

CUADRAGESIMA NOVENA.- El TLCAN introdujo un sistema de solución de diferencias de múltiples vías que se asemeja en muchos aspectos al de la OMC. Por lo tanto es necesario que en el sistema de solución de diferencias del TLCAN se introduzca otra de las extraordinarias y únicas características del proceso de solución de diferencias de la OMC: el procedimiento de apelación.

QUINCUAGESIMA.- Conforme se modifique el contexto político y económico en el que opera el TLCAN, lo óptimo será que los mecanismos de solución de controversias evolucionen y permitan que, en caso de no darse fin a una controversia mediante las consultas, la intervención de la CLC, o la de un panel, aquella sea turnada a un Órgano de Apelación cuyas resoluciones sean vinculantes, y cuya ejecución quede en la mayor medida posible al margen de las

presiones políticas y diplomáticas de las Partes. Si esto se logra por existir las circunstancias propicias para que sea viable, los socios se verán beneficiados.

QUINCUAGESIMA SEGUNDA.- Como México tiene un poder relativo menor que el de sus socios comerciales, le conviene un esquema como el del Órgano de Apelación en que si no logra alcanzar acuerdos por la vía de la negociación, las diferencias sean resueltas en un ámbito donde predomine el derecho sobre el poder.

PROPUESTA

En la actualidad los mecanismos establecidos en el TLCAN son temporales porque no hay un órgano permanente que de lugar a la creación de un cuerpo legal que dé fuerza y luz a las resoluciones y que constituya un tronco estable a los procedimientos.

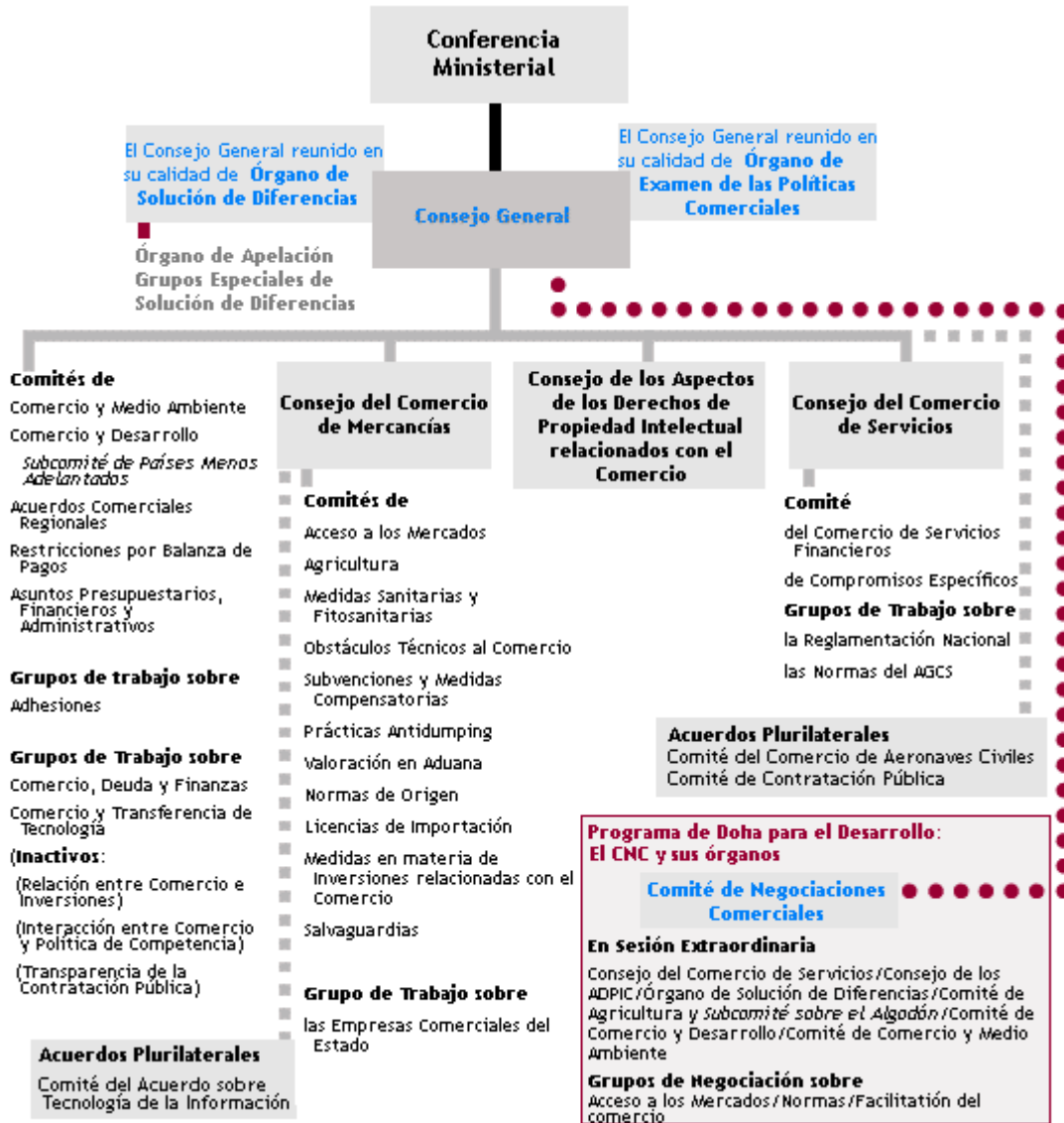
Al institucionalizar las relaciones económicas en el TLCAN, lo que se busca es alejarse de relaciones de poder en donde las ventajas las lleva EE.UU., brindando certidumbre a todos los agentes económicos y arrojando beneficios en el largo plazo para los tres socios comerciales.

Por ende es conveniente establecer un Órgano de Apelación Permanente en el TLCAN para que conozca sobre los reportes de los Paneles, con la intención de que haya un equilibrio entre los Miembros, otorgándoles mayor certeza jurídica y previsibilidad, el cual le dé celeridad a las resoluciones para así poder facilitarles a las Partes la oportunidad de evitar los litigios que son largos y costosos.

Por lo tanto la creación de un Órgano de Apelación Permanente similar al de la OMC, es aconsejable pues será profesional, dará publicidad a sus resoluciones y opiniones y permitirá la creación de una obra jurídica que deba ser vinculatoria y que servirá como precedente ante la falta de conocimientos y de costumbre en el trato de estos temas, así como la existencia de normas idóneas.

La trascendencia de la implementación de un Órgano de Apelación Permanente en el TLCAN similar al de la OMC y lo que significa para el futuro de los socios comerciales del TLCAN es evidente, ya que permitirá que sus Miembros ocupen un lugar en equilibrio sin beneficios y perjuicios para ninguno de ellos y aseguren el bienestar jurídico y económico en este mundo globalizado.

Anexo I. Estructura de la OMC



Anexo II. Diferencias por país/territorio⁸⁵⁹

	como reclamante	como demandado	como tercero
Alemania > Ver mapa	—	como demandado – 2 caso(s): DS316 , DS347	—
Antigua y Barbuda > Ver mapa	como reclamante – 1 caso(s): DS285	—	—
Arabia Saudita, Reino de la > Ver mapa	—	—	como tercero – 6 caso(s): DS379 , DS394 , DS395 , DS398 , DS412 , DS414
Argentina > Ver mapa	como reclamante – 15 caso(s): DS35 , DS111 , DS207 , DS226 , DS263 , DS268 , DS272 , DS278 , DS293 , DS346 , DS349 , DS351 , DS355 , DS356 , DS393	como demandado – 17 caso(s): DS56 , DS77 , DS121 , DS123 , DS145 , DS155 , DS157 , DS164 , DS171 , DS189 , DS190 , DS196 , DS233 , DS238 , DS241 , DS330 , DS410	como tercero – 36 caso(s): DS103 , DS113 , DS174 , DS214 , DS217 , DS234 , DS267 , DS282 , DS290 , DS291 , DS292 , DS294 , DS315 , DS322 , DS332 , DS334 , DS339 , DS340 , DS342 , DS357 , DS362 , DS365 , DS379 , DS381 , DS382 , DS383 , DS384 , DS386 , DS391 , DS394 , DS395 , DS398 , DS400 , DS401 , DS414 , DS421
Armenia > Ver mapa	—	como demandado – 1 caso(s): DS411	—
Australia > Ver mapa	como reclamante – 7 caso(s): DS35 , DS91 , DS169 , DS178 , DS217 , DS265 , DS290	como demandado – 10 caso(s): DS18 , DS21 , DS57 , DS106 , DS119 , DS126 , DS270 , DS271 , DS287 , DS367	como tercero – 63 caso(s): DS7 , DS12 , DS14 , DS26 , DS46 , DS48 , DS58 , DS103 , DS108 , DS113 , DS114 , DS160 , DS161 , DS166 , DS174 , DS177 , DS194 , DS202 , DS204 , DS207 , DS222 , DS234 , DS245 , DS266 , DS267 , DS276 , DS283 , DS290 , DS291 , DS292 , DS293 , DS315 , DS316 , DS317 , DS320 , DS321 , DS332 , DS334 , DS339 , DS340 , DS342 , DS347 , DS352 , DS353 , DS357 , DS360 , DS362 , DS363 , DS365 , DS371 , DS375 , DS376 , DS377 , DS379 , DS381 , DS384 , DS386 , DS389 , DS396 , DS403 , DS405 , DS412 , DS413
Bahrein, Reino de > Ver mapa	—	—	como tercero – 1 caso(s): DS379
Bangladesh > Ver mapa	como reclamante – 1 caso(s): DS306	—	como tercero – 1 caso(s): DS243
Barbados > Ver mapa	—	—	como tercero – 4 caso(s): DS108 , DS265 , DS266 , DS283
Bélgica > Ver mapa	—	como demandado – 3 caso(s): DS80 , DS127 , DS210	—
Belice > Ver mapa	—	—	como tercero – 4 caso(s): DS27 , DS265 , DS266 , DS283
Benin > Ver mapa	—	—	como tercero – 1 caso(s): DS267
Bolivia, Estado	—	—	como tercero – 1 caso(s):

⁸⁵⁹ http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_by_country_s.htm, consultada el 30 de noviembre de 2011.

Plurinacional de > Ver mapa			DS246
Brasil > Ver mapa	como reclamante – 25 caso(s): DS4 , DS69 , DS70 , DS71 , DS112 , DS154 , DS190 , DS208 , DS209 , DS216 , DS217 , DS218 , DS219 , DS222 , DS224 , DS239 , DS241 , DS250 , DS259 , DS266 , DS267 , DS269 , DS365 , DS382 , DS409	como demandado – 14 caso(s): DS22 , DS30 , DS46 , DS51 , DS52 , DS65 , DS81 , DS116 , DS183 , DS197 , DS199 , DS229 , DS332 , DS355	como tercero – 65 caso(s): DS27 , DS76 , DS89 , DS108 , DS114 , DS121 , DS135 , DS138 , DS152 , DS160 , DS174 , DS184 , DS204 , DS207 , DS212 , DS234 , DS244 , DS245 , DS246 , DS248 , DS249 , DS251 , DS252 , DS253 , DS254 , DS258 , DS265 , DS283 , DS286 , DS290 , DS291 , DS292 , DS293 , DS294 , DS315 , DS316 , DS317 , DS320 , DS321 , DS335 , DS339 , DS340 , DS342 , DS343 , DS345 , DS347 , DS350 , DS353 , DS362 , DS375 , DS376 , DS377 , DS379 , DS381 , DS384 , DS386 , DS391 , DS392 , DS394 , DS395 , DS397 , DS398 , DS405 , DS406 , DS412
Camerún > Ver mapa	–	–	como tercero – 1 caso(s): DS27
Canadá > Ver mapa	como reclamante – 33 caso(s): DS7 , DS9 , DS10 , DS18 , DS20 , DS35 , DS46 , DS48 , DS92 , DS135 , DS137 , DS144 , DS153 , DS167 , DS180 , DS194 , DS221 , DS234 , DS236 , DS247 , DS257 , DS264 , DS277 , DS292 , DS310 , DS311 , DS342 , DS357 , DS369 , DS378 , DS384 , DS391 , DS400	como demandado – 17 caso(s): DS31 , DS70 , DS71 , DS103 , DS113 , DS114 , DS117 , DS139 , DS142 , DS170 , DS222 , DS276 , DS321 , DS338 , DS354 , DS412 , DS426	como tercero – 72 caso(s): DS12 , DS14 , DS21 , DS22 , DS26 , DS27 , DS32 , DS33 , DS35 , DS38 , DS60 , DS75 , DS84 , DS87 , DS108 , DS110 , DS152 , DS160 , DS161 , DS166 , DS169 , DS174 , DS177 , DS178 , DS184 , DS188 , DS202 , DS204 , DS207 , DS214 , DS217 , DS231 , DS241 , DS244 , DS248 , DS249 , DS251 , DS252 , DS253 , DS254 , DS258 , DS259 , DS265 , DS266 , DS267 , DS280 , DS281 , DS282 , DS283 , DS285 , DS287 , DS290 , DS291 , DS293 , DS308 , DS312 , DS316 , DS317 , DS320 , DS337 , DS341 , DS347 , DS353 , DS362 , DS379 , DS381 , DS386 , DS394 , DS395 , DS397 , DS398 , DS401
Chad > Ver mapa	–	–	como tercero – 1 caso(s): DS267
Chile > Ver mapa	como reclamante – 10 caso(s): DS14 , DS97 , DS217 , DS227 , DS232 , DS238 , DS255 , DS261 , DS303 , DS326	como demandado – 13 caso(s): DS87 , DS109 , DS110 , DS193 , DS207 , DS220 , DS226 , DS228 , DS230 , DS278 , DS351 , DS356 , DS393	como tercero – 29 caso(s): DS7 , DS184 , DS206 , DS211 , DS219 , DS221 , DS231 , DS241 , DS244 , DS250 , DS270 , DS276 , DS287 , DS291 , DS292 , DS293 , DS302 , DS335 , DS343 , DS344 , DS352 , DS357 , DS360 , DS365 , DS367 , DS394 , DS395 , DS397 , DS398
China > Ver mapa	como reclamante – 8 caso(s): DS252 , DS368 , DS379 , DS392 , DS397 , DS399 , DS405 , DS422	como demandado – 23 caso(s): DS309 , DS339 , DS340 , DS342 , DS358 , DS359 , DS362 , DS363 , DS372 , DS373 , DS378 , DS387 , DS388 , DS390 , DS394 , DS395 , DS398 , DS407 , DS413 , DS414 , DS419 , DS425 , DS427	como tercero – 87 caso(s): DS108 , DS174 , DS207 , DS212 , DS243 , DS245 , DS248 , DS249 , DS251 , DS253 , DS254 , DS257 , DS258 , DS264 , DS265 , DS266 , DS267 , DS268 , DS269 , DS270 , DS273 , DS276 , DS277 , DS280 , DS281 , DS282 , DS283 , DS285 , DS286 , DS287 , DS290 , DS291 , DS292 , DS293 , DS294 , DS295 , DS296 , DS299 , DS301 , DS302 , DS308 , DS312 , DS315 , DS316 , DS317 , DS320 , DS321 , DS322 , DS323 , DS327 , DS331 , DS332 , DS334 , DS335 , DS336 , DS337 , DS341 , DS343 , DS344 , DS345 , DS347 , DS350 , DS353 , DS366 , DS369 , DS371 , DS375 , DS376 , DS377 , DS381 , DS384 , DS386 , DS389 , DS391 , DS396 , DS400 , DS401 , DS402 , DS403 , DS404 , DS412 , DS415 , DS416 , DS417 , DS418 , DS421 , DS423
Colombia > Ver mapa	como reclamante – 5 caso(s): DS78 , DS188 , DS228 ,	como demandado – 3 caso(s): DS181 , DS348 , DS366	como tercero – 33 caso(s): DS27 , DS58 , DS114 , DS152 , DS174 ,

