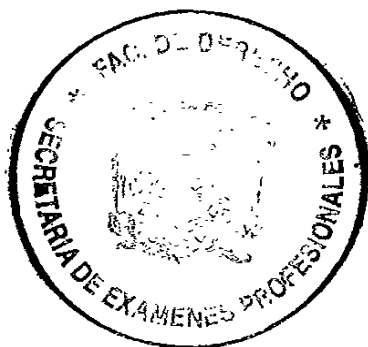


681
2ej
SECRETARIA DE EXAMENES PROFESIONALES

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

"MECANISMOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE PRÁCTICAS DESLEALES DE COMERCIO INTERNACIONAL"



TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA NELLY ROMAN FIGUEROA.

264835

México D.F., agosto de 1998.

TESTS CON FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

*Con todo mi amor a ustedes, mis padres,
porque lo que hoy he alcanzado es,
como todo entre nosotros, un
logro de los tres.*

MECANISMOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE PRACTICAS DESLEALES DE COMERCIO INTERNACIONAL

INTRODUCCIÓN	X
CAPITULO I CONCEPTOS FUNDAMENTALES	1
1. PRACTICAS DESLEALES DE COMERCIO INTERNACIONAL	2
1.1. Concepto doctrinario	2
1.2. Concepto legal	4
2. EL DUMPING	5
2.1. Concepto doctrinario	5
2.2. Concepto legal	8
2.3.2.1. Producción nacional	16
2.3.2.2. Daño	17
2.3.2.3. Amenaza de daño	18
2.3.2.4. Retraso importante	19
2.3. Elementos	9
2.3.1. Existencia del dumping o discriminación de precios	10
2.3.1.1. Valor normal	10
2.3.1.2. Precio de exportación	13
2.3.1.3. Ajustes y comparación entre valor normal y precio de exportación	14
2.3.1.4. Margen de dumping	15
2.3.2. Daño a la producción nacional	16
2.3.3. Causalidad	19
3. EL SUBSIDIO O SUBVENCION GUBERNAMENTAL	21
3.1. Concepto doctrinario	21
3.2. Concepto legal	22
3.3. Especificidad	24
3.4. Clases	25
3.4.1. Subvenciones no recurribles	26
3.4.1.1. Acciones	27

3.4.2. Subvenciones Prohibidas	28
3.4.2.1. Acciones	29
3.4.3. Subvenciones Recurribles	29
3.4.3.1. Acciones	30
3.5. Elementos	31
3.5.1. Existencia del subsidio o subvención	32
3.5.2. Daño o amenaza de daño a la producción nacional	33
3.5.2.1. Producción nacional	33
3.5.2.2. Daño	33
3.5.2.3. Amenaza de daño	34
3.5.3. Relación causal	34

CAPITULO II PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE INVESTIGACION

1. NATURALEZA JURIDICA	37
2. PROCEDIMIENTO ORDINARIO	42
2.1. Disposiciones comunes al inicio de los procedimientos	43
2.1.1. Solicitud de parte interesada	43
2.1.2. Representatividad	44
2.1.3. Parte interesada	45
2.1.4. Contenido de la solicitud	46
2.1.5. Iniciación de oficio	47
2.1.6. Periodo de investigación	47
2.2. Resolución de inicio	47
2.3. Periodo probatorio	49
2.4. Resolución preliminar	51
2.5. Visitas de verificación	53
2.6. Audiencia pública	55
2.7. Resolución final	56
3. CUOTA COMPENSATORIA	57
3.1. Naturaleza	59
3.2. Clases	61
3.2.1. Provisionales y definitivas	61
3.2.2. Específicas y ad valorem	61

3.3. Vigencia	61
3.4. Procedimiento de revisión de cuota definitiva	64
3.4.1. Solicitud	65
3.4.2. Revisión de oficio	67
3.4.3. Garantía	67
3.4.4. Resolución que concluye el procedimiento	67

CAPITULO III MECANISMOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

1. MECANISMOS INTERNOS	70
1.1. Recurso de revocación	70
1.1.1. Objeto	71
1.1.2. Materia	71
1.1.3. Reglas aplicables a los que se tramitan por determinación de cuotas definitivas	73
1.1.4. Reglas para los que se tramitan por resoluciones previstas en las fracciones IV, V, VI y VIII del Art.94	74
1.1.5. Improcedencia	75
1.1.6. Tramitación	76
1.1.7. Resolución	77
1.2. Juicio de nulidad	78
1.2.1. Partes	78
1.2.2. Improcedencia	79
1.2.3. Tramitación	80
1.2.4. Causales de ilegalidad	80
1.2.5. Sobreseimiento	81
1.2.6. Sentencia	82
1.3. Juicio de amparo	83
1.3.1. Materia	84
1.3.2. Participantes	85
1.3.3. Sentencia	85

2. SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA OMC	86
2.1. Estructura y funciones de la Organización Mundial del Comercio	87
2.1.1. Organos	88
2.1.2. Funciones	90
2.2. Ambito de aplicación del mecanismo	90
2.2.1. Ambito material	91
2.2.2. Ambito temporal	93
2.3. Principales etapas del Procedimiento de Solución de Controversias	93
2.3.1. Consultas y mediación	93
2.3.1.1. Consultas	93
2.3.1.2. Buenos oficios, conciliación y mediación	96
2.3.2. Procedimiento del grupo especial	98
2.3.2.1. Etapa de iniciación	98
2.3.2.2. Etapa operacional	103
2.3.2.3. Recomendaciones de los grupos especiales y adopción de los informes	107
2.3.3. Apelación	109
2.3.3.1. Composición del Órgano Permanente de Apelación	109
2.3.3.2. Función del Órgano Permanente de Apelación	109
2.3.3.3. Adopción de los informes del OPA por el OSD	110
2.3.4. Implementación de las recomendaciones	110
2.3.4.1. Pronto cumplimiento y obligación de notificar la intención de implementación	111
2.3.4.2. Plazo prudencial para la implementación	111
2.3.4.3. Controversias respecto a la implementación de las recomendaciones	112
2.3.4.4. Supervisión continua de la implementación	112
2.3.4.5. Trato diferencial para países en desarrollo	113
2.3.5. Compensación y suspensión de concesiones u otras obligaciones	113
2.3.6. Compensación	114
2.3.7. Suspensión de concesiones u otras obligaciones	114
2.3.7.1. Condiciones	115

2.3.7.2. Suspensión paralela y cruzada	115
2.3.7.3. Suspensión de concesiones	116
2.3.7.4. Autorización de la suspensión	117
2.3.7.5. Arbitraje	117
2.3.7.6. Prohibición de suspensión unilateral de concesiones u otras obligaciones	119
2.4. Procedimientos adicionales o especiales de solución de controversias contenidos en los acuerdos abarcados	120
2.5. Procedimiento especial para casos en que intervienen países menos adelantados miembros	121
3. EL SISTEMA DEL CAPITULO XIX DEL TLCAN: REVISION Y SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE CUOTAS ANTIDUMPING Y COMPENSATORIAS	124
3.1. Consideraciones previas	124
3.2. Vigencia de las disposiciones jurídicas internas	126
3.2.1. Reserva para la aplicación de disposiciones jurídicas internas	126
3.2.2. Reserva para reformar las disposiciones jurídicas en materia de antidumping y cuotas compensatorias	127
3.3. Revisión de las reformas legislativas	128
3.3.1. Integración de los paneles binacionales	128
3.3.1.1. Lista de candidatos	129
3.3.1.2. Cualidades de los candidatos	129
3.3.1.3 Integración del panel	130
3.3.1.4. Las decisiones del panel	131
3.3.1.5. Código de conducta	132
3.3.1.6. Imposibilidad de un miembro de cumplir sus funciones	133
3.3.2. Solicitud de revisión y tarea del panel	133
3.3.3. Procedimiento	134
3.3.4. La opinión declarativa del panel y sus efectos	135
3.4. Revisión de las resoluciones definitivas sobre antidumping y cuotas compensatorias	136
3.4.1. Reemplazo de la revisión judicial interna	137
3.4.2. Ámbito de aplicación	138
3.4.2.1. Aplicación	138
3.4.2.2. No aplicación	139

3.4.4. La función del panel	139
3.4.5. Ley aplicable	140
3.4.6. Criterio de revisión	141
3.4.7. Principales etapas del procedimiento ante el panel	145
3.4.7.1. Disposiciones generales	146
3.4.7.2. Solicitud de revisión	147
3.4.7.3. Derecho de audiencia y representación ante el panel	150
3.4.7.3. Reclamación	151
3.4.7.4. Aviso de comparecencia	151
3.4.7.5. Expediente para efectos de la revisión	152
3.4.7.6. Memoriales	152
3.4.7.7. Audiencia	154
3.4.7.8. Decisión final del panel	155
3.4.8. Efectos de la revisión	156
3.4.9. Procedimiento de devolución	157
3.4.10. Fin de la revisión ante el panel	159
3.4.11. Obligatoriedad de la decisión del panel	160
3.4.12. Inimpugnabilidad de las resoluciones del panel	161
3.5. Procedimiento de impugnación extraordinaria	162
3.5.1. Causales	162
3.5.2. Integración y función del Comité de Impugnación Extraordinaria	163
3.5.3. Principales etapas del procedimiento	164
3.5.3.1. Disposiciones generales	164
3.5.3.2. Solicitud	165
3.5.3.3. Aviso de Comparecencia	166
3.5.3.4. Memoriales y anexos	167
3.5.3.5. Audiencia	167
3.5.3.6. Decisión final	167
3.5.3.7. Fin de la impugnación extraordinaria	168
3.5.4. Efectos de la decisión del CIE	168
3.6. Salvaguarda del sistema de revisión ante el panel	169
3.6.1. Consultas	170
3.6.2. Comité especial.	171
3.6.3. Acta de misión	171

3.6.4. Efectos	172
3.6.4.1. Consultas	173
3.6.4.2. Suspensión	173
3.6.4.3. Reunión del Comité especial	174
3.6.4.4. Terminación de la suspensión	174
CONCLUSIONES	176
BIBLIOGRAFIA	183

INTRODUCCIÓN

La basta existencia de acuerdos comerciales celebrados entre países como producto de la tendencia a la apertura de mercados a nivel internacional, ha disminuido y eliminado las barreras comerciales tradicionales entre Estados.

Ante esta situación, se hace necesario para los gobiernos contar con un mecanismo que permita proteger a su industria nacional de las prácticas desleales de comercio internacional que en el ambiente de apertura se presentan con mayor agresividad.

Es en este contexto que surgen leyes antidumping o antisubvención, nacionales e internacionales, las cuales autorizan a los gobiernos a tomar medidas en contra de las prácticas dumping o subvención, siempre que se observen ciertos procedimientos y condiciones en ellas establecidas.

No obstante, el uso y aplicación inadecuada de dichas leyes por parte de los Estados es frecuente, fomentando una nueva forma de proteccionismo, que lleva a proteger a su industria nacional incluso contra competencia extranjera legítima.

Consecuentemente, en los tratados comerciales internacionales, se ha proveído de mecanismos alternos a los tribunales, que permiten revisar si un país signatario aplicó correctamente la legislación sobre prácticas desleales cuando adoptó ciertas medidas en la materia, o si por el contrario, está incumpliendo sus obligaciones internacionales o violando su propio derecho interno en detrimento de los agentes comerciales extranjeros que participan en su mercado nacional.

El propósito de este trabajo es analizar los mecanismos que para ese efecto se incluyen en los tratados comerciales de los que México es parte, específicamente, el del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Capítulo XIX) y el de la Organización Mundial del Comercio. Y, una vez hecho esto, poder determinar los alcances e implicaciones de uno y otro.

Para ello, el presente trabajo se ha dividido en tres capítulos.

En un primer capítulo, a título de conceptos fundamentales, se explica en qué consisten las prácticas desleales de comercio internacional, teniendo como base principalmente su concepto doctrinario. Asimismo, se tratan las prácticas dumping y subvenciones, por ser aquellas en torno a las cuales existe una legislación nacional e internacional compleja; al efecto, se exponen sus conceptos doctrinario y jurídico, lo que lleva a la determinación de sus elementos, que también son analizados a la luz del derecho nacional, indicando algunos puntos coincidentes o disidentes con la legislación internacional.

En el capítulo segundo, se consideró necesario hacer una somera exposición del procedimiento administrativo de investigación que lleva a cabo la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la Secretaría de Comercio, comenzando con un intento de descifrar su naturaleza jurídica. Por lo que se refiere al procedimiento propiamente, se exponen sus etapas principales.

En el mismo capítulo, se dedica un punto al análisis del instrumento fiscal con que en México se enfrenta a las prácticas dumping y subvenciones: la cuota compensatoria, someramente se expone su naturaleza, clasificación y el procedimiento de revisión.

El capítulo tercero se dedica al punto central del trabajo, es decir, los mecanismos alternos para resolver las controversias derivadas de la aplicación del derecho nacional e internacional en materia de prácticas desleales. Sin embargo, se consideró necesario mencionar los mecanismos internos de impugnación en la materia, esto con el fin de tener un punto de partida y un panorama más amplio al tratar los mecanismos alternos.

Por lo que se refiere al mecanismo de solución de controversias de la OMC, se hace una somera explicación de la estructura de la organización y del ámbito de aplicación del mecanismo; luego, se trata el procedimiento previsto en el entendimiento, desde la etapa de consultas hasta su culminación, además del procedimiento de apelación y la importante etapa de implementación de las recomendaciones y las medidas disponibles en caso de incumplimiento.

Por último, se expone el sistema de solución de controversias previsto en el capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, con sus cuatro procedimientos que lo integran, haciendo énfasis en el del artículo 1904.

CAPITULO I
CONCEPTOS FUNDAMENTALES

1. PRÁCTICAS DESLEALES DE COMERCIO INTERNACIONAL

El comercio internacional consiste en el intercambio de bienes y servicios entre proveedores y consumidores residentes en distintos países, de forma que los proveedores de cierto país compiten en los mercados externos, a la vez que en su mercado nacional participan proveedores extranjeros.

Es durante esa actividad cuando se presentan las prácticas desleales de comercio internacional.

1.1. Concepto doctrinario

El concepto de dichas prácticas "comprende un conjunto de comportamientos mercantiles, privados y públicos, que se realizan para deformar mercados, que tienen por objeto dar competitividad artificial a productos y servicios en mercados externos que dañan y perjudican a productores de bienes idénticos o similares."¹

Es decir, la conducta que conlleva una práctica desleal de comercio la pueden desarrollar tanto los entes privados como públicos que se desenvuelven en el comercio internacional.

La Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (en adelante la Secretaría) las define como "Prácticas que afectan el buen funcionamiento de los mercados y que la mayoría de los países condenan como nocivas para el desarrollo de sanos flujos comerciales, cuyos dos casos principales son el *dumping* y los subsidios que un país otorga a sus exportadores".²

Si bien es cierto que el *dumping* y las subvenciones son las prácticas que mayor atención han suscitado en el sistema multilateral de comercio, no son las únicas, pues existen muchas otras que aunque se presenten con menos frecuencia también son desleales y afectan el libre cambio, tales como: el uso de marcas

¹ Witker, Jorge. "Las prácticas desleales en E.U., Canadá y México", en Aspectos Jurídicos del TLC. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. 1a.edición. México, 1992. p. 251

² SECOFI. "Prácticas Desleales de Comercio Internacional". Serie Tratado de Libre Comercio. México. 1991, Monografía 6. p. 5

paralelas, la subfacturación o sobrefacturación, las transacciones cautivas entre empresas vinculadas, fraudes en certificados de origen, etc.

Todas ellas resultan desleales porque tienen la intención de apoderarse de un mercado extranjero, utilizando medios incorrectos, distintos de los aceptados en una economía de libre competencia como son los de calidad, eficiencia, etcétera; dañando con ello a la producción nacional de bienes idénticos o similares del mercado al que penetran.

Se trata de conductas que dan por resultado, para quien las ejecuta, ventajas en el mercado receptor que de otra forma no hubieran obtenido y, daño para los productores nacionales de mercancías similares que son lanzados de dicho mercado, "desmaterializando a la competencia como motor e impulso de crecimiento económico en una economía de mercado"³.

Si consideramos que actualmente la mayor parte del intercambio internacional de bienes y servicios se basa en una economía de mercados abiertos y de niveles arancelarios bajos, de libre empresa, cuyo motor es la competencia leal y sana, la presencia de dichas prácticas cobra mayor importancia.

Una economía de libre mercado, donde se liberalizan los permisos y demás restricciones a las importaciones, es el contexto propicio para la existencia de tales prácticas, sobre todo del *dumping* y las subvenciones⁴; por tanto, nuestro país no es ajeno a sufrir sus efectos nocivos. Esto si tomamos en cuenta que México se había caracterizado, hasta 1982, por tener una política de comercio exterior proteccionista y que, a partir de 1983, inició una transición hacia el librecambismo cuando "comenzó a basar su estrategia de desarrollo en el comercio internacional de productos no petroleros"⁵; dicha apertura comercial, aunada a la disminución de barreras arancelarias resultado del ingreso al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) en agosto de 1986, trajo como consecuencia la entrada masiva de mercancías de

³ Sarukhán, José. Discurso de inauguración del Seminario Internacional sobre Prácticas Desleales del Comercio, 27 de octubre de 1993, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

⁴ Witker, Jorge. Op. cit. p. 253.

⁵ García Moreno, Víctor et. al. "El neoproteccionismo y los páneces como mecanismos de defensa contra prácticas desleales", en Revista de Derecho Privado, año 3, No. 9. México, 1992. p. 508.

procedencia extranjera a nuestro mercado doméstico, lo que no siempre es bajo condiciones leales de comercio.

1.2. Concepto legal

La transformación hacia la apertura comercial que México inició a partir de 1986, lo llevó a crear el primer instrumento jurídico de defensa contra prácticas desleales de comercio internacional: la Ley Reglamentaria del Artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Comercio Exterior⁶, que "buscó otorgar protección a la industria nacional contra ciertas formas de competencia desleal (el *dumping* y las subvenciones)"⁷; sin embargo, dicho instrumento, no daba un concepto de prácticas desleales de comercio internacional.

Actualmente son la Ley de Comercio Exterior y su reglamento los que rigen en esta materia⁸.

La Ley, en su Art. 28 señala: "se consideran prácticas desleales de comercio internacional la importación de mercancías en condiciones de discriminación de precios u objeto de subvenciones en su país de origen o procedencia, que causen o amenacen causar daño a la producción nacional. Las personas físicas o morales que importan mercancías en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional están obligadas a pagar una cuota compensatoria conforme a lo dispuesto en esta Ley".

En ella, solamente se regula al *dumping*⁹ y a las subvenciones gubernamentales.

Para que sean consideradas prácticas desleales, es necesario que causen daño a la producción nacional en el sentido técnico que la propia Ley establece, independientemente de que el exportador o importador realice la conducta de manera aislada, reiterada o continuada.

⁶Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de enero de 1986.

⁷ García Moreno, Victor, et. al. Op. cit. nota 5, p. 509

⁸ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de julio de 1993. En adelante la referiremos como la Ley.

⁹Ver nota al pie 20.

Por otra parte, los instrumentos internacionales que rigen dichas prácticas, en lo que respecta al *dumping* y las subvenciones son, en primer lugar, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT de 1994), que incluye al GATT de 47, el cual no define en forma general las prácticas desleales de comercio.

Además existen dos instrumentos especializados derivados de dicho Acuerdo General: el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (en adelante Código Antidumping) y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (en adelante Código de Subvenciones)¹⁰; cada uno definiendo solamente la práctica que regula.

2. EL DUMPING

El *dumping* es una de las prácticas desleales de comercio internacional que se presenta con mayor frecuencia, cuyas características y efectos han motivado la creación de una regulación jurídica nacional e internacional en torno a ella. En México, es una de las dos prácticas a que se refiere la Ley de Comercio Exterior, y ocupa más del 95% de las investigaciones que se realizan en la materia.

2.1. Concepto doctrinario

Jacob Viner considera que hay *dumping* cada vez que se lleva a cabo una discriminación de precios entre dos mercados.¹¹

Sin embargo, el término *dumping* encierra una discriminación de precios, pero no es sinónimo de ello, pues de ser así podríamos hablar de *dumping* incluso entre diferentes mercados de un mismo país, sino que, además, implica, entre

¹⁰Ambos instrumentos fueron renovados durante la Ronda Uruguay y están vigentes en México a partir de 1995, pues son acuerdos multilaterales que forman parte del Acta Final de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales y del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, promulgada en nuestro país el 30 de diciembre de 1994. Antes de adoptar estos instrumentos, México sólo formaba parte del Código Antidumping producto de la Ronda Tokio.

¹¹Witker, Jorge y Ruperto Patiño Manffer. La Defensa Jurídica contra Prácticas Desleales de Comercio Internacional. Ed. Porrúa. 1a. edición, 1987. p.19.

otros elementos, que esa diferenciación de precios se de entre mercados de diferentes países.

Al respecto tenemos la siguiente opinión: “En la literatura económica la expresión *discriminación de precios* significa simplemente el fenómeno de vender en un mismo mercado a precios diferentes un producto igual, que no es lo mismo que *dumping*, porque este fenómeno se presenta entre países.”¹²

Por tanto, sólo se puede hablar de *dumping* tratándose de comercio internacional.

Esta práctica ocurre cuando productos extranjeros importados son vendidos en México a precios por debajo de aquellos que se ofrecen en el país de origen del exportador.¹³

“Es la venta en un mercado extranjero de mercancías a un precio menor que el ordinario en sus mismas condiciones, en el mercado doméstico o de origen, que provoca o amenaza causar un daño a la industria igual o similar del país de concurrencia o impide el establecimiento de la misma”¹⁴.

Se trata de una práctica que realizan las empresas privadas, y que opera cuando se vende un producto en un mercado extranjero a un precio menor que el establecido para el mercado del país que lo fabrica.

Además, el *dumping* provoca o amenaza causar daño a la producción nacional del mercado receptor o impide el establecimiento de la misma, y es precisamente esto lo que lo hace condenable en el comercio internacional.

Por su parte, David A. Gantz considera que el “*dumping* normalmente ocurre cuando un productor vende bienes en un mercado extranjero a un precio más

¹²Witker, Jorge y Gerardo Jaramillo. Comercio Exterior de México. (marco jurídico y operativo). Ediciones MacGraw-Hill. México, 1996. p. 91

¹³ Longley, Neil en Law and Policy in international business. Vol. 23, num. 4 Summer, 1992, Washington, D.C. USA. p. 894.

¹⁴ Cruz Miramontes, Rodolfo. “El capítulo XIX del Tratado Trilateral de Libre Comercio”. en Prácticas desleales de comercio internacional (Antidumping). Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. 1a. edición. México.1995, p.57.

bajo al que vende en su mercado doméstico, una vez que ambos precios son ajustados por diferencias en condiciones de venta, costos de transporte, etcétera; de forma que la comparación resultante es efectivamente de los precios en fábrica de los dos mercados. Si se encuentra *dumping* y si el *dumping* se encuentra que causa daño material a los productores domésticos en el mercado extranjero, se imponen impuestos *antidumping* equivalentes a la diferencia entre el precio ajustado del mercado doméstico (valor normal) y el precio en el mercado extranjero (precio de exportación).¹⁵

Asimismo, "se entiende por *dumping* la importación al mercado nacional, de mercancías extranjeras a precio inferior al valor normal que tengan las mismas en el país de origen o de procedencia".¹⁶

Es importante destacar que para ser objetiva la comparación de los precios de exportación y el normal a fin de determinar si hay una diferenciación, debe hacerse sobre una misma base, es decir, llevando a ambos precios a un mismo nivel, normalmente *ex fábrica*, tal como lo ordena el Art. 2.4. del Código Antidumping, lo que significa que se han considerado todos aquellos aspectos que de alguna manera influyen en alguno de los dos costos. Asimismo, la Ley habla de que la Secretaría hará los ajustes que procedan para que sean comparables ambos precios, mencionando que deben considerarse las condiciones y términos de venta, cargas impositivas, diferencias en cantidades y diferencias físicas¹⁷.

Craig R. Giesze lo explica de la siguiente manera: "se trata de la discriminación de precios, por medio de la cual un exportador extranjero (exportador estadounidense, por ejemplo) vende su mercancía a un precio inferior y artificial en un mercado extranjero (v. g. 50 nuevos pesos en México), en relación con el precio al que se vende una mercancía idéntica o similar, al mismo tiempo y bajo las mismas condiciones de venta en su mercado de origen (100 nuevos pesos en Estados Unidos de América, por ejemplo), una vez que se hayan tomado en cuenta las diferencias en los gastos de transporte, aranceles y demás"¹⁸.

¹⁵ Unfair Trade Practices. Material mimeográfico. 1995. p.1.

¹⁶ Sistema mexicano de defensa contra prácticas desleales de comercio internacional (Antidumping). 1a. edición. Ed.Gernika, México, 1994. p.12.

¹⁷ Artículos.36 de la Ley y artículos. 52 al 58 del Reglamento.

¹⁸"Desafíos jurídicos de Canadá, México y Estados Unidos". Op.cit. nota 14, p. 209.

Entonces, la discriminación de precios será de forma que el precio en que se vende en el mercado extranjero (precio de exportación) sea inferior al que se establece para el mercado de origen o doméstico del exportador (valor normal), una vez que han sido ajustados ambos precios al mismo nivel.

Jacob Viner distingue varios tipos de *dumping*: "el esporádico que se produce cuando una compañía se encuentra con excedentes de mercancías que quiere vender a toda costa sin perjudicar sus mercados normales y generalmente las compañías que lo realizan no se dedican a la exportación y proceden a efectuar esta operación solamente cuando se encuentran con existencias superiores a su capacidad de venta normal;...intermitente, que puede perseguir retener una parte de los mercados externos en circunstancias que dichos mercados pasan por momentos depresivos y finalmente, el *dumping* depredatorio o rapaz que surgiendo con la idea de intermitente, se hace permanente, destruye competidores y busca estructurar posiciones monopólicas, con lo cual puede después recuperar sus eventuales pérdidas decidiendo en forma autónoma los precios."¹⁹

De acuerdo con la anterior clasificación, el *dumping* que nos interesa es el intermitente o depredatorio que origine daños en los mercados externos donde opera.

2.2. Concepto legal

La *importación en condiciones de discriminación de precios*²⁰ consiste en la introducción de mercancías al territorio nacional a un precio inferior a su valor normal, nos dice el Art. 30 de la Ley.

En términos del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, "...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

¹⁹ Witker, Jorge y Ruperto Patiño Manffer. Op. cit. p. 20.

²⁰ Cabe hacer notar que nuestra Ley de Comercio Exterior no utiliza el término *dumping*, sino que habla de "importaciones en condiciones de discriminación de precios", que significa lo mismo, pues al hablar de importaciones se entiende que se trata de actividad comercial entre mercados de distintas naciones.

condenable, cuando causa o amenaza causar daño importante a una rama de producción existente de una parte contratante o si retrasa de manera importante la creación de una rama de producción nacional”.

El Código Antidumping, en su Art. 2º, establece que para los efectos del mismo, 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.

2.3. Elementos

Analicemos cuáles son los elementos que conforman la práctica desleal del *dumping* y que deben coexistir para que la autoridad correspondiente pueda imponer una cuota compensatoria conforme a la Ley de Comercio Exterior.²¹

De lo dispuesto en los arts. 28, 29 y 39 de la Ley, podemos decir que dichos elementos son: la existencia de la discriminación de precios, el daño o amenaza de daño a la producción nacional, y un nexo de causalidad entre las dos anteriores²².

El Art. 29 menciona: “La determinación de la existencia de discriminación de precios o subvenciones, del daño o amenaza de daño, de su relación causal y el establecimiento de cuotas compensatorias se realizará a través de una investigación conforme al procedimiento administrativo previsto en esta Ley y sus disposiciones reglamentarias”.

21 Dado que las disposiciones del Código Antidumping son aplicables a la par con las de la Ley, mencionaremos algunos aspectos del Código que resulten de interés. Teniendo en cuenta siempre que en caso de contradicción entre dichos ordenamientos, se está a lo establecido en el acuerdo internacional.

²²La Ley sigue los lineamientos del Código Antidumping y del GATT que exigen, para que un país pueda imponer derechos antidumping, que realice una investigación administrativa a fin de comprobar tres elementos: 1) la existencia del dumping, 2) la existencia de daño importante o amenaza de daño importante que sufren los productores nacionales del país exportador, y 3) la relación causal entre el dumping y el daño importante o la amenaza de daño importante; Ver art VI del GATT de 1947; 2 y 3 del Código Antidumping.

2.3.1. Existencia del dumping o discriminación de precios

Existirá discriminación de precios o *dumping* cuando al compararse el valor normal y el precio de exportación de la mercancía (ajustados a un mismo nivel), resulte una diferencia, de forma que este último sea menor. Dicha diferencia se conoce como "margen de discriminación de precios o de *dumping*".

Los elementos de esta definición consisten en:

2.3.1.1. Valor normal

Conforme al Art. 31 de la Ley, existen tres opciones para el cálculo del valor normal, las cuales conforme a nuestra legislación deben seguirse en forma sucesiva y excluyente, a diferencia del Código Antidumping, donde se contemplan las mismas opciones pero sin establecer un orden de prelación entre la segunda y la tercera.

a) Precio interno en el país de origen. En primer lugar, debe considerarse como valor normal al "precio comparable de una mercancía idéntica o similar que se destine al mercado interno del país de origen en el curso de operaciones comerciales normales"²³.

Sin embargo, cuando la mercancía sea exportada a México desde un país intermediario, y no directamente del país de origen, el valor normal será el precio comparable de mercancías idénticas o similares en el país de procedencia o exportación. No obstante, cuando la mercancía de que se trate solamente transite, no se produzca o no se comercialice en el país de exportación, el valor normal se determinará tomando como base el precio del mercado del país de origen.

Las disposiciones sobre la determinación del valor normal apuntan siempre a que sea esta la opción que se tome para el cálculo del margen de *dumping*.

²³Art. 31 de la Ley. A diferencia, el Código Antidumping establece como *valor normal* aquel al que se vende un producto similar en el mercado del exportador extranjero, y no al que se vende en el país de origen.

b) Producto similar y operaciones comerciales normales. El Art. 37 del Reglamento señala que *mercancía idéntica* son los productos que sean iguales en todos sus aspectos al producto investigado; y, *mercancía similar*, los productos que, aun cuando no sean iguales en todos los aspectos, tengan características y composiciones semejantes, lo que les permite cumplir las mismas funciones y ser comercialmente intercambiables con los que se compara²⁴.

En cuanto a las *operaciones comerciales normales*, el artículo 32 de la Ley dice que se entienden las operaciones comerciales que reflejen 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. Este concepto es importante ya que se aplica para los elementos a considerarse en cualquiera de las vías que se utilicen para determinar el valor normal.

Es decir, la primera vía para determinar el valor normal es el precio en el país de origen o, en su caso, en el de procedencia.

c) Precio de exportación del país de origen a un tercer país. Conforme al Art. 31 de la Ley, cuando: no exista precio de mercado por no realizarse ventas de una mercancía idéntica o similar en el país de origen, o las ventas en el mercado doméstico no permitan una comparación válida²⁵; se considerarán, para fijar el valor normal:

En segundo lugar, 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; pudiendo este precio ser el más alto, siempre y cuando sea representativo. Los precios de exportación a un tercer país se descartan por

²⁴El Código Antidumping define 'producto similar' como un producto que sea idéntico, es decir, igual en todos los aspectos al producto de que se trate, o cuando no exista ese producto, otro que, aunque no sea igual en todos los aspectos, tenga características muy parecidas a las del producto considerado, esto es, en un solo término engloba ambas posibilidades. Artículos 2.2.1. y 2.6 .

²⁵El Reglamento indica (Art. 42) que esto es cuando las ventas no sean representativas o tengan precios que no estén determinados en el curso de operaciones comerciales normales; en general los precios en el mercado interno o de exportación a un tercer país *se consideran representativos cuando contabilicen por lo menos, el 15% del volumen total de ventas de la mercancía sujeta a la investigación*. Sin embargo, conforme al Código Antidumping normalmente se considera suficiente para tomarse como base del valor normal, que las ventas del producto similar en el país exportador representen el 5% *del volumen total exportado a México* del producto de que se trate, incluso se acepta una proporción menor si permite hacer una comparación válida, Art. 2.2.

las mismas razones que para el precio en el país de origen, esto es, si no existen ventas, si éstas no son representativas o no se realizaron en el curso de operaciones comerciales normales.

Los criterios de selección del tercer país en la práctica administrativa mexicana son: aquel al que exporta el mayor volumen de ventas o aquel al que fueron realizadas las ventas de exportación al precio más alto.

d) Valor reconstruido en el país de origen. En tercer lugar, y en caso de que no hubiera exportaciones del producto investigado a un tercer país o que éstas no se realizaran en el curso de operaciones normales o, que dichas ventas no fuesen representativas; se acude al *valor reconstruido* en el país de origen, el cual se obtendrá de la suma del costo de producción, gastos generales y una utilidad razonable y que correspondan a operaciones comerciales normales en dicho país²⁶. Entonces, los elementos a considerar para reconstruir el valor normal no deben tomarse más que de operaciones realizadas en el país exportador. Esta opción provoca problemas de información, pues normalmente las empresas no llevan su contabilidad por producto.

e) Exclusión de ventas con pérdidas sostenidas. Conforme al Art. 32 de la Ley, en el cálculo del valor normal se excluirán las ventas en el país de origen o de exportación a un tercer país que reflejen pérdidas sostenidas; es decir aquellas cuyos precios no permitan cubrir los costos de producción y los gastos generales incurridos en el curso de operaciones comerciales normales. Por tanto, sólo se toma en cuenta para el cálculo del valor normal por las primeras dos vías las ventas que arrojen ganancias, y las ventas que reflejen pérdidas podrán considerarse para efectos del valor reconstruido.

Sin embargo, el Código Antidumping indica en su Art. 2.2.1. que dicha exclusión se hará solamente si se determina que las ventas a pérdida se

²⁶El Código Antidumping señala que para calcular el valor normal se toma como base los registros que lleve el exportador o productor objeto de investigación, siempre que estén hechos de acuerdo a los principios de contabilidad generalmente aceptados en el país exportador. Si el exportador no realiza ventas de un producto similar en su mercado interno o éstas no sean representativas (volumen insuficiente), se toma como valor normal: 1) un precio comparable del producto similar cuando éste se exporte a un tercer país o, 2) el costo de producción en el país de origen más una cantidad razonable por concepto de gastos administrativos y una utilidad, Art. 2.2.

realizaron: durante un periodo prolongado, en cantidades sustanciales y a precios que no permiten recuperar los costos en un periodo razonable.

f) Países con economías centralmente planificadas. La Ley contiene una disposición especial para casos de *importaciones originarias de un país con economía centralmente planificada*, pues en dichos países el mercado puede estar afectado por la intervención del Estado, ocasionando que el precio de exportación y el valor normal no sean fiables para el cálculo del margen de discriminación. Por tanto, se tomará como valor normal el precio de la mercancía idéntica o similar en un tercer país con economía de mercado, que conforme al Reglamento pueda ser considerado como sustituto del país con economía centralmente planificada para propósitos de la investigación. El propio mercado mexicano podría ser sustituto cuando no exista ningún otro país con economía de mercado que cumpla con las directrices para sustituirlo. Y, la determinación del valor normal se hará conforme a las vías ya mencionadas.

Conforme al artículo 48 del Reglamento se entiende por economías centralmente planificadas, salvo prueba en contrario, aquellas en que las empresas son en su mayoría, total o parcialmente, propiedad del Estado, y donde los criterios de operación de las mismas, en lo relativo a precios, producción, programas de inversión y niveles de empleo, entre otros, se encuentran bajo control directo del gobierno.

2.3.1.2. Precio de exportación

Este es el precio que los exportadores observan cuando venden el producto investigado al mercado mexicano, en operaciones comerciales normales.

Conforme al Art. 35 de la Ley, cuando no se pueda obtener un precio de exportación, o cuando a juicio de la Secretaría, el precio de exportación no sea comparable con el valor normal, dicho precio podrá calcularse sobre la base del precio al que los productos importados se revendan por primera vez

un comprador independiente en el territorio nacional.²⁷ A esto se llama reconstruir el precio de exportación.

2.3.1.3. Ajustes y comparación entre valor normal y precio de exportación

Para que el precio de exportación y el valor normal sean comparables la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales se asegura de que se estén comparando los correspondientes a mercancías similares.

Además, realiza los ajustes que procedan, con el fin de llevar tanto al precio de exportación como al valor normal al mismo nivel comercial, tal como lo ordena el Código Antidumping²⁸, generalmente a nivel *ex works*, es decir, el precio de la mercancía al salir de la fábrica, neutralizando así cualquier diferencia que afecte la comparación.

Para ello, conforme a los artículos 55 al 57 del Reglamento, los precios se pueden ajustar por:

- a) diferencias en condiciones de venta tales como flete, seguro, crédito o comisiones.
- b) diferencias en volumen de venta, que puede involucrar diferencias en precios.

²⁷En cuanto al *precio de exportación* del producto sujeto a la investigación, la Ley coincide con el Código Antidumping el cual señala que se tomarán como base los registros que lleve el exportador o productor investigado (ver pie de página anterior); y en caso de no existir precio de exportación o que la autoridad competente considere que dicho precio no sea fiable por existir un arreglo compensatorio entre el exportador y el importador o un tercero, el precio de exportación puede reconstruirse sobre la base del precio al que los productos importados se revendan por vez primera a un comprador independiente o sobre una base que la autoridad determine. (Artículos 2.2.1.1. y 2.3).

²⁸Una vez obtenidos el precio de exportación y el valor normal del producto investigado, se realiza una comparación equitativa, para ello la autoridad competente del país importador debe ajustar los precios para hacerla al mismo nivel comercial, normalmente el nivel 'en fábrica' y sobre ventas efectuadas en fechas lo más próximo posible y tener en cuenta las circunstancias que afecten la comparabilidad de los precios como condiciones de venta, tributación, etc. Código Antidumping Art. 2.4 .

c) diferencias en cargas impositivas, tomándose en cuenta tanto los impuestos indirectos como los de importación.

d) diferencias físicas, cuando ninguna de las mercancías en el país de origen es idéntica a la mercancía investigada, y se realiza mediante la suma o resta de las diferencias en costos variables entre las mercancías comparadas.

Estos se mencionan de manera enunciativa, ya que pueden considerarse todas aquellas diferencias que se demuestre influyen en la comparabilidad de los precios. Cuando una parte interesada solicite sea tomado en cuenta un determinado ajuste, le incumbirá a esa parte aportar la prueba correspondiente.

Tratándose del precio de exportación reconstruido, el Reglamento en su Art. 50 prevé se deben deducir todos los gastos incurridos entre la exportación y la reventa, los aranceles e impuestos y los márgenes de utilidad por importación y distribución.

Además de llevar al precio de exportación y al valor normal al mismo nivel comercial, se deben tomar de la misma base, por ejemplo, si la mercancía proviene de un país intermediario, y en él no existe un precio comparable para tomarse como valor normal, ya vimos que se determinará conforme al precio del mercado en el país de origen, entonces, el precio de exportación será también el del país de origen y no el del país de procedencia.

2.3.1.4. Margen de dumping

El Reglamento, en su Art. 38, nos dice que el *margen de discriminación de precios* de la mercancía se definirá como la diferencia entre su valor normal y su precio de exportación, relativa a este último precio. Constituye la base para señalar el monto de la cuota compensatoria.

En el entendido de que ambos precios están ajustados y de que habrá margen de *dumping* para los efectos de una investigación, si el precio de exportación es inferior comparado con el valor normal, es decir, que se trate de *dumping* positivo.

Este margen se determina por empresa exportadora, con base en la información que aporte en su respuesta al formulario oficial establecido por la Secretaría, la cual se refiere al periodo de investigación que fijado para efectos del procedimiento, normalmente de seis meses anteriores a la presentación de la solicitud de inicio de una investigación.

Cuando resulta que el monto del margen de dumping es *de minimis*, es decir, *inferior al dos por ciento*, la investigación debe concluirse.

Igualmente sucede cuando se encuentra que el volúmen de importaciones procedente del país sujeto a investigación *sea insignificante*, esto es, representan menos del tres por ciento de las importaciones totales, a menos que sean varios países investigados y en conjunto sumen más del siete por ciento de las importaciones totales de productos idénticos o similares a los de fabricación nacional²⁹.

2.3.2. Daño a la producción nacional

Una vez verificada la discriminación de precios, para que ésta se considere práctica desleal y se pueda imponer una cuota compensatoria, se necesita que cause *daño a la producción nacional*.

Aquí se debe atender al Código Antidumping el cual se aboca al daño en su Art. 3. Y conforme a su pie de página 9, se entenderá por "daño" un *daño importante* causado o una *amenaza de daño importante* a una rama de producción nacional, o un *retraso importante* en la creación de esta rama de producción, entendida ésta en los términos del propio Código.

2.3.2.1. Producción nacional

Productor nacional es la persona física o moral que interviene en el proceso de fabricación de bienes idénticos o similares a aquellos que se importan en condiciones desleales.³⁰

²⁹ Art. 5.8 Código Antidumping habla del criterio de minimis y de insignificancia.

³⁰ Miguel Angel Velázquez Elizarrarás. Ley de Comercio Exterior (análisis y comentarios). Colección Leyes Comentadas. Ed. Themis. 1a. edición. México. 1996. Comentario al Art. 40 de la Ley.

a) Definición. Conforme al Art. 63 del Reglamento y a fin de evaluar el impacto de las importaciones investigadas, producción nacional debe entenderse en el sentido de abarcar³¹:

-la totalidad de la misma, o

- aquellos productores nacionales cuya producción conjunta constituya una proporción importante de la producción nacional total de la mercancía de que se trate.

La proporción importante es discrecional, en México la práctica administrativa ha adoptado el cincuenta por ciento más uno de la producción.

b) Exclusiones. No se considerarán como tales:

- Los productores vinculados a los exportadores, y

- Aquellos productores que también sean importadores de la mercancía en cuestión.

En ambos casos puede tomarse como producción nacional al resto de los productores.

2.3.2.2. Daño

Este consiste en el deterioro importante que sufre la industria nacional. Para saber si éste existe, deben analizarse diferentes factores, al efecto la Ley en su Art. 41 enumera los siguientes, además de los que la Secretaría considere conveniente³²:

³¹La Ley es coincidente con lo señalado por el Art. 4.1 del Código Antidumping y 16.1 del Acuerdo sobre Subvenciones.

³²La Ley coincide con lo señalado en el Art. 3.1, 3.2, 3.4 del Código Antidumping, que indica que la determinación del daño debe basarse en pruebas positivas y en un examen objetivo del volumen de las importaciones objeto de *dumping* y del efecto de éstas en los precios de productos similares en el mercado interno, así como la repercusión de esas importaciones sobre los productores nacionales de tales productos. Para la determinación del daño, de acuerdo con el Art. 3.4 y 3.7 del Código, debe tomar en cuenta todos los factores e índices económicos que influyan en el estado

a) si se registró un aumento considerable de las importaciones objeto de *dumping* en el mercado mexicano.

b) si por efectos del *dumping*, existe una subvaloración de precios de las importaciones respecto de los precios nacionales, o si las importaciones obligaron a los productores nacionales a disminuir sus precios o a mantenerlos en un nivel inferior a los que se hubieran observado en ausencia de tales prácticas.

c) si el crecimiento de las importaciones objeto de *dumping* y sus precios han provocado un deterioro en los principales indicadores de la industria nacional: caída en las ventas, de la producción, disminución en la utilización de la capacidad instalada o del nivel de empleo y las utilidades.

La Secretaría deberá asegurarse de que la determinación de daño correspondiente sea representativa de la situación de la producción nacional total, para lo cual debe allegarse de información de los productores nacionales no solicitantes.

2.3.2.3. Amenaza de daño

Consiste, conforme al Art. 39 de la Ley en "el peligro inminente y claramente previsto de daño a la producción nacional", agrega que la determinación de esta amenaza se basará en hechos y no simplemente en conjeturas, alegatos o posibilidades remotas.

En la determinación de la amenaza de daño se considerarán los siguientes factores:

a) El incremento de las importaciones objeto de prácticas desleales en el mercado nacional que indique la probabilidad real de que se produzca un aumento sustancial de dichas importaciones en un futuro inmediato.

de esa rama de la producción como la disminución real de las ventas, los beneficios, la participación en el mercado, las existencias, el empleo, los salarios, la inversión, etc.

establecerse una relación de causalidad entre el *dumping* o las subvenciones y el daño a la industria"³⁴.

b) Evaluación de factores distintos a las importaciones en condiciones de dumping. Por otra parte, Art. 69 del Reglamento indica que la Secretaría examinará otros factores de que tenga conocimiento, distintos de las importaciones objeto de investigación, que al mismo tiempo afecten a la producción nacional, para determinar si el daño o amenaza de daño alegados son causados directamente por dichas importaciones, entre ellos: el volumen y los precios de las importaciones que no se realizan en condiciones de discriminación de precios, la contracción de la demanda o variaciones en la estructura del consumo, las prácticas comerciales restrictivas de los productores extranjeros y nacionales, así como la competencia entre ellos y la evolución de la tecnología, la productividad y los resultados de la actividad exportadora.

3. LOS SUBSIDIOS O SUBVENCIONES

Otro fenómeno frecuente en el comercio internacional son las subvenciones, otra de las prácticas desleales reguladas por la Ley de Comercio Exterior.

3.1. Concepto doctrinario

En la opinión del investigador Craig R. Giesze, se entiende por subvenciones o subsidios gubernamentales toda clase de apoyo, estímulo, incentivo, prima o beneficio económico otorgado, directa o indirectamente, por el Estado a los productores o exportadores nacionales, a fin de impulsar la industria nacional y colocarla *artificialmente* en condiciones competitivas en los mercados exteriores³⁵.

³⁴ SECOFI. Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales. Carpeta Informativa. Folleto "Daño, amenaza de daño y causalidad". p. 9.

³⁵ "El capítulo XIX del TLC", en Resolución de Controversias Comerciales en América del Norte. 1a edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. 1994. p.122.

La situación de competitividad en la que se coloca el exportador extranjero en el mercado de otro país es artificial porque se debe a la ayuda que le otorgó su gobierno y no a la eficiencia de su empresa.

Al respecto el maestro Victor Carlos García Moreno considera que las subvenciones son otra manera de competencia desleal, pues llevan al abaratamiento artificial de los precios de un producto y también implican un daño a la industria doméstica que compite en desventaja: son una distorsión inducida por los gobiernos en el funcionamiento de los mercados³⁶.

Son prácticas ejercitadas por los Estados y gobiernos, a través de las cuales otorgan apoyos fiscales, financieros, cambiarios, crediticios, etcétera, a productores nacionales que exportan productos, que pueden venderse en los mercados externos a precios artificialmente bajos, ventas éstas que pueden además perjudicar, dañar o amenazar a productores del extranjero de bienes idénticos o similares.³⁷

Como se verá, para que tal conducta se considere desleal, es necesario que la subvención cause daño o amenaza de daño a la industria nacional de otro país.

Entonces, y a diferencia del *dumping*, las subvenciones o subsidios gubernamentales implican una conducta de los gobiernos de los países que participan en el comercio internacional, por la que otorgan ayudas económicas a sus productores o exportadores nacionales, a fin de que éstos participen en mercados extranjeros con productos a precios artificialmente competitivos, causando daño o amenaza de daño a la producción doméstica del mercado en el que incurren.

Esta práctica es menos común que el *dumping*. En México, hasta agosto de 1997, dieciocho han sido las investigaciones por subvención, frente a 189 casos de *dumping*; aunque no por ello menos importante, pues también ocasionó consecuencias adversas para la industria nacional del mercado importador

³⁶ Op.cit.5 nota 5, p. 515.

³⁷ Witker, Jorge y Gerardo Jaramillo. Op.cit., p. 90.

como la "disminución apreciada o potencial del volumen de producción, de las ventas, de las utilidades, de la productividad, del empleo y los salarios"³⁸.

3.2. Concepto legal

La legislación aplicable en México en materia de subsidios gubernamentales como práctica desleal de comercio internacional se integra por la Ley de Comercio Exterior, el Reglamento y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la Organización Mundial del Comercio³⁹.

Conforme al Art. 28 de la Ley los subsidios gubernamentales están considerados prácticas desleales de comercio internacional.

En el Art. 37 la Ley define a la subvención como "el beneficio que otorga un gobierno extranjero, sus organismos públicos o mixtos, o sus entidades, directa o indirectamente, a los productores, transformadores comercializadores o exportadores de mercancías para fortalecer inequitativamente su posición competitiva internacional, salvo que se trate de prácticas internacionalmente aceptadas. Este beneficio podrá tomar la forma de estímulos, incentivos, primas, subsidios o ayudas de cualquier clase".

En el artículo 1º del Acuerdo sobre Subvenciones se establece que existe subvención:

- "a) 1) cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro (denominados por el presente Acuerdo "gobierno"), es decir:
- i) cuando la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos (por ejemplo, como garantías de préstamos);
 - ii) cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos como bonificaciones fiscales);
 - iii) cuando un gobierno proporcione bienes o servicios -que no sean de infraestructura general- o compre bienes;

³⁸ Craig Giezse. Op. cit., p.125.

³⁹ En adelante "el Acuerdo sobre Subvenciones".

- iv) cuando un gobierno realice pagos de financiación, o encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) supra que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos; o
- a) 2) cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994; y
- b) con ello se otorgue un beneficio.”

3.3. Especificidad

Este concepto de especificidad está previsto en el Acuerdo sobre Subvenciones, no así en la Ley y el Reglamento.

Para que se puedan aplicar las disposiciones sobre subvenciones prohibidas (Parte II), recurribles (Parte III) y sobre medidas compensatorias (Parte V) del Acuerdo sobre Subvenciones, éstas deben ser *específicas*. Tal como lo indica su artículo 1.2.

La subvención es específica cuando⁴⁰ está disponible sólo para cierta empresa, rama de la producción o un grupo de empresas o ramas de producción ("determinadas empresas"), dentro de la jurisdicción de la autoridad otorgante, aplicándose los principios siguientes:

a) Se considerará específica cuando la autoridad otorgante, o la legislación en virtud de la cual actúe la autoridad otorgante, limite explícitamente el acceso a la subvención a determinadas empresas.

b) Cuando la autoridad otorgante, o la legislación en virtud de la cual actúe la autoridad otorgante, establezca criterios o condiciones objetivos (es decir, imparciales, que no favorezcan a determinadas empresas con respecto a otras y que sean de carácter económico, por ejemplo el número de empleados y el tamaño de la empresa) que rijan el derecho a obtener la subvención y su cuantía, se considerará que no existe especificidad, siempre que el derecho sea automático y que se respeten estrictamente tales criterios o condiciones. Los

⁴⁰Artículo 2 del Acuerdo sobre Subvenciones.

critérios o condiciones deberán estar claramente estipulados en una ley, reglamento u otro documento oficial de modo que se puedan verificar.

c) Si hay razones para creer que la subvención puede en realidad ser específica aun cuando al aplicar los apartados a) y b) de la apariencia de no especificidad, podrán considerarse otros factores. Esos factores son: la utilización de un programa de subvenciones por un número limitado de determinadas empresas, la concesión de cantidades desproporcionadamente elevadas a determinadas empresas y la forma en que la autoridad otorgante haya ejercido facultades discrecionales en la decisión de conceder la subvención.

No se considera subvención específica para efectos del Acuerdo, el establecimiento o la modificación de tipos impositivos de aplicación general por todos los niveles de gobierno facultados para hacerlo.

Agrega que toda subvención comprendida en las disposiciones del artículo 3º (subvenciones prohibidas) se considerará específica.

En principio, la limitación debe ser de carácter legal, o sea el acceso a tales subvenciones debe estar restringido mediante alguna disposición jurídica. No obstante, bajo ciertas circunstancias pueden las subvenciones considerarse específicas de hecho, como cuando se utilizan predominantemente por ciertas industrias.

3.4. Clases

La transferencia financiera de un gobierno a un particular que conlleva la subvención, puede ser directa o indirecta. Es decir, el gobierno puede desembolsar ya directamente o mediante algún organismo público o entidad privada. Asimismo, la transferencia en cuestión puede ser explícita o implícita; las primeras implican la erogación de fondos públicos como sucede, por ejemplo, con las infusiones de capital, las asunciones de pasivos y los pagos que incrementan los precios observados por los agricultores. Las segundas, por su parte, disminuyen la recaudación fiscal, tal como sucede en el caso de las exenciones y los reembolsos de impuestos, la concesión de préstamos por

parte de bancos estatales a tasas preferenciales y la venta de bienes y servicios como agua, electricidad o gas natural a precios inferiores a los de mercado⁴¹.

La Ley no las clasifica, es conforme al Acuerdo sobre Subvenciones, que se dividen en: prohibidas, no recurribles y recurribles.

3.4.1. Subvenciones no recurribles

Son aquéllas aceptadas en la comunidad internacional, también llamadas subsidios domésticos o internos.

Los países signatarios del GATT de 1994 pueden mantener libremente esta clase de subvenciones sin ser objeto de sanción y, consecuentemente, no son susceptibles de ser investigadas.

Al respecto el Art. 8º señala :

1. No serán recurribles aquellas subvenciones que no sean específicas de acuerdo con al artículo 2º.

2. Aquellas que siendo específicas se refieran a lo siguiente:

a) La asistencia para actividades de investigación realizadas por empresas [...] y a condición de que tal asistencia se limite a: gastos de personal, costos de los instrumentos, terrenos, utilizados para la investigación, de los servicios de consultores, entre otras.

b) Asistencia para regiones desfavorecidas situadas en el territorio del país otorgante, prestada con arreglo a un marco general de desarrollo regional y no específica dentro de las regiones acreedoras a ella.

c) asistencia para promover la adaptación de instalaciones existentes a nuevas exigencias ambientales impuestas mediante leyes y/o reglamentos que supongan mayores obligaciones o una mayor carga financiera para las empresas, a condición de que dicha asistencia:

i) sea una medida excepcional no recurrente.

ii) se limite al 20 por ciento de los costos de adaptación,

⁴¹ SECOFI. Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales. Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales. Carpeta Informativa. Folleto "Subvenciones".p.3

- iii) no cubra los costos de sustitución y funcionamiento de la inversión objeto de la asistencia, que han de recaer por entero en la empresas;
- iv) esté vinculada directamente y sea proporcionada a la reducción de las molestias y la contaminación prevista por una empresa y no cubra ningún ahorro en los costos de fabricación que pueda conseguirse; y
- v) esté al alcance de todas las empresas que puedan adoptar el nuevo equipo o los nuevos procesos de producción.

Conforme al artículo 8º apartado 1, no resultan ser recurribles los subsidios internos para mejorar escuelas, salud pública, carreteras, por no ser específicos de acuerdo con los lineamientos del artículo 2º, es decir, ir dirigidos a determinadas empresas, sino a todos los miembros de una sociedad. Actividades todas ellas que obedecen a "la responsabilidad por razones legales y de política económica y social que tienen los países de dar apoyos, o ayudas a diversos agentes económicos y no económicos"⁴².

3.4.1.1. Acciones

Si algún Miembro otorga una subvención no recurrible de las previstas en el párrafo 2 del artículo 8, y ésta es considerada por otro Miembro como causante de efectos desfavorables graves en su rama de producción nacional, éste puede, conforme al artículo 9 del Acuerdo sobre Subvenciones, solicitar consultas, que de no llevar a una solución mutuamente satisfactoria, el Miembro que las haya solicitado puede someter el caso al Comité de Subvenciones, el cual, una vez que analiza los hechos y las pruebas determinará si existen tales efectos desfavorables y en tal caso recomendará al Miembro que concede la subvención, modifique dicho programa de manera que se supriman los efectos nocivos dentro de un término de seis meses; si no se cumple con esa recomendación, el Comité autoriza al Miembro que solicitó las consultas que adopte las *contramedidas pertinentes proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos cuya existencia se determinó.*

⁴² Velázquez Elizarrarás, Miguel Angel. Comentario al Art. 37 de la Ley. Op. cit.

3.4.2. Subvenciones prohibidas

Como se mencionó, para que se puedan tomar acciones en contra de una subvención, es necesario que sea específica, al respecto, el último párrafo del Art. 2º del Acuerdo sobre Subvenciones da expresamente ese carácter a las subvenciones prohibidas.

Ningún Miembro debe mantener o conceder las subvenciones que tengan las siguientes características (Art.3 del Acuerdo sobre Subvenciones):

- a) las subvenciones *supeditadas de iure* o de *facto* a los resultados de exportación, como condición única o entre otras varias condiciones, con inclusión de las citadas a título de ejemplo en el Anexo I.
- b) las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, como condición única o entre otras varias condiciones.

En el mismo artículo se aclara que la supeditación *de facto* a los resultados de exportación se da cuando los hechos demuestran que la concesión de la subvención, aun sin haberse supeditado *de iure* a los resultados de exportación, está de hecho vinculada a las exportaciones o los ingresos de exportación. No obstante, el mero hecho de que una subvención sea otorgada a empresas que exporten no será razón suficiente para considerarla subvención a la exportación.

Algunas subvenciones a la exportación, que de forma enunciativa contempla el Anexo I son:

- El otorgamiento por los gobiernos de subvenciones directas a una empresa o rama de producción haciéndolas depender de sus resultados de exportación.
- Tarifas de transporte interior y de fletes para las exportaciones,[...] más favorables que las aplicadas a los envíos internos.
- La exención, remisión o aplazamiento total o parcial, relacionados específicamente con las exportaciones, de los impuestos directos o de las cotizaciones de seguridad social que deban pagar las empresas industriales o comerciales.

- La concesión por los gobiernos (u organismos que actúen bajo su autoridad o sujetos a su control) de créditos a los exportadores a tipos inferiores a aquellos que tienen que pagar realmente para obtener los fondos empleados con ese fin (o a aquellos que tendrían que pagar si acudiesen a los mercados internacionales de capital para obtener fondos al mismo plazo, con las mismas condiciones de crédito y en la misma moneda que los créditos a la exportación).

3.4.2.1. Acciones

Estas subvenciones son nulas de pleno derecho, y conforme al artículo 4 del Acuerdo sobre Subvenciones, si de cualquier forma, algún país las otorga, el Miembro afectado puede solicitar la celebración de consultas bilaterales, que si no llevan a un arreglo puede someterse la cuestión al Organismo de Solución de Diferencias de la OMC (en adelante OSD) a fin de que se establezca un grupo especial, el cual, de llegar a la conclusión de que se trata de una subvención prohibida, recomendará al Miembro que la concede la retire sin demora en un plazo determinado, en caso contrario, el OSD autorizará al Miembro reclamante adoptar contramedidas apropiadas.⁴³

Aun cuando se pueden invocar paralelamente las disposiciones sobre medidas compensatorias del Acuerdo sobre Subvenciones (realizar una investigación administrativa) y tomar las acciones antes mencionadas; tratándose de las formas de auxilio a aplicar, sólo se puede invocar una sola, ya sea un derecho compensatorio de cumplirse las disposiciones sobre medidas compensatorias, o una contramedida de conformidad con el artículo 4 (acciones en caso de subvenciones prohibidas).⁴⁴

3.4.3. Subvenciones recurribles

Fuera de las apuntadas como prohibidas, el Acuerdo sobre Subvenciones no proscribire los subsidios, a menos que se conviertan en recurribles, es decir, que:

⁴³Una vez que se remite el asunto al Organismo de Solución de Diferencias, este procedimiento se rige y desarrolla según las disposiciones del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias; para mayor abundamiento véase el punto 2 del Capítulo III de este trabajo. Cabe mencionar que no puede adoptarse una medida equivalente al grado y naturaleza de la subvención, pues se estaría permitiendo la adopción de una medida prohibida.

⁴⁴ Así se expresa en la nota 35 al artículo 10 del Acuerdo sobre Subvenciones.

-siendo específicas y otorguen un beneficio al receptor,

-causen efectos desfavorables en los intereses comerciales de otros Miembros.

Se entiende que causan efectos desfavorables (Art. 5 del Acuerdo sobre Subvenciones) cuando causan:

- a) daño a la rama de la producción nacional del país importador miembro de la OMC,
- b) anulación o menoscabo de las ventajas resultantes para otros Miembros del GATT 1994,
- c) perjuicio grave a los intereses de otro Miembro.

La Secretaría señala que la afectación a otro Miembro puede darse de tres maneras: cuando un país exportador subsidiante afecta de manera adversa a un país importador no subsidiante; cuando un país importador subsidiante afecta adversamente a un país exportador no subsidiante; cuando un país exportador subsidiante afecta adversamente a otro país exportador no subsidiante.

3.4.3.1. Acciones

Según lo dispuesto por el artículo 7 del Acuerdo sobre Subvenciones, si algún Miembro considera que su industria nacional está siendo afectada negativamente por una subvención recurrible que otorga otro país Miembro, aquél puede solicitar a éste la celebración de consultas bilaterales, que de no llevar a una solución mutuamente convenida, cualquiera de los participantes puede someter la cuestión al OSD a fin de pedir la instalación de un grupo especial, el cual determinará e informará si la subvención ha tenido efectos desfavorables para el Miembro reclamante. Si se adopta el informe del grupo especial que determinó sí se están causando efectos desfavorables a los intereses de un Miembro, el Miembro otorgante de la subvención adoptará las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables o retirará la subvención, en caso contrario, el OSD autorizará al Miembro afectado para que

adopte contramedidas proporcionadas en grado y naturaleza de los efectos desfavorables que se determinaron.

En el caso de las subvenciones recurribles, conforme al pie de página 35 del Acuerdo sobre Subvenciones, paralelamente a estas acciones, puede realizarse una investigación administrativa conforme a las disposiciones sobre medidas compensatorias del propio Acuerdo, pero los remedios sólo pueden ser el derecho compensatorio o las contramedidas, no ambos.

3.5. Elementos

Conforme a la Ley de Comercio Exterior, al igual que en el caso del *dumping*, se necesita probar la concurrencia de tres elementos en una investigación administrativa que realiza la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la Secretaría, a fin de poder imponer una cuota compensatoria que contrarreste los efectos de esta práctica desleal de comercio internacional⁴⁵.

El ya mencionado el Art. 29 de la Ley, habla también de las subvenciones y de donde deducimos los siguientes elementos:

- existencia de la subvención;
- el daño o amenaza de daño a los productores nacionales del país importador;
y
- la relación causal entre los dos anteriores.

Algunos conceptos como como daño, amenaza de daño, mercancía idéntica, mercancía similar, etcétera, son igualmente aplicables en una investigación

⁴⁵Conforme al GATT de 1994 y el Acuerdo sobre Subvenciones se necesita demostrar la concurrencia simultánea de los mismos elementos, un precepto que en forma sintética lo confirma es el 19.1 del Acuerdo: "*Si, después de haberse desplegado esfuerzos razonables para llevar a término las consultas, un Miembro formula una determinación definitiva de la existencia de subvención y de su cuantía y del hecho de que, por efecto de la subvención, las importaciones subvencionadas están causando daño, podrá imponer un derecho compensatorio con arreglo a las disposiciones del presente artículo, a menos que se retire la subvención o subvenciones*".

sobre subvenciones, y dado que ya fueron apuntados en el apartado correspondiente al *dumping*, no abundaremos aquí sobre ellos.

3.5.1. Existencia del subsidio o subvención

Primeramente debe existir una subvención prohibida o recurrible en el sentido en el que las analizamos en el apartado anterior.

Es decir, que exista un beneficio otorgado por un gobierno extranjero, directa o indirectamente, a los productores, transformadores, comercializadores o exportadores de mercancías, a fin de que obtengan ventajas que le den una competitividad artificial en los mercados internacionales. Esto puede ser en forma de estímulos, incentivos, primas, subsidios o ayudas de cualquier clase.

El Estado tiene que disponer de ella, de manera directa o indirecta, y reflejarse en los instrumentos jurídico administrativos y legales en cuando a ingresos y presupuesto se refiere, en la contabilidad gubernamental y en la cuenta pública. Adicionalmente, de manera ilustrativa en su Anexo I el Acuerdo señala los casos en que se considera la existencia de una subvención.

El Art. 37 de la Ley, en su segundo párrafo, indica que la Secretaría emitirá, mediante acuerdo publicado en el Diario Oficial de la Federación, una lista enunciativa de subvenciones a la exportación, la cual tendrá un carácter no limitativo.

a) Monto de la subvención

"El subsidio se mide conforme al beneficio para el receptor y no según el costo para el gobierno. Esto es, el subsidio es equivalente a la diferencia entre el costo del beneficio bajo condiciones normales de mercado y el precio al que lo otorga el gobierno, por ejemplo, en el caso de un subsidio financiero, el beneficio surge de la diferencia entre la tasa de crédito que hubiera pagado la empresa receptora de haber acudido a un banco y la tasa de crédito realmente pagada."⁴⁶

⁴⁶Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales. Op. cit. p. 9.

El margen de subvención se calcula como la diferencia entre el precio de exportación no afectado por subsidios y el precio de exportación subsidiado relativo a este último.

Al igual que en caso de *dumping*, respecto de subvenciones, también se establece la obligación de pagar una cuota compensatoria a quienes importan mercancías subsidiadas y la cuantía de ésta será equivalente al monto de la subvención, a menos que ésta sea inferior a uno por ciento, que llevaría a concluir la investigación sin imponer cuota alguna.

3.5.2. Daño o amenaza de daño a la producción nacional

Este es el segundo elemento a determinarse en la investigación administrativa, el daño o amenaza de daño a la industria nacional del país.⁴⁷

3.5.2.1. Producción nacional

La producción nacional es aquella a quien la Ley tutela en materia de prácticas de discriminación de precios y subvenciones.

El impacto de las importaciones subvencionadas, a fin de concluir si existe daño, se evalúa conforme al Art. 63 del Reglamento, teniendo como base la producción nacional total, o aquellos productores nacionales cuya producción conjunta constituya la parte principal de la producción nacional total de la mercancía de que se trate.

3.5.2.2. Daño

Las disposiciones sobre daño en el apartado relativo al *dumping* son aplicables en materia de subvenciones.

⁴⁷El Acuerdo en su Art. 15 habla de la determinación de la existencia de daño (que incluye amenaza de daño) En cuanto a la *determinación de la existencia del daño o amenaza de daño*, se debe basar en hechos y en pruebas positivas y comprenderá, de acuerdo con el artículo 15, el examen objetivo: a) volumen de las importaciones subvencionadas y el efecto de éstas en los precios de productos similares en el mercado interno, b) la repercusión consiguiente de esas importaciones sobre los productos nacionales de tales productos.

Entonces, para efectos de subvenciones, daño también se entiende como la pérdida o menoscabo patrimonial o la privación de cualquier ganancia lícita y normal que sufra o pueda sufrir la producción nacional de las mercancías de que se trate, o el obstáculo al establecimiento de nuevas industrias (Art. 39 de la Ley).

La conclusión de la existencia o no de daño, debe derivar del análisis mínimo de todos los aspectos enumerados en el Art. 41 de la Ley⁴⁸. Asimismo, no es necesario demostrar que el daño se causa a la totalidad de la producción nacional, basta que la situación en que se encuentran los productores afectados simbolice la situación de la producción nacional total.

3.5.2.3. Amenaza de daño

Todo lo expresado sobre la amenaza de daño en el apartado del *dumping*, es de la misma forma aplicable tratándose de subvenciones.

3.5.3. Relación causal

Parte de la llamada prueba de daño consiste en establecer una relación directa causa-efecto entre las importaciones objeto de *dumping* o subvenciones y el desempeño negativo de la industria nacional.

El tercer elemento que debe probarse en la investigación a fin de imponer un derecho compensatorio sobre un producto importado, es la *relación causal* que debe existir entre la subvención y el daño o amenaza de daño que sufre la producción nacional del país importador de los productos subvencionados.⁴⁹

⁴⁸Ver dichos aspectos a considerarse en la página 18.

⁴⁹En relación con esto el artículo 15.5 del Acuerdo dispone: "Habrá de demostrarse que, por los efectos de las subvenciones, las importaciones subvencionadas causan daño en el sentido del presente Acuerdo, la demostración de esa relación causal se basará en el examen de todas las pruebas pertinentes de que dispongan las autoridades, también deben tomarse en cuenta factores que perjudiquen a la producción nacional distintos de las importaciones subvencionadas como pueden ser el volumen y los precios de las importaciones no subvencionadas del producto en cuestión, la contracción de la demanda o variaciones en la estructura del consumo, la evolución de la tecnología y la productividad de la producción nacional".

Recordemos el segundo párrafo del Art. 39 de la Ley nos dice "en la investigación administrativa se deberá probar que el daño o amenaza de daño a la producción nacional es *consecuencia directa* de las importaciones en condiciones de discriminación de precios o *subvenciones* en los términos de esta Ley"

El daño o amenaza de daño mencionados debe ser consecuencia directa de las importaciones subvencionadas.

Por tanto, para la determinación de ambos conceptos se deben considerar todos aquellos factores que también puedan estar afectando los indicadores de la industria nacional, distintos de la subvención. Entre los factores que la Secretaría puede evaluar están: el volumen y los precios de las importaciones que no se realizan en condiciones de subvención o discriminación de precios, la contracción de la demanda o variaciones en la estructura de consumo, las prácticas comerciales restrictivas de los productores extranjeros y nacionales, así como la competencia entre ellos y la evolución de la tecnología, la productividad y los resultados de la actividad exportadora.

Por otra parte, todos los elementos que mencionamos se toman en cuenta conforme a los artículos 41 y 42 de la Ley también nos llevan a determinar el nexo de causalidad con la subvención.

Este elemento es importante dado que una subvención se considera como práctica desleal de comercio mientras se demuestre el vínculo causal entre la subvención y el daño o amenaza de daño a la producción nacional del país importador.

Art. 15.4 del Acuerdo sobre Subvenciones, que el examen de la repersusión de las importaciones subvencionadas sobre la rama de producción incluirá una evaluación de todos los factores e índices económicos pertinentes que influyan en el estado de esa rama de producción, y enumera los mismos factores que apuntamos al hablar se la causalidad en el dumping.

CAPITULO II
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE INVESTIGACION

1. NATURALEZA JURÍDICA

Dado que el presente capítulo se refiere al procedimiento de investigación que realiza la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la Secretaría, resulta importante exponer la naturaleza jurídica del mismo.