	DS230 , DS361		DS207 , DS231 , DS237 , DS246 , DS265 , DS266 , DS283 , DS290 , DS291 , DS292 , DS293 , DS369 , DS384 , DS386 , DS394 , DS395 , DS397 , DS398 , DS400 , DS401 , DS403 , DS405 , DS406 , DS415 , DS416 , DS417 , DS418 , DS423
Costa Rica > Ver mapa	como reclamante – 5 caso(s): DS24 , DS185 , DS187 , DS333 , DS415	–	como tercero – 15 caso(s): DS27 , DS32 , DS58 , DS152 , DS188 , DS207 , DS217 , DS234 , DS246 , DS375 , DS376 , DS377 , DS416 , DS417 , DS418
Côte d'Ivoire > Ver mapa	–	–	como tercero – 4 caso(s): DS27 , DS265 , DS266 , DS283
Croacia > Ver mapa	–	como demandado – 1 caso(s): DS297	–
Cuba > Ver mapa	–	–	como tercero – 13 caso(s): DS114 , DS152 , DS204 , DS246 , DS252 , DS253 , DS254 , DS258 , DS259 , DS265 , DS266 , DS283 , DS332
Dinamarca > Ver mapa	–	como demandado – 1 caso(s): DS83	–
Dominica > Ver mapa	–	–	como tercero – 3 caso(s): DS27 , DS152 , DS165
Ecuador > Ver mapa	como reclamante – 3 caso(s): DS27 , DS237 , DS335	como demandado – 3 caso(s): DS182 , DS191 , DS303	como tercero – 16 caso(s): DS58 , DS152 , DS156 , DS165 , DS207 , DS231 , DS246 , DS270 , DS366 , DS381 , DS394 , DS395 , DS398 , DS400 , DS401 , DS413
Egipto > Ver mapa	–	como demandado – 4 caso(s): DS205 , DS211 , DS305 , DS327	como tercero – 4 caso(s): DS141 , DS260 , DS334 , DS350
El Salvador > Ver mapa	como reclamante – 1 caso(s): DS418	–	como tercero – 13 caso(s): DS58 , DS60 , DS156 , DS207 , DS246 , DS291 , DS292 , DS293 , DS302 , DS412 , DS415 , DS416 , DS417
España > Ver mapa	–	como demandado – 2 caso(s): DS316 , DS347	–
Estados Unidos > Ver mapa	como reclamante – 98 caso(s): DS3 , DS5 , DS11 , DS13 , DS16 , DS21 , DS26 , DS27 , DS28 , DS31 , DS35 , DS36 , DS37 , DS41 , DS43 , DS44 , DS45 , DS50 , DS52 , DS56 , DS57 , DS59 , DS62 , DS65 , DS67 , DS68 , DS74 , DS76 , DS80 , DS82 , DS83 , DS84 , DS86 , DS90 , DS101 , DS102 , DS103 , DS104 , DS106 , DS109 , DS115 , DS124 , DS125 , DS126 , DS127 , DS128 , DS129 , DS130 , DS131 , DS132 , DS158 , DS161 , DS163 , DS164 , DS170 , DS171 , DS172 , DS173 , DS174 , DS175 , DS195 , DS196 , DS197 , DS198 , DS199 , DS203 , DS204 , DS210 ,	como demandado – 113 caso(s): DS2 , DS4 , DS6 , DS24 , DS32 , DS33 , DS38 , DS39 , DS49 , DS58 , DS61 , DS63 , DS78 , DS85 , DS88 , DS89 , DS95 , DS97 , DS99 , DS100 , DS108 , DS111 , DS118 , DS136 , DS138 , DS144 , DS151 , DS152 , DS160 , DS162 , DS165 , DS166 , DS167 , DS176 , DS177 , DS178 , DS179 , DS180 , DS184 , DS186 , DS192 , DS194 , DS200 , DS202 , DS206 , DS212 , DS213 , DS214 , DS217 , DS218 , DS221 , DS224 , DS225 , DS234 , DS236 , DS239 , DS243 , DS244 , DS247 , DS248 , DS249 , DS250 , DS251 , DS252 , DS253 ,	como tercero – 92 caso(s): DS7 , DS12 , DS14 , DS18 , DS22 , DS34 , DS46 , DS48 , DS54 , DS55 , DS60 , DS64 , DS69 , DS70 , DS72 , DS77 , DS79 , DS87 , DS98 , DS103 , DS110 , DS113 , DS114 , DS121 , DS122 , DS135 , DS139 , DS141 , DS142 , DS155 , DS156 , DS169 , DS188 , DS189 , DS190 , DS207 , DS211 , DS219 , DS222 , DS231 , DS237 , DS238 , DS241 , DS246 , DS261 , DS265 , DS266 , DS269 , DS270 , DS273 , DS283 , DS286 , DS287 , DS290 , DS292 , DS293 , DS299 , DS301 , DS302 , DS312 , DS321 , DS323 , DS327 , DS331 , DS332 , DS336 , DS337 , DS341 , DS351 , DS352 , DS355 , DS356 , DS366 , DS367 , DS369 , DS371 , DS376 , DS377 , DS391 , DS395 , DS396 , DS397 , DS398 , DS400 , DS401 , DS405 , DS412 , DS415 , DS416 , DS417 , DS418 , DS423

	DS223 , DS245 , DS260 , DS275 , DS276 , DS291 , DS295 , DS305 , DS308 , DS309 , DS315 , DS316 , DS334 , DS338 , DS340 , DS347 , DS358 , DS360 , DS362 , DS363 , DS373 , DS375 , DS387 , DS389 , DS394 , DS403 , DS413 , DS414 , DS419 , DS427	DS254 , DS257 , DS258 , DS259 , DS262 , DS264 , DS267 , DS268 , DS274 , DS277 , DS280 , DS281 , DS282 , DS285 , DS294 , DS296 , DS310 , DS311 , DS317 , DS319 , DS320 , DS322 , DS324 , DS325 , DS335 , DS343 , DS344 , DS345 , DS346 , DS350 , DS353 , DS357 , DS365 , DS368 , DS379 , DS381 , DS382 , DS383 , DS384 , DS386 , DS392 , DS399 , DS402 , DS404 , DS406 , DS420 , DS422 , DS424	
Fiji > Ver mapa	–	–	como tercero – 3 caso(s): DS265 , DS266 , DS283
Filipinas > Ver mapa	como reclamante – 5 caso(s): DS22 , DS61 , DS270 , DS271 , DS371	como demandado – 6 caso(s): DS74 , DS102 , DS195 , DS215 , DS396 , DS403	como tercero – 8 caso(s): DS27 , DS34 , DS58 , DS243 , DS287 , DS375 , DS376 , DS377
Francia > Ver mapa	–	como demandado – 4 caso(s): DS131 , DS173 , DS316 , DS347	–
Ghana > Ver mapa	–	–	como tercero – 1 caso(s): DS27
Granada > Ver mapa	–	–	como tercero – 1 caso(s): DS27
Grecia > Ver mapa	–	como demandado – 2 caso(s): DS125 , DS129	–
Guatemala > Ver mapa	como reclamante – 8 caso(s): DS16 , DS27 , DS158 , DS220 , DS298 , DS331 , DS390 , DS416	como demandado – 2 caso(s): DS60 , DS156	como tercero – 21 caso(s): DS58 , DS174 , DS204 , DS207 , DS241 , DS246 , DS290 , DS302 , DS308 , DS332 , DS366 , DS381 , DS384 , DS386 , DS389 , DS392 , DS406 , DS413 , DS415 , DS417 , DS418
Guyana > Ver mapa	–	–	como tercero – 3 caso(s): DS265 , DS266 , DS283
Honduras > Ver mapa	como reclamante – 7 caso(s): DS16 , DS27 , DS158 , DS201 , DS300 , DS302 , DS417	–	como tercero – 17 caso(s): DS60 , DS156 , DS188 , DS199 , DS204 , DS207 , DS246 , DS291 , DS292 , DS293 , DS331 , DS366 , DS412 , DS414 , DS415 , DS416 , DS418
Hong Kong, China > Ver mapa	como reclamante – 1 caso(s): DS29	–	como tercero – 13 caso(s): DS21 , DS34 , DS58 , DS152 , DS217 , DS234 , DS294 , DS315 , DS322 , DS337 , DS375 , DS376 , DS377
Hungría > Ver mapa	como reclamante – 5 caso(s): DS143 , DS148 , DS240 , DS256 , DS297	como demandado – 2 caso(s): DS35 , DS159	como tercero – 2 caso(s): DS56 , DS76
India > Ver mapa	como reclamante – 19 caso(s): DS19 , DS32 , DS33 , DS34 , DS58 , DS134 , DS140 , DS141 , DS168 , DS206 , DS217 , DS229 , DS233 ,	como demandado – 20 caso(s): DS50 , DS79 , DS90 , DS91 , DS92 , DS93 , DS94 , DS96 , DS120 , DS146 , DS149 , DS150 , DS175 , DS279 ,	como tercero – 72 caso(s): DS18 , DS21 , DS24 , DS27 , DS54 , DS55 , DS56 , DS58 , DS59 , DS62 , DS64 , DS67 , DS68 , DS108 , DS114 , DS136 , DS139 , DS142 , DS152 , DS162 , DS165 , DS174 , DS192 , DS194 , DS195 , DS199 , DS204 ,