Las diversas funciones del Estado se realizan a través de actos jurídicos, a los que antecede una serie de trámites preliminares cuyo conjunto constituye un procedimiento. Dicho procedimiento adopta diversas connotaciones dependiendo del acto a producir, esto es, si el acto se realiza dentro de la función legislativa o judicial, la vía para producirlo será el procedimiento legislativo o judicial respectivamente, y si se trata de un acto por el que se desarrolla la función administrativa, éste será precedido por un procedimiento administrativo⁵⁰.

Formalmente, la función que realiza el Estado mediante el Poder Ejecutivo es la función administrativa y los actos producidos a fin de desarrollarla son administrativos, por lo que los procedimientos que anteceden a la emisión de tales actos serán de la misma naturaleza. De ahí la afirmación "el procedimiento administrativo constituye el medio para realizar la función administrativa del Estado"⁵¹, es el procedimiento de la función administrativa.

Es decir, la voluntad administrativa se expresa a través de los actos administrativos los cuales requieren, para surgir a la vida de lo jurídico, un cauce, sirviendo para ello el procedimiento administrativo, que es el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para

⁵⁰Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. Tomo I. Ed. Porrúa. 1992, p.27.

⁵¹ Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. 33a. edición. Ed. Porrúa. México, 1994. p.254.

la realización de un fin⁵². Las formalidades y trámites que conforman un procedimiento administrativo están contenidos en las leyes administrativas y determinan los requisitos previos al acto administrativo, los cuales son necesarios para su perfeccionamiento y condición de su validez.

El procedimiento que nos ocupa se desprende de las disposiciones de la Ley de Comercio Exterior, su Reglamento y los Tratados Internacionales suscritos por México en la materia, cuya ejecución, conforme al Art. 89-I constitucional, corresponde al Ejecutivo Federal. Por lo tanto, el ejercicio de tal facultad constitucional corresponde al ejercicio de la función administrativa.

Específicamente, la Ley de Comercio Exterior en su artículo 2º señala que la aplicación e interpretación de sus disposiciones corresponde al Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

Uno de los aspectos fundamentales que regula la Ley de Comercio Exterior es el de las prácticas desleales de comercio internacional, y conforme a nuestra política en la materia, se les enfrenta con la imposición de cuotas compensatorias a las importaciones realizadas bajo esas condiciones, previa investigación donde se compruebe la existencia de ciertos elementos⁵³. La facultad de determinar dichas cuotas es otorgada expresamente por la Ley a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial⁵⁴.

⁵²Serra Rojas, Andrés. Op. cit. p. 267.

⁵³Además, conforme al Código Antidumping y al Acuerdo sobre Subvenciones, *solamente* se pueden imponer cuotas antidumping y derechos compensatorios en virtud de una investigación realizada de conformidad con las disposiciones que en la materia incluyen ambos instrumentos (artículos 1 y 10, respectivamente).

⁵⁴La Ley en su Art. 5º-VII faculta a la Secretaría para "tramitar y resolver las investigaciones en materia de prácticas desleales de comercio internacional, así como determinar las cuotas compensatorias *que resulten* de dichas investigaciones."

Como se verá en el presente capítulo, la resolución final es el acto formalmente administrativo mediante el cual la Secretaría hace dicha determinación o no de cuotas compensatorias y, conforme a lo expuesto, ese acto debe estar precedido por un procedimiento “que dé al autor del propio acto la ilustración e información necesarias para guiar su decisión al mismo tiempo que constituye una garantía de que la resolución se dicta, no de modo arbitrario, sino de acuerdo con las normas legales”⁵⁵. Aquí es donde se ubica el procedimiento de investigación que realiza la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la Secretaría, el cual consecuentemente resulta ser de naturaleza *formalmente* administrativa.

Antes de seguir hablando específicamente del procedimiento de investigación, debemos hacer algunas anotaciones respecto de los procedimientos administrativos en México: nuestro régimen jurídico ha buscado que el procedimiento sea adecuado al acto a realizarse, especialmente cuando el acto a emitirse es imperativo y afecta situaciones jurídicas de los particulares, pero sin adoptar los modelos del procedimiento judicial ordinario. Al respecto el maestro Gabino Fraga nos dice que esto se debe a la necesidad de acomodar la manera de actuar de la Administración a las necesidades que ella tiene que satisfacer, reconociendo así que el procedimiento para ser útil y eficaz debe ser impuesto por los objetivos especiales de la actividad administrativa⁵⁶. Esta posición, permite que el Estado en su actuación concilie el interés privado, que exige a la autoridad se limite por formalidades que permitan al administrado conocer y defender sus derechos, con las exigencias del interés público que su actividad debe satisfacer.

⁵⁵Fraga, Gabino. Op.cit. p.254.

⁵⁶Ibidem. p. 257.

No obstante esas características particulares que se dan al procedimiento administrativo, la administración pública no se sustrae de someter su actuación a los principios jurídicos básicos que conforman nuestro Estado de Derecho, como los contenidos en el artículo 14 constitucional, que a pesar de que en su texto no se menciona expresamente a las autoridades administrativas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dictado que "Las garantías individuales del artículo 14 constitucional se otorgan para evitar que se vulneren los derechos de los ciudadanos sujetos a cualquier procedimiento, bien sea administrativo, civil o penal, por lo que es errónea la apreciación de que sólo son otorgadas para los sujetos del último"⁵⁷.

La Suprema Corte también ha establecido que "La garantía que establece el artículo 14 constitucional debe interpretarse en el sentido de que a cualquier acto de autoridad que implique afectación a los derechos individuales, debe anteceder un procedimiento, pero sin que sea preciso que la autoridad judicial sea indefectiblemente la que debe intervenir para resolver"⁵⁸.

Consecuentemente y como lo concluye el maestro Serra Rojas, la necesidad de un procedimiento en nuestro derecho administrativo a fin de producir el acto administrativo es una exigencia constitucional⁵⁹. Esta es también la naturaleza jurídica del procedimiento de investigación instituido en la Ley.

Básicamente, las formalidades esenciales que deben observarse en los procedimientos consisten, retomando lo establecido por Bassols, en la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) que el afectado tenga conocimiento

⁵⁷ Semanario Judicial de la Federación. V época T.I pag. 1552.

⁵⁸ Ibidem. Tomo 35, pag. 1956.

⁵⁹ Op. cit. p.270.

de la iniciación del procedimiento, del contenido de la cuestión que va a debatirse y de las consecuencias que se producirán en caso de prosperar la acción intentada y que se le dé oportunidad de presentar sus defensas; 2) que se organice un sistema de comprobación en forma tal que quien sostenga una cosa la demuestre, y quien sostenga lo contrario pueda también comprobar su veracidad; 3) que cuando se agote la tramitación, se dé oportunidad a los interesados para presentar alegaciones, y 4) que el procedimiento concluya con una resolución que decida sobre las cuestiones debatidas y que al mismo tiempo fije la forma de cumplirse.

Un procedimiento que incluya todos estos elementos será la vía legal para la producción de los actos administrativos que implica la función administrativa y, como veremos, tal es el caso del procedimiento de investigación cuya naturaleza estudiamos.

Hasta el momento, hemos encontrado que el procedimiento de investigación que realiza la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales es formalmente administrativo y, es posible agregar, que por la manera de desarrollarse tiene carácter contencioso y contradictorio.

Algunos autores como Ruperto Patiño Manffer⁶⁰ opinan que es precisamente la existencia de contradicción de intereses entre los particulares que participan en el procedimiento, lo que le da a éste un carácter jurisdiccional, pues en él la autoridad administrativa, además de impulsar el procedimiento indagando de oficio la verdad y la existencia o no de los elementos constitutivos de la práctica desleal en aras del interés público en juego; dirige un procedimiento contencioso

⁶⁰ "Recursos ordinarios y jurisdiccionales en materia de prácticas desleales de comercio internacional" en Prácticas Desleales de Comercio Internacional. Op. Cit. p. 356.

entre las partes, llevándola a dictar una resolución, con base en las pruebas y alegatos existentes en el expediente, por la que define el derecho de cada una de ellas resolviendo así la controversia. Es decir, la resolución final con la que concluye el procedimiento de investigación presenta características especiales que la diferencian de otros actos administrativos, pues resulta ser un acto materialmente jurisdiccional por resolver conforme a derecho una contraposición de intereses.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que la función administrativa no supone una situación preexistente de conflicto, ni interviene con el fin de resolver una controversia como sucede en la función jurisdiccional; y en caso de que la función administrativa llegue en algún momento a definir una situación de derecho, lo hace, no como finalidad, sino como medio para poder realizar otros actos administrativos, tal como sucede en el procedimiento que nos ocupa.

2. PROCEDIMIENTO ORDINARIO

El procedimiento que lleva a cabo la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales, está regulado tanto por el capítulo VII de la Ley, como por el Título V de su Reglamento, así como por el Código Antidumping y el Acuerdo sobre Subvenciones cuando está involucrado algún país miembro de la OMC. Sus disposiciones van desde el contenido de las solicitudes, de las resoluciones, plazos, audiencias, medios de prueba, etcétera. Es precisamente la aplicación de esta regulación la que provoca controversias, por las cuales se acudiría a los medios de impugnación existentes en la materia.

2.1. Disposiciones generales al inicio de los procedimientos

Conforme al artículo 49 de la Ley, los procedimientos de investigación en materia de prácticas desleales de comercio internacional y medidas de salvaguarda, se iniciarán de oficio o a solicitud de parte.

2.1.1. Solicitud de parte interesada.

Tratándose de una solicitud de parte interesada, ésta podrá ser presentada por las personas físicas y morales productoras de mercancías idénticas o similares a aquéllas que se estén importando o pretendan importarse en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional.

Como hace notar Miguel Angel Velázquez, el titular del derecho de petición debe ser productor de mercancías, y ni la Ley ni el Reglamento definen qué debe entenderse por personas físicas o morales "productoras", señalando como tales a la persona física o moral que interviene en el proceso de fabricación de los bienes idénticos o similares a aquellos que se importan en condiciones desleales⁶¹. No obstante, no todo sujeto que interviene en el proceso productivo puede considerarse como titular de la producción nacional, como podrían ser los trabajadores o los proveedores del empresario que produce la mercancía; entonces el titular de los derechos como productor es el empresario, la persona que invierte su capital para la producción de las mercancías.

El carácter de productor de la persona que ejerce el derecho de acción para solicitar el inicio de los procedimientos de investigación es un requisito esencial

⁶¹Comentario al Art. 40 de la Ley. Op. cit.

sin el cual no podrá iniciarse una investigación administrativa, ya que el bien jurídicamente tutelado por la ley en la materia es la producción nacional, por lo que solamente el titular de la producción nacional o su representante pueden presentar una solicitud.

2.1.2. Representatividad

Además, para que la “producción nacional” tenga legitimidad activa a fin de iniciar un procedimiento de investigación, se requiere que los solicitantes sean representativos de dicha producción, entendiéndose por ello, conforme al Art. 40 de la Ley, cuando menos, el 25% de la producción nacional total de la mercancía de que se trate.

Adicionalmente, conforme al Art. 5.4 del Código Antidumping y 11.4 del Acuerdo sobre Subvenciones, la solicitud se toma como hecha por la producción nacional si es apoyada por aquellos cuya producción en conjunto represente el 50% más uno de la producción nacional total del producto similar que se manifestó en apoyo u oposición a tal solicitud.

Excepto cuando unos productores estén vinculados a los exportadores o a los importadores, o sean ellos mismos importadores del producto investigado, dicho término podrá interpretarse en el sentido de abarcar, cuando menos el 25% del resto de los productores.

El Reglamento contiene una excepción al principio de que el solicitante debe ser productor del bien idéntico o similar, pues señala que cuando la totalidad de los productores estén vinculados a los exportadores o a los importadores o sean ellos

mismos importadores del producto investigado, se concede legitimidad activa al conjunto de los fabricantes de la mercancía producida en la etapa inmediata anterior de la misma línea continua de producción. Esta excepción no está prevista en el Código Antidumping de la OMC, por lo que México sólo puede aplicarla a países no miembros de dicha organización⁶².

Al respecto, el Reglamento señala diversos criterios para probar la vinculación entre productores, exportadores o importadores, y agrega que la aplicación de los mismos debe ser consistente con los compromisos adquiridos por México en tratados o convenios internacionales.

2.1.3. Parte interesada

Otro concepto que interesa analizar es el de *parte interesada*, para llegar a saber quiénes pueden participar en estos procedimientos. Al efecto, se considera parte interesada, conforme al Art. 51 de la Ley, a los productores, solicitantes, importadores y exportadores de la mercancía objeto de investigación, así como a las personas morales extranjeras que tengan un interés directo en la investigación de que se trate y a quéllas que tengan tal carácter en los tratados o convenios comerciales internacionales. No cualquier persona con capacidad procesal está legitimada para ser parte en estos procedimientos, se necesita que tenga relación con las pretensiones aducidas, es decir, que aquellas personas que no hayan realizado operaciones de exportación o importación respecto de la mercancía materia de la investigación,

⁶²Conforme al Art. 4º del Código Antidumping, si unos productores están vinculados a los exportadores o a los importadores o sean ellos mismos importadores del producto objeto del supuesto *dumping*, se toma como "producción nacional" al resto de los productores.

no pueden ser consideradas como partes interesadas, aunque sí podrán ser escuchadas como coadyuvantes.

Es importante resaltar que estos procedimientos precisamente son con el fin de que la autoridad llegue al conocimiento de la verdad de los hechos económicos, y esto sólo es posible mediante las pruebas y la contradicción entre los distintos sujetos que intervienen en los procedimientos, haciendo crucial la participación de las partes interesadas.

La pluralidad de las partes, y las características del procedimiento, dan lugar al litisconsorcio activo o pasivo, así como a la coadyuvancia, esto es, cuando alguna persona que interviene en el procedimiento en posición subordinada a una de las partes principales, como son: los proveedores de mercancías a los productores nacionales, sus distribuidores, los sindicatos, los consumidores.

2.1.4. Contenido de la solicitud

La solicitud⁶³ de inicio de un procedimiento de investigación debe presentarse por escrito e incluir los argumentos que fundamenten la necesidad de aplicar cuotas compensatorias o medidas de salvaguarda. Además, debe ir acompañada de la información requerida en los formularios oficiales que elabora la Secretaría.

Si la solicitud es oscura o irregular, la Secretaría deberá, por una sola ocasión, prevenir al solicitante para que lo aclare, corrija o complete, para lo cual se le devolverá, indicándole en forma concreta sus defectos e imprecisiones.

⁶³Art.118 del Reglamento.

Transcurridos 20 días, desde entonces, le dará curso a la solicitud o la desechará, según proceda.

2.1.5. Iniciación de oficio

Los procedimientos iniciados de oficio deben sujetarse a las mismas normas sustantivas y adjetivas que rigen los procedimientos iniciados a petición de parte. Además, en ambos casos, la autoridad administrativa tiene obligación de integrar un expediente administrativo que contenga toda la información y medios de prueba recabados en el procedimiento, que van a permitir a la autoridad dictar su resolución.

2.1.6. Periodo de investigación

Conforme al art.119 del Reglamento, la investigación debe comprender un periodo que cubra las importaciones de mercancías objeto de investigación, que se hubiesen realizado durante un periodo de por lo menos seis meses anterior al inicio de la investigación, el cual puede modificarse a juicio de la Secretaría por un lapso que abarque las importaciones realizadas después del inicio de la investigación y, entonces, las resoluciones que impongan cuotas compensatorias provisionales o definitivas estarán referidas tanto al periodo original como al periodo ampliado.

2.2. Resolución de inicio

Conforme al Art. 52 de la Ley, dentro del plazo de 30 días a partir de la presentación de la solicitud, la Secretaría debe:

- a) Aceptar la solicitud y declarar el inicio de la investigación, publicándo dicha resolución en el Diario Oficial de la Federación,
- b) Requerir al solicitante mayores elementos de prueba o datos, y de ser aportados dentro de los 20 días a tal requerimiento, procederá la Secretaría conforme a lo dispuesto en el punto anterior; en caso de no proporcionarse en ese tiempo los elementos requeridos, se tendrá por abandonada la solicitud y se le notificará personalmente al solicitante, o
- c) Desechar la solicitud cuando no se cumpla con los requisitos establecidos en el Reglamento y notificarlo personalmente al solicitante.

La resolución debe contener los datos que señala el Art. 80 de la Ley y que son comunes a la preliminar y final, entre ellos: la autoridad que emite el acto, su fundamentación y motivación, datos del productor o productores nacionales de la mercancía idéntica o similar, datos del importador o importadores y exportadores extranjeros, el país de origen o procedencia de las mercancías de que se trate, etc.

Además, debe contener: una convocatoria a las partes interesadas y, en su caso, a los gobiernos extranjeros, para que comparezcan a manifestar lo que a su derecho convenga; el periodo probatorio y la fecha y hora en que se celebrará la audiencia pública y la presentación de los alegatos referidos en los artículos 81 y 82 de la Ley.

En todo caso, la resolución de que se trate, debe publicarse en el Diario Oficial de la Federación⁶⁴

⁶⁴A partir de la fecha de publicación hasta 15 días antes de concluir el periodo probatorio, las partes interesadas pueden solicitar a la Secretaría, convoque a una *audiencia conciliatoria*, pudiendo ésta hacerlo de oficio. En la solicitud deben incluirse las fórmulas de solución que se

A partir del día siguiente a la publicación de la resolución de inicio, la Secretaría deberá notificar a las partes interesadas de que tenga conocimiento, para que comparezcan a manifestar lo que a su derecho convenga, dándoles para ello un plazo de 30 días a partir de aquella para que formulen su defensa y presenten la información requerida Art. 53.

Al hacer esta notificación, los importadores, exportadores y gobiernos extranjeros, conocen las consideraciones de hecho y derecho en que se funda la pretensión del solicitante y los fundamentos y motivos por los cuales la autoridad decidió dar inicio a una investigación.

2.3. Periodo probatorio

En esta clase de procedimientos, el objeto de la prueba serán aquellos hechos que constituyan los elementos de la práctica desleal que se investigue, esto es: el valor normal, el precio de exportación a México, el daño, etcétera.

La Ley, en su Art. 82 nos dice que las partes interesadas podrán ofrecer toda clase de pruebas. Además, tienen el derecho de conocer la forma y contenido de las pruebas presentadas por las otras partes interesadas, para una adecuada defensa de sus intereses.

proponen y argumentarse su efectividad; presentada ésta, la SECOFI estudia las propuestas, y de ser procedentes, convoca a las demás partes para que expongan sus opiniones; las partes convocadas a este tipo de audiencias no están obligadas a participar en ellas, y de hacerlo no están obligadas a aceptar las resoluciones propuestas. En la audiencia, la solicitante expone sus propuestas y las otras partes opinan sobre las mismas; en todo caso se levanta acta administrativa para dar cuenta pormenorizada de su desarrollo. El acta se firma por todos los participantes. En estas audiencias no se aceptan acuerdos, convenios o combinaciones que atenten contra la libre competencia o impidan de algún modo la competencia económica. Artículos 86 a 88 del Reglamento y 61 de la Ley.

La Secretaría aceptará como medios de prueba los documentos públicos y privados, los dictámenes periciales, el reconocimiento o verificación administrativa, las pruebas testimoniales, las presunciones y cualquier otro medio no prohibido por la ley, excepto, la confesión de las autoridades o aquellas que se consideren contrarias al orden público, a la moral o a las buenas costumbres.

De acuerdo con el Reglamento, el periodo de pruebas comprenderá desde el día siguiente de la publicación en el Diario Oficial de la Federación del inicio de la investigación administrativa y la aceptación de la solicitud, hasta la fecha en que se declare concluida la audiencia pública a que se refiere el Art. 81.

Sólo durante el periodo probatorio las partes interesadas podrán presentar la información, pruebas y datos que estimen pertinentes en defensa de sus intereses. Los acuerdos por los que se admita alguna prueba no serán recurribles en el curso del procedimiento.

Sin embargo, la Secretaría conforme a su facultad indagatoria en estos procedimientos puede acordar fuera del periodo probatorio, la práctica, repetición o ampliación de cualquier prueba o diligencia probatoria, siempre que lo estime necesario y sea condeciente para el mejor conocimiento de la verdad sobre los hechos que se investigan (Art.54 de la Ley).

En caso de no satisfacerse dicho requerimiento, la autoridad resolverá conforme a la información disponible en el expediente administrativo.

Conforme al Art. 55 la Secretaría también tiene la facultad de requerir de información o datos que tengan a su disposición, a personas que no participan en el procedimiento de investigación pero que por su relación con alguna de las partes, disponen de información útil para el procedimiento; entre estas personas están los distribuidores o comerciantes de la mercancía de que se trate, los agentes aduanales, los apoderados de los importadores, proveedores, etcétera. Y en este caso, si existe una sanción pecuniaria para quienes desacaten el requerimiento de la autoridad.⁶⁵

2.4. Resolución preliminar

La Secretaría, conforme al Art. 57 de la Ley, dentro de un plazo de 130 días contados a partir del día siguiente al de publicación en el Diario Oficial de la Federación de la resolución de inicio, dictará la resolución preliminar, que debe contener los datos del Art. 80.

El sentido de esta resolución puede ser:

- a) Determinar cuota compensatoria provisional, previo el cumplimiento de las formalidades del procedimiento y siempre que hayan transcurrido por lo menos 45 días después de la publicación de la resolución de inicio de la investigación en el Diario Oficial de la Federación.
- b) No imponer cuota compensatoria provisional y continuar con la investigación administrativa, o

⁶⁵Una vez concluido el periodo probatorio, la Secretaría abre un periodo de alegatos en el que las partes interesadas pueden presentar por escrito sus conclusiones sobre el fondo o los incidentes acaecidos en el curso del procedimiento.

c) Dar por concluida la investigación administrativa cuando no existan pruebas suficientes de la discriminación de precios o subvención, del daño o amenaza de daño alegados o de la relación causal entre uno y otro.

Esta resolución preliminar debe notificarse a las partes interesadas y publicarse en el Diario Oficial de la Federación, dándoles un plazo de 30 días hábiles para que manifiesten lo que a su derecho convenga y presenten las pruebas complementarias que consideren pertinentes. Luego, dará otros 8 días para que los solicitantes presenten réplicas.

El Código Antidumping y el Acuerdo sobre Derechos Compensatorios establecen que las medidas provisionales dictadas en la resolución preliminar no pueden exceder de cuatro meses, o de seis y nueve meses, en ciertos casos de excepción que establece el Código Antidumping. La Ley, por su parte, no establece de manera expresa el tiempo de vigencia de las cuotas compensatorias preliminares, sin embargo, tomando en cuenta los plazos que ahí se señalan para la emisión de la resolución preliminar y final, se puede deducir que su vigencia es de 130 días.

Adicionalmente contiene:

a) En caso de que se haya probado la existencia de prácticas desleales de comercio internacional: el valor normal y el precio de exportación obtenidos por la Secretaría; una descripción de la metodología que se siguió para la determinación del valor normal y del precio de exportación, y en su caso, del monto de la subvención y sus características; el margen de discriminación de precios; descripción del daño causado o que pueda causarse a la producción nacional; la explicación sobre el análisis que realizó la Secretaría de cada uno de los factores a

considerarse para determinar el daño o amenaza de daño de los artículos 40 y 41 de la Ley;

b) En caso de que no hayan variado las razones que motivaron el inicio de la investigación sobre prácticas desleales, la mención de que continúa la investigación administrativa sin imponer cuotas compensatorias, con la fundamentación y motivación que corresponda.

c) En caso de que se pruebe la inexistencia de prácticas desleales de comercio internacional, la mención de que se concluye la investigación administrativa sin imponer cuotas compensatorias, así como un resumen de la opinión de la Comisión de Comercio Exterior sobre el sentido de la resolución⁶⁶.

2.5. Visitas de verificación

Durante la investigación las partes interesadas aportan información a la autoridad investigadora, responden a los formularios oficiales, etcétera, sin que tengan la obligación de probar su veracidad.

Conforme al Art. 83 de la Ley, la Secretaría puede verificar la información y pruebas presentadas por cualquier parte interesada, el curso de la investigación. Para ello, puede ordenar por escrito la realización de visitas en el domicilio fiscal, establecimiento o lugar donde se encuentre la información correspondiente.

Como el propio artículo lo indica, la verificación es el acto administrativo por el cual la autoridad puede constatar la veracidad de las declaraciones, pruebas e información rendida por las partes dentro del procedimiento de investigación;

⁶⁶ Art. 82-I F del Reglamento.

mediante ella verifica que dicha información y pruebas correspondan a los registros contables de la empresa visitada y, coteja los documentos que obran en el expediente administrativo.

Normalmente se realizan en el domicilio fiscal, establecimiento o lugar donde se encuentre la información, aunque también pueden realizarse en el domicilio de la autoridad investigadora conforme al Art. 175 del Reglamento. En todos los casos deben observarse las reglas previstas en el artículo mencionado. Tratándose de visitas en el extranjero se requiere el seguimiento de algunas reglas adicionales, esto es, cumplir con los requerimientos que señalan el Código Antidumping y del Acuerdo sobre Subvenciones.

La información y las pruebas aportadas por las partes interesadas podrán ser verificadas en el país de origen previa aceptación de las mismas; si no existe tal aceptación, la Secretaría tendrá por ciertas las afirmaciones del solicitante, salvo elementos de convicción en contrario.

Las visitas de verificación que realice la Secretaría deben efectuarse en días y horas hábiles por personal acreditado de la propia dependencia. Sin embargo, también podrán efectuarse en días y horas inhábiles cuando así fuese necesario, en cuyo caso el oficio por el que se haya ordenado la visita expresará la autorización correspondiente.

De las visitas debe levantarse un acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el visitado o, en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia; esta acta constituye prueba plena cuando se integra

de manera adecuada. El acta de verificación es confidencial en tanto contenga información de ese carácter.

2.6. Audiencia pública

Una vez publicada la resolución preliminar, y antes de la publicación de la resolución final, se lleva a cabo una audiencia pública con el objeto de que las partes interesadas presenten argumentos en defensa de sus intereses, refuten e interroguen oralmente a sus contrapartes respecto de la información, argumentos y pruebas presentados, sin poder presentar ahí nuevas pruebas o información. La ausencia de alguna de las partes interesadas, peritos y demás personas que por la naturaleza de la prueba deban comparecer, no impedirá que se celebre.

Los artículos 166 a 170 del Reglamento sujetan a la audiencia pública a ciertas reglas: una vez abierta la audiencia, el representante de la Secretaría pondrá a discusión los puntos que estime necesarios y las pruebas presentadas por la parte solicitante. Posteriormente, se concederá el uso de la palabra a los importadores, exportadores y productores nacionales en ese orden. Cada participante expone alternativamente, por dos veces respecto de las pruebas aportadas por las otras partes. La Secretaría, previo acuerdo de las partes interesadas, fijará el tiempo máximo a que se sujetará cada intervención, sin perjuicio de ampliar la participación de las partes interesadas por el tiempo que estime necesario.

De la audiencia se levanta un acta en la que se asientan los hechos acaecidos en la misma, la cual deberá ser firmada por las partes interesadas y el representante de la Secretaría, remitiéndose al expediente del caso.

2.7. Resolución final

Una vez concluida la investigación, la Secretaría deberá someter a la opinión de la Comisión de Comercio Exterior el proyecto de resolución final.

Dentro de un plazo de 260 días contados a partir del día siguiente de la publicación de la resolución de inicio de la investigación, según el Art. 59 de la Ley, la Secretaría dictará la resolución final. Mediante esta resolución se puede determinar:

- a) Imponer cuota compensatoria definitiva,
- b) Revocar la cuota compensatoria provisional o,
- c) Declarar concluida la investigación sin imponer cuota compensatoria.

Esta debe también notificarse a las partes interesadas y publicarse en el Diario Oficial de la Federación.⁶⁷

La revocación de la cuota compensatoria implica que se deja sin efectos la que se dictó en la resolución preliminar, y en este caso el importador que haya

⁶⁷Dentro de los 5 días siguientes a esta publicación o la correspondiente a la resolución preliminar, si así lo solicitan las partes interesadas, la Secretaría llevará a cabo *reuniones técnicas de información* a fin de explicar la metodología utilizada para determinar el margen de discriminación de precios y los cálculos de las subvenciones, así como el daño o amenaza de daño a la producción nacional y los argumentos de causalidad; levantándose un reporte de dicha reunión el cual es firmado por los asistentes, para luego integrarse al expediente administrativo. (Artículos.84 y 85 del Reglamento).

pagado cuotas compensatorias tiene derecho a que la autoridad hacendaria le devuelva las cantidades pagadas con los intereses devengados, conforme al Art. 65 de la Ley.

La declaración de haber concluido la investigación, sin imponer cuota compensatoria, significa que la autoridad confirma el sentido de la resolución preliminar, que debió haber dispuesto la continuación de la investigación sin la aplicación de cuotas compensatorias provisionales.

3. CUOTA COMPENSATORIA

Técnicamente, según algunos especialistas, la “cuota compensatoria” o “derecho compensatorio” es el nombre del recurso defensivo que aplican los gobiernos contra las subvenciones gubernamentales; mientras que el instrumento para contrarrestar los hechos del *dumping* es el llamado “derecho antidumping”. Nuestra Ley utiliza el término “cuota compensatoria” para significar el instrumento contra ambas prácticas desleales.

Las cuotas compensatorias “son los créditos fiscales a cargo de las personas físicas o morales que se encuentran en las hipótesis jurídicas y de hecho dispuestas en las resoluciones de la Secretaría, conforme al procedimiento administrativo de investigación a que se refiere la Ley, que tienen como finalidad eliminar el daño o la amenaza de daño provocados por la discriminación de precios positiva (*dumping*) o subvención”⁶⁸.

⁶⁸ Elizarrarás, Miguel Angel. Comentario al Art .62 de la Ley. Op. cit.

La obligación de pagarlas proviene de la Ley, que expresamente establece que las personas físicas o morales que importan mercancías en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional están obligadas a pagar una cuota compensatoria conforme a lo que se dispone en la propia Ley⁶⁹.

Estas cuotas son resultado del procedimiento de investigación y corresponde a la Secretaría determinarlas conforme al Art. 5º-VII de la Ley; las cuales podrán ser equivalentes o menores, en el caso de discriminación de precios al margen de discriminación, y en el caso de subvenciones, al monto del beneficio, siempre que sean suficientes para contrarrestar los efectos nocivos de la importación de mercancías en condiciones desleales.

Se debe tener claro cuál es la finalidad de dichas cuotas. Una vez impuestas, será el de compensar los daños o el peligro inminente de daño que cause o pueda causar el *dumping* o la subvención, a fin de proteger a la industria nacional.

Y, por otro lado, buscan disuadir o desalentar las importaciones de mercancías que impliquen prácticas desleales de comercio⁷⁰ a fin de garantizar condiciones para una competencia sana y libre de distorsiones.

⁶⁹ *Existe la Excepción de pago de cuotas compensatorias por reglas de origen.* El Art. 66 de la Ley establece que los importadores de una mercancía idéntica o similar a aquella por la que deba pagarse una cuota compensatoria provisional o definitiva no están obligados a pagarla si comprueban que el país de origen o procedencia es distinto del país que exporta dichas mercancías en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional. Esto se a fin de que las cuotas de que se trate sólo se apliquen a las importaciones de mercancías originarias del país exportador independientemente del país de procedencia y no a las mercancías idénticas o similares originarias de otros países. Entonces los importadores deben probar que la mercancía que introducen al territorio nacional es originaria o procedente de un país distinto del que exporta las mercancías en condiciones de prácticas desleales. Dicha comprobación se hará conforme al Acuerdo por el que se Establecen las Normas para la Determinación del País de Origen de Mercancías Importadas y Las Disposiciones para su Certificación en Materia de Cuotas Compensatorias, Publicado En el DOF el 31 de agosto de 1994.

⁷⁰ Así lo expresa la Exposición de motivos de la Ley.

Entonces, su objetivo no es sancionar ni evitar los flujos comerciales, precisamente se trata de no acudir a medios como la prohibición de las importaciones, que implicaría ir en contra de los compromisos internacionales adquiridos en la materia.

Si bien es cierto que con su imposición se debe vigilar que esa medida dé una defensa oportuna a la industria nacional, es también muy importante el hecho de que la Secretaría, al determinarla evite en lo posible que repercuta negativamente en otros procesos productivos o en el público consumidor.

Esto es coherente con el Art. 62 de la Ley, que deja a discreción de la Secretaría el monto de la cuota, pudiendo ser igual o menor al margen de discriminación o al monto del beneficio, siempre atendiendo al interés público que debe estar resguardado tanto en el procedimiento de investigación como en la imposición de una cuota compensatoria.

3.1. Naturaleza

Las cuotas compensatorias, conforme al Art. 17 párrafo 2º de la Ley, son medidas de restricción al comercio exterior de naturaleza no arancelaria.

Por otro lado, la Ley en su Art. 63 claramente dice que dichas cuotas son consideradas como aprovechamientos en los términos del Art. 3º del Código Fiscal de la Federación; pues se trata de ingresos que percibe el Estado por funciones de derecho público distintos de las contribuciones, de los ingresos

derivados de los financiamientos y de los que obtengan los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal.

Así, queda muy claro que las cuotas compensatorias no pueden considerarse impuestos. Estos son distintos de aquellas en su origen, estructura y fines, son dos instrumentos de política comercial diferentes.

Por tener el carácter de aprovechamientos, resultan ser créditos fiscales tal como lo establece el Art. 5º del Código Fiscal, pues implican una obligación de pago al fisco federal, a cargo de particulares, dependencias o entidades públicas, con el correspondiente derecho por parte del Estado de exigir su cumplimiento como sujeto activo de la relación. Además, por esa misma naturaleza, en caso de incumplimiento por parte del sujeto pasivo, el Estado tiene expedita la facultad económico-coactiva.

Por una parte, el poder legislativo federal, haciendo uso del poder tributario del Estado, define cuál es el hecho generador de la obligación de pago. Así, la Ley expresamente ordena que deben pagar una cuota compensatoria aquellas personas que importen mercancías al territorio nacional en condiciones de prácticas desleales de comercio. Por la otra, es necesario que en la realidad ese supuesto abstracto de la ley, se complemente por un hecho que encuadre dentro de tal hipótesis.

Así, la determinación de una cuota compensatoria es precedida de un procedimiento que permita constatar en cada caso, si se actualizan todos los elementos de la hipótesis planteada en la ley, actividades que corresponde realizar a la Secretaría con base en el Art. 5º-VII de la Ley.

3.2. Clases

Por lo que se refiere a clases de cuotas compensatorias, estas son:

3.2.1. Provisionales y definitivas

Las primeras son aquellas que se dictan en la resolución preliminar con el fin de evitar que el daño se produzca o se siga produciendo durante el desarrollo del procedimiento de investigación. En cuanto a las cuotas compensatorias definitivas se imponen en la resolución final y su vigencia es indefinida en tanto no se dé uno de los supuestos que la Ley señala para modificarla y la autoridad así lo determine.

3.2.2. Específicas y *ad valorem*

Las cuotas compensatorias específicas son calculadas por unidad de medida, esto es, se cubre una cantidad en moneda nacional por determinada cantidad o volumen importado del producto respectivo. Por otra parte, las cuotas *ad valorem* son las que se imponen más frecuentemente y se calculan en términos porcentuales sobre el valor de la mercancía en aduana.

3.3. Vigencia

Por lo que se refiere a las cuotas compensatorias provisionales, su vigencia inicia desde que la resolución preliminar en la que se determinan es publicada en el Diario Oficial de la Federación, hasta que se dicte la resolución final, en la que pueden ser modificadas, confirmadas o canceladas.

Conforme al Art. 67 de la Ley, las cuotas compensatorias definitivas estarán vigentes durante el tiempo y en la medida necesarios para contrarrestar la práctica desleal que esté causando daño o amenaza de daño a la producción nacional; a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación que es cuando comienzan a surtir efectos.

Formalmente, las cuotas compensatorias definitivas están vigentes hasta que la autoridad investigadora competente declara su revocación en una resolución administrativa que deriva de un procedimiento de revisión⁷¹ o, implícitamente cuando se eliminan las cuotas compensatorias por inactividad de 5 años consecutivos de la autoridad investigadora y de las partes interesadas o cuando sea evidente que han cesado los motivos por los que se impuso tal cuota.

La prescripción de las cuotas compensatorias definitivas se da cuando en un plazo de cinco años, contados a partir de su entrada en vigor, ninguna de las partes interesadas haya solicitado su revisión ni la Secretaría la haya iniciado de oficio, conforme al Art. 70 de la Ley. En este caso, la Secretaría procede a declarar formalmente dicha circunstancia, siempre que previamente notifique a las partes interesadas de que tenga conocimiento que ha transcurrido el plazo señalado por la Ley y que por ello se procede a la revocación.

Es la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la que procede al cobro de las cuotas compensatorias provisionales y definitivas. Tal dependencia podrá aceptar las garantías constituidas conforme al Código Fiscal de la Federación en ambos casos.

⁷¹ Ver pag. 64, el procedimiento de revisión de cuota compensatoria.

Se debe mencionar que, de confirmarse en la resolución final la cuota compensatoria provisional, se requerirá el pago de dicha cuota o se harán efectivas las garantías que se hubieren otorgado; y en caso de que en tal resolución se modifique o revoque la cuota provisional, se procede a cancelar o modificar dichas garantías, o en su caso, a devolver con los intereses correspondientes las cantidades que se hubieren pagado por dicho concepto o la diferencia respectiva.

Si en la resolución provisional se decide que deben pagar una cuota compensatoria provisional, tienen la opción de garantizar su pago. Esta opción evita que se suspendan las importaciones.

Conforme al Art. 141 del Código Fiscal las garantías que pueden ofrecer los importadores son: depósito en dinero en las instituciones de crédito autorizadas al efecto, prenda o hipoteca, fianza otorgada por una institución autorizada, obligación solidaria asumida por tercero que compruebe su idoneidad y solvencia, embargo en la vía administrativa. Estas formas de garantía aseguran a la autoridad investigadora que los precios de las mercancías extranjeras no tendrán efectos adversos a la producción nacional en el lapso de vigencia de las medidas provisionales.

El cobro de las cuotas compensatorias puede presentar varias hipótesis:

a) Si la cuota definitiva es igual a la cuota compensatoria provisional, se procede al cobro de la primera o a hacer efectivas las garantías si se optó por otorgar garantía, a partir de que haya surtido efectos la resolución preliminar.

b) Si la cuota compensatoria definitiva es superior a la cuota provisional, se procederá al cobro de aquella a partir de que surta efectos la resolución final y se cobrará la cuota provisional o a hacer efectivas las garantías por el monto de esa cuota sólo por el tiempo que hubiere estado vigente.

c) Si la cuota definitiva resulta ser inferior a la cuota provisional se procede al cobro de la primera a partir del día en que haya surtido efectos la resolución preliminar, devolviéndose cantidades pagadas en exceso o a cancelar las garantías por la diferencia a favor del importador.

d) Si la resolución final revoca la cuota provisional, se procede a devolver las cantidades pagadas en exceso o a cancelar las garantías que se hayan otorgado por el importador.

Se delinea un principio de no retroactividad del cobro de cuotas en perjuicio del importador y de retroactividad en beneficio del propio importador

La base para determinar los intereses que se pagarán al importador, la da el Art. 94 del Reglamento donde establece los equivalentes al monto correspondiente a los rendimientos que se hubieren generado si el monto de la cuota se hubiera invertido en Certificados de la Tesorería a la tasa más alta, desde la fecha en que se debió efectuar el pago del crédito fiscal hasta la fecha de la devolución.

3.4. Procedimiento de revisión de cuota definitiva

Este procedimiento de revisión se rige por las disposiciones de la Ley y del Reglamento. Es importante porque es la oportunidad para impedir que las

cuotas compensatorias definitivas se apliquen más del tiempo necesario pues, mediante este, se puede verificar que los hechos por los que se impuso una cuota compensatoria han cesado o se han modificado, de forma que debe mantenerse, modificarse o revocarse.

El Reglamento señala en su Art. 99 que la Secretaría revisará las cuotas compensatorias definitivas con motivo de un cambio de las circunstancias por las que se determinó la existencia de discriminación de precios, o en su caso, de la subvención.

Los efectos de este procedimiento solamente afectan al solicitante: productor, exportador o importador, puesto que se analizará solamente su situación particular.

La revisión de cuotas compensatorias implica una investigación tan compleja como la investigación ordinaria, y le son aplicables las normas sustantivas y adjetivas de esta última; en específico el artículo 99 del Reglamento menciona las partes del procedimiento comunes.

3.4.1. Solicitud

En cuanto a la revisión a petición de parte, la solicitud de inicio del procedimiento debe hacerse cada año durante el mes de aniversario de la publicación de la resolución definitiva. El procedimiento de revisión podrá ser solicitado por las partes interesadas que hayan participado en el procedimiento que dio lugar a la cuota compensatoria definitiva o por cualquier productor,

importador o exportador que sin haber participado en dicho procedimiento acredite su interés jurídico.

En la solicitud de revisión de cuotas compensatorias definitivas, el interesado podrá pedir a la Secretaría (siendo este el objeto de la revisión)⁷²:

i) Si fuere exportador o importador de la mercancía de que se trata: se examine o considere su margen individual de discriminación de precios y; en su caso, se disminuya o elimine la cuota compensatoria.

ii) Si fuere el solicitante un productor nacional: se examine el valor normal y el precio de exportación determinados en un periodo representativo, en el curso de operaciones comerciales normales, respecto de uno o varios exportadores extranjeros y; en su caso, se confirme o aumente la cuota compensatoria.

Además, tratándose de un productor nacional, en el curso del procedimiento podrá solicitar se examine si al modificar o eliminar la cuota compensatoria definitiva, el daño o amenaza de daño volverían a producirse, para lo cual también debe aportar las pruebas pertinentes.

El solicitante aportará la información y las pruebas pertinentes que justifiquen su petición. No obstante que el procedimiento de revisión solamente afecta e involucra al solicitante, pueden participar sus contrapartes y coadyuvantes.

⁷² Artículos 99 a 109 del Reglamento.

En todo caso, la aceptación de la solicitud y la resolución que declara el inicio y la conclusión de la revisión deberán publicarse en el Diario Oficial de la Federación.

3.4.2. Revisión de Oficio

Si el procedimiento de revisión se inicia de oficio, está igualmente sujeto, en lo que corresponda, a las disposiciones de procedimiento previstas para las investigaciones que dieron lugar a las cuotas que se revisan. En este caso, se puede iniciar en cualquier tiempo.

3.4.3. Garantía

El interesado tendrá la opción de garantizar el pago de la cuota compensatoria definitiva, en los términos previstos en el Código Fiscal y el Reglamento, a partir del inicio del procedimiento de revisión hasta que se declare concluido, para el caso de que la resolución de la revisión confirme o modifique la cuota.

3.4.4. Resolución con que concluye el procedimiento

Las resoluciones correspondientes que confirmen, modifiquen o revoquen cuotas compensatorias definitivas, tienen también el carácter de resoluciones finales y se someterán previamente a la opinión de la Comisión de Comercio Exterior. Conforme al Art. 104 del Reglamento, dentro de un plazo de 260 días, contados a partir del día siguiente al de la publicación de la resolución de inicio de la revisión en el Diario Oficial de la Federación, la Secretaría dictará la resolución correspondiente, la que se publicará en el mismo instrumento mencionado y se notificará a las partes interesadas.

Esa resolución, se ubica en la fracción VIII del artículo 94 de la Ley, por lo que puede ser revisada en las instancias nacionales o alternativas.

Por otro lado, si dicha resolución determina que no existe margen de discriminación de precios, se revocará la cuota compensatoria definitiva y la Secretaría realizará tres revisiones consecutivas anuales de oficio en el mes de aniversario y debe entenderse que si en éstas se sigue encontrando que no existe margen de discriminación o beneficio, el interesado queda libre de cualquier control procedimental.

Si se resuelve que sí existen márgenes de discriminación de precios diferentes a los determinados en la investigación que dio lugar a las cuotas compensatorias definitivas, las nuevas cuotas compensatorias que se fijen sustituirán a las anteriores. Estas cuotas compensatorias tendrán el carácter de definitivas y podrán revisarse en los términos de la Ley y del Reglamento.

CAPITULO III
MECANISMOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

1. MECANISMOS INTERNOS DE IMPUGNACIÓN

Tratándose de las resoluciones dictadas por la Secretaría en un procedimiento de investigación contra prácticas desleales, la vía de impugnación interna consta de tres etapas sucesivas: recurso de revocación, juicio de nulidad y amparo directo.

Hablando de mecanismos de impugnación internos, se debe hacer referencia a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo que entró en vigor el 1º de junio de 1995, la cual dispone que los interesados afectados por los actos y resoluciones de las autoridades de la Administración Pública Federal Centralizada, que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, pueden interponer recurso de revisión o intentar las vías judiciales correspondientes. Ello, la haría aplicable, en principio, para efectos de impugnación de las resoluciones de la Secretaría, sin embargo, y después de un gran debate, por reforma a su Art. 1 publicada el 24 de diciembre de 1996, se excluye de su aplicación, entre otras, a la materia de prácticas desleales de comercio internacional.

1.1. Recurso de revocación

Se trata de un recurso administrativo, es decir "un medio legal de que dispone el particular, afectado en sus derechos o intereses por un acto administrativo determinado, para obtener en los términos legales, de la autoridad administrativa una revisión del propio acto, a fin de que dicha autoridad lo

revoque, lo anule o lo reforme en caso de encontrar comprobada la ilegalidad o la inoportunidad del mismo⁷³.

Los recursos administrativos, ayudan a evitar llegar a los órganos jurisdiccionales, dando a los particulares de medios de defensa ante la propia administración pública por virtud de los cuales se logre nulificar la violación a la ley aplicada.

En específico, la Ley de Comercio Exterior, contempla la interposición del recurso de revocación, y su tramitación es obligatoria para luego poder ir al juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación.

1.1.1. Objeto

El objeto de este recurso, es revocar, modificar o confirmar la resolución impugnada.

1.1.2. Materia

Conforme al Art. 94 de la Ley, sólo se puede interponer en los siguientes casos:

a) Contra resoluciones de inicio que declaren abandonada o desechada la solicitud de inicio de los procedimientos de investigación contra prácticas desleales de comercio (fracción III).

⁷³ Fraga, Gabino. Op.cit. p.435.

- b) Contra la resolución preliminar que declare concluida la investigación sin imponer cuota compensatoria, y contra la resolución final que igualmente declare concluida la investigación sin imponer cuota compensatoria (fracción IV).
- c) Contra resoluciones que determinen cuotas compensatorias definitivas o los actos que las apliquen (fracción V).
- d) Contra resoluciones por las que se responda a la solicitud de iniciar un procedimiento de cobertura de producto (fracción VI).
- e) Contra la resolución que declara concluida la investigación conforme al Art.61, esto es, la Secretaría sancionó una de las fórmulas propuestas para solucionar y concluir la investigación en el curso de la audiencia conciliatoria (fracción VII).
- f) Contra la resolución que deseche o concluya la solicitud de revisión de cuota compensatoria definitiva, así como las que confirmen, modifiquen o revoquen cuotas compensatorias como consecuencia de dicho procedimiento (fracción VIII).
- g) Contra la resolución que declare suspendida o concluida la investigación como consecuencia de que la Secretaría acepte un compromiso del exportador o gobierno interesado (fracción IX).
- h) Contra resoluciones que impongan las sanciones a que se refiere la Ley (fracción X).

1.1.3. Reglas aplicables a los que se tramitan por determinación de cuotas compensatorias definitivas

Conforme al Art. 96, tratándose del recurso de revocación que se interponga contra las resoluciones y actos a que se refiere la fracción V del Art. 94, se aplican además las siguientes reglas:

a) Se interpone ante la autoridad que haya dictado la resolución, o bien, contra la que lo ejecute, salvo que en el mismo recurso se impugnen ambos, caso en el que debe interponerse ante la autoridad que determinó las cuotas compensatorias;

b) Si se impugnan ambos, la resolución del recurso contra la determinación de las cuotas compensatorias definitivas es de pronunciamiento previo al correspondiente a los actos de aplicación. En caso de que se modifique o revoque la determinación de las cuotas compensatorias definitivas, quedará sin materia el recurso interpuesto contra los actos de aplicación de dichas cuotas, sin perjuicio de que el interesado interponga recurso contra el nuevo acto de aplicación.

c) Si se interponen recursos sucesivos contra la resolución que determinó la cuota compensatoria y contra los actos de aplicación, se suspenderá la tramitación de estos últimos. La suspensión podrá decretarse aun de oficio cuando la autoridad tenga conocimiento por cualquier causa de esta situación, y

d) Cuando se interponga el juicio ante la Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación, en uno solo se tramita la impugnación tanto de la resolución dictada

al resolver el recurso de revocación interpuesto contra la determinación de la cuota compensatoria definitiva, como aquella que resuelva el recurso contra los actos de aplicación.

1.1.4. Reglas aplicables a los que se tramitan por resoluciones previstas en las fracciones IV, V, VI y VIII del Art. 94

Por otra parte, conforme al Art. 97, tratándose de recursos contra actos previstos en las fracciones IV, V, VI y VIII del Art. 94, cualquier parte interesada puede optar por acudir a los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de prácticas desleales contenidos en tratados internacionales de los que México sea parte.

En tal caso: no procede el recurso de revocación previsto en el Art. 94 ni el juicio ante la Sala Superior del Tribunal Fiscal, tampoco contra la resolución de la Secretaría dictada como consecuencia de la decisión que emane de dichos mecanismos alternativos; y, se entiende que la parte interesada que ejerce la opción, acepta la resolución que resulta del mecanismo alternativo de solución de controversias. Conforme a la Ley, sólo se considera definitiva la resolución de la Secretaría dictada como consecuencia de la decisión que emane de los mecanismos alternativos.

Además, tratándose de recursos relativos a las fracciones IV, V, VI y VIII del Art. 94, les es aplicable el Art. 98, que dispone las siguientes reglas:

a) cuando dichas resoluciones sean recurribles mediante mecanismos alternativos de solución de controversias pactados por México en tratados

internacionales, el plazo para interponer el recurso de revocación no empieza a correr sino hasta que haya transcurrido el previsto en el tratado internacional de que se trate, para acudir al mecanismo alternativo de solución de controversias.

b) cuando dichas resoluciones sean recurribles mediante mecanismos alternativos de solución de controversias pactados por México, el recurrente que opte por el recurso de revocación debe cumplir, además, con las formalidades previstas en el tratado internacional de que se trate.

c) quienes acudan al recurso de revocación, podrán garantizar el pago de las cuotas compensatorias definitivas, en los términos del Código Fiscal.

1.1.5. Improcedencia

Conforme al Art. 124 del Código Fiscal, el recurso de revocación será improcedente cuando se interponga en contra de actos que no afecten el interés jurídico del promovente, cuando sean resoluciones dictadas en recursos administrativos o en cumplimiento de éstas o de sentencias, cuando hayan sido impugnados en el Tribunal Fiscal de la Federación, si se han consentido, cuando son revocados los actos por la propia autoridad, y que hayan sido dictados por la autoridad administrativa en un procedimiento de resolución de controversias previsto en un tratado para evitar la doble tributación.

También es improcedente, en caso de que se hubiera optado por los mecanismos alternos de solución de controversias en los casos que ya señalamos.

1.1.6. Tramitación

Se debe mencionar que los Arts. 120 y 125 del Código Fiscal, estipulan que la interposición del recurso de revocación es opcional para el interesado antes de acudir al juicio de nulidad ante la Sala Superior del Tribunal Fiscal, sin embargo, es la Ley la que lo hace de tramitación previa obligatoria para ir al mencionado juicio.

Se tramita conforme a lo dispuesto en el Código Fiscal de la Federación, específicamente conforme a sus artículos 116, 117 y 120 a 125, 129 al 133. Esto es, ante la autoridad emitió el acto o ante quien lo ejecuta, dentro de los 45 días a que éste surte sus efectos, y lleva a pensar qué tan posible es que la autoridad modifique sus propias resoluciones, las cuales dictó convencida de que estaba en lo correcto. En su tramitación sólo participa el promovente y no intervienen las demás partes involucradas en la investigación sobre prácticas desleales. Lo que puede resultar en afectación de intereses de los demás participantes en el procedimiento de investigación.

Al efecto Patiño Manffer señala que “aunque no esté previsto en el Código Fiscal de la Federación, la autoridad administrativa está obligada a permitir la participación de todas las partes que intervinieron en la investigación original, en el desahogo o tramitación del recurso de revocación, a efecto de cumplir con la garantía constitucional de audiencia prevista en el artículo 14 del Pacto Federal.”⁷⁴

⁷⁴“Recursos jurisdiccionales y administrativos en materia de prácticas desleales de comercio internacional” Op.cit. nota 19, p.364.

Sin embargo, ello llevaría a que el recurso de revocación se convirtiera en una segunda instancia de revisión, con las mismas participantes y ante la misma autoridad que la instancia revisada. Además, por la naturaleza contenciosa de los procedimientos, es difícil que una modificación se dicte sin agraviar a otro de los participantes.

f) Causales de ilegalidad. Las causales de ilegalidad que se pueden hacer valer al tramitar este recurso son las mismas que se expresan ante un tribunal administrativo o judicial en contra de un acto o resolución administrativa⁷⁵.

1.1.7. Resolución

Conforme al Art. 95 de la Ley las resoluciones que se dicten al resolver el recurso de revocación, o aquellas que lo tengan por no interpuesto tienen el carácter de definitivas, y podrán impugnarse ante el Tribunal Fiscal de la Federación.

La definitividad de estas resoluciones es para efectos de los mecanismos de impugnación internos, no así para efectos de los mecanismos alternativos contenidos en tratados internacionales en la materia.

El sentido de la resolución que resuelve el mencionado recurso, conforme al artículo mencionado, puede ser: desecharlo por improcedente, tenerlo por no interpuesto o sobreseerlo; confirmar el acto impugnado; mandar reponer el procedimiento administrativo; dejar sin efectos el acto impugnado; o, modificarlo o dictar uno nuevo que lo sustituya.

⁷⁵Ver en la pag.81 las causales de ilegalidad que revisa el Tribunal Fiscal de la Federación.

Es de considerarse que son pocas las posibilidades de que la autoridad reconozca su error y modifique la resolución impugnada. Por tanto, es razonable afirmar que el recurso de revocación es una medida dilatoria que no debería existir como de previo pronunciamiento al juicio de nulidad.

1. 2. Juicio de nulidad

Una vez resuelto el recurso de revocación ya sea por la Secretaría o por la Secretaría de Hacienda, quienes estén inconformes con la resolución dictada, pueden acudir al juicio de nulidad ante la Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación.⁷⁶

Es importante tener en cuenta que, aquí se analiza el juicio de nulidad iniciado como consecuencia de la resolución de un recurso de revocación interpuesto contra resoluciones de la Secretaría previstas en las fracciones IV, V, VI y VIII del Art. 94 de la Ley, pues es en esos casos en los que el interesado también tiene la opción de acudir a los mecanismos alternativos de solución de controversias contenidos en tratados internacionales en los que México es parte.

1.2.1. Partes

Conforme al Art. 198 del Código Fiscal, son partes en el juicio las siguientes:

⁷⁶ Se trata de un caso de competencia especial de la Sala Superior, pues es esta y no las salas regionales las que conocen en caso de impugnaciones contra resoluciones definitivas dictadas por la Secretaría de Comercio en una investigación por prácticas desleales de comercio internacional. Al efecto, el art.15-VII de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación señala que es competencia de la Sala Superior resolver los juicios en materia de comercio exterior a que se refiere el art.95 de la Ley de Comercio Exterior.

a) El demandante, que en caso concreto de resoluciones derivadas de procedimientos de investigación contra prácticas desleales pueden ser: los productores nacionales, los exportadores que se encontró incurrieron en prácticas desleales, y los importadores establecidos en México, que son quienes pagan la cuota compensatoria.

b) Los demandados:

i) la autoridad que dictó la resolución impugnada, esto es el Secretario de Comercio y Fomento Industrial como titular de la dependencia de la que dependa la autoridad emisora del acto, y ocasionalmente la Secretaría de Hacienda cuando el demandante también haya impugnado los actos de ejecución de la cuota compensatoria o cuando se apersona por considerar que el juicio es interés fiscal de la Federación.

ii) el particular a quien favorezca la resolución cuya modificación o nulidad pida la autoridad administrativa.

c) El tercero que tenga un derecho incompatible con la pretensión del demandante, que dependiendo de quién promueva la demanda, serán los productores nacionales, los exportadores y los gobiernos extranjeros o los importadores establecidos en México.

1.2.2. Improcedencia

El Art. 202 del Código Fiscal declara que es improcedente el juicio de nulidad por las causales y actos siguientes: que no afecten los intereses jurídicos del demandante, cuya impugnación no corresponda conocer a dicho tribunal, respecto de las cuales hubiere consentimiento, que sean materia de un recurso

o juicio que se encuentre pendiente de resolución ante la autoridad administrativa o ante el propio tribunal, que puedan impugnarse por medio de algún recurso o medio de defensa excepto aquellos cuya interposición sea optativa, que hayan sido impugnados en procedimiento judicial, contra ordenamientos que den normas o instrucciones de carácter general y abstracto sin haber sido aplicados concretamente al promovente, cuando no se haga valer agravio alguno, cuando el acto reclamado no exista, que puedan impugnarse en los términos del Art. 97 de la Ley de Comercio Exterior y no haya transcurrido el plazo para el ejercicio de la opción o cuando ya haya sido ejercida, contra los actos dictados por la autoridad para dar cumplimiento a la decisión que emane de los mecanismos alternativos de solución de controversias a que se refiere el Art. 97 de la Ley.

1.2.3. Tramitación

La demanda debe presentarse ante la Sala Superior del Tribunal Fiscal, en un plazo de 45 días a partir de aquél en que surtió efectos la notificación de la resolución impugnada. Una vez emplazado el demandado, debe contestar dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a aquél en que surta efectos el emplazamiento. La autoridad demandada podrá, en la contestación de la demanda o hasta antes del cierre de la instrucción, allanarse a las pretensiones del demandante o revocar la resolución impugnada.

1.2.4. Causales de ilegalidad

El criterio de revisión que orienta al tribunal en su labor, consiste en revisar si se ha presentado alguna de las causales de ilegalidad previstas en el Art. 238 del Código Fiscal, estas son:

1) Incompetencia del funcionario que haya dictado la resolución u ordenado o tramitado el procedimiento de que derive la misma (fracción I).

2) Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes que afecte la defensa del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación en su caso (fracción II).

3) Vicios del procedimiento que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada (fracción III).

4) Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien si se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas (fracción IV).

5) Cuando la resolución administrativa dictada en el ejercicio de las facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades (fracción V).

El Tribunal puede invocar de oficio, por ser de orden público, la incompetencia de la autoridad para dictar la resolución impugnada y la ausencia total de fundamentación o motivación en dicha resolución.

En el juicio de nulidad se va a revisar, con base en este criterio, tanto el procedimiento administrativo de investigación como el que correspondió al trámite del recurso de revocación.

1.2.5. Sobreseimiento

Se trata de una forma anormal de terminar el proceso, mediante una resolución que declara la imposibilidad o la existencia de un obstáculo para examinar el fondo del asunto.

Entre las causas de sobreseimiento que enumera el Art. 203 del Código Fiscal, están: el desistimiento del demandante, si durante el juicio aparece o alguna de las causas de improcedencia, el que la autoridad demandada deje sin efecto el acto impugnado.

1.2.6. Sentencia.

Es la forma regular y definitiva de concluir el proceso, salvo en los casos que procede el recurso de revisión ante el Tribunal Colegiado de Circuito correspondiente.

Esta se pronuncia por unanimidad o por mayoría de votos de los magistrados integrantes de la sala, dentro de los sesenta días siguientes a aquel en que se cierra la instrucción en el juicio.

No se pueden anular o modificar los actos de las autoridades administrativas no impugnados de manera expresa en la demanda.

En el Art. 239 del Código Fiscal, está delimitado el alcance que puede tener la sentencia, y son tres supuestos:

- a) Reconocer la validez de la resolución impugnada,
- b) Declarar la nulidad de la resolución impugnada,
- c) Declarar la nulidad de la resolución impugnada para ciertos efectos, debiendo precisar con claridad la forma y términos en que la autoridad debe cumplirla, salvo que se trate de facultades discrecionales.

El Tribunal declarará la nulidad para el efecto de que se reponga el procedimiento y emita una nueva resolución cuando se esté en alguno de los supuestos de las fracciones II y III, y en su caso V del Art. 238.

Si la sentencia obliga a la autoridad a realizar un determinado acto, o iniciar un procedimiento, deberá cumplirse en un plazo de cuatro meses.

1. 3. Juicio de amparo

El amparo en materia administrativa se puede dividir en dos sentidos: como sustituto del contencioso administrativo, y como amparo para la revisión de las sentencias definitivas emitidas por los órganos de la jurisdicción administrativa.

En la primera forma, se trata del amparo en ausencia de un proceso administrativo que estudia las pretensiones fundadas en derecho administrativo. Así el Art. 103-I constitucional y el Art. 1 de la Ley de Amparo, establecen que son objeto del juicio de amparo los actos de las autoridades administrativas que violen las garantías individuales. En consecuencia, este tiene la forma de amparo biinstancial, en todos aquellos casos no comprendidos en la competencia de los tribunales administrativos actuales.

La segunda, procede contra los fallos definitivos de los tribunales administrativos. Aquí, su objetivo central es el análisis de las violaciones procesales o de fondo en que hubiesen incurrido dichos tribunales. Esto en forma de procedimiento uniinstancial o el llamado amparo directo.

Es este último el que nos interesa por ser el siguiente instrumento en la vía de impugnación interna que estamos tratando, es el recurso, por llamarlo de alguna forma, expedito para que el particular afectado solicite la reparación de sus derechos subjetivos lesionados en el juicio de nulidad ante la Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación.

1.3.1. Materia

Conforme a los arts. 44, 46 y 158 de la Ley de Amparo y del Art. 44-I de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, las sentencias de la Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación, que resulten desfavorables a los particulares, pueden ser impugnados vía amparo uniinstancial. Pues el amparo directo procede contra sentencias definitivas, laudos o resoluciones, dictados por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, respecto de los cuales no proceda ningún recurso ordinario mediante el cual puedan ser revocados o modificados.

Tratándose de cualquier particular que participó en el juicio de nulidad, las sentencias dictadas por la Sala Superior del Tribunal Fiscal, pueden ser impugnadas ante el Tribunal Colegiado de Circuito especializado en materia administrativa que corresponda de acuerdo a la ubicación geográfica de la sala que dictó la resolución, en nuestro caso será en el Primer Circuito, en la Ciudad de México.

Este amparo puede emplearse para impugnar tanto las violaciones cometidas durante el procedimiento que hayan regido al proceso que afecten las defensas del quejoso trascendiendo al fallo definitivo, como para combatir las infracciones

contenidas en la propia sentencia, así lo disponen los arts.159 y 158 de la Ley de Amparo.

El quejoso solamente puede ser un particular, pues si quien impugna la sentencia es la autoridad demandada en el juicio, el medio será el recurso de revisión.

1.3.2. Participantes

a) Partes. Estas son:

- El quejoso que es quien presenta la demanda de amparo, el que se siente agraviado por la sentencia dictada por al Sala Superior.

- La autoridad administrativa que dictó la resolución original materia de impugnación, esto es a Secretaría de Comercio y/o de Hacienda, que será considerado "tercero perjudicado",

- La autoridad responsable, esto es, la Sala Superior del Tribunal Fiscal, quien emitió la sentencia impugnada, debiendo rendir un informe justificado que en la práctica se limita a la remisión del expediente del proceso seguido ante ella.

- Los terceros perjudicados pueden formular alegatos en forma oral o escrita, dentro del plazo de seis días siguientes a la fecha del emplazamiento.

1.3.3. Sentencia

La sentencia de amparo puede ordenar:

a) Dejar firme el fallo del tribunal administrativo, cuando desestime los agravios del particular quejoso o sobresea el expediente por sobrevenir una causa de improcedencia.

b) Otorgar la protección de la justicia de la Unión al particular promovente mediante la anulación de la sentencia del tribunal administrativo, en términos del Art. 80 de la Ley de Amparo .

La sentencia que concede el amparo tiene como fin restituir al ciudadano agraviado o quejoso, en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, si el acto recamado es de carácter positivo, y cuando sea de carácter negativo, el efecto será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir lo que la garantía exijía. En esos casos siempre existirá reenvío al tribunal que dictó la resolución impugnada.

Las sentencias de los Tribunales Colegiados de Circuito son firmes, es decir, inimpugnables salvo cuando se decida sobre la inconstitucionalidad de una ley o cuando establezcan la interpretación directa de un precepto de la constitución procede el recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia.

2. SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA OMC

Los tres países parte del TLCAN Canadá, Estados Unidos y México, son también miembros de la Organización Mundial del Comercio (en adelante OMC).

El TLCAN se establece como una zona de libre comercio de conformidad con el

artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994⁷⁷ (marco en el que se insertan las uniones aduaneras y zonas de libre comercio), lo que permite a las partes garantizar entre ellas preferencias comerciales que de otra manera implicarían una infracción a la Cláusula de la Nación más Favorecida⁷⁸ instituida en el Art. I del propio GATT. Asimismo, las partes del TLCAN confirman los derechos y obligaciones existentes entre ellas conforme al GATT.⁷⁹

Ello significa que en Estados Unidos de América, Canadá y México están vigentes tanto los mecanismos especiales de solución de diferencias contenidos tanto en el Código Antidumping de la OMC, en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC, como el sistema general de solución de controversias de dicha organización.

Por tanto, tratándose de controversias en materia de dumping o subvenciones, se tiene la posibilidad de acudir a los mecanismos especiales de los Acuerdos mencionados, que finalmente se dirigen al sistema general de solución de controversias de la OMC.

2.1. Estructura y funciones de la Organización Mundial del Comercio

La Octava Ronda de Negociaciones Comerciales del Acuerdo General sobre

⁷⁷En adelante, GATT.

⁷⁸Principio que establece que todas las partes contratantes, se obligan a proporcionar a las otras el trato que dan a la nación con más ventajas, arancelarias y no arancelarias, para la importación y exportación.

⁷⁹Por disposición del artículo II del Acuerdo de la OMC, el GATT de 1994 forma parte integrante del mismo, ubicándose en el Anexo I "Acuerdos Comerciales Multilaterales", y es vinculante para todos los Miembros. El GATT de 1994, a su vez, se compone del GATT de 1947 y una serie de Entendimientos y protocolos.

Aranceles Aduaneros y Comercio⁸⁰ denominada Ronda Uruguay inició en septiembre de 1986 y concluyó en abril de 1994, con la declaración ministerial de Marrakesh. El acta final firmada por 125 países contiene 28 acuerdos, y son derecho positivo en México a partir de enero de 1995.

Entre los acuerdos que forman parte del acta final está el *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio* (Acuerdo de la OMC), que crea la institución cuya misión es hacer cumplir los casi cincuenta textos que se anexaron al acta final de la Ronda Uruguay.

Actualmente la OMC es el marco institucional del comercio mundial, así como el órgano administrador de los acuerdos o instituciones creadas y modificadas en la Ronda Uruguay.

2.1.1. Órganos

Conforme al Art. IV del Acuerdo de la OMC, sus órganos son: la Conferencia Ministerial, el Consejo General, que delega funciones en el Consejo de Comercio de Mercancías, en el Consejo de Comercio de Servicios y el Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual; otros tres órganos establecidos por la Conferencia Ministerial, que rinden informe al Consejo General son: el Comité de Comercio y Desarrollo, el Comité de Restricciones por Balanza de Pagos y el Comité de Asuntos Presupuestarios, Financieros y Administrativos; y la Secretaría de la OMC.

⁸⁰Firmado el 30 de octubre de 1947 (con 123 miembros a mayo de 1994), es un acuerdo multilateral de comercio por el cual se establecen derechos y obligaciones recíprocas entre sus miembros con el fin de regular los intercambios comerciales y favorecer el libre comercio mediante la eliminación de aranceles aduaneros y demás restricciones al comercio internacional. Fue el principal tratado internacional multilateral de comercio antes de la OMC. Además de ser un foro de negociaciones, ofreció un mecanismo de solución de diferencias comerciales entre los países miembros.

De todos ellos, los que de alguna manera están involucrados en el procedimiento de solución de controversias son: la Conferencia Ministerial, que es la máxima autoridad de la Organización y se compone por representantes de todos los países miembros de la OMC y que desempeña las funciones de la Organización, teniendo también la facultad de adoptar decisiones sobre todos los asuntos relacionados con los Acuerdos Comerciales Multilaterales. Además, tiene la facultad exclusiva junto con el Consejo General de hacer interpretaciones al Acuerdo de la OMC y a los Acuerdos Comerciales Multilaterales.

El Consejo General, compuesto por representantes de todos los Miembros, desempeña las funciones de la Conferencia Ministerial en los intervalos de las reuniones de ésta, supervisa el funcionamiento de la OMC, de sus Acuerdos y las Decisiones Ministeriales. Además, el Consejo General se reúne bajo dos formas particulares: como Órgano de Solución de Diferencias y como Órgano de Examen de las Políticas Comerciales.

La Secretaría de la OMC, dirigida por un Director General nombrado por la Conferencia Ministerial, tiene entre sus funciones la de prestar asistencia a los grupos especiales que intervienen en el procedimiento de solución de controversias, en los aspectos jurídicos, históricos y de procedimiento y de facilitar apoyo técnico y de secretaría. Igualmente, si se lo solicita un país en desarrollo Miembro, pone a disposición de éste a un experto que le asesore en relación con la solución de diferencias. Su labor también se relaciona con las negociaciones de adhesión de nuevos miembros y con el apoyo a órganos delegados de la OMC.

2.1.2. Funciones

Las funciones principales de la Organización están enunciadas en el Art. III del Acuerdo de la OMC, entre ellas está la de facilitar la aplicación, administración y funcionamiento del Acuerdo de la OMC y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales⁸¹ y favorecer la consecución de sus objetivos.