	<u>DS243</u> , <u>DS246</u> , <u>DS313</u> , <u>DS345</u> , <u>DS385</u> , <u>DS408</u>	<u>DS304</u> , <u>DS306</u> , <u>DS318</u> , <u>DS352</u> , <u>DS360</u> , <u>DS380</u>	<u>DS210</u> , <u>DS212</u> , <u>DS221</u> , <u>DS222</u> , <u>DS234</u> , <u>DS236</u> , <u>DS244</u> , <u>DS257</u> , <u>DS264</u> , <u>DS265</u> , <u>DS266</u> , <u>DS267</u> , <u>DS270</u> , <u>DS283</u> , <u>DS287</u> , <u>DS290</u> , <u>DS294</u> , <u>DS315</u> , <u>DS320</u> , <u>DS321</u> , <u>DS322</u> , <u>DS335</u> , <u>DS343</u> , <u>DS350</u> , <u>DS357</u> , <u>DS362</u> , <u>DS365</u> , <u>DS366</u> , <u>DS371</u> , <u>DS375</u> , <u>DS376</u> , <u>DS377</u> , <u>DS379</u> , <u>DS384</u> , <u>DS386</u> , <u>DS391</u> , <u>DS394</u> , <u>DS395</u> , <u>DS396</u> , <u>DS397</u> , <u>DS398</u> , <u>DS403</u> , <u>DS404</u> , <u>DS412</u> , <u>DS414</u>
Indonesia > <u>Ver mapa</u>	como reclamante – 5 caso(s): <u>DS123</u> , <u>DS217</u> , <u>DS312</u> , <u>DS374</u> , <u>DS406</u>	como demandado – 4 caso(s): <u>DS54</u> , <u>DS55</u> , <u>DS59</u> , <u>DS64</u>	como tercero – 4 caso(s): <u>DS22</u> , <u>DS121</u> , <u>DS164</u> , <u>DS234</u>
Irlanda > <u>Ver mapa</u>	–	como demandado – 3 caso(s): <u>DS68</u> , <u>DS82</u> , <u>DS130</u>	–
Islandia > <u>Ver mapa</u>	–	–	como tercero – 8 caso(s): <u>DS7</u> , <u>DS12</u> , <u>DS14</u> , <u>DS21</u> , <u>DS177</u> , <u>DS178</u> , <u>DS400</u> , <u>DS401</u>
Israel > <u>Ver mapa</u>	–	–	como tercero – 4 caso(s): <u>DS114</u> , <u>DS152</u> , <u>DS217</u> , <u>DS234</u>
Jamaica > <u>Ver mapa</u>	–	–	como tercero – 8 caso(s): <u>DS27</u> , <u>DS108</u> , <u>DS132</u> , <u>DS152</u> , <u>DS165</u> , <u>DS265</u> , <u>DS266</u> , <u>DS283</u>
Japón > <u>Ver mapa</u>	como reclamante – 14 caso(s): <u>DS6</u> , <u>DS51</u> , <u>DS55</u> , <u>DS64</u> , <u>DS95</u> , <u>DS139</u> , <u>DS162</u> , <u>DS184</u> , <u>DS217</u> , <u>DS244</u> , <u>DS249</u> , <u>DS322</u> , <u>DS376</u> , <u>DS412</u>	como demandado – 15 caso(s): <u>DS8</u> , <u>DS10</u> , <u>DS11</u> , <u>DS15</u> , <u>DS28</u> , <u>DS42</u> , <u>DS44</u> , <u>DS45</u> , <u>DS66</u> , <u>DS73</u> , <u>DS76</u> , <u>DS147</u> , <u>DS245</u> , <u>DS323</u> , <u>DS336</u>	como tercero – 113 caso(s): <u>DS7</u> , <u>DS12</u> , <u>DS14</u> , <u>DS27</u> , <u>DS34</u> , <u>DS35</u> , <u>DS38</u> , <u>DS58</u> , <u>DS62</u> , <u>DS67</u> , <u>DS68</u> , <u>DS88</u> , <u>DS95</u> , <u>DS103</u> , <u>DS108</u> , <u>DS113</u> , <u>DS114</u> , <u>DS122</u> , <u>DS136</u> , <u>DS141</u> , <u>DS146</u> , <u>DS152</u> , <u>DS160</u> , <u>DS163</u> , <u>DS165</u> , <u>DS175</u> , <u>DS176</u> , <u>DS177</u> , <u>DS178</u> , <u>DS179</u> , <u>DS189</u> , <u>DS195</u> , <u>DS199</u> , <u>DS202</u> , <u>DS204</u> , <u>DS206</u> , <u>DS207</u> , <u>DS210</u> , <u>DS211</u> , <u>DS213</u> , <u>DS214</u> , <u>DS219</u> , <u>DS221</u> , <u>DS234</u> , <u>DS236</u> , <u>DS248</u> , <u>DS251</u> , <u>DS252</u> , <u>DS253</u> , <u>DS254</u> , <u>DS257</u> , <u>DS258</u> , <u>DS260</u> , <u>DS264</u> , <u>DS267</u> , <u>DS268</u> , <u>DS273</u> , <u>DS276</u> , <u>DS277</u> , <u>DS281</u> , <u>DS282</u> , <u>DS285</u> , <u>DS294</u> , <u>DS296</u> , <u>DS299</u> , <u>DS301</u> , <u>DS308</u> , <u>DS312</u> , <u>DS315</u> , <u>DS316</u> , <u>DS317</u> , <u>DS327</u> , <u>DS331</u> , <u>DS332</u> , <u>DS335</u> , <u>DS337</u> , <u>DS339</u> , <u>DS340</u> , <u>DS341</u> , <u>DS342</u> , <u>DS343</u> , <u>DS344</u> , <u>DS345</u> , <u>DS347</u> , <u>DS350</u> , <u>DS352</u> , <u>DS353</u> , <u>DS355</u> , <u>DS357</u> , <u>DS360</u> , <u>DS362</u> , <u>DS363</u> , <u>DS365</u> , <u>DS367</u> , <u>DS369</u> , <u>DS375</u> , <u>DS377</u> , <u>DS379</u> , <u>DS381</u> , <u>DS383</u> , <u>DS391</u> , <u>DS394</u> , <u>DS395</u> , <u>DS397</u> , <u>DS398</u> , <u>DS399</u> , <u>DS400</u> , <u>DS401</u> , <u>DS402</u> , <u>DS404</u> , <u>DS405</u> , <u>DS413</u> , <u>DS414</u>
Kenya > <u>Ver mapa</u>	–	–	como tercero – 3 caso(s): <u>DS265</u> , <u>DS266</u> , <u>DS283</u>
Kuwait > <u>Ver mapa</u>	–	–	como tercero – 1 caso(s): <u>DS379</u>
Madagascar > <u>Ver mapa</u>	–	–	como tercero – 4 caso(s): <u>DS27</u> , <u>DS265</u> , <u>DS266</u> , <u>DS283</u>
Malasia > <u>Ver mapa</u>	como reclamante – 1 caso(s): <u>DS58</u>	como demandado – 1 caso(s): <u>DS1</u>	como tercero – 2 caso(s): <u>DS22</u> , <u>DS38</u>
Malawi > <u>Ver mapa</u>	–	–	como tercero – 3 caso(s): <u>DS265</u> , <u>DS266</u> , <u>DS283</u>
Mauricio > <u>Ver mapa</u>	–	–	como tercero – 5 caso(s): <u>DS132</u> , <u>DS246</u> , <u>DS265</u> , <u>DS266</u> , <u>DS283</u>
México > <u>Ver mapa</u>	como reclamante – 21 caso(s): <u>DS16</u> , <u>DS23</u> , <u>DS27</u> , <u>DS49</u> ,	como demandado – 14 caso(s): <u>DS53</u> , <u>DS101</u> , <u>DS132</u> ,	como tercero – 61 caso(s): <u>DS38</u> , <u>DS44</u> , <u>DS58</u> , <u>DS75</u> , <u>DS84</u> , <u>DS87</u> ,

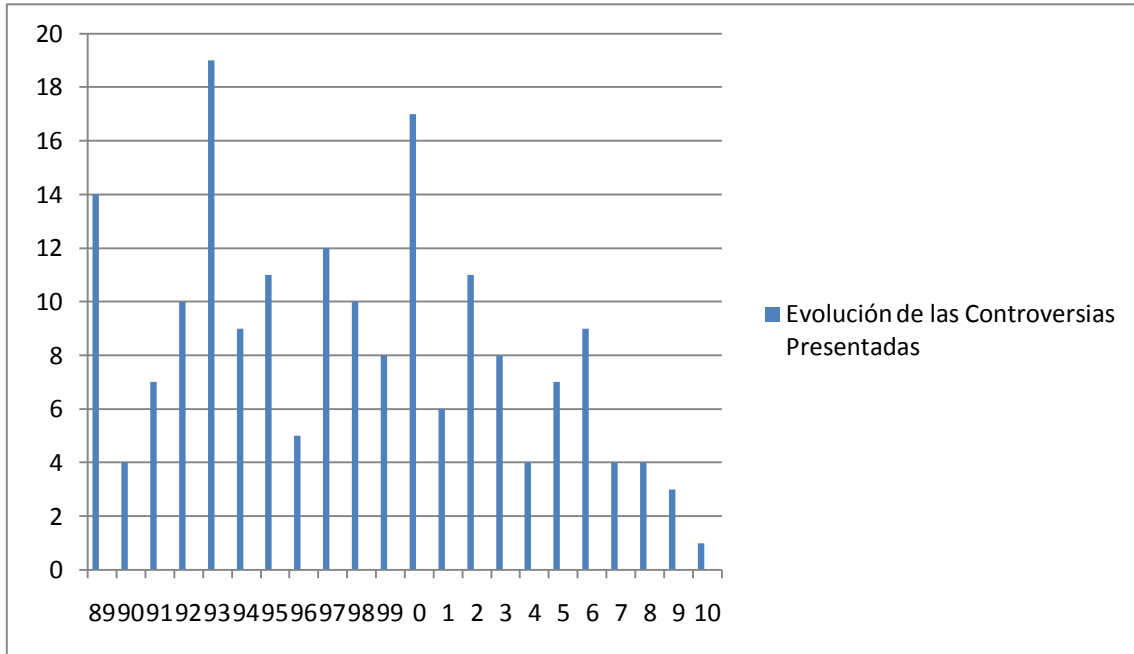
	DS60 , DS156 , DS158 , DS182 , DS191 , DS234 , DS280 , DS281 , DS282 , DS325 , DS329 , DS344 , DS359 , DS381 , DS386 , DS388 , DS398	DS203 , DS204 , DS216 , DS232 , DS284 , DS295 , DS298 , DS308 , DS314 , DS331 , DS341	DS103 , DS113 , DS126 , DS136 , DS138 , DS174 , DS202 , DS212 , DS214 , DS217 , DS249 , DS250 , DS251 , DS252 , DS253 , DS254 , DS258 , DS259 , DS261 , DS268 , DS273 , DS276 , DS285 , DS290 , DS291 , DS292 , DS293 , DS294 , DS320 , DS321 , DS322 , DS332 , DS335 , DS339 , DS340 , DS342 , DS343 , DS350 , DS357 , DS362 , DS365 , DS369 , DS379 , DS382 , DS384 , DS394 , DS395 , DS396 , DS400 , DS401 , DS402 , DS403 , DS404 , DS406 , DS412
Moldova > Ver mapa	como reclamante – 1 caso(s): DS423	como demandado – 1 caso(s): DS421	–
Namibia > Ver mapa	–	–	como tercero – 1 caso(s): DS401
Nicaragua > Ver mapa	como reclamante – 1 caso(s): DS284	como demandado – 2 caso(s): DS188 , DS201	como tercero – 12 caso(s): DS27 , DS176 , DS204 , DS207 , DS246 , DS302 , DS357 , DS365 , DS415 , DS416 , DS417 , DS418
Nigeria > Ver mapa	–	–	como tercero – 1 caso(s): DS58
Noruega > Ver mapa	como reclamante – 4 caso(s): DS254 , DS328 , DS337 , DS401	–	como tercero – 37 caso(s): DS2 , DS18 , DS21 , DS26 , DS32 , DS33 , DS48 , DS213 , DS217 , DS234 , DS244 , DS248 , DS249 , DS251 , DS252 , DS253 , DS258 , DS273 , DS291 , DS292 , DS293 , DS294 , DS320 , DS321 , DS322 , DS341 , DS350 , DS369 , DS379 , DS389 , DS394 , DS395 , DS397 , DS398 , DS400 , DS406 , DS412
Nueva Zelanda > Ver mapa	como reclamante – 7 caso(s): DS35 , DS72 , DS93 , DS113 , DS177 , DS258 , DS367	–	como tercero – 33 caso(s): DS26 , DS48 , DS161 , DS166 , DS169 , DS174 , DS178 , DS245 , DS248 , DS249 , DS251 , DS252 , DS253 , DS254 , DS264 , DS265 , DS266 , DS267 , DS283 , DS290 , DS291 , DS292 , DS293 , DS320 , DS321 , DS322 , DS323 , DS357 , DS365 , DS381 , DS384 , DS386 , DS389
Países Bajos > Ver mapa	–	como demandado – 3 caso(s): DS128 , DS408 , DS409	–
Pakistán > Ver mapa	como reclamante – 3 caso(s): DS58 , DS192 , DS327	como demandado – 2 caso(s): DS36 , DS107	como tercero – 9 caso(s): DS32 , DS33 , DS58 , DS190 , DS243 , DS246 , DS267 , DS334 , DS367
Panamá > Ver mapa	como reclamante – 5 caso(s): DS105 , DS158 , DS348 , DS364 , DS366	como demandado – 1 caso(s): DS329	como tercero – 6 caso(s): DS27 , DS246 , DS415 , DS416 , DS417 , DS418
Paraguay > Ver mapa	–	–	como tercero – 15 caso(s): DS121 , DS190 , DS207 , DS238 , DS241 , DS246 , DS250 , DS265 , DS266 , DS267 , DS283 , DS291 , DS292 , DS293 , DS332
Perú > Ver mapa	como reclamante – 3 caso(s): DS12 , DS231 , DS410	como demandado – 4 caso(s): DS112 , DS227 , DS255 , DS272	como tercero – 10 caso(s): DS7 , DS87 , DS110 , DS207 , DS246 , DS291 , DS292 , DS293 , DS384 , DS386
Polonia > Ver mapa	como reclamante – 3 caso(s): DS122 , DS235 , DS289	como demandado – 1 caso(s): DS19	como tercero – 1 caso(s): DS114
Portugal > Ver mapa	–	como demandado – 1 caso(s): DS37	–
Reino Unido > Ver mapa	–	como demandado – 3 caso(s): DS67 , DS316 , DS347	–