La OMC, es también un foro para las negociaciones entre sus Miembros, para asuntos tratados en el marco de los acuerdos incluidos en los Anexos del mismo Acuerdo de la OMC.

Es de particular interés su función de administrar el Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, que figura en el Anexo 2; el cual contiene el mecanismo de solución de controversias que ofrece el nuevo marco jurídico del comercio internacional a partir de la OMC.

2.2. Ámbito de Aplicación del Mecanismo.

Los mecanismos de solución de controversias internacionales en el ámbito comercial se han renovado a partir de la entrada en vigor del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias⁸², que al contrario del mecanismo del GATT de 1947, codifica en un

⁸¹ Conforme al Art. II del Acuerdo de la OMC los "Acuerdos Comerciales Multilaterales" son aquellos acuerdos e instrumentos jurídicos conexos incluidos en sus Anexos 1, 2 y 3, que forman parte integrante del Acuerdo y son vinculantes para todos sus Miembros, éstos les imponen obligaciones que no pueden eludir. Entre éstos están todos los que se refieren al comercio de mercancías como el Código *Antidumping* y *Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias*, y el Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias. Es decir, al adherirse al Acuerdo de la OMC, los países se vuelven sujetos de todos los acuerdos de los anexos 1, 2 y 3, excepto los acuerdos plurilaterales del Anexo 4 para los que la adherencia es opcional.

⁸²En adelante el Entendimiento de la OMC.

solo instrumento, las reglas y procedimientos detallados para el arreglo de las controversias en el marco de la OMC.

El Entendimiento se ubica como el Anexo 2 del Acuerdo de la OMC, por tanto, se trata de un Acuerdo Comercial Multilateral obligatorio para todos los países Miembros.

2.2.1. Ámbito Material

El Entendimiento se aplica a las controversias que surjan bajo cualquier aspecto del sistema de la OMC, sin perjuicio de los mecanismos de solución de conflictos especiales o adicionales.

Según se desprende del artículo 1.1. del Entendimiento, las controversias cubiertas por éste se dividen en dos categorías:

a) Las controversias planteadas de conformidad con las disposiciones en materia de consultas y solución de controversias de los acuerdos enumerados en el Apéndice 1 del Entendimiento, "acuerdos abarcados" (aquellos a los cuales se les aplica el Entendimiento para solucionar las controversias que en torno a ellos puedan surgir), y que comprenden: el Acuerdo por el que se establece la OMC, el propio Entendimiento, los Acuerdos Comerciales Multilaterales- entre ellos el Código Antidumping y el Acuerdo sobre Subvenciones- y Plurilaterales, con la salvedad que a los últimos se aplica si las partes del acuerdo en cuestión establecen las condiciones de aplicación del Entendimiento a dicho acuerdo.

b) Las consultas y solución de diferencias entre los Miembros de la OMC concernientes a sus derechos y obligaciones dimanantes de las disposiciones del Acuerdo de la OMC y del Entendimiento de la OMC, tomados aisladamente o en combinación con cualquiera otro de los acuerdos abarcados.

En cuanto a su relación con mecanismos adicionales o especiales, el mecanismo unificado del Entendimiento se aplica sin perjuicio de los procedimientos de solución de conflictos especiales o adicionales que en materia de solución de controversias contengan los acuerdos abarcados⁸³, como es el caso del Acuerdo Antidumping y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

Por otra parte, el Entendimiento aplica tanto a controversias derivadas de medidas que infraccionan las disposiciones de los acuerdos abarcados causando anulación o menoscabo a los beneficios de un Miembro;⁸⁴ como a aquellas que surgen por medidas no contrarias a los acuerdos abarcados, pero que provocan dicha anulación o menoscabo. Además, rige a aquellas controversias que tienen origen en "otra situación", donde algún beneficio resultante para un Miembro se ha nulificado o menoscabado, o el cumplimiento del objetivo de un acuerdo se ha impedido, como resultado de una situación diferente a medidas contrarias o no contrarias a los acuerdos abarcados (cuyo fundamento está en el artículo XXIII c) del GATT de 1994) y siempre que esta clase de reclamos estén previstos en el acuerdo de que se trate.

⁸³Sobre procedimientos especiales ver la página 120.

⁸⁴Es a los procedimientos que resuelven esta clase de controversias, a los que se enfoca el presente análisis del Entendimiento de la OMC.

2.2.2. Ámbito Temporal

El mecanismo de solución de controversias de la OMC aplica sólo a conflictos entre sus Miembros, que hayan surgido después de la entrada en vigor de dicha organización.

De ahí que, en cuanto a controversias sobre dumping y subsidios se refiere, la aplicabilidad del mecanismo de la OMC está limitada a aquellas para las cuales, tanto la solicitud de celebración de consultas como la petición por o en representación de la industria nacional han sido hechas después de la entrada en vigor del Acuerdo de la OMC, según lo establece el Art.3.11 del Acuerdo de la OMC.

Respecto de las antiguas controversias el mismo artículo dice que las diferencias respecto de las cuales la solicitud de consultas se hubiera hecho en virtud de los acuerdos anteriores a la entrada en vigor del Acuerdo de la OMC, seguirán siendo aplicables las normas y procedimientos de solución de diferencias anteriores.

2.3. Principales etapas del Procedimiento de Solución de Controversias

2.3.1. Consultas y Mediación

2.3.1.1 Consultas.

El objetivo del mecanismo de solución de controversias de la OMC es "hallar una solución positiva a las diferencias", y agrega que, "se debe dar siempre preferencia a una solución mutuamente aceptable para las partes en la

diferencia y que esté de conformidad con los acuerdos abarcados"⁸⁵. Es por ello que se incluyen disposiciones que propician una solución negociada, como son las referentes a consultas, conciliación, mediación y buenos oficios.

Actualmente existen tres casos relativos a antidumping, en la etapa de consultas: la solicitud presentada por Corea en relación con la imposición de derechos antidumping por los Estados Unidos de América a las importaciones de receptores de televisión en color procedentes de la República de Corea; el relativo a los derechos antidumping impuestos a las importaciones de urea sólida procedentes de la antigua República Democrática Alemana, solicitadas por ésta al gobierno de los Estados Unidos de América, y la solicitud de consultas del gobierno de los Estados Unidos a México, respecto de la investigación antidumping sobre las importaciones de jarabe de maíz de alta fructuosa procedentes de los Estados Unidos de América.

a) Condiciones. Las consultas tienen lugar cuando un Miembro le manifiesta a otro Miembro existen "medidas adoptadas dentro de su territorio que afectan el funcionamiento de cualquier acuerdo abarcado" (Art. 4.2); por tanto, no es necesaria la existencia de anulación o menoscabo para iniciar consultas.

b) Calendario. El Art. 4.3 prevé que 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 de mutuo acuerdo se convenga otra cosa, en un plazo de 10 días contados a partir de la fecha en que la haya recibido y las consultas deben comenzar dentro de los 30 días a partir de la solicitud. Si estos plazos no son observados, el Miembro que

⁸⁵ Art. 3.7 del Entendimiento.

haya solicitado las consultas, puede proceder directamente a solicitar el establecimiento de un grupo especial.

Si en el plazo de sesenta días de iniciarse, las consultas no han permitido resolver la controversia, la parte reclamante puede solicitar al OSD, el establecimiento de un grupo especial.

En casos de urgencia, como aquellos que se relacionan con productos perecederos, el término de 30 días para entablar las consultas se reduce a 10. Si éstas no permiten resolver la diferencia en un plazo de 20 días, se puede proceder a solicitar el establecimiento de un grupo especial.

c) Notificación y confidencialidad. Conforme a los artículos 4.4. y 4.5. del Entendimiento, las solicitudes de consultas se notifican al OSD, a los Consejos y a los Comités, por el Miembro reclamante o solicitante; mismas que deben presentarse por escrito, dando las razones para dicho requerimiento, incluyendo la identificación de las medidas en litigio y la indicación de los fundamentos de derecho de la reclamación, siendo esto último muy importante, pues esta solicitud es el único documento respecto a las consultas que se distribuye a todos los miembros, y con base en él terceras partes deciden si quieren participar. Las consultas son confidenciales y no prejuzgan los derechos de ningún Miembro en otras posibles diligencias.

d) Participación de terceras partes. De acuerdo con el Art. 4.11, siempre que un tercero considere que tiene "interés comercial sustancial" en las consultas que se desarrollan de conformidad con las provisiones sobre consultas de los acuerdos abarcados y del Art. XXIII del GATT de 1994, puede unirse a las

consultas bajo las siguientes condiciones: -que notifique a los Miembros en consultas y al OSD, dentro de 10 días siguientes la fecha de distribución de la solicitud de consultas, su deseo de que se le asocie a las mismas, y - que el Miembro a quien se haya dirigido la petición de consultas acepte que la reivindicación del interés sustancial está bien fundada.

Si la solicitud es desechada, el Miembro solicitante puede requerir consultas bajo otras provisiones sobre consultas, como lo previsto en los Acuerdos Abarcados.

e) Prerrequisito para las consultas. El Entendimiento no aclara si las consultas deben preceder al proceso ante el panel. Sin embargo, puede afirmarse que sí lo es, pues así se puede inferir si se tiene en cuenta que el establecimiento de un grupo especial sin 1consultas previas, está permitido bajo ciertas circunstancias excepcionales. No obstante, lo que debe existir es el requerimiento a celebrarlas por parte del país reclamante, aunque por alguna circunstancia no se lleven a cabo.

2.3.1.2. Buenos Oficios, Conciliación y Mediación.

En su artículo 5 el Entendimiento da la posibilidad de acudir a los buenos oficios, conciliación y mediación, si así lo acuerdan las partes en la diferencia.

a) Noción. Estos tres medios alternativos implican la intervención de un tercero neutral que trata de reconciliar las diferentes posturas de las partes y les ayuda a alcanzar una solución mutuamente satisfactoria, pudiendo realizar tal labor el Director General, de oficio o a petición de las partes.

b) Requerimiento. Estos procedimientos se pueden solicitar e iniciar en cualquier tiempo, a solicitud de cualquier parte en la controversia.

c) Continuación durante el procedimiento del panel. Si las partes en controversia lo acuerdan, los procedimientos de buenos oficios, mediación o conciliación, pueden continuar mientras se lleva el procedimiento del grupo especial.

d) Terminación. Los procedimientos de buenos oficios, conciliación o mediación "pueden ser terminados en cualquier tiempo" por cualquiera de las partes. Una vez concluidos la parte reclamante puede proceder a solicitar el establecimiento de un grupo especial.

Cuando los buenos oficios, la conciliación o la mediación se inicien dentro de los 60 días siguientes a la fecha de la recepción de la solicitud de celebración de consultas, la parte reclamante no puede pedir el establecimiento de un grupo especial, sino después de transcurrido dicho plazo de 60 días. La parte reclamante puede, de cualquier forma, requerir el establecimiento de un panel durante el periodo de 60 días, si ambas partes de común acuerdo consideran que el proceso de buenos oficios, la conciliación o mediación han fracasado en resolver la diferencia⁸⁶.

La flexibilidad que presentan estos procedimientos en cuanto a su iniciación, duración y terminación, muestra el deseo de los negociadores de promover una solución negociada más que una solución adjudicativa.

⁸⁶Art.5.4 del Entendimiento.

2.3.2. Procedimiento del Grupo Especial

Consiste en tres etapas: etapa de iniciación, etapa operativa y adopción del reporte del grupo especial.

2.3.2.1. Etapa de iniciación

a) Establecimiento del grupo especial. Si se llevaron a cabo las consultas, pero éstas no permitieron resolver la diferencia en un plazo de 60 días desde su solicitud; o, cuando se hizo una solicitud para celebrar consultas, pero el miembro al que se dirigió no responde en un plazo de 10 días o no entabla las consultas en un plazo de 30 días desde la recepción de la solicitud; la parte reclamante tiene derecho a que se inicie expeditamente un procedimiento ante un grupo especial.

De esta forma, y conforme al artículo 6.1. del Entendimiento, si la parte reclamante lo solicita, se establece un grupo especial a más tardar en la segunda reunión del OSD contadas a partir de aquella en que haya figurado la petición por primera vez en el orden del día, a menos que decida por consenso no establecerlo⁸⁷.

Y, la solicitud que para ello se haga, debe indicar si se celebraron consultas, las medidas específicas materia de la controversia, y una breve exposición de los fundamentos legales de la reclamación, e incluso, proponer el mandato del grupo especial.

⁸⁷Conforme al pie de página 1 del Entendimiento, existe consenso cuando ningún miembro presente en la reunión del OSD en que se tomará la decisión, se oponga formalmente a ella.

Actualmente, se ha solicitado la integración de un grupo especial en el caso de los derechos antidumping impuestos por Guatemala a las importaciones de cemento portland procedentes de México, en el cual se llevaron a cabo las consultas sin llevar a una solución satisfactoria, por tanto en febrero de 1997, México solicitó al presidente del OSD el establecimiento de un grupo especial. También se ha solicitado un grupo especial en el caso de los derechos antidumping impuestos por Estados Unidos de América a las importaciones de semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio, procedentes de Corea, en donde el gobierno de Corea solicita que el grupo especial recomiende al OSD que pida a los Estados Unidos de América la revocación del derecho antidumping impuesto al mencionado producto por ser incompatibles con el Código Antidumping de la OMC.

b) Mandato de los grupos especiales. A menos que las partes en la diferencia acuerden otra cosa en el plazo de 20 días desde el establecimiento del mismo, el mandato de los grupos especiales es el siguiente: "examinar a la luz de las disposiciones pertinentes (del acuerdo abarcado o los acuerdos abarcados que hayan invocado las partes en la diferencia), el asunto sometido al OSD"⁸⁸, por algún Miembro.

En los casos sobre antidumping y subvenciones, el grupo especial debe examinar si las medidas adoptadas por el Miembro acusado, se tomaron o no de conformidad con las disposiciones del GATT de 1994, y del Código Antidumping o el Acuerdo sobre Subvenciones, respectivamente.

⁸⁸Art. 7.1 del Entendimiento.

El grupo especial también debe formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones pertinentes y dictar las resoluciones previstas en el acuerdo o acuerdos invocados.

Además, al establecer un grupo especial, el OSD puede autorizar a su Presidente, para redactar un mandato especial en consulta con las partes. En tal caso, dicho mandato se distribuirá a todos los Miembros, pudiendo cualquiera de ellos plantear alguna cuestión relativa al mismo.

c) Composición de los grupos especiales. El Art. 8 del Entendimiento, señala una serie de cualidades que deben reunir las personas que integren un grupo especial.

Primero, requiere que sean "personas muy competentes, funcionarios gubernamentales o no, que hayan anteriormente integrado un grupo especial o hayan presentado un alegato en él, hayan actuado como representantes de un Miembro o una parte contratante del GATT de 1947 o como representante 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."

Luego, los panelistas son seleccionados "de manera que quede asegurada la independencia de los miembros y la participación de personas con formación suficientemente variada y experiencia en campos muy diversos".

Los miembros no deben ser ciudadanos de las partes en controversia o terceras partes en ella, a menos que acuerden lo contrario. Si cualquiera o ambas partes en la controversia, forman parte de una unión aduanera o mercado común, los ciudadanos de todos los países Miembros de esas uniones o mercados comunes no pueden, en principio, ser nominados como panelistas.

El grupo especial se integra por tres miembros (Art. 8.5), a menos que las partes en controversia acuerden, dentro de 10 días desde el establecimiento del grupo especial, que se integre por cinco. Siendo la Secretaría la que propone a las partes en la diferencia, los candidatos a integrar el grupo especial, y éstas “no se opondrán a ellos sino por razones imperiosas”.

Y, para facilitar la selección, la Secretaría mantiene una lista indicativa de las personas, funcionarios gubernamentales o no, que reúnan las condiciones mencionadas, la cual se integra con los nombres que los miembros proponen previa aprobación del OSD.

Las partes deben acordar sobre los integrantes dentro de los 20 días siguientes a la fecha del establecimiento del grupo especial, y si no llegan a tal acuerdo, cualquiera de ellas puede solicitar al Director General que decida los integrantes, después de consultar a las partes. En este caso, el presidente del OSD comunicará a los Miembros la composición del grupo especial, a más tardar 10 días después de la fecha de tal solicitud.

Una vez establecido el grupo especial, se les solicita a los miembros actuar a título personal y no en calidad de representantes de un gobierno o de una organización. Por su parte, los gobiernos de los Miembros de la OMC deben

abstenerse de darles instrucciones o ejercer influencia sobre ellos con respecto a los asuntos materia ante el grupo especial⁸⁹.

Cuando la controversia es entre un país desarrollado y uno en desarrollo, y así lo solicita este último, por lo menos un integrante del grupo especial será nacional de un país en desarrollo Miembro.

d) Procedimiento en caso de pluralidad de partes reclamantes. El artículo 9 del Entendimiento indica que, cuando la solicitud para el establecimiento de un grupo especial es hecha por más de un Miembro reclamante respecto de un mismo asunto, siempre que sea posible, se establecerá un solo grupo especial tomando en consideración los derechos de todos los Miembros interesados. Si se establece más de un grupo especial para examinar tal asunto, en la medida de lo posible, cada uno de ellos se compondrá por los mismos miembros y se armonizará su calendario de trabajo.

e) Terceros. En el curso del procedimiento de los grupos especiales se toman plenamente en cuenta los intereses de las partes en la controversia y de los demás Miembros en el marco de un acuerdo abarcado a que se refiera la diferencia. Para ello, el artículo 10.2 señala que todo Miembro que tenga "un interés sustancial en un asunto sometido ante un grupo especial" y así lo notifica al OSD (denominado "tercero"), tiene la oportunidad de ser oído y de presentar comunicaciones escritas, las cuales se reflejan en el informe respectivo y se le proporcionan a las partes en la controversia.

Si un tercero considera que una medida que ya haya sido objeto de la actuación de un grupo especial anula o menoscaba ventajas resultantes para él de

⁸⁹ 8.9. del Entendimiento.

cualquier acuerdo abarcado, ese Miembro puede recurrir a los procedimientos normales de solución de diferencias del Entendimiento; y esta diferencia se remitirá, en lo posible, al grupo que originalmente conoció del asunto.

2.3.2.2. Etapa operacional

a) Función del grupo especial. En el Art. 11 del Entendimiento se afirma que los grupos especiales tienen la tarea de ayudar al OSD a cumplir sus funciones que le incumben en virtud del Entendimiento y de los acuerdos abarcados.

Por tanto, cada grupo especial debe hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, de los hechos y de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes. Debe hacer conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados, además de consultar regularmente a las partes en la diferencia y darles oportunidad de llegar a una solución mutuamente satisfactoria.

b) Calendario de trabajo⁹⁰. A fin de hacer los procedimientos más eficientes, se contemplan dos clases de calendarios: los generales del artículo 12 del Entendimiento, y los detallados el Apéndice 3. El grupo especial debe seguir este último a menos que decida lo contrario después de consultar a las partes en controversia, el cual también puede modificarse en caso de acontecimientos imprevistos.

El periodo desde la composición del grupo especial hasta la fecha en que se dé traslado del informe definitivo a las partes en la diferencia, no excederá, por

⁹⁰ El hecho de que el Entendimiento establezca estrictos límites de tiempo para cada etapa del procedimiento es una de las innovaciones más importantes respecto del sistema que prevalecía antes de la OMC.

regla general, de seis meses, o de tres meses en casos de urgencia. En ningún caso, el periodo que transcurra entre el establecimiento de un grupo especial y la distribución del informe a los Miembros debe exceder de nueve meses⁹¹.

El Apéndice 3 incluye reglas que deben aplicarse independientemente de las normas de procedimiento adicionales propias de cada grupo especial, y contempla: recepción de las primeras comunicaciones escritas de las partes y primeras comunicaciones entre ellas, primera reunión con las partes, réplicas presentadas por escrito, segunda reunión con las partes, traslado de la parte expositiva del informe a las partes y recepción de comentarios, traslado del informe provisional a las partes, periodo de reexamen por el grupo especial, traslado del informe definitivo a las partes, distribución del informe definitivo a los Miembros.

El calendario que ahí se incluye, puede modificarse en función de acontecimientos imprevistos.

c) Confidencialidad y transparencia. El grupo especial se reúne en sesión cerrada. Sus deliberaciones así como los documentos presentados ante él tienen el carácter de confidenciales.

Sin embargo, se da a las partes la posibilidad de hacer públicas sus posiciones. Incluso, puede hacerse público un resumen no confidencial de la información contenida en sus comunicaciones confidenciales al grupo especial, a petición de cualquier Miembro.

⁹¹ Art. 12.8 del Entendimiento.

d) Etapa intermedia de reexamen. Conforme al Art. 15 del Entendimiento, después de celebrada la segunda reunión con las partes, el grupo especial les dará traslado de los capítulos expositivos (hechos y argumentación) de su proyecto de informe. Luego, las partes presentarán sus observaciones dentro de un tiempo determinado por el grupo especial.

Una vez recibidos dichos comentarios, el grupo especial les entrega a las partes un informe provisional, incluyendo los capítulos expositivos, sus constataciones y conclusiones.

El grupo especial vuelve a dar un plazo para que, cualquiera de las partes pueda solicitar que se reexaminen aspectos concretos del informe provisional. De ser así, el grupo especial realizará una revisión, con la posibilidad de una nueva reunión con las partes, durante un periodo que no excederá de dos semanas. Si no se recibieron observaciones, el informe provisional se considera definitivo y se distribuye a las partes en un plazo de dos semanas y de tres, a los Miembros de la OMC.

Esta etapa intermedia de revisión o reexamen, merece atención, pues permite a las partes revisar el borrador de informe del grupo especial a fin de encontrar errores y hacer adiciones, además de darles otra oportunidad de defender su posición. Los argumentos presentados en esta etapa son incluidos en el informe final.

e) Derecho a recabar información y grupos consultivos de expertos. El Art. 13 otorga a los grupos especiales la facultad de recabar información y asesoramiento técnico de cualquier individuo u órgano que estimen conveniente,

y en caso de que dicho órgano esté sometido a la jurisdicción de un Miembro, el grupo especial lo notificará a las autoridades del mismo, quienes deben responder pronta y completamente a la solicitud que se les haga para obtener información.

Por otra parte, los grupos especiales pueden también consultar expertos para obtener su opinión sobre ciertos aspectos del caso. Asimismo, pueden solicitar a un grupo consultivo de expertos que emita un informe por escrito, sobre un elemento de hecho concerniente a una cuestión de carácter científico o técnico, planteada por alguna parte en la controversia.

El apéndice 4 establece las normas y procedimientos para los grupos de expertos, cuyas principales características son: dependencia del grupo especial, pues es éste quien les señala su mandato y sus procedimientos de trabajo; no pueden formar parte de estos grupos los funcionarios públicos de las partes en controversia; deben trabajar dentro de su área de especialización sin instrucciones gubernamentales; sus funciones son de asesoramiento y su informe final no es obligatorio para el grupo especial, debido a su carácter consultivo.

f) Proyectos e informes finales. Si durante el procedimiento las partes en controversia no alcanzaron una solución mutuamente satisfactoria, el grupo especial debe presentar sus conclusiones al OSD en un informe final. Si las partes llegaron a una solución, el informe se limita a una breve descripción del caso y del arreglo.

De cualquier forma, los informes de los grupos especiales se redactan sin la presencia de las partes en controversia.

2.3.2.3. Recomendaciones de los Grupos Especiales y la Adopción de los Informes

a) Recomendaciones. Conforme al Art. 19.1, si el grupo especial encuentra que una medida es incompatible con un acuerdo abarcado, recomienda que el Miembro afectado⁹² la ponga de conformidad con ese acuerdo. Además, puede sugerir la forma de implementar sus recomendaciones.

En los casos en que la medida que se reclama no implica una infracción a la OMC, el grupo especial puede solamente recomendar un ajuste mutuamente satisfactorio.

Es muy importante el hecho de que, conforme a los Arts. 3.2. y 19.2 del Entendimiento, las recomendaciones del grupo especial no pueden entrañar la disminución o aumento de los derechos y obligaciones previstas por los acuerdos abarcados. Esto coincide con el hecho de que, el sistema de solución de controversias sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público; no para modificar los derechos u obligaciones previstos en los acuerdos abarcados.

En caso de que una o más de las partes sean países en desarrollo Miembros, en el informe del grupo especial se indica explícitamente la forma en que se han tenido en cuenta las disposiciones pertinentes sobre trato diferenciado y más favorable para ese tipo de países.

⁹²Es la parte en la diferencia a quien van dirigidas las recomendaciones del panel o del Órgano de Apelación.

b) Adopción de informes. El OSD, una vez que recibe el informe final de un grupo especial, debe examinarlo a fin de adoptarlo o no. Para ello, y con el propósito de dar a los Miembros tiempo suficiente para examinar los informes, el Art. 16 del Entendimiento prevé que estos reportes no sean examinados para su adopción por el OSD, sino hasta que hayan transcurrido 20 días desde la fecha de su distribución a los Miembros.

Si algún Miembro tiene objeciones que oponer al informe, debe dar una explicación de sus razones, para su distribución por lo menos 10 días antes de la reunión del OSD en la que se vaya a examinar el informe respectivo.

Las partes en controversia tienen el derecho de participar plenamente en la reunión de examen del informe del grupo especial por el OSD, y sus puntos de vista constan plenamente en acta.

En todo caso, el informe de que se trate debe ser adoptado en una reunión del OSD dentro de los 60 días siguientes a su distribución a los Miembros, a menos que una parte en la disputa notifique formalmente a aquél su decisión de apelar o que el OSD decida por consenso no adoptar el informe.

En caso de impugnación, el informe del grupo especial no es considerado para su adopción por el OSD hasta después de concluido el proceso de apelación.

Tiene que haber un consenso negativo contra la adopción de un informe, evitándose así que las partes en la controversia bloqueen la decisión de adoptarlo.

2.3.3. Apelación

2.3.3.1. Composición del Órgano Permanente de Apelación (OPA)

Este órgano se establece por el OSD para conocer de las apelaciones en contra de los informes de los grupos especiales, y está integrado por siete personas, de las cuales actúan tres en cada caso por turnos. Los miembros del OPA son nombrados por el OSD por un término de cuatro años y cada uno puede ser reelegido una vez. Estos deben ser "personas de prestigio reconocido, con competencia técnica acreditada en derecho, en comercio internacional y en la temática de los acuerdos abarcados en general" y no estar vinculados a ningún gobierno.

2.3.3.2. Función del Órgano de Apelación

Sólo las partes en la controversia tienen el derecho de apelar ante el OPA los informes de los grupos especiales. Los terceros que tengan interés sustancial en el asunto, conforme al Art. 17.4 sólo pueden presentar comunicaciones escritas, y se les da la oportunidad de ser escuchados.

Las reglas relativas a confidencialidad y transparencia del procedimiento del grupo especial, se aplican ante el OPA.

Conforme al artículo 17.6, la apelación está estrictamente limitada a los aspectos legales tratados en el informe del grupo especial y a las interpretaciones jurídicas de éste. En su conclusión, el Órgano Permanente de

Apelación puede confirmar, modificar o revocar las consideraciones legales del grupo especial. Y, en caso de encontrar que una medida es incompatible con un acuerdo abarcado, recomienda que el miembro afectado la ponga de conformidad con dicho acuerdo.

El Órgano de Apelación debe distribuir su informe a los Miembros, en general, dentro de los 60 días contados desde la notificación de la apelación. En caso de ser imposible cumplir con ese calendario, debe informarlo al OSD; pero en ningún caso el procedimiento de apelación debe exceder de 90 días.

Debe entenderse que la prohibición de incrementar o disminuir los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados señalada para los grupos especiales, aplica a la actividad del OPA.

2.3.3.3. Adopción de los informes del OPA por el OSD

El artículo 17.14 del Entendimiento, claramente indica que el informe del Órgano Permanente de Apelación es adoptado automáticamente por el OSD (sin perjuicio del derecho de los Miembros de exponer sus opiniones sobre el informe), salvo que decida por consenso no hacerlo en un plazo de 30 días desde su distribución. En caso de ser adoptado, el informe es aceptado por las partes en la controversia sin condiciones.

3.2.4. Implementación de las recomendaciones

El OSD vigila la implementación de las recomendaciones que emite.

2.3.4.1. Pronto cumplimiento y obligación de notificar la intención de implementación

En el Entendimiento (Art. 21.1) se reconoce que "para asegurar la eficaz solución de diferencias en beneficio de todos los Miembros, es esencial el pronto cumplimiento de las recomendaciones o resoluciones del OSD".

Por otra parte, se solicita a la parte afectada que, en la reunión del OSD sostenida dentro de los 30 días siguientes a la adopción del informe del OPA o del grupo especial, notifique al OSD su intención de aplicar sus recomendaciones y resoluciones.

2.3.4.2. Plazo Prudencial para la Implementación

Cuando es imposible el inmediato cumplimiento de las recomendaciones o resoluciones para la parte afectada, ésta cuenta con un plazo prudencial para hacerlo.

En este caso, las opciones para implementar una recomendación dentro de un plazo prudencial conforme al Art. 21.3 son:

-El periodo propuesto por el Miembro afectado y aprobado por el OSD; o, en la ausencia de dicha aprobación,

-Un periodo mutuamente acordado por las partes en la controversia dentro de 45 días siguientes a la adopción de las recomendaciones; o, en ausencia de dicho acuerdo,

-Un periodo determinado mediante arbitraje dentro de los 90 días siguientes a la adopción de las recomendaciones.

La primera opción no es necesariamente la más probable; ya que el OSD aprueba el periodo propuesto por la parte afectada sobre la base de la regla del consenso positivo, entonces la parte reclamante puede bloquear la aprobación. La segunda opción también es problemática porque requiere de un acuerdo mutuo de las partes. Bajo la tercera, las partes deben esforzarse para acordar un árbitro dentro de los 10 días siguientes a la referencia del asunto al arbitraje; si no llegan al acuerdo, el arbitro es nombrado por el Director General. El Entendimiento ordena que el periodo prudencial que establezca el árbitro a fin de implementar la recomendación, no exceda de 15 meses desde la adopción del informe del grupo especial o del OPA.

2.3.4.3. Controversias respecto a la implementación de las recomendaciones

Como lo dispone el artículo 21.5 del Entendimiento, si surge desacuerdo respecto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones, o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, ésta controversia debe decidirse conforme al Entendimiento de la OMC y, en lo posible, el grupo especial respectivo será el que entendió inicialmente del asunto, contando con 90 días para distribuir su informe.

2.3.4.4. Supervisión continua de la implementación

El OSD somete a vigilancia la aplicación de las recomendaciones o resoluciones adoptadas. A este efecto, el asunto del cumplimiento de las recomendaciones

es incluida en el orden del día de las reuniones del OSD hasta que éste se haya resuelto, y diez días antes de cada reunión, el miembro afectado debe presentar al OSD por escrito, un informe sobre los avances en la aplicación de las recomendaciones.

Una vez que las recomendaciones han sido adoptadas, todo Miembro puede plantear ante el OSD la cuestión de la aplicación de las mismas.

2.3.4.5. Trato diferencial para países en desarrollo

En los asuntos planteados por países en desarrollo, el OSD considerará qué otras disposiciones puede adoptar que sean adecuadas a las circunstancias, para ello contemplará el comercio afectado por las medidas objeto de la reclamación y también su repercusión en la economía del país. Este trato diferencial, da a los países en desarrollo varias prerrogativas, por ejemplo, acelerar la implementación por la parte afectada.

2.3.5. Compensación y Suspensión de concesiones u otras obligaciones

Son las dos medidas temporales permitidas en caso de que las recomendaciones y resoluciones adoptadas, derivadas de un caso por infracción a las disposiciones de un acuerdo, no sean implementadas dentro de un periodo razonable⁹³.

Es decir, no puede acudir a la compensación ni a la suspensión de concesiones, sino hasta que el Miembro afectado omita implementar las recomendaciones dentro del periodo razonable.

⁹³ Art. 22.1 del Entendimiento.

Existe obligación de cumplir con las recomendaciones, y de ninguna manera debe entenderse que en el Entendimiento se da la opción de cumplir o compensar. La finalidad del sistema de solución de diferencias de la OMC, es que las recomendaciones de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados se cumplan, y ninguna de las medidas temporales es preferible a ello.

2.3.6. Compensación.

La compensación es voluntaria y, si se concede, debe ser acorde con el acuerdo abarcado.

Conforme al artículo 22.2. del Entendimiento, si así se le solicita y no más tarde de la expiración del plazo prudencial, el miembro afectado que ha incumplido las recomendaciones iniciará negociaciones con cualquiera de las partes que haya recurrido al procedimiento de solución de controversias, a fin de encontrar una compensación mutuamente aceptable. Si después de veinte días de la expiración del plazo prudencial, no han llegado a un acuerdo de compensación, cualquier parte reclamante puede pedir autorización al OSD para suspender la aplicación al miembro afectado de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados.

2.3.7. Suspensión de concesiones u otras obligaciones

Las reglas para la suspensión de concesiones u otras obligaciones están contenidas en el Art. 22.2 al 9 del Entendimiento, e incluyen: condiciones; tipos;

autorización y arbitraje. Así, a pesar de ser automáticamente autorizada, la suspensión está sujeta a condiciones estrictas, principios y arbitraje.

2.3.7.1. Condiciones.

La parte reclamante puede pedir autorización del OSD para proceder a suspender concesiones u otras obligaciones, si se cumplen las siguientes condiciones:

- Si la parte afectada no pone la medida declarada incompatible de conformidad con los acuerdos abarcados o de otro modo, no cumple con la recomendación dentro del plazo razonable respectivo.

- Si no se logra un acuerdo respecto de una compensación satisfactoria, en los 20 días siguientes a la expiración del periodo prudencial que se estableció para cumplir las recomendaciones del OSD.

2.3.7.2. Suspensión paralela y cruzada.

De acuerdo con el Art. 22.3, al considerar qué tipo de suspensión aplicar, la parte reclamante debe estar a los siguientes lineamientos y procedimientos:

a) Elección. La parte reclamante debe escoger el tipo más adecuado de suspensión de entre las tres opciones que se enuncian en el artículo 22.3 a), b) y c). El principio general es que la parte reclamante primeramente trate de suspender concesiones u otras obligaciones en el mismo sector en que el grupo especial o el OPA haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo (suspensión paralela).

No obstante, si la parte reclamante considera que la suspensión paralela no es práctica o eficaz, puede buscar suspender concesiones y otras obligaciones en otros sectores bajo el mismo acuerdo (suspensión cruzada por sector); o, si dicha parte considera que esta segunda opción es impráctica o ineficaz, y que las circunstancias son suficientemente serias, puede buscar la suspensión de concesiones u otras obligaciones en otros acuerdos abarcados (suspensión cruzada por acuerdo).

b) Otros aspectos a considerarse al hacer la elección. La parte reclamante debe tomar en cuenta, conforme al artículo 22.3. d), dos elementos: el comercio realizado en el sector o en el marco del acuerdo en el cual un grupo especial o el OPA encontró una infracción y la importancia para ella de dicho comercio; además, las consecuencias económicas más amplias de la suspensión de las concesiones o de otras obligaciones.

c) Procedimiento para la suspensión cruzada. La parte reclamante que pretenda hacer suspensión cruzada de concesiones u otras obligaciones, debe solicitar autorización para ello al OSD, a los Consejos correspondientes y, en caso de pretender la suspensión cruzada por sector, a los órganos sectoriales respectivos. Además, en la solicitud, la parte reclamante debe indicar las razones en que se funde.