República Checa > Ver mapa	como reclamante – 1 caso(s): DS159	como demandado – 2 caso(s): DS148 , DS289	–
República de Corea > Ver mapa	como reclamante – 15 caso(s): DS89 , DS99 , DS179 , DS202 , DS215 , DS217 , DS251 , DS296 , DS299 , DS301 , DS307 , DS323 , DS336 , DS402 , DS420	como demandado – 14 caso(s): DS3 , DS5 , DS20 , DS40 , DS41 , DS75 , DS84 , DS98 , DS161 , DS163 , DS169 , DS273 , DS312 , DS391	como tercero – 60 caso(s): DS46 , DS54 , DS55 , DS59 , DS62 , DS64 , DS67 , DS68 , DS139 , DS141 , DS142 , DS146 , DS152 , DS175 , DS184 , DS212 , DS214 , DS234 , DS244 , DS248 , DS249 , DS252 , DS253 , DS254 , DS258 , DS260 , DS268 , DS277 , DS294 , DS315 , DS316 , DS317 , DS322 , DS332 , DS334 , DS335 , DS337 , DS343 , DS347 , DS350 , DS353 , DS362 , DS363 , DS375 , DS376 , DS377 , DS381 , DS382 , DS383 , DS384 , DS386 , DS389 , DS392 , DS394 , DS395 , DS398 , DS404 , DS412 , DS413 , DS414
República Dominicana > Ver mapa	–	como demandado – 7 caso(s): DS300 , DS302 , DS333 , DS415 , DS416 , DS417 , DS418	como tercero – 4 caso(s): DS27 , DS152 , DS199 , DS406
República Eslovaca > Ver mapa	–	como demandado – 3 caso(s): DS133 , DS143 , DS235	–
Rumania > Ver mapa	–	como demandado – 2 caso(s): DS198 , DS240	–
Saint Kitts y Nevis > Ver mapa	–	–	como tercero – 3 caso(s): DS265 , DS266 , DS283
San Vicente y las Granadinas > Ver mapa	–	–	como tercero – 1 caso(s): DS27
Santa Lucía > Ver mapa	–	–	como tercero – 3 caso(s): DS27 , DS152 , DS165
Senegal > Ver mapa	–	–	como tercero – 2 caso(s): DS27 , DS58
Singapur > Ver mapa	como reclamante – 1 caso(s): DS1	–	como tercero – 7 caso(s): DS58 , DS62 , DS67 , DS68 , DS375 , DS376 , DS377
Sri Lanka > Ver mapa	como reclamante – 1 caso(s): DS30	–	como tercero – 3 caso(s): DS22 , DS58 , DS246
Sudáfrica > Ver mapa	–	como demandado – 3 caso(s): DS168 , DS288 , DS374	como tercero – 2 caso(s): DS357 , DS365
Suecia > Ver mapa	–	como demandado – 1 caso(s): DS86	–
Suiza > Ver mapa	como reclamante – 4 caso(s): DS94 , DS119 , DS133 , DS253	–	como tercero – 8 caso(s): DS114 , DS160 , DS248 , DS249 , DS251 , DS252 , DS254 , DS258
Suriname > Ver mapa	–	–	como tercero – 1 caso(s): DS27
Swazilandia > Ver mapa	–	–	como tercero – 3 caso(s): DS265 , DS266 , DS283
Tailandia > Ver mapa	como reclamante – 13 caso(s): DS17 , DS35 , DS47 , DS58 , DS181 , DS205 , DS217 , DS242 , DS283 , DS286 , DS324 , DS343 , DS383	como demandado – 3 caso(s): DS122 , DS370 , DS371	como tercero – 52 caso(s): DS34 , DS35 , DS38 , DS58 , DS69 , DS114 , DS152 , DS207 , DS234 , DS248 , DS249 , DS251 , DS252 , DS253 , DS254 , DS258 , DS259 , DS264 , DS265 , DS266 , DS267 , DS269 , DS270 , DS282 , DS287 , DS291 , DS292 , DS293 , DS294 , DS322 , DS332 , DS334 , DS335 , DS339 , DS340 , DS342 , DS344 , DS345 , DS350 , DS357 , DS362 , DS365 , DS375 , DS376 , DS377 , DS381 ,

			DS382 , DS396 , DS397 , DS402 , DS403 , DS404
Taipei Chino > Ver mapa	como reclamante – 3 caso(s): DS274 , DS318 , DS377	–	como tercero – 62 caso(s): DS174 , DS245 , DS248 , DS249 , DS251 , DS252 , DS253 , DS254 , DS258 , DS259 , DS267 , DS268 , DS273 , DS276 , DS280 , DS281 , DS282 , DS285 , DS290 , DS291 , DS292 , DS293 , DS294 , DS296 , DS299 , DS312 , DS315 , DS320 , DS321 , DS332 , DS339 , DS340 , DS342 , DS350 , DS355 , DS357 , DS362 , DS363 , DS365 , DS366 , DS367 , DS371 , DS375 , DS376 , DS379 , DS381 , DS382 , DS383 , DS384 , DS386 , DS389 , DS391 , DS392 , DS394 , DS395 , DS396 , DS397 , DS398 , DS399 , DS403 , DS412 , DS423
Tanzanía > Ver mapa	–	–	como tercero – 3 caso(s): DS265 , DS266 , DS283
Trinidad y Tabago > Ver mapa	–	como demandado – 2 caso(s): DS185 , DS187	como tercero – 3 caso(s): DS265 , DS266 , DS283
Turquía > Ver mapa	como reclamante – 2 caso(s): DS211 , DS288	como demandado – 8 caso(s): DS29 , DS34 , DS43 , DS47 , DS208 , DS237 , DS256 , DS334	como tercero – 37 caso(s): DS32 , DS33 , DS174 , DS189 , DS248 , DS249 , DS251 , DS252 , DS253 , DS254 , DS258 , DS259 , DS260 , DS290 , DS294 , DS295 , DS357 , DS362 , DS365 , DS366 , DS375 , DS376 , DS377 , DS379 , DS381 , DS392 , DS394 , DS395 , DS397 , DS398 , DS399 , DS405 , DS406 , DS415 , DS416 , DS417 , DS418
Ucrania > Ver mapa	como reclamante – 2 caso(s): DS411 , DS421	como demandado – 1 caso(s): DS423	–
Unión Europea (anteriormente CE) > Ver mapa	como reclamante – 85 caso(s): DS8 , DS15 , DS38 , DS39 , DS40 , DS42 , DS53 , DS54 , DS63 , DS66 , DS73 , DS75 , DS77 , DS79 , DS81 , DS85 , DS87 , DS88 , DS96 , DS98 , DS100 , DS107 , DS108 , DS110 , DS114 , DS116 , DS117 , DS118 , DS120 , DS121 , DS136 , DS138 , DS142 , DS145 , DS146 , DS147 , DS149 , DS150 , DS151 , DS152 , DS155 , DS157 , DS160 , DS165 , DS166 , DS176 , DS183 , DS186 , DS189 , DS193 , DS200 , DS212 , DS213 , DS214 , DS217 , DS225 , DS248 , DS262 , DS273 , DS279 , DS287 , DS294 , DS304 , DS314 , DS317 , DS319 , DS320 , DS321 , DS330 , DS332 , DS339 , DS341 , DS350 , DS352 , DS353 , DS354 , DS370 , DS372 , DS380 , DS395 ,	como demandado – 70 caso(s): DS7 , DS9 , DS12 , DS13 , DS14 , DS16 , DS17 , DS25 , DS26 , DS27 , DS48 , DS62 , DS69 , DS72 , DS104 , DS105 , DS115 , DS124 , DS134 , DS135 , DS137 , DS140 , DS141 , DS153 , DS154 , DS158 , DS172 , DS174 , DS209 , DS219 , DS223 , DS231 , DS242 , DS246 , DS260 , DS263 , DS265 , DS266 , DS269 , DS283 , DS286 , DS290 , DS291 , DS292 , DS293 , DS299 , DS301 , DS307 , DS313 , DS315 , DS316 , DS326 , DS328 , DS337 , DS347 , DS349 , DS361 , DS364 , DS369 , DS375 , DS376 , DS377 , DS385 , DS389 , DS397 , DS400 , DS401 , DS405 , DS408 , DS409	como tercero – 111 caso(s): DS2 , DS18 , DS21 , DS22 , DS32 , DS33 , DS34 , DS44 , DS46 , DS50 , DS56 , DS58 , DS70 , DS76 , DS103 , DS113 , DS122 , DS126 , DS156 , DS162 , DS163 , DS175 , DS177 , DS178 , DS179 , DS184 , DS188 , DS192 , DS194 , DS202 , DS204 , DS206 , DS207 , DS211 , DS221 , DS222 , DS234 , DS236 , DS237 , DS238 , DS241 , DS243 , DS244 , DS245 , DS249 , DS250 , DS251 , DS252 , DS253 , DS254 , DS257 , DS258 , DS261 , DS264 , DS267 , DS268 , DS270 , DS276 , DS277 , DS280 , DS281 , DS282 , DS285 , DS295 , DS296 , DS302 , DS308 , DS312 , DS322 , DS323 , DS327 , DS331 , DS334 , DS335 , DS336 , DS343 , DS344 , DS345 , DS355 , DS357 , DS360 , DS362 , DS363 , DS365 , DS366 , DS367 , DS371 , DS379 , DS381 , DS382 , DS383 , DS384 , DS386 , DS391 , DS392 , DS394 , DS398 , DS399 , DS402 , DS403 , DS404 , DS406 , DS412 , DS413 , DS414 , DS415 , DS416 , DS417 , DS418 , DS421 , DS423

	<u>DS396</u> , <u>DS407</u> , <u>DS424</u> , <u>DS425</u> , <u>DS426</u>		
Uruguay > <u>Ver mapa</u>	como reclamante – 1 caso(s): <u>DS25</u>	como demandado – 1 caso(s): <u>DS261</u>	como tercero – 5 caso(s): <u>DS35</u> , <u>DS121</u> , <u>DS291</u> , <u>DS292</u> , <u>DS293</u>
Venezuela, República Bolivariana de > <u>Ver mapa</u>	como reclamante – 1 caso(s): <u>DS2</u>	como demandado – 2 caso(s): <u>DS23</u> , <u>DS275</u>	como tercero – 16 caso(s): <u>DS27</u> , <u>DS58</u> , <u>DS207</u> , <u>DS231</u> , <u>DS246</u> , <u>DS248</u> , <u>DS249</u> , <u>DS251</u> , <u>DS252</u> , <u>DS253</u> , <u>DS254</u> , <u>DS258</u> , <u>DS259</u> , <u>DS267</u> , <u>DS282</u> , <u>DS381</u>
Viet Nam > <u>Ver mapa</u>	como reclamante – 1 caso(s): <u>DS404</u>	–	como tercero – 9 caso(s): <u>DS343</u> , <u>DS360</u> , <u>DS375</u> , <u>DS376</u> , <u>DS377</u> , <u>DS399</u> , <u>DS402</u> , <u>DS405</u> , <u>DS414</u>
Zimbabwe > <u>Ver mapa</u>	–	–	como tercero – 1 caso(s): <u>DS135</u>

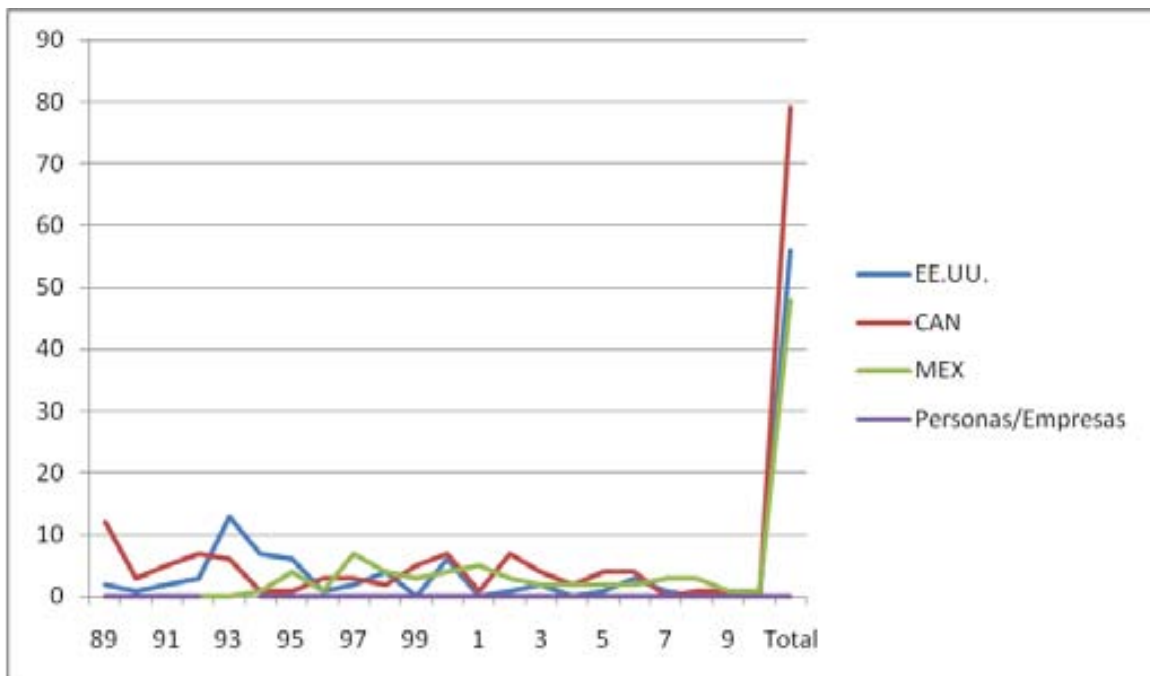
Anexo III. Estadísticas de controversias en el TLCAN



89	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	Total
14	4	7	10	19	9	11	5	12	10	8	17	6	11	8	4	7	9	4	4	3	1	183

Nota: Para el periodo 1989-1993 corresponde a las controversias presentadas bajo el Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Canadá (capítulos 18 y 19). A partir de 1994 las estadísticas incluyen las controversias presentadas bajo el TLCAN (capítulos 19 y 20)⁸⁶⁰.

⁸⁶⁰ <http://datd.eclac.cl/controversias/tlcan.htm?perform=estadisticas&numero=1>, consultada el 30 de noviembre de 2011.

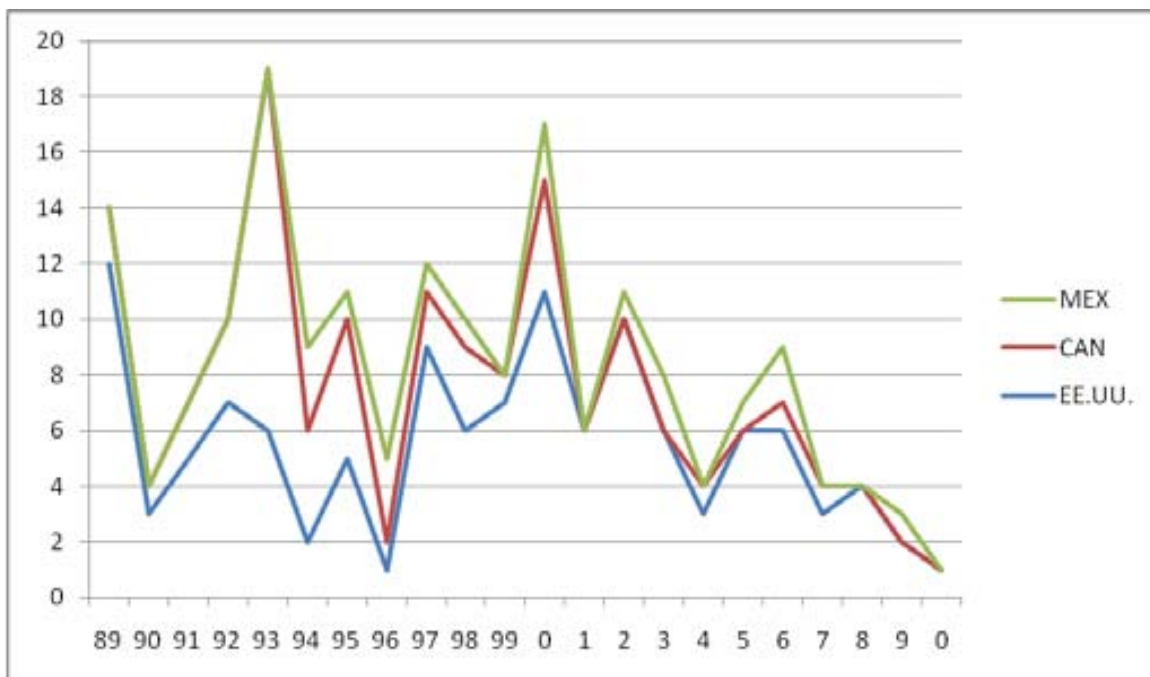


COMO RECLAMANTES

	89	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	Total
CAN	12	3	5	7	6	1	1	3	3	2	5	7	1	7	4	2	4	4	0	1	1	0	79
EEUU	2	1	2	3	13	7	6	1	2	4	0	6	0	1	2	0	1	4	1	0	1	0	56
MEX	0	0	0	0	0	1	4	1	7	4	3	4	5	3	2	2	2	2	3	3	1	1	48
Per/Emp	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0

Nota: Para el periodo 1989-1993 corresponde a las controversias presentadas bajo el Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Canadá (capítulos 18 y 19). A partir de 1994 las estadísticas incluyen las controversias presentadas bajo el TLCAN (capítulos 19 y 20)⁸⁶¹.

⁸⁶¹ <http://datd.eclac.cl/controversias/tlcan.htm?perform=estadisticas&numero=2>, consultada el 30 de noviembre de 2011.

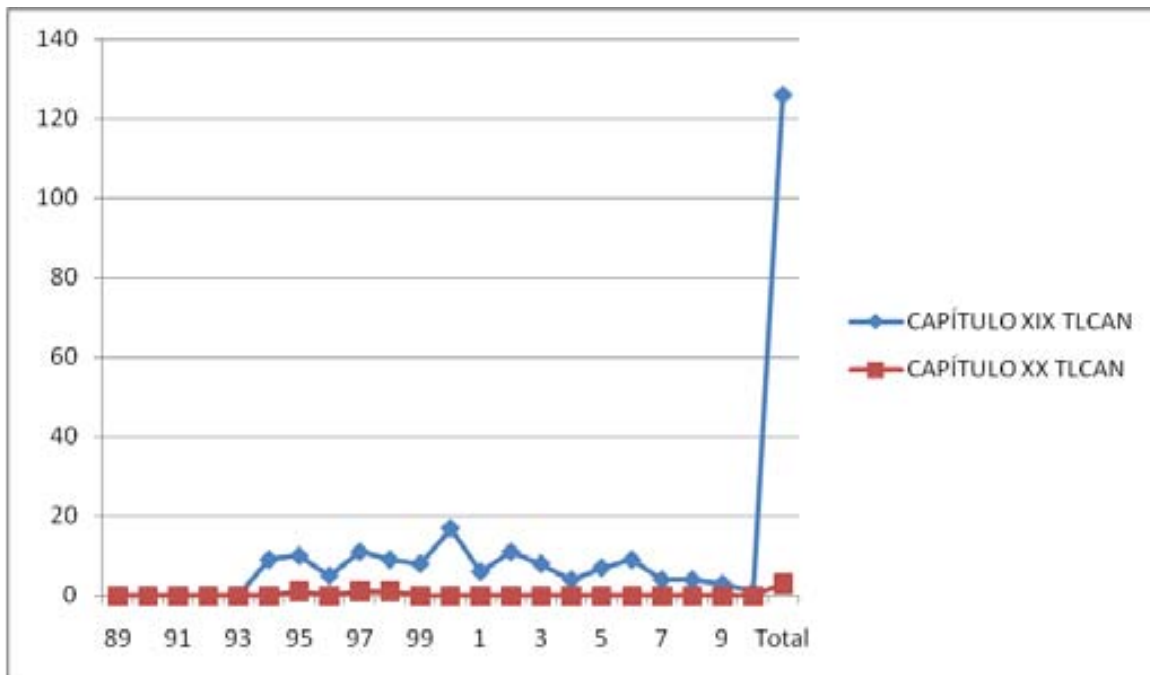


COMO DEMANDADOS

	89	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99	0	1	2	3	4	5	6	7	8	9	0	Total
EEU U	12	3	5	7	6	2	5	1	9	6	7	11	6	10	6	3	6	6	3	4	2	1	121
CAN	2	1	2	3	13	4	5	1	2	3	1	4	0	0	0	1	1	1	0	0	0	0	44
ME X	0	0	0	0	0	3	1	3	1	1	0	2	0	1	2	0	1	2	0	0	1	0	18

Nota: Para el periodo 1989-1993 corresponde a las controversias presentadas bajo el Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Canadá (capítulos 18 y 19). A partir de 1994 las estadísticas incluyen las controversias presentadas bajo el TLCAN (capítulos 19 y 20)⁸⁶².

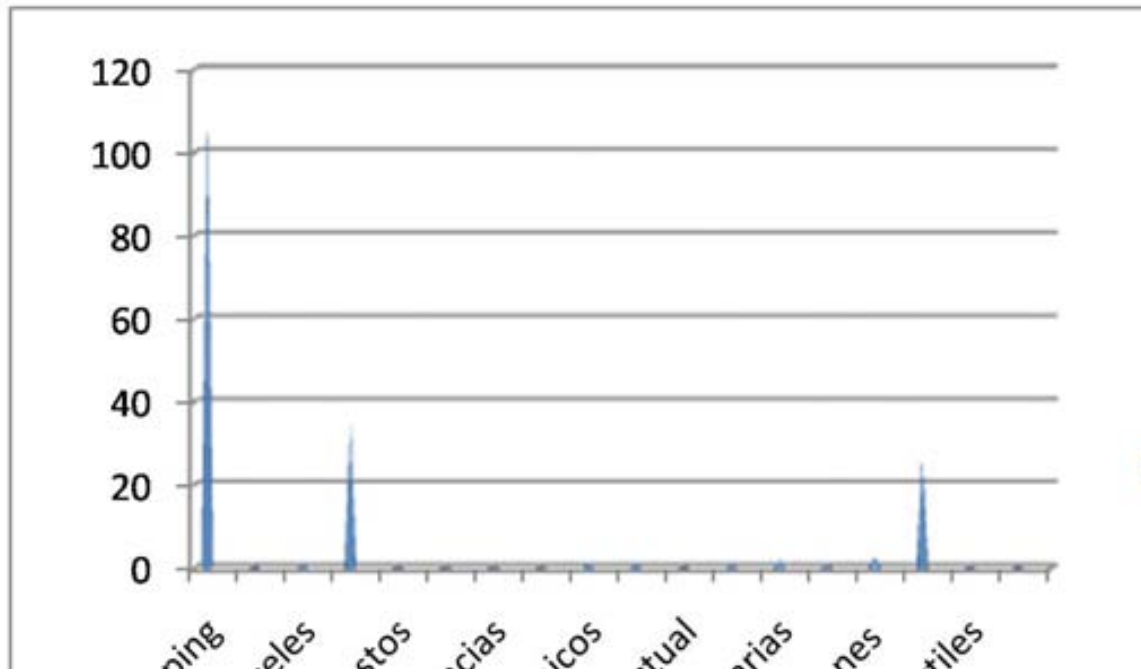
⁸⁶² <http://idatd.eclac.cl/controversias/tlcan.htm?perform=estadisticas&numero=3> , consultada el 30 de noviembre de 2011.



EVOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS POR CAPÍTULO EN EL TLCAN⁸⁶³

Cap	89	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11	Total
XIX	0	0	0	0	0	9	10	5	11	9	8	17	6	11	8	4	7	9	4	4	3	1	126	
XX	0	0	0	0	0	0	1	0	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3	

⁸⁶³ <http://datd.eclac.cl/controversias/tlcan.htm?perform=estadisticas&numero=4>, consultada el 30 de noviembre de 2011.



Tema	89	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	Total
Antid	7	3	3	2	11	4	9	5	6	6	5	14	6	5	3	2	5	7	4	2	2	1	112
Agric	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Aranc	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Dum	3	0	1	4	7	3	1	0	2	3	2	2	0	3	1	1	0	0	0	2	0	0	35
Impu	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Inver	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Licen	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
N O	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
OT	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
OMNA	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
PI	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Salva	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
S y F	1	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2
Serv	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Subv	1	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	3
Me Co	2	0	2	2	0	2	0	0	3	0	1	3	0	3	4	1	2	1	0	0	1	0	27
Tex	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Va Ad	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Totales	15	3	6	10	19	9	11	5	12	10	8	19	6	11	8	4	7	9	4	4	3	1	184

Nota: una controversia puede estar asociada a más de un tema⁸⁶⁴.

⁸⁶⁴ <http://datd.eclac.cl/controversias/tlcan.htm?perform=estadisticas&numero=5>, consultada el 30 de noviembre de 2011.

FUENTES DE CONSULTA

A. BIBLIOGRAFICA

ADAME, J., *¿Debe un panel binacional, que examina una resolución en materia de cuotas AD o CC, revisar la competencia de la autoridad que la dictó?*, Revista de Derecho Privado, Año 7, #20, mayo-agosto, Ed. Mc Graw Hill, México, 1996.

AGUILAR, R., *El Procedimiento de solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio*, Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2009.

ALFORD, R., *Reflections on U.S. - Zeroing: A Study in Judicial Overreaching by the WTO Appellate Body*, 45 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 196, 199-202, 2006.

ALVAREZ, J. y LIZANA, C., *Dumping y Competencia Desleal Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1995.

ANDENAS, y IRTUBI, F. (eds.), *WTO Law and Process*, BIICL, 2005.

ANDRICH, M., *Derechos humanos y globalización*, La Ley Actualidad 18-2-99.

ARELLANO, C., *Métodos y técnicas de la investigación jurídica*, Editorial Porrúa, Tercera edición, México, 2004.

BACCHU, J., *Groping Toward Grotius. The WTO and the International Rule of Law*, Address at Harvard school of Law, Cambridge, Massachusetts, 2002.

BALLBÉ, M., *Revista de Administración Pública*, ISSN: 0034-7639, núm. 174, Madrid, septiembre/diciembre, 2007.

BALLBÉ, M. y MARTÍNEZ, R., *Soberanía Dual y Constitución Integradora. La reciente doctrina federal de la Corte Suprema norteamericana*, Ariel, Barcelona, 2003.

BALLBÉ, M. y PADRÓS, C., *Estado competitivo y armonización europea*, Ariel, 2000.

BARRAGÁN, M., *El Antidumping como un instrumento efectivo de protección industrial contra las importaciones en condiciones desleales*, Porrúa, México, 2005.

BERMEJO, R., SAN MARTÍN SANCHEZ DE MUNIAIN, L., *Del GATT a la Organización Mundial del Comercio: análisis y perspectivas del futuro*, Anuario de Derecho Internacional, núm. 12, 1996.

BERMEJO, R., *La reestructuración del sistema comercial internacional tras la Ronda de Uruguay: la OMC*, en Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz, Madrid, 1997.

BHALA, R., *Modern GATT Law: A Treatise on the General Agreement on Tariffs and Trade*,

International Trade Law Series, Sweet & Maxwell, 2005.