Sin duda, la posibilidad de esta clase de suspensión es consecuencia de la nueva naturaleza integrada del mecanismo de la OMC.

2.3.7.3. Suspensión de concesiones.

El nivel de la suspensión de concesiones o de otras obligaciones autorizado por el

OSD es equivalente al nivel de nulificación o menoscabo. Si un acuerdo abarcado prohíbe la suspensión, el OSD no debe autorizarla.

2.3.7.4. Autorización de la suspensión

a) Si se dan las condiciones señaladas para el requerimiento de autorización, y se le solicita al OSD, éste debe, dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial dado a la parte afectada para implementar las recomendaciones, autorizar a la parte afectada para suspender concesiones u otras obligaciones, a menos que decida por consenso desestimar la petición.

b) Temporalidad. La suspensión de concesiones y otras obligaciones es temporal. Debe interrumpirse cuando se presenta cualquiera de las siguientes condiciones: si la medida encontrada inconsistente con el acuerdo abarcado es suprimida; si la parte afectada da una solución a la nulificación o menoscabo de beneficios; o, si se alcanza una solución mutuamente satisfactoria entre las partes.

c) Vigilancia. El OSD debe también mantener vigilados los casos en que se hayan suspendido concesiones u otras obligaciones, hasta que las recomendaciones se implementen.

2.3.7.5. Arbitraje

Pueden someterse a arbitraje las controversias que surjan respecto de la suspensión de concesiones u otras obligaciones.

a) Condiciones. Para acudir al arbitraje, se debe presentar alguna de las siguientes situaciones: que la parte afectada impugne el nivel de suspensión propuesto; o que la parte afectada argumente que los principios y procedimientos, en caso de suspensión cruzada, no fueron observados.

b) Composición y tarea del árbitro. Dicho arbitraje se lleva a cabo por el grupo especial original, si los Miembros están disponibles, en caso contrario lo lleva un árbitro nombrado por el Director General. En todo caso "árbitro" se refiere a un individuo o a un grupo.

El arbitraje debe completarse dentro de los 60 días siguientes a la expiración del periodo razonable para implementar la recomendación. En el curso del arbitraje, no se suspenderán concesiones u otras obligaciones.

La tarea del árbitro es determinar si el nivel de la suspensión es equivalente al nivel de la nulificación o menoscabo, sin examinar la naturaleza de las concesiones a suspenderse y, en su caso, determina si la suspensión propuesta está permitida bajo el acuerdo abarcado.

Si se le solicita que examine si fueron observados los principios y procedimientos, y el árbitro encuentra que no fue así, la parte reclamante debe seguirlos conforme al Entendimiento. La decisión del árbitro debe aceptarse por las partes como definitiva, por lo que éstas no deben buscar un segundo arbitraje.

Finalmente, se informa al OSD la decisión del árbitro y de así solicitársele, da autorización para suspender concesiones u otras obligaciones siempre que tal petición sea acorde con la decisión del árbitro.

2.3.7.6. Prohibición de suspensión unilateral de concesiones u otras obligaciones.

El Art. 23 del Entendimiento prohíbe la suspensión unilateral de concesiones al ordenar a los Miembros de la OMC seguir las reglas y procedimientos del Entendimiento, cuando se trate de reparar el incumplimiento, anulación o menoscabo de las ventajas para ellos resultantes de los acuerdos abarcados.

En esos casos, los Miembros tienen las siguientes obligaciones:

a) determinar sobre el suceso de una infracción, nulificación o menoscabo de beneficios sólo mediante el recurso a los procedimientos de solución de controversias de la OMC.

b) hacer una determinación de que se ha producido una infracción o se han anulado o menoscabado ventajas, de forma coherente con las constataciones incluidas en el informe del grupo especial o del OPA adoptado por el OSD o un laudo arbitral.

c) seguir los procedimientos de la OMC para determinar el plazo prudencial para la implementación de las recomendaciones o resoluciones por parte del Miembro afectado,

d) seguir los procedimientos de la OMC para determinar el nivel de suspensión de las concesiones u otras obligaciones, y para obtener la autorización correspondiente del OSD de conformidad con tales procedimientos antes de realizar dicha suspensión.

2.4. Procedimientos Adicionales o Especiales de Solución de Controversias contenidos en los Acuerdos Abarcados.

A pesar de que hubiera sido deseable un solo mecanismo de solución de controversias para toda la OMC, la amplia variedad de materias negociadas, hicieron inevitable la introducción de mecanismos especiales y adicionales de solución de conflictos en los distintos acuerdos.

Al respecto, el artículo 2 del Entendimiento señala que sus disposiciones se aplican sin perjuicio de los procedimientos especiales o adicionales, que en materia de solución de diferencias contengan los acuerdos abarcados, y que en la medida que exista discrepancia entre las disposiciones del Entendimiento y aquéllos procedimientos, prevalecen estos últimos sobre aquél.

En el apéndice 2 del Entendimiento se enlistan, con sus respectivas secciones, los acuerdos abarcados que contienen procedimientos de solución de controversias especiales o adicionales.

Entre los acuerdos ahí enunciados, están el Código Antidumping y el Acuerdo sobre Subvenciones, pues en su articulado existen disposiciones relativas a solución de diferencias. Sin embargo, las disposiciones del primero refieren sobre todo a consultas, y señalan que si éstas no llevan a algún arreglo, se aplican las reglas del Entendimiento de la OMC, y las correspondientes en el Acuerdo Antidumping, remiten al procedimiento de la OMC incluso desde la etapa de consultas.

Incluso, en la práctica, cuando un miembro solicita consultas en el marco del artículo 17 del Código Antidumping, la solicitud se funda también en el artículo 4 del Entendimiento de la OMC. De forma que, si dichas consultas no llevan a algún arreglo, la parte reclamante puede ir directamente a solicitar ante el OSD se establezca un grupo especial.

El informe del grupo especial establecido en el caso sobre cemento portland entre México y Guatemala, será el primero en interpretar la interacción del Entendimiento de la OMC y el artículo 17 del Código Antidumping.

2.5. Procedimiento especial para casos en que intervengan países menos adelantados miembros.

El Art. 24 del Entendimiento ordena que en procedimientos donde intervenga un país menos desarrollado Miembro, se prestará particular consideración a la situación especial de dichos países.

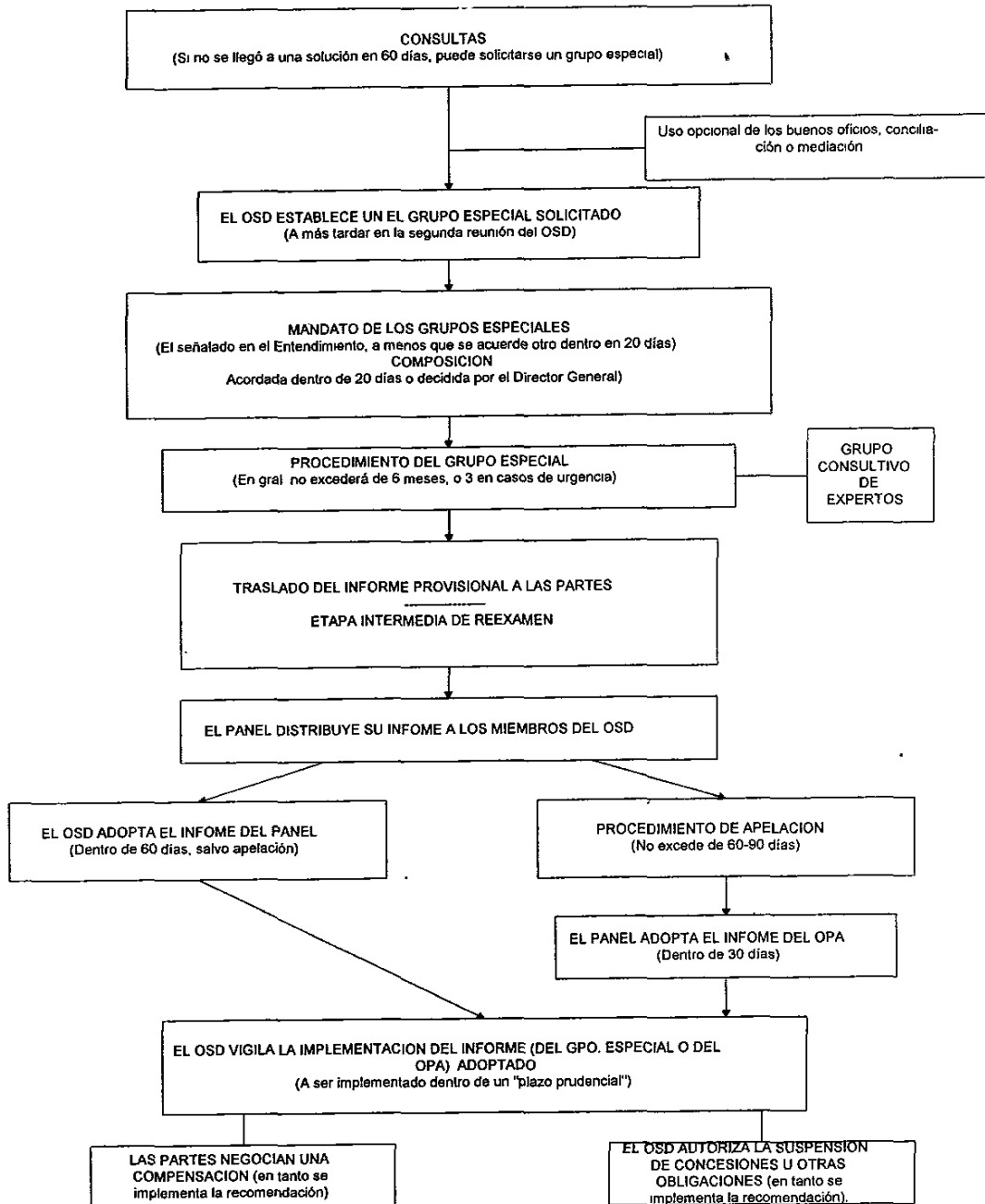
Para ese fin, los Miembros ejercerán debida moderación al plantear con arreglo a los procedimientos de solución de diferencias contenidos en el Entendimiento, casos en que intervenga un país menos adelantado Miembro. En caso que se constate que existe anulación o menoscabo como consecuencia de una medida adoptada por un país menos adelantado Miembro, las partes reclamantes ejercerán debida moderación al pedir compensación o recabar autorización para suspender la aplicación de concesiones o del cumplimiento de otras obligaciones de conformidad con los procedimientos del Entendimiento.

En los casos que intervenga un país menos adelantado Miembro y no se haya llegado a una solución satisfactoria en el curso de las consultas celebradas, el Director General o el Presidente del OSD, previa petición de un país menos adelantado Miembro, ofrecerán sus buenos oficios, conciliación y mediación con objeto de ayudar a las partes a resolver el conflicto antes de que se formule la solicitud de establecimiento de grupo especial.

Además, el Entendimiento contiene varias disposiciones dirigidas a dar un trato diferenciado y más favorable a los países en desarrollo Miembros. Sin duda, estas prerrogativas benefician a México en su calidad de país en desarrollo.

En general, el nuevo mecanismo de solución de controversias bajo el marco de la OMC superó con mucho al anterior del GATT, basta con remitirnos a las críticas que se le hacían a este último para ver que casi todos esos aspectos quedaron superados por el Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias.

EL PROCEDIMIENTO DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS DE LA OMC⁹⁴



⁹⁴ Ernst-Ulrich Petersmann. "The dispute settlement system of the WTO and the evolution of the GATT". Common Market Law Review. Vol. 31 no. 6, December 1994. Netherlands. p.1213.

3. EL SISTEMA DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS DEL CAPITULO XIX DEL TLCAN

3.1. Consideraciones previas

Como se mencionó al tratar el recurso de revocación, la Ley de Comercio Exterior prevé la posibilidad de que tratándose de las resoluciones comprendidas en las fracciones IV, V, VI y VIII de su Art. 94⁹⁵, los interesados puedan optar por acudir a los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de prácticas desleales de comercio internacional de los que México sea parte. Actualmente, el único mecanismo alternativo a este respecto es el que ofrece el capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

El objeto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y del capítulo XIX es establecer condiciones justas y predecibles para la liberalización progresiva del comercio entre las Partes del Tratado, a la vez que se conserven disciplinas efectivas sobre las prácticas comerciales desleales. Así, uno de los objetivos del TLCAN fue crear mecanismos efectivos para la solución de controversias⁹⁶.

El capítulo XIX contiene cuatro procedimientos diferentes. Su aspecto medular es el procedimiento previsto en el artículo 1904 referente al establecimiento de paneles *ad hoc*, binacionales de arbitraje que tienen como fin revisar si una resolución definitiva dictada por la autoridad investigadora de un país Parte se dictó con apego al derecho interno en la materia de ese país. Los tres procedimientos restantes giran en torno a éste antes descrito.

⁹⁵Ver en las páginas 72 a 75 el texto del Art.94 y a qué se refieren los Arts. 97 y 98 de la Ley.

⁹⁶Art. 1902 párrafo 2, inciso i) y Art.102.1.e del TLCAN.

El mecanismo que ofrece el capítulo XIX, es específico en relación al general previsto en el capítulo XX para controversias que surjan respecto a la interpretación del Tratado. El capítulo XIX está aislado del resto del Tratado, es autocontenido, dado que se compone del conjunto de disposiciones necesarias para regular la materia específica y, conforme a su Art.1901.3, ninguna disposición de otro capítulo del Tratado impone obligaciones a las Partes con respecto a sus disposiciones jurídicas sobre cuotas compensatorias y antidumping.

El sistema del capítulo XIX es un mecanismo alternativo porque da una opción distinta de los tribunales nacionales de las Partes, para resolver las controversias en materia de cuotas antidumping y subvenciones.

Por otra parte, este mecanismo sirve para enfrentar una de las manifestaciones del neoproteccionismo: la protección administrada. La cual se refiere a las barreras no arancelarias creadas por los órganos administrativos nacionales como resultado de la aplicación de las leyes sobre subvenciones y antidumping, normas ecológicas, técnicas, etcétera⁹⁷. Es frecuente que en el afán de proteger a su producción nacional de la competencia extranjera, las autoridades hagan una aplicación sesgada de esa legislación.

Eliminar esta forma de proteccionismo exige que las leyes existentes se apliquen de forma objetiva e imparcial, así, el funcionamiento del capítulo XIX tiene un papel importante para limitar ese uso proteccionista de dichas leyes, por lo menos, en lo que a América del norte se refiere.

⁹⁷García Moreno, Victor Carlos. *El Capítulo 19 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. Material Mimeográfico. México. Julio de 1994.

Al respecto, es de interés el siguiente comentario: "...las tres Partes consideraban el capítulo 19 como la mejor vía para reafirmar la confianza de los exportadores en que las leyes antidumping y de cuotas compensatorias de cada Parte, independientemente de que correspondieran a cualquier integrante del TLCAN, serían aplicadas de manera justa y transparente"⁹⁸.

3.2. Vigencia de las disposiciones jurídicas internas

A la entrada en vigor del TLCAN, las partes conservan sus propias leyes y disposiciones jurídicas en materia de antidumping y antisubvenciones. Esto se entiende si se tiene en cuenta que la finalidad del sistema del capítulo XIX, no es crear un conjunto de leyes comunes para los tres países en la materia, sino solamente establecer un sistema de revisión de resoluciones definitivas dictadas por las autoridades nacionales.

Al efecto, debe distinguirse entre las reservas para la aplicación de disposiciones jurídicas internas en materia de antidumping y cuotas compensatorias, y las reservas para reformar tales disposiciones.

3.2.1. Reserva para la aplicación de disposiciones jurídicas internas

De acuerdo con el Art. 1902.1 del capítulo XIX, cada una de las Partes se reserva el derecho de aplicar sus disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias existentes a la fecha de la firma del Tratado, a los bienes que se importen de territorio de cualquiera de las otras Partes.

⁹⁸Aguilar Alvarez, Guillermo, et. al. "El capítulo 19 del TLCAN: revisión de resoluciones en materia de cuotas antidumping y compensatorias por paneles binacionales". En: Comercio a golpes (las prácticas desleales de comercio internacional bajo el TLCAN). Instituto Tecnológico Autónomo de México. Ed. Miguel A. Porrúa. México, 1997. p. 44

Ante la duda de qué es lo que debe entenderse por "disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias" el mismo artículo señala que se considera como tales a las leyes pertinentes, los antecedentes legislativos, los reglamentos, la práctica administrativa y los precedentes judiciales; según corresponda a cada Parte.

3.2.2. Reserva para reformar las disposiciones jurídicas en materia de antidumping y cuotas compensatorias

Por otra parte, y como consecuencia de la potestad legislativa de los Estados, los tres países parte también confirman su derecho de modificar su legislación y reglamentación en materia de prácticas desleales de comercio internacional *posterior* a la entrada en vigor del Tratado, conforme al segundo párrafo del artículo 1902.

Sin embargo, cuando se pretende que dichas reformas sean aplicables a las importaciones de otra Parte del TLCAN, ese derecho está limitado al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) La nueva normatividad debe claramente especificar que tendrá vigencia para la otra Parte o Partes del Tratado,
- b) Que la Parte que lleva a cabo la reforma la notifique por escrito con la mayor anticipación posible a la fecha de su aprobación legislativa a las Partes a las que se vaya a aplicar; si el país al cual se va a aplicar la reforma lo solicita, que se lleven a cabo consultas antes de que la reforma se apruebe y,

c) Que tales modificaciones sean compatibles con las obligaciones que tienen ante al GATT de 1994, sus códigos antidumping y de subsidios, y además de con el objeto del TLCAN y de su capítulo XIX.

En caso de llevarse a cabo las consultas, el proceso legislativo respectivo no se suspende.

Este procedimiento frena la adopción de leyes nacionales, que minen las obligaciones internacionales que se tienen mutuamente los tres países en materia de antidumping y subsidios.

3.3. Revisión de las reformas legislativas

En el apartado anterior se enunció el procedimiento que debe seguirse a fin de realizar una reforma legislativa en materia de antidumping o cuotas compensatorias que sea aplicable a las mercancías de las otras Partes del Tratado.

Ahora bien, si conforme a dicho procedimiento, se realizan consultas antes de aprobarse la modificación legislativa y no se llega a un acuerdo entre las Partes, y la reforma se promulga, puede solicitarse un panel para los efectos que a continuación se mencionan. Asimismo, cabe mencionar que en la práctica, aún no ha sido accionado este procedimiento de revisión.

3.3.1. Integración de los paneles binacionales

Conforme a las disposiciones generales del capítulo XIX tanto los paneles derivados del Art. 1903, es decir los de revisión de reformas legislativas, como los previstos en el Art. 1904 para revisión de resoluciones definitivas sobre

antidumping y cuotas compensatorias. se integrarán conforme a lo que establece el Anexo 1901.2 "Integración de Paneles Binacionales".

3.3.1.1. Lista de candidatos

De acuerdo con el Anexo 1901.2, México, Estados Unidos de América y Canadá, a la fecha de entrada en vigor del Tratado, elaborarían y conservarían una lista de individuos para actuar como panelistas en las controversias que surgieran en el ámbito del capítulo XIX, la cual debía incluir en lo posible individuos que fuesen jueces o lo hubieran sido⁹⁹.

Para elaborar dicha lista, tal como lo indica el anexo, las Partes realizaron consultas, seleccionando cada una 25 candidatos. Esta lista la mantienen las Partes y le pueden hacer las modificaciones que se requiera, llevando a cabo consultas.

3.3.1.2. Cualidades de los candidatos

Todos los panelistas deben ser nacionales de Canadá, Estados Unidos de América o México; además de ser probos, gozar de gran prestigio y buena reputación, y ser escogidos estrictamente sobre la base de su objetividad, confiabilidad, buen juicio y familiaridad con el derecho comercial internacional. No deben tener filiación con ninguna de las Partes y en ningún caso recibirán instrucciones de ellas.

⁹⁹Esta disposición de incluir jueces o exjueces en la lista, se incluyó a instancia de los Estados Unidos con el fin de asegurar que los paneles aplicaran de manera apropiada tanto el derecho sustantivo como el criterio de revisión. Sin embargo, en el caso de México, no se han incluido jueces porque el artículo 101 constitucional impide que los jueces federales acepten cualquier otro nombramiento durante su encargo; y tampoco se ha incluido algún exjuez.

3.3.1.3. Integración del panel

El mencionado Anexo, indica que los paneles binacionales se integran por cinco panelistas, de los cuales en su mayoría deben ser juristas de buena reputación.

a) Nombramiento por las Partes. Dentro del plazo de 30 días a partir de la solicitud de integración de un panel, cada una de las Partes implicadas, en consulta con la otra Parte implicada nombra dos panelistas, que por lo general son miembros de la lista mencionada, y en caso de no serlo, deben también cumplir con los requisitos para ser candidatos¹⁰⁰.

b) Derecho de recusar. Cada una de las Partes implicadas tiene derecho a cuatro recusaciones irrefutables, que se ejercerán de manera simultánea y en secreto para descalificar el nombramiento de hasta cuatro candidatos propuestos por la otra Parte implicada. Las recusaciones irrefutables y la selección de panelistas sustitutos se realizan dentro de los 45 días siguientes a la solicitud de integración del panel. En la práctica este derecho es frecuentemente ejercido por las Partes.

c) Selección por sorteo. Está previsto que cuando una de las Partes implicadas no nombre a los miembros del panel que le corresponde en el plazo de 30 días, o si el panelista es rechazado y no se elige sustituto en un plazo de 45 días, ese panelista será seleccionado por sorteo en el día 31 ó 46 , según corresponda, de entre los candidatos de esa Parte en la lista.

¹⁰⁰ Desafortunadamente, en la práctica las Partes se toman mucho más de 30 días para nombrar a sus candidatos, ha habido casos en que han transcurrido 6 meses desde la solicitud de panel hasta la integración del mismo; lo que se traduce en detrimento de la expeditez de los procedimientos.

El doctor Victor Carlos García Moreno, comenta que hubiera sido deseable tener el sistema de selección del capítulo XX (cada Parte selecciona dos panelistas de la lista de nacionales de la otra Parte), pues garantiza la imparcialidad de los panelistas, además de ser una forma verdaderamente innovadora en el ámbito internacional¹⁰¹.

A pesar de que este procedimiento no es de selección cruzada, el hecho de que las Partes puedan recusar a los candidatos propuestos por la otra Parte, contribuye de alguna manera a la imparcialidad de los panelistas.

d) Selección del quinto panelista. Se establece que en un plazo no mayor de 55 días desde la fecha de solicitud de integración del panel, las Partes implicadas deberán convenir en la selección del quinto miembro. En caso de que las Partes no lleguen a un acuerdo, decidirán por sorteo cuál de ellas lo seleccionará, a más tardar el día 61, de entre la lista, excluyendo a los candidatos eliminados por recusación irrefutable.

e) Nombramiento del presidente. Una vez seleccionado el quinto panelista, los cinco integrantes del panel nombran un presidente de entre los juristas en el panel, por mayoría de votos. Si no hay una mayoría en las votaciones, el presidente es nombrado por sorteo de entre los juristas en el panel.

3.3.1.4. Las decisiones del panel

Todas las decisiones de los paneles son tomadas por mayoría, sobre la base de los votos de todos los miembros del panel. En sus fallos, se incluye cualquier opinión disidente o coincidente de los panelistas.

¹⁰¹ Material bibliográfico de la cátedra de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la UNAM.1995. p.11

3.3.1.5. Código de conducta y compromiso de confidencialidad

Los miembros de un panel están sujetos a un Código de Conducta¹⁰², el cual se comprometen a observar en el momento de aceptar ser panelistas.

Si una Parte implicada juzga que un panelista contraviene el código de conducta, las Partes implicadas realizan consultas y, si están de acuerdo, el panelista será removido y se selecciona uno nuevo.

Por otra parte, los panelistas tienen la obligación de firmar un compromiso de confidencialidad respecto a la información que proporcionen México, Canadá y Estados Unidos de América o sus personas, que comprenda la información comercial reservada y otra información privilegiada. La omisión de la firma de estos compromisos por un panelista, trae como consecuencia su descalificación.

Cada una de las Partes ha establecido sanciones en caso de violación al compromiso de confidencialidad, que aplica respecto de toda persona dentro de su jurisdicción. En México se impone una multa en proporción al beneficio obtenido por la divulgación o uso de la información, tomando en cuenta los daños y perjuicios causados, los antecedentes y las circunstancias personales del infractor.

¹⁰²Este rige para todos los miembros y asistentes de los paneles y comités especiales que se forman a partir de los capítulos XIX y XX del Tratado, conformado por un preámbulo, definiciones y siete apartados. Sus disposiciones se establecieron para asegurar el respeto a los principios de integridad e imparcialidad que exigen los procedimientos de los capítulos XIX y XX del TLCAN. Impone a los miembros obligaciones como: evitar ser deshonesto, revelar la existencia de cualquier interés, relación o asunto que pudiera crear una apariencia de deshonestidad o de parcialidad, sin que deban revelar asuntos que tengan influencia tribal sobre el procedimiento, cumplir sus deberes de manera justa y diligente, estar disponible para desempeñar los deberes de ser miembro de una manera completa y expedita, hacer que sus asistentes cumplan con todas las obligaciones anteriores, no deben ser influenciados por intereses propios o presiones externas, consideraciones políticas, presión pública, etc.

3.3.1.6. Imposibilidad de un miembro para cumplir sus funciones

Cuando un miembro del panel, no se encuentra en condiciones de cumplir sus funciones de panelista o sea descalificado, las actuaciones del panel se suspenden hasta que se selecciona su sustituto. Esto ha sucedido en muchas ocasiones durante la vigencia del capítulo XIX, provocando en la mayoría, retrasos en el procedimiento.

3.3.2. Solicitud de revisión y tarea del panel

De acuerdo con el artículo 1903, la Parte a la cual se aplique la reforma legislativa hecha por otra Parte, puede solicitar por escrito que dicha reforma se someta a un panel binacional para que éste haga una revisión y emita una "opinión declarativa" acerca de:

- a) La compatibilidad de la reforma con el GATT, el Código Antidumping y el Acuerdo sobre Subvenciones, así como con el objeto y la finalidad del TLCAN y del capítulo XIX.

- b) Si la reforma tiene la función y el efecto de revocar una resolución previa de un panel del artículo 1904, y resulta incompatible con el GATT, el Código Antidumping y el Acuerdo sobre Subvenciones, o el objeto y la finalidad del TLCAN y del capítulo XIX.

Debe notarse que la tarea del panel, es hacer una revisión y emitir una opinión declarativa sobre la existencia de alguna de las hipótesis mencionadas,

aplicando para ello, el derecho comercial internacional y no el nacional de alguna de las Partes.

3.3.3. Procedimiento

Este se desarrolla conforme a lo establecido en el Anexo 1903.2, pues a la fecha no se han acordado reglas más detalladas. Ahí se indica que:

El panel establece sus propias reglas de procedimiento, salvo que las Partes acuerden otra cosa. Los procedimientos deben garantizar cuando menos una audiencia ante el panel, así como la posibilidad de presentar comunicaciones escritas y réplicas. Las actuaciones del panel son confidenciales y se llevan a cabo en la oficina de la sección del Secretariado de la Parte cuya reforma legislativa se examina, salvo que las dos Partes pacten otra cosa. Además, el panel debe fundar sus resoluciones solamente en los argumentos y comunicaciones de las dos Partes.

a) Opinión declarativa preliminar. Salvo acuerdo de las partes en contrario, una vez nombrado el presidente, el panel presentará a las dos partes dentro de los siguientes 90 días, una *opinión declarativa preliminar* por escrito que debe contener las conclusiones de hecho y su resolución.

Si las conclusiones del panel son afirmativas, éste puede incluir en su dictamen, recomendaciones respecto a los medios para apegar la reforma al GATT, el Código Antidumping o el Acuerdo sobre Subvenciones, o al objeto del TLCAN y del capítulo XIX; para lo cual debe tomar en cuenta el grado en que la reforma afecta los intereses protegidos por el TLCAN.

b) Objeciones. Dentro de los catorce días siguientes a que se pronuncie la opinión declarativa preliminar, la Parte contendiente que esté en desacuerdo total o parcialmente con dicha opinión, puede presentar al panel por escrito sus objeciones debidamente razonadas y motivadas. En tal caso, el panel solicitará las opiniones de ambas Partes y reconsiderará su opinión preliminar.

c) Opinión definitiva. La opinión declarativa preliminar se convertirá en *definitiva*, a menos que se solicite reconsideración.

d) Publicación. Cuando es definitiva, se publica en el órgano oficial de las Partes, junto con cualquier opinión personal de los miembros del panel y con cualquier opinión escrita que alguna de las Partes desee publicar.

3.3.4. La opinión declarativa del panel y sus efectos

El Art. 1903.3 indica que en caso de que el panel recomiende modificaciones a la reforma para eliminar disconformidades que en su opinión existan:

a) Las dos Partes iniciarán de inmediato *consultas* y procurarán una solución mutuamente satisfactoria al asunto dentro de un plazo de 90 días a partir de la emisión de la opinión declarativa final del panel. Donde la solución, puede ser promulgar la legislación correctiva a la ley de la Parte que hizo la reforma.

b) En caso de que la reforma legislativa correctiva no se apruebe dentro de un plazo de nueve meses desde la fecha de la opinión declarativa del panel, y no se haya acordado ninguna otra solución mutuamente satisfactoria, la parte que haya solicitado la integración del panel podrá:

a) Adoptar medidas legislativas o administrativas equiparables, o

b) Denunciar el Tratado respecto a la Parte que hace la reforma, sesenta días después de notificarlo por escrito a esa Parte.

Es decir, las Partes quedan obligadas a realizar consultas para solucionar la controversia, ya sea mediante la adopción de la legislación correctiva recomendada por el panel o cualquier otro acuerdo; de lo contrario, las consecuencias son muy estrictas, lo que muestra la importancia que tienen para las Partes las medidas legislativas que éstas pueden tomar en la materia.

La tarea del panel es emitir una "*opinión declarativa final*", la cual no tiene efectos directos a nivel interno, ni siquiera en aquella legislación que resultó contradictoria a juicio del panel, tanto que, como ahí se menciona, la solución *puede* ser una legislación correctiva, sin que exista una obligación de emitirla. Así, en ningún momento se afecta la facultad legislativa de los Estados parte.

Por otra parte, este procedimiento de revisión de reformas legislativas, da a las Partes del TLCAN la confianza de que ninguna modificación a las leyes internas de una Parte, afectará los intereses de las otras Partes, sin su aceptación.

3.4. Revisión de las resoluciones definitivas sobre antidumping y cuotas compensatorias

Se analiza ahora, el segundo procedimiento contenido en el capítulo XIX y que constituye su aspecto central.

El artículo que regula este tipo de revisión es el 1904, en el que se establece un sistema por el cual un panel binacional constituido de acuerdo con el anexo 1901.2, revisará las resoluciones administrativas definitivas sobre antidumping o cuotas compensatorias emitidas por alguna de las Partes del Tratado, a fin de determinar si tal resolución se emitió conforme al derecho interno en la materia de esa Parte.

3.4.1. Reemplazo de la revisión judicial interna

El primer apartado del artículo 1904 nos dice que "cada una de las Partes reemplazará la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas sobre cuotas antidumping y compensatorias con la revisión que lleve a cabo un panel binacional".

Si se hace una simple lectura del párrafo anterior podría pensarse que con el término *reemplazará*, se está imponiendo una obligación a las Partes de acudir a un panel binacional para la revisión de tales resoluciones dejando de lado a los tribunales nacionales, sin embargo, dicho término no debe tomarse en tal sentido, pues el artículo 1904 crea un mecanismo *alternativo* de solución de controversias, lo que significa que da la opción a las partes interesadas de México, Estados Unidos de América o Canadá de acudir a él, sin cerrarles la posibilidad de optar por los tribunales nacionales para dilucidar el conflicto.

Lo que sí sucede es que en caso de ir al mecanismo del Artículo 1904, se excluyen automáticamente las vías nacionales y viceversa. Así se desprende del Art. 1904.12 inciso b, pues señala que no se aplicará el procedimiento de ese artículo en caso de que:

a)...

b) como consecuencia directa de la revisión judicial de la resolución definitiva original por un tribunal de la Parte importadora, se emita una resolución definitiva revisada, en los casos en que ninguna de las Partes implicadas haya solicitado la revisión ante un panel de la resolución definitiva original; o ...

El Art. 98 de la Ley contiene la disposición correlativa, indicando que tratándose de resoluciones que permitan recurrirse mediante mecanismos alternativos de solución de controversias pactados por México en convenios internacionales, el plazo para interponer el recurso de revocación en contra de aquellas resoluciones no empezará a correr sino hasta que haya transcurrido el plazo previsto en el tratado o convenio internacional de que se trate para interponer el mecanismo alternativo de solución de controversias. Esto no permite interponer ambos mecanismos al mismo tiempo.

3.4.2. Ambito de aplicación

3.4.2.1. Aplicación.

Se debe mencionar que de acuerdo con el artículo 1901.1 las disposiciones del mencionado Art. 1904 se aplican sólo a las mercancías que la autoridad investigadora competente de la Parte importadora decida que son mercancías de otra Parte, al aplicar sus disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias a los hechos de un caso específico.

Es decir, que el mecanismo del 1904 se aplica solamente a las mercancías que una de las Partes determine que son de Estados Unidos de América, México o Canadá.

3.4.2.2. No aplicación.

Por otra parte, conforme al 1904.12 no es aplicable en caso de que:

- a) ninguna de las Partes implicadas solicite la revisión de una resolución definitiva por un panel.
- b) como consecuencia directa de la revisión judicial de la resolución definitiva original por un tribunal de la Parte importadora, se emita una resolución definitiva revisada.
- c) se emita una resolución definitiva como resultado directo de la revisión judicial que se haya iniciado ante un tribunal de la Parte importadora antes de la fecha de entrada en vigor este Tratado.

Además, tampoco aplica en caso de *resoluciones no definitivas*. No obstante, el Art. 1904.4 establece que si la autoridad investigadora competente de la Parte importadora ha dictado medidas provisionales con motivo de una investigación administrativa, la otra Parte implicada puede notificar su intención de solicitar un panel de conformidad con este artículo, y las Partes lo instalan a partir de ese momento; sin embargo, este comienza a conocer del asunto una vez que se dicta la resolución final de la autoridad investigadora.

3.4.4. La función del panel

La tarea del panel es hacer una revisión de la resolución definitiva emitida por la autoridad competente de una Parte respecto de las mercancías de otra Parte, a fin de determinar si al emitir tal resolución, aplicó correctamente su derecho interno en materia de antidumping y cuotas compensatorias.

Conforme a lo ordenado en el artículo 1904.2, la función de un panel binacional consiste en que: "...revise, con base en el expediente administrativo, una resolución definitiva sobre cuotas antidumping y compensatorias emitida por una autoridad investigadora competente de una Parte importadora, para dictaminar si esa resolución estuvo de conformidad con las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias de la Parte importadora".