BHALA, R., *The Myth of Stare Decisis and International Trade Law*, American University International Law Review, vol. 14, n° 4, 1999.

BLOKKER, M., SCHERMERS, G.(eds.), *Proliferation on International Organizations*, Kluwer international Law, The Hague, 2001.

BOU, V. (Coordinador), *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

BOWN, C., *Participation in WTO Dispute Settlement: Complainants, interested parties, and free riders*", 19 *The World Bank Economic Review* 2, 2005.

BREVETTI, R., *U.S. Zeroing Methodology Hit Again by WTO Appellate Body*, 24 INT'L TRADE REP. 53, Jan. 11, 2007.

BUCK, P., *The antidumping act and the future of East West Trade*, en Michigan Law Review, nov. 1967.

BUCLEY, R., VAI LO LO and BOULLE L. (eds)., *Challenges to Multilateral Trade: The Impact of Bilateral, Preferential and Regional Agreements*, Kluwer Law International, The Hague, 2008.

CALDERON, C., *Apertura económica, salarios y migración internacional*, Núm. 46, vol. XXI, México, 2006.

CAMARILLO, O., *El TLC y el Sistema de Resolución de Controversias (capítulo XX)*, en el Seminario Internacional sobre Resolución de Controversias Comerciales en América del Norte, México D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, conferencia del 14 de octubre de 1993.

CAMERON, J. y CAMPBELL, K., *Dispute Resolution in the World Trade Organization*, Cameron May, Londres, 1998.

CHARNOVITZ, S., *Rethinking WTO Trade Sanctions*", American Journal of International Law, 95 (4), Octubre del 2000.

CHO, S., *Anticompetitive Trade Remedies: How Antidumping Measures Obstruct Market Competition*, 87 N. C. L. REV. 357, 2009.

CHO, S., *Beyond Doha's Promises: Administrative Barriers as an Obstruction to Development*, Berkeley Journal of International Law, 2007.

CHO, S., *Global Constitutional Lawmaking*, Chicago-Kent College of Law, Illinois Institute of Technology, 2009.

CHO, S., *The nature of remedies in international trade law*, University of Pittsburgh Law Review, 65, 2004.

CHO, S., *The WTO Appellate Body Strikes Down the U.S. Zeroing Methodology Used in Antidumping Investigations*, Volume 10, Issue 10, The American Society of International Law, May 4, 2006.

CONDON, J., *El derecho de la Organización Mundial de Comercio, Tratados, jurisprudencia y práctica*, Cameron May, London, 2007.

CONTRERAS, F., *Los Mecanismos de Solución de Controversias en el TLCAN*, VIII Congreso de protocolo en Universidad Autónoma Metropolitana, Academia Mexicana de Protocolo, México, 2007.

CORDEN, M., *Trade Policy and Economic Welfare*, Clarendon Press-Oxford, 1974.

CROLEY, S. & JACKSON, J., *WTO Dispute Procedures, Standards of Review, and Deference to National Governments*, 90 AM. J. INT'L L, 1996.

CRUZ, R., *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos*, Mc Graw Hill, México, 1997.

CRUZ, R., *La Importancia del TLCAN en el Comercio Exterior de México*, Ars Iuris, No. 27, México, 2002.

DAVEY, W., *Pine and Swine, Canada-United States trade Dispute Settlement: The FTA Experience and NAFTA prospects*, Ottawa, Centre for Trade Policy and Law, 1996.

DAVEY, W., *The case for a WTO permanent panel body*, Journal of International Economic Law, núm. 6, 2003.

DAVEY, W., *The WTO Dispute Settlement Mechanism*, Illinois Public Research Paper No.03-08, 25 de junio de 2003.

DEARDEN, G., *El sistema antidumping y de compensación en Canadá*, en varios autores, *Prácticas desleales del comercio internacional (antidumping)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995.

ECO, H., *Cómo se hace una tesis*, Gedisa Editorial, octava reimpresión, España. 2006.

EHLERMANN, C., *Experiences from the WTO Appellate Body*, Texas International Law Journal Vol. 38, 2003.

EHLERMANN, C., *Six years on the Bench of the World Trade Court, Some Personal Experiences as a Member of the Appellate Body of the World Trade Organization*, Journal

of World Trade, Vol. 36, N° 4, 2002.

EYSSAUTIER DE LA MORA, M., *Metodología de la investigación Desarrollo de la inteligencia*, Quinta edición, Thomson Editores, México, 2006.

FERNÁNDEZ, X., *La OMC y el Derecho Internacional, Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho Internacional general*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2006.

FINGER, M., *GATT experience with Safeguards: Making Economic and Political Sense of the Possibilities that the GATT Allows to Restrict Imports*, World Bank Policy Research Working Paper, Washington, D.C., 2000.

FIX, H. y LÓPEZ, S., *Comunicación entre culturas jurídicas: los paneles binacionales del capítulo XIX del TLCAN*. Revista de Derecho Privado, año 8, n° 23, mayo-agosto, 1997.

FIX-ZAMUDIO, H. *Metodología, docencia e investigación jurídicas*. Editorial Porrúa, 12ª edición, México, 2004.

GAINES, E., *Comments on Dispute Settlement Issues Under NAFTA*, United States-Mexico Law Journal, Albuquerque, The University of New Mexico School of Law, volume 1, number 1, 1993.

GAINES, E., *Comments on Dispute Settlement Issues under NAFTA*, United States-Mexico Law Journal Symposium, The Problems And Prospects Of A North American Free Trade Agreement, núm. 35, 1993.

GANTZ, D., *Resolution of Trade Disputes under NAFTA's Chapter 19: The Lessons of Extending the Binational Panel Process to Mexico*, Law and Policy in International Business, Vol. 29, No. 3, Spring, EUA, 1998.

GARCIA, V., *El Capítulo XIX del TLCAN*, Revista Alegatos, No. 32, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1996.

GARCIADIEGO J.(coord.), *El TLC día a día*, Porrúa, México, 1994.

GARNER, A., *Black's Law Dictionary*, Winerest Group, 1996.

GIESZE, C., *Los desafíos jurídicos de México, Canada y Estados Unidos bajo el nuevo sistema de solución de controversias en materia de antidumping y cuotas compensatorias del capítulo XIX del TLCAN*, en varios autores, *Prácticas desleales del comercio internacional (antidumping)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995.

GONZALEZ, A., *La solución de controversias en los acuerdos regionales de América Latina con países desarrollados*, División de Comercio Internacional e Integración, Santiago de

Chile, abril de 2006.

GONZÁLEZ, F., *Boletín Mexicano de Derecho Comparado: Discriminación de precios, dumping y depredación. Tres disciplinas, un fenómeno económico*, número 115, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009.

GRATIUS, S., *MERCOSUR Y NAFTA: instituciones y mecanismos de decisión en procesos de integración asimétricos*, Iberoamericana, Madrid, 2008.

GREENWALD, J., *WTO Dispute Settlement: An Exercise in Trade Law Legislation?*, 6 J. INT'L ECON. L, 2003.

GUZMÁN, T., *The Desing on International Agreements*, UC Berkeley Public Law Research Paper, núm. 487,772, 2004.

HART, M. (coord.), *Finding Middle Ground-Reforming the Antidumping Laws in North America*, Centre for Trade Policy and Law, Ottawa, 1997.

HO, E., *Compliance and international soft law: Why do countries implement the basle accord?*, Journal of International Economic Law, 5, 2002.

HONGJU, H., *Review essay: Why do Nations obey international law?*, Yale Law Journal, 106, 1997.

HORLICK, N., *The US-Canada FTA and GATT Disputes Settlement Procedures. The Litigants' View*, Journal of World Trade, Switzerland, Volume 26, Number 2, April 1992.

HORLICK, N. & DEBUSK F. A., *Dispute resolution under NAFTA: Bulding on the U.S. Canada FTA, GATT and ICSID*, 27 Journal of World trade, núm. 21, 1993.

HUDEC, R., *Adjudication of International Trade Disputes*, Thames Essay, num. 16, London, 1978.

HUDEC, R., *Enforcing International Trade Law. The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem: Butterworth Legal Publishers, 1993.

HUERTA, J., *Mexico in the WTO and NAFTA: litigating international trade disputes*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2010.

IKENSON, D., *Antidumping Reformers Rejoice*, Cato@Liberty, Dec. 18, 2006.

JACKSON, J., "Rule Implementation and Dispute Resolution", en *The World Trading System, Law and Policy of International Economic Relations*, The MIT Press, Cambridge, Mass, 1991.

JACKSON, J., *Symposium: The Boundaries of the WTO. Afterword: the Linkage Problem-Comments on five texts*. American Journal of International Law. Vol. 96, 2002.

JACKSON, J., *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho*

Internacional, Marcial Pons, Madrid, 2009.

JACKSON, J., *The jurisprudence of GATT and the WTO: Insights on Treaty and Economic Relations*, Cambridge University Press, 2000.

JACKSON, J., *United States-EEC Trade Relations: Constitutional Problems of Economic Interdependence*, *Common Market Law Review*, 16, 1979.

JACKSON, J., *The WTO Dispute Settlement Understanding: misunderstanding on the nature of legal obligations*, en *The jurisprudence of the GATT and the WTO*, Cambridge, 2000.

JACKSON, J., *World Trade and the Law of GATT*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1969.

JACOBS, G. y PETERSMANN, E., *The European Community and GATT*, Deventer, Kluwer, 1986.

KEARNS, E., CHARNOVITZ, S., *Adjudicating compliance in the WTO: a review of DSU article 21.5*, *Journal of International Economic Law*, núm. 5, 2002.

KNOX, H., *Separated at birth: The North American Agreements on Labor and the Environment*, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 26, 2004.

KOHONA, P., *Dispute Resolution under the World Trade Organization. An Overview*, *Journal of World Trade Law*, núm. 28, 1994.

KONSTANTIN, J., *The Appellate Procedure or only a Two-Stage Process? A comparative view of the Appellate Body under the WTO Dispute Settlement Understanding*. *Law and Policy in international Business*. Vol. 30, 1999.

KRUGMAN, P. y OBSTFELD, M., *International Economics, Theory and Politics*, 5ta ed., Reading: Addison-Wesley, 2000.

KRUGMAN, R. y OBSTFELD, M., *International Economics: Theory and Policy*, sexta ed., Pearson Education, 2007.

KURUVILLA, E., *Developing Countries and the GATT/WTO Dispute Settlement Mechanism*, *Journal of World Trade*, vol. 31, núm. 6, December, 1997.

LACARTE, J. y GRANADOS, J., *Solución de Controversias Comerciales Inter-gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales*, BID-INTAL, Buenos Aires, 2004.

LAPORTA, J., *Globalización e Imperio de la Ley*. Un texto provisional para el debate con algunas dudas y perplejidades de un viejo westfaliano, en *derecho y justicia en una sociedad globalizada*, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, España, Mayo 2005.

LEEBRON, D., *An Overview of the Uruguay Round Results*, *Columbia Journal of*

Transnational Law, vol. 34, núm. 1, 1995.

LEIR, R., *The Canada-U.S. Free Trade Agreement: New Directions in Dispute Settlement*, American Society of International Law. Proceedings of the 83rd Annual Meeting, Chicago, April 5-8, 1989.

LEITNER, K y LESTER, S., *WTO Dispute Settlement 1995-2004: A Statistical Analysis*, 8 Journal of International Economic Law 1, 2005.

LEUCEGUI, B., *Análisis del Marco Jurídico de las Prácticas Desleales en México*, en Comercio a Golpes. Las Prácticas Desleales del Comercio internacional bajo el TLCAN. Ed. Porrúa, México, 1997.

LEYCEGUI, B., *Comercio a Golpes: Las prácticas desleales de Comercio Internacional bajo el TLCAN*, ITAM, México, 1997.

LEYCEGUI, B., *Reflexiones en torno al régimen general de prevención, administración y solución de controversias previsto en los capítulos 18 y 20 del Tratado de Libre Comercio*, Escuela Libre de Derecho, México, 1993.

LEYCEGUI, B., FERNANDEZ de Castro R., *TLCAN ¿Socios Naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, D.F., 2000.

LINDERT, H. y PUGEL, A., *International Economics*, décima ed. Irwin, 1996.

LINDSEY, B. e IKENSON, D., *Reforming the Antidumping Agreement: A Road Map for WTO Negotiations*, CATO Institute, 2002.

LIPSEY, G., COURANT, N. y RAGAN, T., *Economics*, duodécima ed., Addison-Wesley, 1999.

LOPEZ, E., *El sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio: funcionamiento y revisión en la Ronda del Milenio*, Revista Jurídica del Perú, núm. 49, 2003.

LÓPEZ, D., *Dispute Resolution under NAFTA: Lessons from the Early Experience*, Texas International Law Journal, vol. 32, núm. 2, 1997.

LOWENFELD, F., *Remedies along with Rights: Institutional Reform in the New GATT*, American Journal of International Law, 1994.

LYNN, J., *Anti-Dumping Row Roils WTO*, Isolates U.S., Reuters, Jan, 10, 2008.

MALPICA de L. L., *El Sistema Mexicano contra prácticas desleales de comercio*

internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, segunda ed., Porrúa, México, 1998.

MARQUEZ, J., *Comercio Internacional*, FCE, España, 1955.

MASTEL, G., *Antidumping Laws and the U.S. Economy*, Economic Strategy Institute, M. E. Sharpe, 1998.

MATSUSHITA, M., SCHOENBAUM, T., MAUROIDIS, C., *The World Trade Organization, Law, Practice, and Policy*, Oxford, University Press, New York, 2004.

MAVROIDIS, C., *La práctica del llamado zeroing*, Global Law, artículo publicado el 18 de diciembre de 2006.

MAVROIDIS, C. y SYKES, A. (Compiladores), *The WTO and International Trade Law/Dispute Settlement: Critical perspectives on the global trading system and the WTO*, Edward Elgar Publishing Limited, Reino Unido/EE.UU., 2005.

MAYER, F., *Interpreting NAFTA: The science and Art of Political Analysis*, Nueva York, Columbia University Press, 1998.

MERRILLS, J., *International Dispute Settlement*, Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

MESSERLIN, P. y HINDLEY, B., *Antidumping Industrial Policy. Legalized protectionism in the WTO and what to do about it*. The AEI Press-American Enterprise Institute. Washington, 1996.

MESSERLIN, P. y THARAKAN, M., *The Question of Contingent Protection*, The World Economy, vol. 22, núm. 9, 1999.

MITCHELL, D., *Challenges and Prospects for the WTO*, Londres: Cameron May, 2005.

MONNIER, P., *The time to comply with an adverse WTO ruling*, Journal of World Trade, núm. 35, 2001.

MONTAÑA, M., *A GATT with Teeth: Law Wins Over Politics in the Resolution of International Trade Disputes*, 31 Columbia Journal of Transnational Law 1, 1993.

MONTAÑA, M., *La OMC y el Reforzamiento del Sistema GATT*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

OMC, *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, 2004.

OMC, *El futuro de la OMC: Una respuesta a los desafíos institucionales del nuevo milenio*, OMC, 2004.

OMC, Foro Público de la OMC, *¿Cómo puede contribuir la OMC a encauzar la*

globalización?, Suiza, 2007.

OMC, *Informe Annual*, Ginebra, 2001.

OQUENDO, A., *NAFTA's Procedural Narrow-Mindedness: The Panel Review of Antidumping and Countervailing Duty Determinations Under Chapter Nineteen*, Connecticut Journal of International Law, vol. 11, núm. 1, 1995.

ORTIZ, A., *La solución de controversias en el TLCAN: un esbozo sobre su desempeño y retos*, CIDE, México, 2002.

ORTIZ, F. y GARCÍA, M., *Metodología de la investigación. El proceso y sus técnicas*. Editorial Limusa S.A. de C.V. México, 2007.

OSMANCZYK, J., *Enciclopedia mundial de las relaciones internacionales y Naciones Unidas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976.

PALMETER, *The WTO Appellate Body Needs Remand Authority*, Journal of World Trade Law, num. 32, 1998.

PALMETER, *The WTO Dispute Settlement Mechanism. Compliance with WTO ruling and other procedural problems*, Journal of World Intellectual Property, num. 4, 2001.

PAN, J., *Assessing the NAFTA Chapter 19 Binational panel System: An Experiment in International Adjudication*, Harvard International Law Journal, vol. 40, primavera de 1999.

PARKIN, M., *Economía*, Pearson, sexta edición, México, 2004.

PAULSON, C., *Compliance with final judgments of the International Court of Justice since 1987*, AJIL, 98, Julio de 2004.

PAUWELYN, J., *Appeal Without Remand, A Design Flaw in WTO Dispute Settlement and How to Fix it*; document n° 1, International Centre for Trade and Sustainable Development, junio de 2007.

PESCATORE, P., *Handbook of the WTO/GATT Dispute Settlement*, Transnational Publ., Ardsley-on-Hudson, NY, 1991.

PESCATORE, P., *The GATT Dispute Settlement Mechanism, Its Present and Prospects*, Journal of World Trade Law, núm. 27, 1993.

PETERSMANN, E., *How to Promote the International Rule of Law? Contributions by the World Trade Organization Appellate Review System*, Journal of International Economic Law, vol. 1, núm. 1, 1998.

PETERSMANN, E. (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, The Hague, 1997.

PETERSMANN, E., *The Dispute Settlement System of the World Trade Organization and*

the Evolution of the GATT Dispute Settlement System since 1948, Common Market Law Review, 1994.

PETERSMANN, E., *The GATT/WTO Dispute Settlement: International Law, International Organizations and Dispute Settlement*", Kluwer Law International, Londres, 1997.

PICKER, S., *NAFTA Chapter Twenty. Reflection on Party to Party Dispute Resolutions*, Arizona Journal Of International and Comparative Law, spring, vol. 14, 1997.

PICKER, S., *The NAFTA Chapter 20 Dispute Resolution Process: A view from the Inside*, Canada-United States Law Institute Conference NAFTA Revisited, núm. 23, Cleveland, Ohio, April 18-20, 1997.

PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: Presente y Perspectivas*, Cameron May, London, 2008.

PIEROLA, F., *Solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002.

PIEROLA, F., *The Question of Remand Authority for the Appellate Body*, A. Mitchell (ed.), Challenges and Prospects for the WTO, Londres: Cameron May, 2005.

RAMIREZ, E., *Political & quasi-adjudicative dispute settlement models in European Union Free Trade Agreements: Is the quasi-adjudicative model a trend or is it just another model?* WTO Working Paper ERSD-2006-09, November 2006.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22da edición, Madrid, Real Academia Española, 2001.

REISMAN, M. Y WIEDMAN, M., *Contextual Imperatives of Dispute Resolution Mechanisms. Some Hypotheses and their Applications in the Uruguay Round and NAFTA*, en Journal of World Trade Law, vol. 29, núm. 3, junio de 1995.

REYES, C., *Comercio Internacional, jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales*, Porrúa, México, 2007.

REYES, C., *Manzanas originarias de los EE.UU., decisión del panel binacional del artículo 1904 del TLCAN*, Revista de Derecho Económico Internacional, Vol. 1 No. 1 AÑO, noviembre, 2010.

RIVERA, G., *Desarrollos jurisprudenciales sobre procedimientos de solución de diferencias en la OMC*, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, núm. 6, 2003.

ROBALINO, J. and RODRIGUEZ, J., *Global Administrative Law: Towards a Lex Administrativa*, Cameron May, 2010.

RODRÍGUEZ, M., *Los Derechos Antidumping en el Derecho Comunitario*, Lex Nova, España, 1999.

RODRÍGUEZ, G., *Derecho Internacional y Globalización*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, Octubre, 1999.

ROJAS, H., *The Dispute Resolution Process Under NAFTA*, United States-Mexico Law Journal, Albuquerque, The University of New Mexico School of Law, volume 1, number 1, 1993.

ROOT, F., *International Trade and Investment*, South-Western Publishing Co. USA, 1978.

SACERDOTI, G., *Appeal and Judicial Review in International Arbitration and Adjudication: The Case of the WTO Appellate Review*", E.U. Petersmann (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Studies In Transnational Economic Law, La Haya: Kluwer Law International, vol. 11, 1997.

SALDAÑA, J., *Comercio Internacional*, Régimen Jurídico Económico, Porrúa e Instituto Internacional del Derecho y del Estado, México, 2005.

SECRETARIA DE LA OMC, *Con el Comercio Hacia el Futuro: OMC, La Organización Mundial del Comercio*, Ginebra: División de Información y Relaciones con los Medios de Comunicación de la OMC, 1998.

SHAFFER, G., *Defending interests: Public-private partnerships in WTO litigation*. Brookings, 2003.

SHOYER, W., *Panel selection in WTO dispute settlement proceedings*, Journal of International Economic Law, núm. 6, 2003.

SINGH, A., *Brandeis's happy incident revisited: U.S. cities as the new laboratories of international law*, *George Washington International Law Review*, núm. 37, 2005.

SIQUEIROS, L., *Disposiciones institucionales y procedimientos, para la solución de controversias en el TLC*, en *Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio II*, Universidad Iberoamericana, México, 1993.

SIQUEIROS, L., *La resolución de controversias en el Tratado Trilateral de Libre Comercio entre México, Estados Unidos de América y Canadá*, en *Panorama Jurídico del TLC (Memorias)*, México Universidad Iberoamericana, Departamento de Derecho, enero, 1992.

SMITH, J., *Inequality in International Trade? Developing Countries and WTO Dispute Settlement*, 11 *Review of International Political Economy* 3, 2004.

SOREL, M., *Resolución de litigios de la OMC*, traducción de: María Valeria Battista, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004.

SORIANO, R., *Cómo se escribe una tesis*, Editorial Berenice, Primera edición, España, 2008.

STEGER, D., *The appellate body and its contribution to WTO dispute settlement*, en *The political economy of international law: essays in honour of Robert E. Hudec*, Cambridge, 2002.

STEGER D., *El Tratado de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos: abriendo nuevos caminos*, en *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio*, coordinador Jorge Witker, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

SWACKER, F., REDDEN, K., WENGER, B., *World Trade Without Barriers. Comparative Dispute Resolution Public and Private*, Charlottesville: Michie Butterworth, 1996.

SYMONDS, L., *The Kennedy Round GATT Anti-dumping Code*, in *University of Pittsburgh Law Review*, marzo, 1968.

TAMAMES, R., *Estructura económica Internacional*, Alianza, España, 1999.

TAMAYO, A., MARICAL, J., VALVERDE, M., *Para evaluar el TLCAN*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2001.

TARULLO, D., *Paved with Good Intentions: The Dynamic Effects of WTO Review of Anti-Dumping Action*, 2 *WORLD TRADE REV.* 373, 374, 2003.

TAVARES, J., MACARIO, C. y STEINFATT, K., *Antidumping in the Americas*, *Journal of World Trade*, vol. 35, núm. 4, 2001.

TAYLOR, M., *International Competition Law: A New Dimension for the WTO?*, Cambridge University Press, 2006.

TREBILCOCK, M. y HOWSE, R., *The regulation of International Trade. Political Economy and Legal Order*, Routledge, 1995.

URUCHURTU, A., *Revisión de Resoluciones Definitivas en materia de prácticas desleales ante los paneles binacionales del TLCAN*, *Nuevo Consultorio Fiscal*, Año 13, no. 235, junio 1999.

VAN DER BORGHT K., *The review of the WTO understanding on dispute settlement: Some reflections on the current debate*, *American University International Law Review*, vol. 14, 1999.

VAN DEN BROEK N., *Power paradoxes in enforcement and implementation of World Trade Organization Dispute Settlement Reports*, *Journal of World Trade*, 37, febrero de 2003.

VANDEBUSSCHE H. y ZANADI M., *The Global Chilling Effects Of Antidumping Proliferation*, Centre for Economic Policy Research. Discussion Paper Series No. 5597, 2006.

VÁZQUEZ, C., *Judicial Review in the United States and in the WTO: Some Similarities and Differences*, 36 GEO. WASH. INT'L L. Rev, 2004.

VEGA, G., *México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, UNAM, México, 2005.

VEGA, G., *Resolución de Controversias en materia de Prácticas desleales de Comercio en el TLCAN la experiencia de Capítulo XIX. Las Prácticas desleales de comercio en el proceso de integración comercial en el continente americano: la experiencia de América del Norte y Chile*, UNAM, IJ, México, 2001.

VEJAR, C., *Solución de controversias en las negociaciones del Área de Libre Comercio de las Américas*, varios autores, *El Área de Libre Comercio de las Américas*, México, UNAM, 2004.

VINER, J., *Dumping: a problem in international trade*; New York, Kelley, 1966.

WEILER, H., *The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats-Reflections on the Internal and external Legitimacy of WTO Dispute Settlement*. Journal of World Trade. Vol. 35, 2000.

WEINTRAUB, S., *NAFTA. What Comes Next?*, The Center for Strategic and International Studies, Washington, 1994.

WEISS, F., *From Havana to Marrakesh: Treaty Making for World Trade*, Essays on the Law of the Treaties. A Collection of Essays in honour of Bert Vierlag, Jan Klabbers y René Lefeber (Eds.), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1998.

WINHAM, R., *trading with Canada: The Canada-U.S. Free Trade Agreement*, Nueva York, Priority Press, 1998.

WINHAM, R. and GRANT H. A., *Antidumping and Countervailing Duties in Regional Trade Agreements; Canada-US-FTA, NAFTA and Beyond*, Minn. J. Global Trade 1, núm. 11, 1994.

WITKER, J., *Códigos de Conducta Internacional del GATT suscrito por México (Comentados y Relacionados con la Legislación Mexicana)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1988.

WITKER, J., *EL TLCAN: Resolución de controversias comerciales*, Ed. Edeval, Chile, 1995.
WITKER, J., *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte: análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas, volumen 2*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México,

1993.

WITKER, J., *Resolución de Controversias comerciales en América del Norte*, coordinador Jorge Witker, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.

WITKER, J. y HERNÁNDEZ, L., *Régimen Jurídico del Comercio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2da ed. México, 2002.

WITKER, J. Y HERNANDEZ, L., *Régimen Jurídico del comercio exterior en México*, 3ª ed., UNAM, México, 2008.

WITKER, J. y PATIÑO, R., *La Defensa Jurídica contra Prácticas Desleales del Comercio Internacional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1987.

WOLFF, A., *Problems with WTO Dispute Settlement*, 2 CHI. J. INT'L L., 2001.

WTO, *The Future of the WTO: Addressing institutional challenges in the new millennium*, World Trade Organization, 2004.

WTO, *"Zeroing" Decisions Should Be Part of Doha Talks, Senators Tell Administration*, 24 INT'L TRADE REP. 1478, 1478, 2007.

YANOVICH, A. y VOON, T., *Completing the analysis in WTO Appeals: The Practice and its Limitation*, Journal of International Economic Law, vol. 9, n° 4, 2006.