El panel hace la revisión sólo con base en el expediente administrativo, por lo que ninguna información adicional basada en hechos puede ser presentada en este procedimiento, excepto cuando en cumplimiento de una orden del panel que haya devuelto el expediente, la autoridad investigadora haya tenido que realizar nuevas diligencias, generando información nueva que sí puede presentarse al panel en el procedimiento de devolución.

3.4.5. Ley aplicable

El artículo 1904.2 señala que para efectos de la revisión del panel, la ley aplicable serán las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias, las cuales consisten en: leyes, antecedentes legislativos, reglamentos, práctica administrativa y precedentes judiciales pertinentes, en la medida en que un tribunal de la Parte importadora (el Tribunal Fiscal de la Federación en el caso de México) podría basarse en tales documentos para revisar una resolución definitiva de la autoridad investigadora competente.

Es de notarse que el concepto "leyes", debe entenderse como leyes nacionales como la Ley de Comercio Exterior y su reglamento y, tratados internacionales en la materia, como TLCAN, el GATT y sus códigos de conducta.

En México, los precedentes judiciales cuya observancia es obligatoria para el Tribunal Fiscal conforme a los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, y por tanto, para los paneles del artículo 1904, consisten en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la de los Tribunales Colegiados de Circuito; y por otra parte, la jurisprudencia que emana del propio Tribunal Fiscal a través de su Sala Superior, según lo dispone el artículo 260 del Código Fiscal. El hecho de que los paneles deban aplicar los precedentes judiciales en los que se basaría un tribunal nacional, hace que en cierta manera los criterios del tribunal nacional y los paneles se uniformen.

Conforme al artículo 1904.2, únicamente para efectos de la revisión por el panel, se incorporan al Tratado las leyes sobre cuotas antidumping y compensatorias de los países miembros, con las reformas que ocasionalmente se les hagan, esto tiene sentido dado que el panel está regido por el Tratado y sólo puede funcionar incluyendo estas disposiciones. Es decir, para la aplicación del artículo 1904 forman parte del TLCAN la Ley de Comercio Exterior de México y su reglamento, la Ley Arancelaria de 1930 de Estados Unidos de América y la Ley de Medidas Especiales de Importación de Canadá.

3.4.6. Criterio de revisión

El artículo 1904.3 indica: “el panel aplicará los criterios de revisión señalados en el Anexo 1911 y los principios generales de derecho que de otro modo un tribunal de la Parte importadora aplicaría para revisar una resolución de la autoridad investigadora competente”.

Para evitar problemas sobre este difícil concepto del criterio de revisión, en el anexo 1911 se estipulan las disposiciones legislativas aplicables para cada país. En el caso de México se señala como aplicable el criterio del Art. 238 del Código Fiscal de la Federación o cualquier ley que lo sustituya, basado solamente en el expediente administrativo.

Conforme al mencionado anexo, al revisar las resoluciones definitivas de que se trate, el panel también debe tomar en cuenta, los principios generales de derecho que aplicaría en una revisión de esta naturaleza el tribunal de la parte importadora, los que de acuerdo con las definiciones del Art. 1911 incluyen principios tales como legitimación del interés jurídico, debido proceso, reglas de interpretación de la ley, etc.

El artículo 238 del Código Fiscal, indica que se declarará que una resolución administrativa de la Secretaría es parcial o totalmente ilegal, cuando se demuestre alguna de las causales que ahí se mencionan,¹⁰³ las cuales se refieren a incompetencia del funcionario que la haya dictado u ordenado o tramitado; omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes y vicios del procedimiento que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada; si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien si se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas; y cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades.

¹⁰³Ver página 86 transcripción del Art. 238.

Todas ellas causales de ilegalidad que los paneles binacionales, no pueden hacer valer de oficio.

Es importante distinguir que, como lo señala Hugo Perezcano, “como su nombre lo indica, se trata del criterio de ‘revisión’, y no de un criterio de ‘resolución’, es decir, es el criterio con base en el cual el panel deberá analizar la resolución de la autoridad investigadora; pero no implica el criterio que el panel deberá emplear para resolver la controversia.”¹⁰⁴

Entonces, el criterio de revisión para los paneles del artículo 1904, en el caso de México, se compone solamente por el mencionado artículo 238; y no incluye, como se ha pretendido en algunos procedimientos ante panel, el artículo 239 del Código Fiscal, pues éste habla del criterio de resolución para el Tribunal Fiscal y no para los paneles binacionales, que se rigen por el texto del Tratado y en él tienen claramente delimitado su criterio de resolución.

Interpretar que el criterio de revisión se compone de alguna disposición distinta de las señaladas en el anexo 1911, sería erróneo, máxime que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone en su artículo 31 que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. El sentido corriente de los términos del anexo 1911 es muy claro, por lo que no hace necesaria cualquier otra clase de interpretación.

¹⁰⁴“La solución de controversias en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, en El futuro del libre comercio en el continente americano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Serie 1, Estudios de Derecho Económico No.29. México, 1997. p.293

No obstante, en algunos procedimientos ante panel binacional, los abogados han argumentado que el artículo 239 debe considerarse parte del criterio de revisión y que por tanto, el panel podría dictar la nulidad absoluta de la autoridad investigadora¹⁰⁵. En la historia del capítulo XIX, sólo un panel (caso MEX-94-1904-02), ha concluido que dicho artículo sí formaba parte del criterio de revisión, confundiendo éste con el criterio de resolución, pues explicó que, de no considerarse ambos artículos, los paneles tendrían un criterio de revisión distinto de aquél para los tribunales nacionales.

Relativo al criterio de revisión a aplicar por los paneles del artículo 1904, es interesante y atinada la postura del panel en el caso MEX-96-1904-02, donde reconoce que el único criterio de revisión aplicable es el artículo 238 del Código Fiscal, más sin embargo, aclara que este hecho no impide al panel interpretar las disposiciones del mencionado artículo ni lo constriñe a aplicar de forma mecánica las causales de ilegalidad ahí mencionadas, pues debido a la complejidad y especialidad de las investigaciones antidumping, el panel no puede interpretar dichas causales como si se tratara de resoluciones administrativas relativas a asuntos fiscales o de impuestos. Asimismo, reconoció que la interpretación que el panel haga de dichas disposiciones, será congruente con la naturaleza nacional o internacional de la norma sujeta a interpretación, por ello, atenderá a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o a las reglas interpretativas utilizadas por los órganos jurisdiccionales del país cuyas disposiciones en materia de antidumping y cuotas compensatorias han de interpretarse.

¹⁰⁵ Hasta ahora, así se planteó en los casos MEX-94-1904-01, MEX-94-1904-02 y MEX-96-1904-02.

3.4.7. Principales etapas del procedimiento ante el panel

El panel lleva a cabo la revisión según los procedimientos establecidos por las Partes conforme al artículo 1904.14, el cual señala que para poner en práctica al Art. 1904, las Partes debían adoptar reglas de procedimiento en grado de apelación judicial a más tardar el 1° de enero de 1994.

Siguiendo los lineamientos que se dan en el mencionado párrafo 14, fueron elaboradas dichas reglas procedimentales y finalmente se publicaron en el Diario Oficial el 20 de junio de 1994 y, corregidas, el 20 de marzo de 1996 bajo el nombre de "Reglas de procedimiento del Artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte" (en adelante, Reglas del 1904)¹⁰⁶. Estas reglas tienen como objetivo permitir la aplicación del procedimiento de revisión ante paneles previsto en el artículo 1904, así como asegurar que dicha revisión sea justa, expedita y económica. Se concibieron para que los paneles rindan una decisión dentro de los 315 días siguientes al inicio del procedimiento.

¹⁰⁶ Resulta interesante tratar de responder a la interrogante de la naturaleza jurídica de dichas Reglas. El capítulo XIX establece que para poder poner en práctica el artículo 1904 del Tratado, las Partes adoptarían reglas de procedimiento. Ahora bien, creemos puede interpretarse que al momento de aprobarse el TLCAN por el Senado de la República, éste pasó a ser parte de nuestro orden jurídico, por tanto, como si fuera una ley ordinaria, el Ejecutivo con base en su facultad reglamentaria reconocida por el artículo 89-I constitucional, adopta las Reglas del 1904, que contienen disposiciones de carácter general que en la práctica facilitan la exacta observancia del artículo 1904 del Tratado. Por otra parte, podría considerárseles como acuerdo interinstitucional previsto en la Ley sobre la Celebración de Tratados, definido como "convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera que sea su denominación, sea que derive o no de un tratado previamente aprobado", sin embargo, de ser así, presentarían una irregularidad, pues la Secretaría de Relaciones Exteriores no formuló un dictamen sobre la procedencia de suscribirlo, tal como lo ordena el artículo 7 de la Ley mencionada; además, dicha Ley no ordena que esta clase de acuerdos deban publicarse en el Diario Oficial, tal como se hizo con las Reglas, publicación que puede deberse a que contienen disposiciones de carácter general y a lo dispuesto en el artículo 1802 del Tratado que ordena a las Partes que sus "leyes, reglamentos y resoluciones administrativas de aplicación general que se refieran a cualquier asunto comprendido en este Tratado" se publiquen a la brevedad o se pongan en conocimiento de las personas o Partes interesadas.

Las Reglas del 1904, prácticamente son una copia de las que ya existían para el sistema de paneles binacionales del capítulo XIX del Free Trade Agreement entre Estados Unidos de América y Canadá, salvo los pocos cambios que implicó la inclusión de México en el sistema.

El contenido de las Reglas es el siguiente: I. Disposiciones Generales, II. Inicio de la revisión ante un panel, III. Paneles, IV. Información confidencial e información privilegiada, V. Procedimiento escrito, VI. Audiencia, VII. Decisiones y fin de la revisión ante el panel y VIII. Fin de la revisión ante el panel.

En el presente trabajo sólo se abordan en aquellos aspectos que definen las principales etapas del procedimiento ante el panel.

Como lo indica la exposición de motivos, en lo no previsto por las Reglas, el panel, por analogía a éstas o refiriéndose a las que hubiera aplicado el tribunal competente del país importador, podrá aplicar las reglas procesales que estime apropiadas para el caso particular. En caso de incompatibilidad de las Reglas del 1904 y el Tratado, prevalecerá éste sobre aquellas.

3.4.7.1. Disposiciones generales

Conforme a las reglas 6 a 32, debe observarse lo siguiente:

a) Duración y alcance de la revisión ante un panel. La revisión ante un panel comienza el día de la presentación ante el Secretariado de la primera Solicitud de Revisión ante un Panel y concluye el día en que surta sus efectos el Aviso de Terminación de la Revisión ante el Panel.

La revisión se limita a: los alegatos de error de hecho o de derecho, comprendidos en las Reclamaciones presentadas ante el panel, y a los medios de defensa tanto adjetivos como sustantivos invocados en la revisión ante el panel.

b) Funcionamiento interno del panel. Tratándose de asuntos administrativos de rutina, el panel puede adoptar sus propios procedimientos internos siempre que no sean incompatibles con las Reglas. Puede prorrogar cualquier plazo establecido en las Reglas observando los linamientos de la regla 20.

c) Costas. Conforme al Art. 32, cada participante asume las costas directas o indirectas de su participación en una revisión ante el panel. Por lo que se refiere a los honorarios de los panelistas y asistentes, son cubiertos por partes iguales por las Partes en la controversia, a través de sus secciones nacionales del Secretariado.

3.4.7.2. Solicitud de revisión

a) Quién puede solicitar la revisión por un panel. Según se establece en los puntos cinco y dos del artículo 1904, quien puede solicitar el establecimiento de un panel es una Parte implicada, la cual conforme a las definiciones del artículo 1911, es: la Parte importadora o una Parte cuyas mercancías sean objeto de la resolución definitiva.

La solicitud que hace una Parte implicada, puede ser de oficio o a petición de alguna persona que de acuerdo con el derecho de la Parte importadora estaría

legitimada para iniciar procedimientos internos de revisión judicial de la misma resolución definitiva. Entonces, los particulares no pueden acudir directamente a solicitar la integración de un panel, sólo mediante su gobierno; debido a que, salvo excepciones, al particular no se le reconoce capacidad de acción procesal ante tribunales de derecho internacional público, lo que hace necesaria la mediación entre este orden jurídico y el ciudadano de algún Estado.

Se debe enfatizar que si un ciudadano legitimado para ello, requiere a su gobierno para solicitar la instalación de un panel, éste último no tiene la facultad discrecional de rechazar tal requerimiento, sino que automáticamente *debe* hacer la solicitud en nombre del particular.

El maestro Malpica de Lamadrid comenta que: "es importante hacer hincapié en que el procedimiento de revisión lo realizan los Estados parte y no las personas físicas. El Estado en cuestión hace "suyas" las reclamaciones de las personas físicas contra las resoluciones definitivas del otro Estado parte. Es más, el Estado parte tiene la obligación de hacer "suyas" las reclamaciones del individuo que tenga interés jurídico en el asunto".¹⁰⁷

En tal sentido, en México las personas legitimadas para requerir a su gobierno que solicite un panel son los productores nacionales, los importadores nacionales y los exportadores extranjeros, conforme a lo previsto en los artículos 51 de la Ley y 198 del Código Fiscal.

A pesar de que son las Partes quienes deben solicitar un panel, en la práctica, son los particulares los que presentan la solicitud directamente a la sección nacional del Secretariado del país importador. Sin embargo, en Canadá y

¹⁰⁷ Op.cit.p.196.

Estados Unidos de América en su Ley de Implementación se estipula que la solicitud hecha por algún particular interesado se entiene hecha conforme al Art.1904.5, esto es, por la Parte. En México, no existe tal disposición en la ley nacional y los particulares directamente hacen la solicitud sin que medie un documento formal del Estado mexicano en cumplimiento de lo establecido en el mencionado artículo, por lo que debería incluirse en la Ley de Comercio Exterior una disposición similar a la que existe en las leyes de las otras Partes del TLCAN.

b) Cuándo hacer la solicitud. De acuerdo con el punto 4 del artículo 1904, la solicitud para integrar un panel se hará por escrito a la otra Parte implicada, dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que la resolución en cuestión se publique en el órgano de publicación oficial de la Parte importadora y, en caso de resoluciones definitivas que no se publiquen en el órgano oficial, la parte importadora las notificará inmediatamente a la otra Parte implicada cuando esa resolución involucre sus mercancías, y esa Parte podrá solicitar la integración de un panel dentro de los 30 días siguientes a que reciba tal notificación.

El derecho a solicitar la revisión por un panel, precluye al no ejercitarse en el plazo mencionado.

c) Contenido. Conforme a la regla 34, la Solicitud de Revisión ante Panel, cuyo contenido se estipula en la regla 58, además debe cumplir, en caso de una resolución definitiva dictada en México, con los artículos 97 y 98 de la Ley de Comercio Exterior y su Reglamento¹⁰⁸.

¹⁰⁸Ver el texto de dichos artículos en las páginas 74 y 75.

Una vez recibida, el Secretariado responsable¹⁰⁹ envía una copia al otro Secretario implicado, comunicándole el número de expediente, y notifica esta Primera Solicitud de Revisión a las personas que participaron en el procedimiento administrativo de investigación indicando la fecha de la solicitud.

3.4.7.3. Derecho de audiencia y representación ante el panel

Conforme al punto 7 del artículo 1904, la autoridad investigadora competente que haya dictado la resolución definitiva en cuestión tiene el derecho de comparecer y ser representada por abogados ante el panel.

Por otra parte, siguiendo los lineamientos del Tratado, cada una de las Partes ha dispuesto que las personas que de conformidad con el derecho de la Parte importadora, estarían legitimadas para comparecer y ser representadas en un procedimiento interno de revisión judicial de la resolución de la autoridad investigadora competente, tienen el derecho de comparecer y ser representadas por abogados ante el panel.

En México, esa disposición se contiene en el artículo 97 de la Ley, por el que se indica que cualquier persona interesada puede acudir a los mecanismos alternativos de solución de controversias contenidos en los tratados internacionales de los que México sea parte. Por otro lado, los participantes en el procedimiento de revisión judicial interno (juicio de nulidad), conforme al artículo 198 del Código Fiscal, y complementado con el artículo 51 de la Ley que indica quiénes son personas interesadas en el procedimiento de investigación, son participantes en los procedimientos del artículo 1904: los productores

¹⁰⁹ Secretariado responsable, significa la sección del secretariado ubicada en la Parte cuya resolución se revisa, y secretariado implicado es la sección del Secretariado ubicada en la Parte implicada.

nacionales, los exportadores extranjeros, los importadores establecidos en México y la autoridad investigadora.

3.4.7.4. Reclamación

Conforme a la regla 39, la persona interesada que desee invocar errores de hecho o de derecho en relación con la resolución definitiva, debe presentar al Secretariado responsable una Reclamación. Esta debe ser presentada dentro de los 30 días siguientes a la presentación de la primera Solicitud de Revisión ante un Panel y se acompaña de un comprobante de notificación a la autoridad investigadora y a todas las personas que participaron en el procedimiento administrativo de investigación.

De acuerdo con la regla mencionada, solamente tienen derecho a presentar una Reclamación las personas interesadas, con legitimación para solicitar la revisión judicial de la resolución definitiva.

Quien desee presentar una versión modificada de la Reclamación puede hacerlo, previa autorización del panel, dentro de los 5 días anteriores al vencimiento del plazo para la presentación de un Aviso de Comparecencia conforme a la regla 40; o pasado este plazo, antes del vigésimo día previo al vencimiento del plazo para presentar memoriales conforme a la regla 57.

3.4.7.5. Aviso de comparecencia

De acuerdo a la regla 40, dentro de los 45 días siguientes a la presentación de la primera Solicitud de Revisión ante un Panel, la autoridad investigadora y cualquier otra persona interesada que pretenda participar en la revisión ante un

panel y que no haya presentado una Reclamación, debe presentar ante el Secretariado responsable un Aviso de Comparecencia.

En éste, se debe acreditar el derecho para presentarlo y precisar si la comparecencia se realiza en apoyo u oposición de alguno de los alegatos esgrimidos en una Reclamación.

3.4.7.6. Expediente para efectos de la revisión

De acuerdo con la regla 41, dentro de los 15 días siguientes al vencimiento del plazo para presentar un Aviso de Comparecencia, la autoridad investigadora cuya resolución definitiva esté sujeta a revisión presentará ante el Secretariado responsable: nueve copias de la resolución definitiva incluyendo su motivación, dos copias de un Índice que describa el contenido del expediente administrativo, acompañado por el comprobante de notificación del Índice a todos los participantes; y dos copias del expediente administrativo.

El expediente que se integró en la investigación administrativa, es en el que se basa el panel para hacer la revisión de la resolución definitiva.

3.4.7.7. Memoriales

a) Presentación. El participante que presente una Reclamación conforme a la regla 39 o un Aviso de Comparecencia en apoyo u oposición de alguno o todos los alegatos esgrimidos en una Reclamación, debe, dentro del plazo de 60 días siguientes al vencimiento del correspondiente para la presentación del expediente administrativo, presentar un memorial en el que funde y motive los alegatos esgrimidos en su Reclamación, o su oposición a la Reclamación¹¹⁰.

¹¹⁰Reglas 57 a 60.

Cualquier parte puede, sin la presentación oral de argumentos, presentar un memorial escrito.

Por otra parte, cualquier número de participantes puede unirse a un solo memorial y cualquier participante puede adoptar, por referencia, cualquier sección del memorial de otro participante.

b) Memorial de contestación. El participante que presente un memorial puede presentar un memorial de contestación al memorial presentado en oposición a una Reclamación, dentro de los 15 días siguientes al vencimiento del plazo para la presentación de los memoriales en oposición a una Reclamación; dicha contestación, debe limitarse a la refutación del contenido del memorial que se contesta.

c) Anexo. Dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del plazo previsto para el memorial de contestación, los participantes deben presentar al Secretariado responsable un anexo que contenga los precedentes jurídicos citados en sus memoriales.

d) No presentación de un memorial. Cuando dentro del plazo fijado para ello por las Reglas, ningún demandante presenta su memorial y ningún participante lo haga en su apoyo; y no se encuentre *sub iudice* el indicente de prórroga para presentarlo, el panel puede de oficio o a petición de parte, ordenar que se deseche el procedimiento de revisión, a menos que los participantes demuestren por qué la revisión ante el panel no puede ser desechada.

3.4.7.8. Audiencia

a) Lugar y tiempo de celebración. La regla 65 dispone que, el lugar para el procedimiento oral de la revisión ante un panel es la oficina del Secretariado responsable o en cualquier otro lugar proporcionado por éste¹¹¹.

El panel debe iniciar su celebración dentro de los 30 días siguientes al vencimiento del plazo para la presentación del memorial de contestación.

b) Reunión previa a la audiencia. La regla 66 dispone que el panel puede ordenar la celebración de una reunión previa a la audiencia, ya sea por propia disposición o porque lo solicite algún participante. El propósito de esta reunión es facilitar el desarrollo expedito de la revisión ante el panel, tratándose asuntos como la aclaración de las cuestiones en litigio, el procedimiento a seguir durante la audiencia, los incidentes pendientes; ésta reunión puede celebrarse mediante conferencia telefónica. Hasta hoy, no se ha llevado a cabo alguna.

c) Desarrollo. Con base en la regla 67, el panel determina el tiempo que tiene cada participante para hacer su exposición. En todas las audiencias celebradas en México, se ha seguido el orden que propone la regla mencionada, así, primero es la intervención de los demandantes y cualquier participante que haya presentado un memorial total o parcialmente de apoyo de alguna Reclamación, después la autoridad investigadora y cualquier participante que haya presentado un memorial de oposición a una Reclamación y finalmente una réplica.

¹¹¹ Las audiencias celebradas en México, no han tenido lugar en la oficina de la Sección Mexicana del Secretariado, sino en lugares gestionados por esta oficina: una en el ITAM, otra en la unidad de seminarios de la UNAM y tres en el Colegio de México.

Si un participante no se presenta a la audiencia, el panel escuchará a los presentes y, si ninguno comparece, el panel puede resolver basándose en los memoriales.

Los alegatos orales deben ser presentados por el representante legal del participante, o por él mismo si no está representado, y deben limitarse a las cuestiones en litigio¹¹².

3.4.7.9. Decisión final del panel

Una vez celebrada la audiencia, el panel tiene 90 días para dictar su decisión final. La cual, conforme a la regla 72 debe dictarse por escrito y estar fundada y motivada y publicarse en la publicación oficial de las Partes implicadas.

Adicionalmente, conforme al Art. 1904.8 del Tratado, la decisión final debe acompañarse de las opiniones disidentes o concurrentes de los panelistas¹¹³.

Las decisiones finales se han emitido por unanimidad y por mayoría, afortunadamente, en estos últimos la votación nunca se ha dividido por nacionalidad, lográndose uno de los cometidos esenciales del sistema de paneles binacionales¹¹⁴.

¹¹²La regla 69 dispone que cuando durante la audiencia se presenta información confidencial o privilegiada, esta puede celebrarse *in camera*, entonces el panel sólo permitirá que estén presentes quienes la hayan presentado y quienes tengan acceso a dicha información.

¹¹³ Los casos mexicanos en los que se han emitido votos particulares son: MEX-94-1904-02 y MEX-94-1904-03.

¹¹⁴ En México, se han resuelto por unanimidad tres de las cinco decisiones hasta hoy emitidas (MEX-94-1904-01, MEX-96-1904-02 y MEX-96-1904-03).

3.4.8. Efectos de la decisión final

El Art. 1904.8 indica el criterio de resolución para los paneles binacionales del artículo 1904, al establecer que, una vez hecha la revisión, el panel puede decidir:

a) confirmar la resolución definitiva

b) devolverla a la instancia anterior, es decir a la autoridad administrativa que la dictó, con el fin de que se adopten medidas no incompatibles con la decisión del propio panel¹¹⁵.

Cuando el panel devuelve una resolución definitiva, debe fijar el menor plazo razonablemente posible, para que la autoridad investigadora de cumplimiento de lo dispuesto en la devolución, tomando en cuenta la complejidad de las cuestiones de hecho y de derecho implicadas y la naturaleza de su fallo.

En ningún caso el plazo otorgado a la autoridad investigadora para que haga las modificaciones pertinentes, excederá el período máximo señalado por la ley para que la autoridad competente en cuestión emita una resolución definitiva en una investigación. En el caso de México, conforme al Art. 59 de la Ley, la resolución final debe dictarse dentro del plazo de 260 días desde la publicación de la resolución de inicio, por tanto, ese es el plazo máximo que un panel puede

¹¹⁵ El panel del caso MEX-94-1904-02, al considerar que el artículo 239 también formaba parte del criterio de revisión e interpretándolo de manera conjunta con el artículo 1904.8, concluyó que las facultades del panel se limitan a emitir una orden a la autoridad investigadora, por lo que éste no puede dictar la nulidad absoluta de la resolución en nombre de ésta, pero que sí tiene la facultad de ordenarle a ésta, dictar una resolución que de por terminado el procedimiento; y precisamente en este sentido fue su decisión final.

establecer para que la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales cumpla con una decisión¹¹⁶.

Por otra parte, es de destacarse que cuando el panel decide devolver el expediente a la autoridad investigadora, será con el fin de que ésta haga modificaciones conforme a las observaciones del panel, lo que implica que la autoridad tiene discreción para determinar la forma como dará cumplimiento a la orden, siempre que dichas medidas no sean incompatibles con la orden del panel.

3.4.9. Procedimiento de devolución

En los casos en que la decisión del panel ordenó el reenvío a la autoridad investigadora para que tome medidas no incompatibles con su decisión, ésta debe presentar al Secretariado responsable dentro del plazo fijado para ello por el panel, un llamado Informe de Devolución que precisa los actos realizados como consecuencia de la orden del panel, iniciándose con ello el procedimiento de devolución.

a) El panel que conoce del Informe de Devolución. Corresponde al mismo panel que hizo la revisión, revisar la medida adoptada por la autoridad investigadora en cumplimiento de su orden. En este caso, el panel resuelve si confirma o

¹¹⁶ En los cuatro años de operación del capítulo XIX, se han emitido 5 decisiones de panel en México, de las cuales una confirmó la resolución de la UPCI (MEX-94-1904-03), tres han ordenado la devolución para que la UPCI haga determinadas actividades (MEX-94-1904-02, MEX-96-1904-02 y MEX-96-1904-03), y una confirmó la resolución en parte y ordenó la devolución en otra (MEX-94-1904-01). Por lo que se refiere a las revisiones de resoluciones emitidas en Estados Unidos, se han emitido 7 decisiones finales, de las cuales dos han confirmado la resolución administrativa, una ha devuelto, y cuatro han confirmado en parte y reenviado en otra. En cuanto a revisiones en Canadá, se han emitido 5 decisiones finales, dos confirmaron la resolución administrativa y tres confirmaron en parte y devolvieron en otra para ciertos efectos.

devuelve las medidas adoptadas por la autoridad, dentro de los 90 días siguientes a la fecha de presentación del Informe.

b) Complementación del expediente administrativo. Si la autoridad investigadora, para cumplir con la decisión final del panel tuvo que realizar diligencias que complementan el expediente administrativo que ya existía, debe: presentar al Secretariado responsable, dentro de los 5 días siguientes a la presentación del Informe de Devolución, el expediente complementario y un índice que identifique todos los documentos que lo integran.

En este caso, los participantes que tengan intención de impugnar el Informe de Devolución deben presentar su escrito dentro de los 20 días siguientes al de presentación del Índice y del expediente complementario de devolución¹¹⁷.

Entonces, la contestación al escrito antes mencionado por parte de la autoridad investigadora, y por ende de cualquier participante que la apoye, deberá presentarse dentro de los 20 días siguientes al último previsto para la presentación del escrito de oposición al informe de devolución.

c) No complementación del Informe de Devolución. Si la autoridad investigadora no complementa el expediente durante la devolución, los participantes que tengan la intención de impugnarlo deben hacerlo dentro de los 20 días siguientes a la presentación de tal informe.

¹¹⁷ Es de comentarse que ni el Tratado ni las Reglas del 1904, especifican cuántas veces puede ser impugnado el informe de la autoridad investigadora, lo que puede dar lugar a un procedimiento de devolución tan largo que vaya en contra de la expeditéz del procedimiento. En el caso MEX-94-1904-01, el procedimiento de devolución ha durado 10 meses, debido a dos impugnaciones al informe de devolución.

Así, el tiempo para la contestación al escrito de impugnación, es de 20 días siguientes al último previsto para la presentación del escrito de oposición al Informe de Devolución.

d) Decisión del panel. De acuerdo con la regla 73 (5), si no hubo impugnación al Informe de Devolución, y no se encuentra *sub iudice* ningún incidente de prórroga de plazo, el panel debe dictar una orden confirmando el Informe de Devolución de la autoridad investigadora, dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del plazo fijado para la presentación de los escritos de impugnación del Informe.

Si hubo impugnación del Informe, el panel dentro de los 90 días siguientes al de presentación del mismo, dicta una decisión, confirmando o devolviendo el Informe de Devolución de la autoridad investigadora.

3.4.10. Fin de la revisión ante el panel

a) Aviso de Acción Final del Panel¹¹⁸. Una vez que el panel: dicta su decisión final confirmando la resolución definitiva objeto de la revisión; o, en caso de reenvío, emite su decisión confirmando o devolviendo el Informe de Devolución si este fue impugnado; o confirma el informe de devolución por no haber sido impugnado; desecha el procedimiento de revisión porque ningún participante presenta un memorial en el tiempo indicado; o, a petición incidental de algún participante con la concurrencia de todos los demás la revisión concluye el procedimiento; el panel ordena al Secretario responsable que, al decimoprimer día siguiente, expida un Aviso de Acción Final del Panel.

¹¹⁸Regla 71 y 77

A partir de este aviso comienza el plazo para la solicitud de un Comité de Impugnación Extraordinaria.

b) Aviso de Terminación de la Revisión ante panel. De acuerdo con la regla 78, de no presentarse Solicitud para un Comité de Impugnación Extraordinaria, el Secretario responsable publica un Aviso de Terminación de la Revisión ante el Panel en las publicaciones oficiales de las Partes implicadas.

Tal aviso surte efectos: el día en que concluye el procedimiento de revisión ante el panel cuando así fue solicitado por todos los participantes y; en cualquier otro caso, 31 días después de que se expida el Aviso de Acción Final del Panel. Los panelistas quedan liberados de su encargo el día en que este aviso surte efectos o, de haber impugnación extraordinaria, el día en que un Comité de Impugnación Extraordinaria anula la decisión del panel.

3.4.11. Obligatoriedad de la decisión del panel

Hasta la fecha, las tres Partes TLCAN han cumplido las órdenes de los paneles binacionales. México incluso acató la decisión final del ya comentado panel MEX-94-1904-02, que ordenó a la autoridad investigadora declarara terminado el procedimiento de investigación respectivo y, devolver las cuotas compensatorias que hubieren pagado los importadores participantes.

El punto 9 del 1904 señala que el fallo del panel es obligatorio para las Partes implicadas con relación al *asunto concreto* entre esas partes que haya sido sometido al panel.

Al respecto Craig R.Giesze comenta que a pesar de la obligatoriedad de dicho fallo, éste no constituye jurisprudencia obligatoria, o sea, no es un precedente judicial, y no tiene efectos *erga omnes*, sino *inter partes*, para las futuras controversias litigadas ante otros paneles binacionales o tribunales nacionales de los tres países miembros del TLCAN. Es decir, que dichos fallos se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales, limitándose en el caso especial, sin hacer una declaración general respecto de la ley o el acto que motivase la solicitud¹¹⁹.

3.4.12. Inimpugnabilidad de las resoluciones del panel

En el punto 11 del 1904 se establece que ninguna de las Partes establecerá en su legislación interna la posibilidad de impugnar ante sus tribunales nacionales una resolución de un panel¹²⁰.

Se está sustituyendo la revisión judicial por un procedimiento de revisión arbitral con decisiones inapelables, y por tanto, resuelven en definitiva las controversias

¹¹⁹"Desafíos jurídicos de México, Canadá..." Op. cit. nota 18, p.244.

¹²⁰ No obstante esta disposición, en México se promovió un juicio de amparo indirecto (574/96), por las empresas USX Corporation e Inland Steel Company exportadoras de aceros planos recubiertos, que participaron en el procedimiento de revisión ante panel MEX-94-1904-01, en el que se señaló como autoridad responsable al panel binacional y como autoridad ejecutora al Secretario de Comercio y Fomento Industrial, el acto reclamado es la decisión final del panel y la inminente ejecución de la misma; el Juzgado Séptimo de Distrito en materia administrativa resolvió sobreseyendo el juicio, por considerar que la decisión final reclamada no tenía el carácter de definitiva para efectos de amparo. Luego, las quejas interpusieron el recurso de revisión ante el Tribunal Colegiado respectivo, que a solicitud del representante de la Secretaría de Comercio, acordó la remisión de los autos a la Suprema Corte de Justicia, solicitándole que ejerciera la facultad de atracción que le da la Ley de Amparo, dada la trascendencia del asunto. La Suprema Corte admitió la revisión y actualmente se está en espera del señalamiento de fecha para la audiencia. Sin duda, se trata de un asunto muy importante, pues la Corte resolverá sobre la definitividad de las decisiones finales de paneles binacionales y sobre la procedencia del juicio de amparo en contra de las mismas, y de hacer una afirmación positiva, se estaría en posibilidades de presentarse un procedimiento de salvaguarda (artículo 1905) con el consecuente riesgo de suspensión del mecanismo del artículo 1904 del Capítulo XIX para México por parte de Estados Unidos.

entre los gobiernos y los particulares en litigio. Lo que sí se prevé dentro de este mismo procedimiento arbitral, es la posibilidad de un procedimiento de impugnación de carácter extraordinario.

3.5. Procedimiento de impugnación extraordinaria.

Los fallos de los paneles son inimpugnables, sin embargo, excepcionalmente, el gobierno de algún país involucrado puede acudir al procedimiento de impugnación extraordinaria que se establece en el anexo 1904.13, siempre que se cumplan ciertas condiciones¹²¹.

3.5.1. Causales

Procede iniciar un procedimiento de impugnación si:

“a) i) un miembro del panel haya sido culpable de una falta grave, de parcialidad, o haya incurrido en grave conflicto de intereses, o de alguna otra manera haya violado materialmente las normas de conducta,

ii) el panel se haya apartado de manera grave de una norma fundamental de procedimiento o,

iii) el panel se haya excedido ostensiblemente en sus facultades, autoridad o jurisdicción establecidos en este artículo, por ejemplo por no haber aplicado el criterio de revisión adecuado y,

¹²¹ Hasta ahora no se ha presentado ninguna impugnación extraordinaria. Durante la vigencia del capítulo XIX del FTA entre Estados Unidos y Canadá, sólo se presentaron tres casos de impugnación extraordinaria, de 50 decisiones finales emitidas.

b) cualquiera de las acciones señaladas en el inciso a) haya afectado materialmente el fallo del panel y amenace la integridad del proceso de revisión por el panel binacional”

Como se desprende de las condiciones enumeradas, el procedimiento de impugnación que se prevé en el artículo 1904.13 no se equipara a un procedimiento de apelación ordinaria.

3.5.2. Integración y función del comite de impugación extraordinaria

a) Integración. Una vez que alguna de las Partes ha solicitado la instalación de un Comité de Impugnación Extraordinaria (en adelante CIE), éste debe integrarse conforme lo que establece el Anexo 1904.13.

Las Partes implicadas deben establecerlo en un plazo de 15 días a partir de la solicitud. Para ello, cada una de ellas selecciona a un miembro de una lista de 15 personas -jueces o personas que lo hayan sido, de un tribunal judicial federal de Estados Unidos de América, de un tribunal judicial de jurisdicción superior de Canadá o de un tribunal judicial federal de México. Posteriormente, por sorteo se decide cuál de las Partes implicadas seleccionará de esa lista al tercer miembro.

Los miembros de los comités están sujetos al mismo código de conducta que los panelistas del artículo 1904 y sus decisiones y órdenes deben ser tomadas por mayoría de votos de sus miembros¹²².

¹²²Regla 61 del CIE.

b) Función. La función del Comité de Impugnación es determinar si se actualizaron los supuestos del artículo 1904.13 durante el procedimiento de revisión desarrollado ante un panel del artículo 1904.

3.5.3. Principales etapas del procedimiento

El 20 de junio de 1994 fueron publicadas en México las "Reglas de Procedimiento del Comité de Impugnación Extraordinaria del Tratado de Libre Comercio de America del Norte", y luego de ser reformadas se publicaron nuevamente el 20 de marzo de 1996.

Estas fueron establecidas por las Partes del Tratado, tal como lo ordena el artículo 1904.13 y su correspondiente anexo, teniendo como finalidad permitir la aplicación del procedimiento de impugnación extraordinaria.

Fueron concebidas para que el comité rinda su decisión dentro de los 90 días siguientes a su establecimiento. En lo no previsto por estas reglas el Comité puede aplicar las reglas procesales que estime apropiadas para el caso particular que no sean incompatibles con el Tratado.

3.5.3.1. Disposiciones generales¹²³

El procedimiento de impugnación extraordinaria comienza el día de la presentación ante el Secretariado de la Solicitud para un Comité de Impugnación Extraordinaria y concluye el día en que surta efectos el Aviso de Terminación de la Impugnación Extraordinaria.

¹²³Reglas 5 a 26.

Los principios generales de derecho del país en que se dictó la resolución definitiva, son aplicables a la impugnación extraordinaria de la decisión de un panel respecto de esa resolución definitiva.

Por otra parte, el comité podrá revisar cualquier parte del expediente del procedimiento de revisión ante un panel, que sea pertinente para efectos del procedimiento de impugnación, y puede prorrogar cualquier plazo establecido en las reglas, siempre que la prórroga se otorgue con el propósito de mantener la imparcialidad y la justicia.

Los comités, tratándose de asuntos administrativos de rutina, pueden adoptar procedimientos internos propios, siempre que no sean incompatibles con las Reglas del CIE o con el Tratado.

Por lo que se refiere al representante legal de algún participante, será el que se acreditó como tal en el procedimiento de revisión ante el panel.

3.5.3.2. Solicitud

La solicitud para la instalación de un CIE sólo puede hacerla una Parte, y debe hacerlo, según la regla 37 de las Reglas del CIE, dentro de los 30 días siguientes al de emisión del Aviso de Acción Final del Panel, objeto de la solicitud.

Por otra parte, cuando la Parte tenga conocimiento de los actos del panelista¹²⁴ que motivan su solicitud después del vencimiento del plazo antes mencionado, puede solicitar dentro de los 30 días siguientes de aquél en que tuvo conocimiento de dichos actos.

Sin embargo, la solicitud no puede presentarse después de transcurridos dos años a partir del día en que surtió efectos el Aviso de Terminación de la Revisión ante el Panel.

3.5.3.3. Aviso de Comparecencia

La Regla 40 del CIE, indica que dentro de los 10 días siguientes a la presentación de la solicitud para el Comité de Impugnación, la Parte o el participante en el procedimiento de revisión ante el panel que pretenda participar en el procedimiento de impugnación extraordinaria, debe presentar ante el Secretariado responsable un Aviso de Comparecencia donde se precise si la comparecencia se realiza en apoyo u oposición de la solicitud.

Asimismo, conforme a la Regla 41, dentro de los 10 días siguientes a la presentación de la solicitud de un CIE, el panelista en contra del cual se invoca una causal y que pretenda participar en el procedimiento de impugnación extraordinaria: debe presentar un Aviso de Comparecencia, los documentos relevantes para la defensa del panelista en contra del alegato para su glosa en el expediente, y si lo desea, una petición incidental *ex parte* solicitando que el procedimiento de impugnación se lleve *in camera*.

¹²⁴La identidad del panelista en contra del cual se invoca una causal de las referidas en el artículo 1904.13 a) i) del Tratado, sólo se revela en anexo confidencial presentado con la solicitud para el Comité de Impugnación y sólo se divulga en los términos de la regla 60.

3.5.3.4. Memoriales y anexos

La Parte que presente una solicitud para un CIE y el participante que haya presentado un Aviso de Comparecencia, debe presentar, dentro de los 21 días siguientes a la presentación de la solicitud para el Comité, un memorial en el que funde y motive su solicitud, tal como lo indica la regla 42.

Dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del plazo antes mencionado, la Parte que hizo la solicitud para el Comité y el participante que presentó un Aviso de Comparecencia, pueden presentar un memorial de contestación a los memoriales presentados.

3.5.3.5. Audiencia

Conforme a la Regla 47 del CIE, el comité tiene la facultad de decidir si escucha argumentos orales. A diferencia del procedimiento del artículo 1904, aquí la audiencia no es una etapa obligatoria del procedimiento. Igualmente se prevé la posibilidad de celebrar audiencias *in camera*.

3.5.3.6. Decisión final

El comité debe dictar su decisión dentro de los 90 días siguientes a su establecimiento, con lo que culmina la actividad del CIE. La cual, se dicta por escrito y debe estar fundada y motivada, acompañándose de las opiniones disidentes o concurrentes de sus miembros.

3.5.3.7. Fin de la impugnación extraordinaria

a) Una vez que un comité ha dictado su decisión final, corresponde al Secretario responsable tramitar la publicación del Aviso de Terminación de la Impugnación Extraordinaria en las publicaciones oficiales de las Partes implicadas. Dicho aviso surtirá efectos al día siguiente de aquél en que el comité confirme la decisión del panel, la anule o, en caso de devolución, el Secretario responsable notifica al comité que el panel le ha informado que cumplió con la decisión del comité.

b) Por otra parte, cuando todos los participantes consientan en la terminación del procedimiento conforme a lo dispuesto por la regla 62, corresponde al Secretario responsable tramitar la publicación del Aviso de Terminación de una Impugnación Extraordinaria en la publicación de las Partes implicadas.

3.5.4. Efectos de la decisión del CIE

Las resolución del comité es obligatoria para el panel y para las Partes respecto a la controversia de la que haya conocido el panel. Esto es, son obligatorios para efectos *inter partes*, y tampoco constituyen precedente obligatorio.

Conforme al Anexo 1904.13, después de un análisis de hecho y de derecho, la decisión del comité puede consistir en:

a) anular el fallo original del panel (y se instala uno nuevo) o devolverlo a éste para que adopte una medida que no sea incompatible con la resolución del comité, siempre que ante el CIE se haya comprobado la existencia de una causal contemplada en el artículo 1904.13.

b) confirmar el fallo original del panel, en caso de que no se haya actualizado alguna causal.

Se trata, de un sistema de impugnación extraordinaria y única, pues las Partes fuera de este mecanismo no pueden impugnar la resolución de un panel binacional.

3.6. Salvaguarda del sistema de revisión ante el panel

“En virtud de que las disposiciones del capítulo XIX no están sujetas al procedimiento general de solución de controversias establecido en el capítulo XX del Tratado, los signatarios del TLCAN diseñaron un mecanismo con el objeto de garantizar el balance de la negociación, ante la posibilidad de que el derecho de uno de ellos impidiera el funcionamiento del sistema de revisión ante paneles binacionales.”¹²⁵

Autores como Gary Holrick consideran que este sistema se adicionó para calmar la preocupación de Estados Unidos de América de que aspectos constitucionales en México pudieran estropear el procedimiento ante panel¹²⁶.

El procedimiento creado al efecto, busca proteger la integridad del sistema de revisión por paneles binacionales del artículo 1904¹²⁷.

¹²⁵Perezcano, Hugo. Op. cit. p. 295.

¹²⁶ Et.al. "Dispute Resolution under NAFTA". Journal of World Trade, vol. 27, num. 1, febrero de 1993.

¹²⁷ Aunque hasta ahora este procedimiento de salvaguarda no ha sido accionado, existiría la posibilidad de presentarse el primero como consecuencia de la revisión que habrá de resolver la Suprema Corte de Justicia. Ver la nota al pie de página 113 en la página 168.

3.6.1. Consultas

El procedimiento de salvaguarda comienza con la realización de consultas, así, el artículo 1905.1 establece que una Parte puede solicitar por escrito consultas con la otra Parte, cuando aquélla alegue que la aplicación del derecho interno de la otra Parte:

“a) ha impedido la integración de un panel solicitado por la Parte reclamante;

b) ha impedido que el panel solicitado por la Parte reclamante dicte un fallo definitivo;

c) ha impedido que se ejecute el fallo del panel solicitado por la Parte reclamante, o una vez dictado le ha negado fuerza y efecto obligatorios respecto al asunto particular examinado por el panel; o

d) no ha concedido la oportunidad de revisión de una resolución definitiva por un tribunal o panel con jurisdicción, independiente de las autoridades investigadoras competentes, que examine los fundamentos de la resolución de estas autoridades y si éstas han aplicado adecuadamente las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias al dictar la resolución impugnada, y que emplee el criterio de revisión relevante señalado por el artículo 1911.”

En tal caso, las consultas comenzarán dentro de los quince días siguientes a la fecha de solicitud de las mismas.

Si el asunto no ha sido resuelto dentro de los 45 días a la solicitud de consultas o en cualquier otro plazo que las Partes consultantes convengan, la Parte reclamante podrá solicitar la instalación de un comité especial, iniciándose así la etapa contenciosa.

3.6.2. Comité especial

Una vez hecha la solicitud de un comité especial, éste se instalará dentro de los quince días siguientes, salvo que las Partes implicadas acuerden otra cosa.

Se integra por tres miembros, los cuales son seleccionados de acuerdo a los procedimientos y la lista del Anexo 1904.13 (para Comités de Impugnación Extraordinaria).

El procedimiento ante el comité especial se desarrolla conforme a las “Reglas de procedimiento de los Comités Especiales del Artículo 1905 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte” que fueron acordadas por las partes según lo dispuesto por el artículo 1905.6 del Tratado y conforme los lineamientos establecidos en el Anexo 1905.6.

3.6.3. Acta de misión

Según la regla 10 de las Reglas de Procedimiento de los Comités Especiales del Artículo 1905, la función del Comité especial está limitada a:

- a) formular un dictamen sobre la veracidad de las afirmaciones que, respecto de la aplicación de la legislación interna de la Parte demandada, haga la Parte reclamante con fundamento en el Art. 1905.1 del Tratado,
- b) determinar si la suspensión de beneficios por la Parte reclamante de conformidad con el artículo 1905.8 b) es ostensiblemente excesiva, y

c) determinar si la Parte demandada ha corregido el problema del cual el comité especial ha formulado un dictamen positivo.

3.6.4. Efectos

El artículo 1905.11 indica que si el comité especial formula un dictamen positivo respecto a alguna de las causales especificadas en su punto 1, al día siguiente a la fecha en que se emita la decisión del comité especial:

- a) se aplazarán los procedimientos de revisión del panel o del comité de impugnación extraordinaria conforme al artículo 1904, respecto a la revisión de cualquier resolución definitiva de la Parte reclamante que haya solicitado la Parte demandada, si tal revisión se solicitó después de la fecha en que se solicitaron las consultas de acuerdo al párrafo 1 de artículo 1905 y en ningún caso más de 150 días anteriores a un dictamen positivo expedido por el comité especial, o
- b) se aplazarán los procedimientos de revisión del panel o del CIE conforme al artículo 1904, respecto a la revisión de cualquier resolución definitiva de la Parte demandada que haya solicitado la Parte reclamante, a petición de esa última; y
- c) se interrumpirá el plazo para solicitar la revisión por parte de un panel del artículo 1904 o un CIE, y correrá de nuevo si ninguna de las Partes suspende el funcionamiento del artículo 1904 de conformidad con los puntos 8 y 9 del artículo 1905.

3.6.4.1. Consultas

Si el Comité especial formula un dictamen positivo respecto de una de las causales enunciadas en el artículo 1905.1, la Parte reclamante y la Parte demandada iniciarán consultas en un plazo no mayor de 10 días y, procurarán llegar a una solución dentro de los 60 días posteriores a la emisión de la determinación del comité.

3.6.4.2. Suspensión

El artículo 1905.8 dispone que si dentro del plazo de 60 días, las Partes no llegan a un solución mutuamente satisfactoria, o la Parte demandada no ha demostrado, a satisfacción del comité especial, haber corregido el problema o los problemas respecto a los cuales el comité ha formulado un dictamen positivo, la Parte reclamante podrá suspender respecto de la Parte demandada:

- “a) el funcionamiento del artículo 1904 con respecto a la Parte demandada, o
- b) la aplicación de aquellos beneficios derivados del Tratado que las circunstancias lo ameriten.”

Si la Parte reclamante decide tomar estas medidas, lo hará dentro de los 30 días posteriores de la terminación del periodo de 60 días para consultas.

En caso de que la Parte reclamante suspenda el funcionamiento del artículo 1904 respecto a la Parte demandada, esta última podrá suspender recíprocamente dicho funcionamiento, en los 30 días siguientes a que la Parte reclamante lo haga. En tal caso, la Parte que decide la suspensión debe notificarlo por escrito a la otra Parte.

Conforme al artículo 1905.12, si cualquiera de las Partes suspende el Art.1904, cualquier procedimiento ante el panel o CIE se dan por terminados y la impugnación de la resolución definitiva se remite irrevocablemente al tribunal nacional competente.

3.6.4.3. Reunión del comité especial

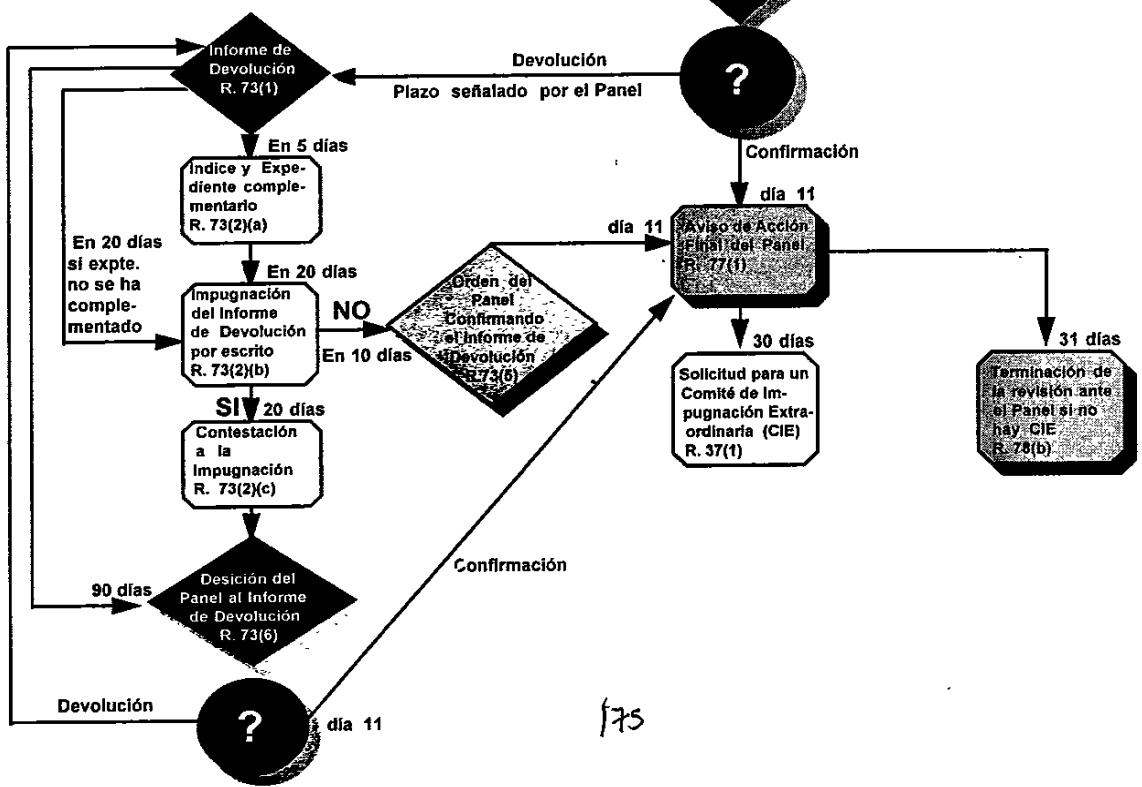
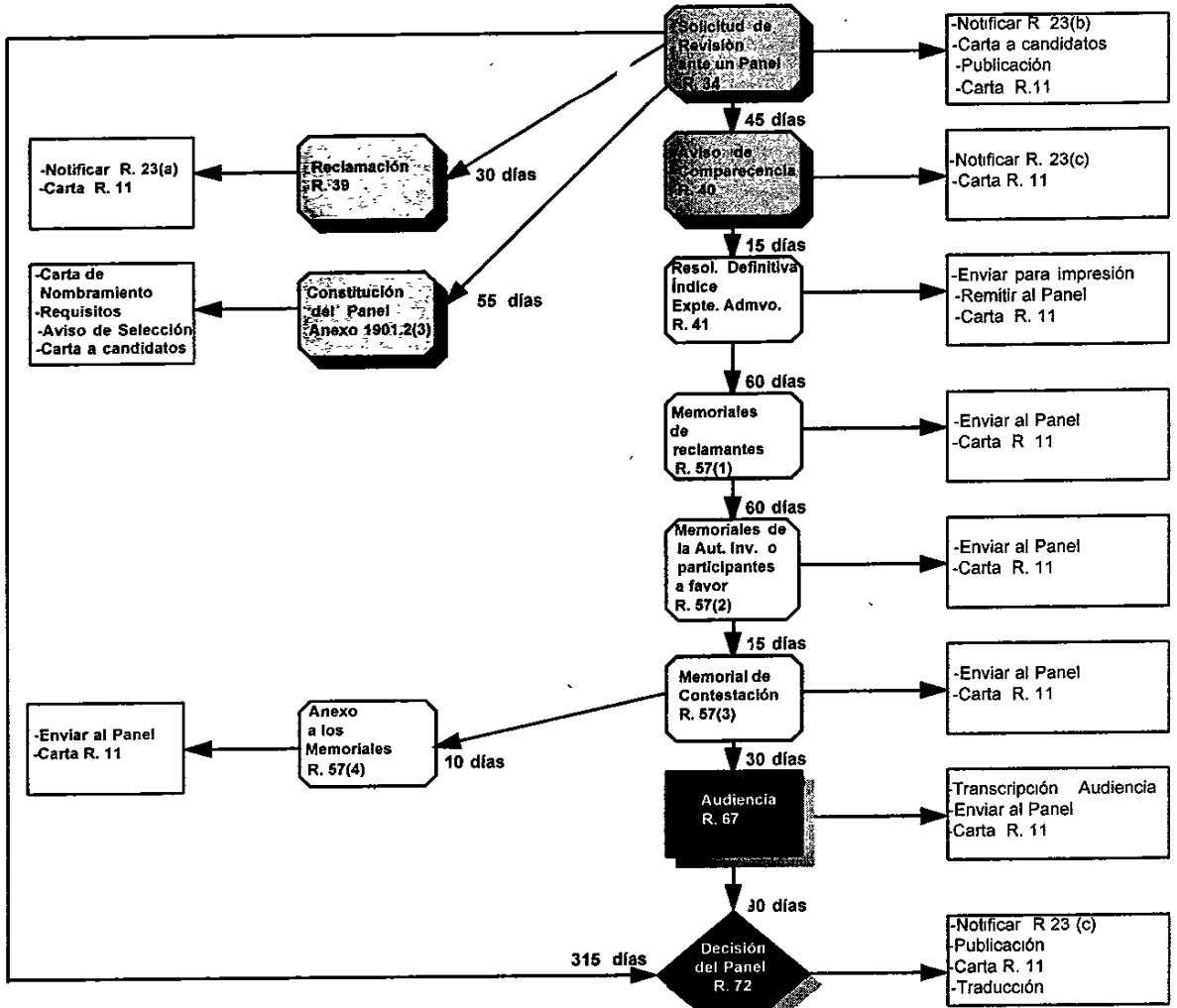
Conforme al artículo 1905.10, el comité especial puede reunirse de nuevo, a solicitud de la Parte demandada, para determinar si:

- a) la suspensión de beneficios por la Parte reclamante de acuerdo con el párrafo 8 b es ostensiblemente excesiva; o
- b) la Parte demandada, ha corregido el problema o los problemas respecto a los cuales el comité formuló un dictamen positivo

3.6.4.4. Terminación de la suspensión

El comité especial presentará, dentro de los 45 días posteriores a la solicitud de la reunión, un informe a ambas Partes que contenga su determinación. Si el comité especial concluye que la Parte demandada ha corregido el problema o los problemas, se dará por terminada la suspensión que apliquen de acuerdo a los párrafos 8 y 9 la Parte reclamante, la Parte demandada o ambas.

SOLICITUD DE REVISIÓN ANTE UN PANEL - ARTICULO 1904 DEL TLCAN



CONCLUSIONES

UNO. El *dumping* y las subvenciones son prácticas desleales de comercio internacional, que permiten al exportador colocarse en una posición ventajosa en los mercados extranjeros mediante el ofrecimiento de precios artificialmente competitivos.

El orden jurídico mexicano cuenta con una legislación relativa a prácticas desleales de comercio internacional, integrada por disposiciones nacionales e internacionales, que permite al Estado proteger a la industria nacional contra las prácticas *dumping* y subvenciones mediante la imposición de cuotas compensatorias.

La legislación internacional antidumping y antisubvención que rige primordialmente en México es la de la OMC, y provee de un estándar de normas de aplicación obligatoria para todos los miembros de la Organización, traduciéndose en seguridad para los distintos agentes que participan en el comercio internacional. Los preceptos relativos al *dumping*, por un lado, indican los elementos que debe reunir para ser considerada condenable, y por otro, indican las condiciones bajo las cuales un Estado puede legalmente imponer derechos antidumping como medida de protección a su producción nacional contra las importaciones que llegan a su mercado nacional bajo condiciones de *dumping*, las que fundamentalmente consisten en que éste realice una investigación, donde dando plena participación a los exportadores, importadores y productores nacionales, se compruebe la existencia de los elementos respectivos. En lo referente a las subvenciones, la regulación es más compleja, debido a su clasificación en recurribles, no recurribles y prohibidas, sin embargo, también se indican los elementos que la constituyen como práctica desleal y las condiciones para que el país afectado pueda tomar acciones en contra de las mismas, las cuales varían según la clase de subvención de que se trate.

Las disposiciones nacionales, por su parte, están acordes con los estándares de las disposiciones de la OMC en la materia y desarrollan una función homóloga a

aquella, siendo aplicables, además, en investigaciones contra países no miembros de la OMC.

DOS. La investigación administrativa contra prácticas desleales que realiza la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la SECOFI, es un procedimiento complejo, de naturaleza administrativa con contenido preponderantemente económico, que regido por el derecho nacional, e internacional de la OMC en ciertos casos, da validez al acto por el que el Ejecutivo Federal determina la aplicación o no de cuotas compensatorias a las importaciones de mercancías en condiciones de *dumping* o subvención. Es la única vía legal para imponer cuotas compensatorias a las importaciones de algún producto.

TRES. En los regímenes contra prácticas desleales donde confluyen disposiciones de carácter nacional e internacional como es el mexicano, las controversias que derivan de la aplicación de unas y otras, tienen naturaleza e implicaciones distintas. Por un lado, están aquellas suscitadas entre Estados y que derivan del incumplimiento de compromisos internacionales adquiridos entre sí, y por otro, las que derivan de la *inadecuada aplicación* por parte del Estado de su derecho nacional en materia de prácticas desleales.

En México, el arreglo de esta última clase de controversias, combina mecanismos administrativos y judiciales. Asimismo, existe la posibilidad de solucionarlas mediante mecanismos alternativos, específicamente el del capítulo XIX del TLCAN, para los casos en que se involucren intereses de Estados Unidos de América o Canadá.

Las controversias internacionales entre miembros de la OMC, derivadas del incumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de *dumping* y subvenciones, se dirimen en el propio marco de la Organización acudiendo al Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias.

CUATRO. El Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias, provee de un cuerpo de normas de aplicación internacional obligatorias para todos los miembros de la OMC, destinadas a

resolver las controversias que surjan entre ellos respecto del incumplimiento de las obligaciones adquiridas bajo esa organización. El procedimiento contenido en el Entendimiento es la única vía legítima en el marco de la OMC, para que un país miembro obtenga la supresión de las medidas adoptadas por otro miembro en contravención de las disposiciones internacionales sobre dumping o subvenciones, que le causen anulación o menoscabo en sus derechos.

El Entendimiento de la OMC busca y propicia, en primer lugar una solución negociada entre las partes, de ahí la obligación de acudir a las consultas antes de pedir el establecimiento de un grupo especial y la posibilidad de llevar procedimientos de conciliación, mediación y buenos oficios en forma paralela al procedimiento ordinario.

El aspecto medular del procedimiento de solución de controversias consiste en la labor que desarrollan los grupos especiales, que a pesar de que no son los que resuelven la controversia de manera definitiva, es ante ellos que las partes en controversia son escuchadas y tienen plena participación para defender sus intereses y presentar pruebas; abocándose a hacer una revisión de legalidad de una medida adoptada por el miembro denunciado, a la luz del derecho comercial internacional de la OMC, que lo lleva a determinar si la medida en cuestión es acorde con las obligaciones internacionales en la materia del país que la adoptó o se trata de un hecho ilícito. Al efecto, el derecho aplicable por un grupo especial, en asuntos sobre prácticas *dumping* o subvenciones, es el GATT de 1994, el Código Antidumping y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, respectivamente, el cual debe interpretar conforme a las reglas del derecho internacional público.

La etapa intermedia de reexamen y la posibilidad de que un grupo especial se apoye en un grupo consultivo de expertos, son elementos que propician la solidez y eficacia de los informes de los grupos especiales. Por otra parte, la existencia de un órgano permanente de apelación con plenos poderes de revisión ante el cual impugnar de manera ordinaria los informes de los grupos especiales, hace aún más acabado el mecanismo del Entendimiento de la OMC.

Son las recomendaciones del OSD basadas en los informes de los grupos especiales las que tienen fuerza vinculatoria entre las partes en conflicto, aunque no son coercitivas; y, dada la posibilidad real de que el país denunciado no las acate, y en aras de la preservación de los derechos adquiridos en la Organización y de la eficacia del procedimiento, el Entendimiento prevé la posibilidad de autorizar al país denunciante a tomar contramedidas proporcionadas, que resultan ser legítimas debido a que son consecuencia del incumplimiento de una obligación internacional, convirtiéndose en el último recurso lícito para obtener la cesación de la medida ilícita. En el marco de la OMC las contramedidas no tienen otro objeto que obtener la supresión de la medida encontrada como violatoria de obligaciones internacionales.

Así pues, el Entendimiento de la OMC, ofrece un sistema completo de solución de controversias, que tiene prevista la solución para cada situación que se presenta y asegura la solución del conflicto de manera efectiva y ágil. La estructura del mecanismo garantiza la interpretación y preservación de los derechos y obligaciones asumidas en el marco de la OMC, reforzando al sistema multilateral de comercio. En materia de prácticas *dumping* y subvenciones, coadyuva además, a combatir la aplicación proteccionista de las disposiciones internacionales en la materia por parte de los Estados miembro.

CINCO. El procedimiento medular del capítulo XIX del TLCAN es el previsto en su artículo 1904, por el que paneles arbitrales binacionales integrados por expertos en derecho comercial internacional, revisan las resoluciones finales emitidas por la autoridad competente de una Parte como culminación de una investigación sobre *dumping* o subvenciones respecto de las mercancías de otra Parte, a fin de determinar si tal resolución se emitió con apego al derecho interno en materia de prácticas desleales de la parte importadora. Es decir, sin afectar el derecho de las Partes de aplicar su legislación nacional en la materia, crea un sistema de revisión de legalidad alternativo, que reemplaza a la revisión que hubieran llevado a cabo los tribunales nacionales de las Partes, lo que no significa que tomen el lugar de aquéllos, pues si bien es cierto que para realizar la revisión de legalidad aplican en lo sustantivo el derecho doméstico de las Partes en materia de *dumping* y subvenciones; en las cuestiones adjetivas, su

estructura y funciones, están regidos por el derecho internacional, específicamente, por el TLCAN y las Reglas de Procedimiento del Artículo 1904; siendo precisamente esta confluencia de derecho interno e internacional en el sistema de paneles binacionales, la que provoca resultados distintos entre los procedimientos del artículo 1904 y aquéllos desarrollados ante un tribunal nacional.

Las disposiciones del artículo 1902 y el procedimiento de reformas legislativas del artículo 1903 se explican si se tiene en cuenta que el TLCAN no incluye disposiciones jurídicas sustantivas sobre prácticas *dumping* o subvenciones y que las Partes integraron al Tratado sus disposiciones domésticas en la materia para permitir la operación de los paneles del artículo 1904, de ahí que, la Parte que pretenda hacer una reforma legislativa en la materia que sea aplicable a las otras Partes del TLCAN, debe observar ciertos requisitos, pues de lo contrario, implicaría una modificación unilateral al Tratado. Sin embargo, ello no significa que se restringe la facultad legislativa de las Partes, tanto que se previó la posibilidad de promulgarse una reforma legislativa sin seguir los requisitos pertinentes, previéndose para esos casos, un procedimiento de revisión, el cual se lleva a cabo a la luz del derecho internacional y que tiene como objetivo último que la Parte que hizo la reforma mantenga su derecho interno conforme a los lineamientos de la OMC y del TLCAN en la materia.

En México, el criterio de revisión para los paneles binacionales es el mismo que para el Tribunal Fiscal de la Federación y consta solamente del artículo 238 del Código Fiscal de la Federación. Por otra parte, el criterio de resolución es el establecido en el TLCAN y es distinto de aquél para el tribunal nacional, limitándose a la confirmación o reenvío de la resolución impugnada, y no incluye la facultad de dictar la nulidad de la resolución revisada, ya que con ello su decisión tendría efectos jurídicos directos a nivel interno, lo que sería reconocerles características de supranacionalidad que no les fueron otorgadas por las Partes del TLCAN. De esta forma, lo que se obtiene como resultado de un procedimiento del artículo 1904, es la decisión final de un panel binacional por la que se confirma o reenvía la resolución impugnada a la autoridad investigadora de una Parte para que adopte medidas compatibles con la

decisión del panel, la cual es obligatoria para la Parte del TLCAN cuya autoridad haya dictado la resolución, pero incoercible.

El mecanismo del artículo 1904, no prevé una institución encargada de vigilar la implementación de las decisiones finales de los paneles, lo que hace más relevante el procedimiento de devolución, gracias al cual, el panel recibe un informe de las medidas tomadas por la autoridad investigadora para cumplir la decisión final.

Las decisiones de los paneles resuelven el caso en definitiva y, en principio, son inapelables. No obstante, en el sistema del capítulo XIX se incluye un procedimiento de impugnación, con carácter de extraordinario, ante órganos arbitrales *ad hoc*, cuyo inicio está sujeto a una decisión de carácter político, y cuyos requisitos de procedencia indican que deben presentarse circunstancias verdaderamente excepcionales de violación al código de conducta o exceso en las facultades del panel, para que pueda prosperar.

El incumplimiento por las Partes de las obligaciones asumidas en el artículo 1904 del TLCAN, origina responsabilidad internacional, y en el marco del capítulo XIX, la Parte afectada, lejos de tomar medidas unilaterales, debe seguir el procedimiento de salvaguarda del artículo 1905. Éste, prevé las causales del ilícito internacional, propicia en primer lugar una solución negociada entre las partes, e incluye el recurso a un tercero que es quien determina la actualización de una de las causales de ilicitud, para que finalmente, y con base en dicha determinación, la parte afectada proceda a tomar contramedidas temporales y tienen como fin la corrección del problema que impide la operatividad del 1904.

El mecanismo del artículo 1904 y en general el capítulo XIX del TLCAN, presenta características especiales que lo convierten en un sistema *sui generis*, sin embargo, ha cumplido con los objetivos para los que fue creado y contribuye a garantizar a los agentes comerciales de Estados Unidos de América, Canadá y México, que las autoridades respectivas aplicarán su derecho interno en materia de *dumping* y subvenciones de manera apropiada y sin tendencias proteccionistas contrarias a los principios del libre comercio.

BIBLIOGRAFIA

- Alonso García, Ricardo. Tratado de Libre Comercio, Mercosur y Comunidad Europea (Solución de controversias e interpretación uniforme). Monografía Ciencias Jurídicas. Ed. McGraw-Hill. Madrid, España. 1997.
- Andere, Eduardo y Kessel Georgina (comp.). México y el Tratado Trilateral de Libre Comercio. ITAM. Ediciones MacGraw-Hill. México. 1992.
- Arrellano García, Carlos. Derecho Internacional Público. Ed. Porrúa. México. 1995.
- Arriola, Carlos (comp). Testimonios sobre el TLC. Ediciones Diana. 1a. edición. México. 1994.
- Briseño Sierra. El arbitraje en el Derecho Privado. Instituto de Derecho Comparado. UNAM. México. 1963.
- Centro de Estudios Estratégicos. Entendiendo el TLC. Fondo de Cultura Económica e ITESM. 1a.edición. México. 1994.
- Clyde, Gary. North American Free Trade (Issues and recomendations). Institute for international economics. Washington D.C. USA. 1992.
- Cruz Miramontes, Rodolfo. El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos. Ed. McGraw-Hill. México. 1997.
- Díaz, Luis Miguel. Arbitraje: privatización de la justicia. Ed. Themis. 1a edición. México. 1990.
- De la Garza, Sergio Francisco. Derecho Financiero Mexicano. Ed. Porrúa. México. 1996.
- Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, et.al. Compendio de Derecho Administrativo. Ed. Porrúa. México. 1994.
- Finger, J. Michael. Antidumping. How it Works and Who Gets Hurt. Studies in International Trade Policy. University of Michigan Press. USA. 1996.
- Folson, Ralph H. et. al. Understanding NAFTA and its International Implications. Matthew Bender/ Irwin. USA. 1996.
- Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. 33a Edición. Ed. Porrúa. México, D.F. 1994.

- Góngora Pimentel, D. Genaro. Introducción al Estudio del Juicio de Amparo. Ed. Porrúa. México. 1996.
- Hart, Michel. Dispute Settlement and the Canada-United States Free Trade Agreement. Centro de Estudios Económicos. El Colegio de México. México. 1988.
- Implications of a North American Free Trade Region. Program for Regional Studies Bylor University. Waco, Texas. USA. 1992.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. Prácticas desleales de comercio internacional (Antidumping). 1a edición. México. 1995
- El Tratado de