YUKA FUKUNAGA, Y., *Securing Compliance Through the WTO Dispute Settlement System: Implementation of DSB Recommendations*, 9 Journal of International Economic Law, 2006.

ZAPATERO, P., *Derecho del Comercio Global*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2003.

ZAPATERO, P., *Participación pública y privada en los litigios de la OMC*, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, núm. 16, 2008.

ZONNEKYN, G., *The Appellate Body's Communication on Amicus Curiae Briefs in the Asbestos Case-An Echternach Procession?*, Journal of World Trade , 35, 2001.

B. DIRECCIONES ELECTRÓNICAS

http://www.mexicodiplomatico.org/lecturas/acuerdo_antidumping_omc.pdf, consultada el 5 de noviembre de 2009.

<http://www.asil.org/insights060504.cfm>, consultada el 10 de septiembre de 2009.

http://www.wto.org/spanish/news_s/pres09_s/pr556_s.htm, consultada el 10 de septiembre de 2009.

<http://derechointernacionaleconomico.blogspot.com/2009/06/reduccion-cero-zeroing.html>, consultada el 10 de octubre de 2009.

http://www.sice.oas.org/dictionary/SACD_s.asp, consultada el 9 de noviembre de 2009.

<http://derechointernacionaleconomico.blogspot.com/2009/06/reduccion-cero-zeroing.html>, consultada el 15 de noviembre de 2009.

http://www.wto.org/spanish/news_s/news09_s/hear_ds322_12jun09_s.htm, consultadas el 15 de noviembre de 2009.

<http://mx.reuters.com/article/topNews/idMXN2535629220091125>. Artículo escrito por Jonathan Lynn, consultada el 25 de noviembre de 2009.

<http://www.milenio.com/node/329543>, consultada el 26 de noviembre de 2009.

<http://www.eleconomista.es/mercados-cotizaciones/noticias/74053/09/06/Economia-Macro-La-UE-denuncia-el-metodo-de-calculo-empleado-en-EEUU-para-el-arancel-por-dumping.html>, consultada el 25 de noviembre de 2009.

www.cei.gov.ar/revista/11/parte%204%20a.pdf, consultada el 10 de diciembre de 2009.

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds344_s.htm, consultada el 6 de enero de 2010.

www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/344abr_s.doc, consultada el 10 de enero de 2010.

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds141_s.htm, consultada el 15 de enero de 2010.

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds264_s.htm, consultada el 16 de enero de 2010.

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds294_s.htm, consultada el 16 de enero de 2010.

http://www.wto.org/spanish/thewto_s/glossary_s/zeroing_s.htm, consultada el 21 de enero de 2010.

<http://www.informador.com.mx/mexico/2009/131675/6/el-tlcan-ineficaz-para-resolver-disputas-con-estados-unidos.htm>, consultada el 24 de marzo de 2010.

http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd200609_e.htm, consultada el 25 de marzo de 2010.

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/disps_settlement_cbt_s/c6s3p1_s.htm, consultada el 7 de abril de 2010.

[www.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/disps1_s.htm](http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/disps1_s.htm), consultada el 14 de abril de 2010.

[http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/bfla-americanizacion-del-derecho--empirismo-y-¿La americanización del Derecho? Empirismo y Racionalismo en el orden jurídico](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/bfla-americanizacion-del-derecho--empirismo-y-¿La%20americanización%20del%20Derecho?%20Empirismo%20y%20Racionalismo%20en%20el%20orden%20jurídico) (El Sistema Angloamericano (Common law) y el Sistema Continental (Civil law) por OLSEN, A. G, consultada el 26 de mayo de 2010.

<http://www.ciudadpolitica.com/modules/news/makepdf.php?storyid=396>, *Entrevista a FUKUYAMA, F., La globalización es aún muy superficial*, consultada el 26 de mayo de 2010.

<http://www.inter-mediacion.com/grun.htm>, consultada el 28 de mayo de 2010.

<http://ssrn.com/abstract551602>, consultada el 7 de junio de 2010.

www.worldtradelaw.net/articles/mavroidisamicus.pdf, consultada el 11 de junio de 2010.

www.trilateral.org/Ann-Mtgs/trialog/trlgtxts/2002/pdf_folder/trade.pdf, consultada el 11 de junio de 2010.

www.wto.org/english/news_e/spsp_e/spsp29_e.htm, consultada el 11 de junio de 2010.

www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/ab_members_descrp_s.htm, consultada el 11 de junio de 2010.

http://www.wto.org/spanish/news_s/news10_s/wrk_proc_12jan10_s.htm, consultada el 11 de junio de 2010.

http://works.bepress.com/sungjoon_cho/51, consultada el 14 de junio de 2010.

<http://www.amchamchile.cl/node/1018>, consultada el 16 de junio de 2010.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/119/art/art5.htm#N13>, consultada el 16 de junio de 2010.

www.sica.gov.ec/agronegocios/productos%20para%20invertir/flores/dumping.htm, consultada el 16 de junio de 2010.

http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm#mfn, consultada el 17 de junio de 2010.

http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm8_s.htm, consultada el 17 de junio de 2010.

http://www.kentlaw.edu/faculty/scho/professional/SungjoonCho_CV_Feb2011.pdf, consultada el 18 de junio de 2010.

http://works.bepress.com/sungjoon_cho/51., consultada el 18 de junio de 2010.

<http://ia.ita.doc.gov/admanual/index.html>, consultada el 23 de junio de 2010.

http://works.bepress.com/sungjoon_cho/48/, consultada el 28 de junio de 2010.

<http://www.aladi.org/nsfaladi/reuniones.nsf/6053654be7953f91032569fa0064855b/68f84d963066913f03256e8a00638d11?OpenDocument>, consultada el 10 de agosto de 2010.

http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_s.aspx?DetailID=770), consultada el 18 de agosto de 2010.

<http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx?conID=779#2>, consultada el 18 de agosto de 2010.

<http://www.informador.com.mx/economia/2010/226969/6/publican-nueva-lista-de-productos-de-eu-que-pagaran-aranceles.htm>, consultada el 19 de agosto de 2010.

<http://www.elfinanciero.com.mx/ElFinanciero/Portal/cfpages/contentmgr.cfm?docId=279882&docTipo=1&orderby=docid&sortby=ASC>, consultada el 22 de agosto de 2010.

<http://eleconomista.com.mx/industrias/2010/03/19/tlcan-fortaleza-dirimir-cuotas-antidumping>, consultada el 31 de agosto de 2010.

<http://registry.nafta-sec-alena.org/cmdocuments/aac0f58d-54c3-4117-b0ae-fdf2e282c360.pdf>, consultada el 2 y 6 de septiembre de 2010.

http://www.nafta-secalena.org/DefaultSite/index_s.aspx?DetailID=770), consultada el 27 de

septiembre de 2010.

<http://idatd.eclac.cl/controversias/tlcan.htm?perform=estadisticas&numero=4>, consultada el 27 de septiembre de 2010.

<http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx>, consultada el 27 y 28 de septiembre de 2010.

http://www.economia.gob.mx/swb/work/models/economia/Resource/433/1/images/Panel_Transporte_Final.pdf, consultada el 1 de octubre de 2010.

<http://www.imcp.org.mx/spip.php?article545>, consultada el 1 de octubre de 2010.

<http://www.visionaduanal.com.mx/PDF/imp.pdf>, consultada el 2 de octubre de 2010.

<http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx?conID=779#2>, consultada el 3 de octubre de 2010.

<http://www.wto.org/indexsp.htm>, consultada el 8 de diciembre de 2010.

<http://www.mitecnologico.com/Main/BarrerasNoArancelarias>, consultada el 13 de diciembre de 2010.

http://www.wto.org/spanish/news_s/pres09_s/pr578_s.htm, consultada el 13 de diciembre de 2010.

<http://www.eumed.net/libros/2008a/369/Sherman%20Act%20de%201890.htm>, consultada el 16 de diciembre de 2010.

<http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>, consultada el 16 de diciembre de 2010.

<http://www.un.org/es/aboutun/>, consultada el 16 de diciembre de 2010.

<http://web.worldbank.org>, consultada el 16 de diciembre de 2010.

http://www.ftc.gov/ftc/about_es.shtm, consultada el 21 de diciembre de 2010.

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_s.htm#dsb, consultada el 4 de enero de 2011.

http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/minist_s.htm, consultada el 6 de enero de 2011.

http://www.wto.org/spanish/thewto_s/glossary_s/grupo_especial_s.htm, consultada el 7 de enero de 2011.

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/appellate_body_s.htm#current_appeals, consultada el 7 de enero de 2011.

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds316_s.htm, consultada el 7 de enero de 2011.

http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org2_s.htm, consultada el 7 de enero de 2011.

http://www.wto.org/spanish/thewto_s/glossary_s/glossary_s.htm, consultada el 10 de enero de 2011.

<http://www.reei.org>, consultada el 11 de enero de 2011.

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/disp_settlement_cbt_s/c11s2p2_s.htm, consultada el 14 de enero de 2011.

http://www.wto.org/spanish/thewto_s/gattmem_s.htm, consultada el 27 de enero de 2011.

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/disp_settlement_cbt_s/c11s2p2_s.htm#advisor_y_centre, consultada el 27 de enero de 2011.

http://www.sice.oas.org/antidumping/adlaws_s.asp, consultada el 28 de enero de 2011.

http://www.wto.org/spanish/news_s/pres10_s/pr623_s.htm, consultada el 31 de enero de 2011.

http://www.wto.org/spanish/news_s/news10_s/anti_26oct10_s.htm, consultada el 01 de febrero de 2011.

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds344_s.htm, consultada el 02 de febrero de 2011

www.rae.es, consultada el 02 de febrero de 2011.

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds27_s.htm,
http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds234_s.htm,
http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds160_s.htm,
http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds176_s.htm, consultadas el 02 de febrero de 2011.

www.worldtradelaw.net, consultada el 02 de febrero de 2011.

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds402_s.htm, consultada el 03 de

febrero de 2011.

<http://www.sct.gob.mx/despliega-noticias/article/comunicado-conjunto-analiza-mexico-propuesta-de-estados-unidos-para-solucionar-conflicto-del-autot/>, consultada el 8 de febrero de 2011.

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds404_s.htm, consultada el 09 de febrero de 2011.

http://caracas.eluniversal.com/2011/02/09/int_ava_mccain-entiende-post_09A5139013.shtml, consultada el 10 de febrero de 2011.

<http://www.adn.es/economia/20090316/NWS-3177-EEUU-Congresistas-represalias-perjudiquen-mexicanas.html>, consultada el 10 de febrero de 2011.

<http://idatd.eclac.cl/controversias/tlcan.htm?perform=estadisticas&numero=4>, consultada el 25 de febrero de 2011.

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_by_country_s.htm, última fecha consultada: 2 de marzo de 2011.

http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/SanchezDiferencias.pdf, consultada el 3 de marzo de 2011.

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/ab_members_descrp_s.htm, consultada el 3 de marzo de 2011.

<http://www.derecho.unam.mx/DUAD/amicus-curiae/descargas/rev3-1.pdf>, consultada el 25 de julio de 2011.

http://www.imt.mx/sitioimt/USIG/ServiciosTecnologicos/ProyectosDerivados/TransFront/frmlntroduccion.aspx?Pagina=428&Ruta=USIG/Servicios%20tecnol%C3%B3gicos/Aplicaciones%20concluidas/Transporte%20fronterizo/Introducci%C3%B3n&ID_CON_Menu=396, consultada el 22 de septiembre de 2011.

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds402_s.htm, consultada el 10 de noviembre de 2011.

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds404_s.htm, consultada el 10 de noviembre de 2011.

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_by_country_s.htm, consultada el 15 de noviembre de 2011.

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds422_s.htm, consultada el 15 de noviembre de 2011.

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds424_s.htm, consultado el 15 de noviembre de 2011.

http://www.wto.org/spanish/thewto_s/glossary_s/glossary_s.htm, consultada el 15 de noviembre de 2011.

http://www.wto.org/spanish/news_s/pres11_s/pr647_s.htm, consultada el 19 de noviembre de 2011.

<http://dei.itam.mx/archivos/articulo2/Rodriguez.pdf>, consultada el 20 de noviembre de 2011.

C. LEGISLACIÓN DE LA OMC

Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC del 15 de abril de 1994.

Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994 (Acuerdo Antidumping).

Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio de 1947 (GATT).

Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio de 1994 (GATT).

Acuerdo sobre Salvaguardias

Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la OMC (ESD).

Normas de conducta para la aplicación del Entendimiento Relativo a las Normas y procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias, WT/AB/WP/7, Anexo II

Procedimientos de Trabajo para el examen en apelación, WT/AB/WP/6

Reglamentos de los Períodos de Sesiones de la Conferencia Ministerial y de las Reuniones del Consejo General, el Mecanismo de Examen de Políticas Comerciales y el Órgano de Solución de Diferencias, PC/IPL/9, 25 de noviembre de 1994.

D. CONVENCIONES Y TRATADOS INTERNACIONALES

Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos y Canadá

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Organización Mundial de Comercio

Tratado de Libre Comercio de América del Norte

E. LEGISLACIÓN DE MÉXICO

Código Fiscal de la federación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley de Comercio Exterior

Reglamento de la Ley de Comercio Exterior

F. LEGISLACIÓN DE EE.UU.

Ley Arancelaria de 1930

G. LEGISLACIÓN DE CANADÁ

Ley de Medidas Especiales de Importación y su Reglamento

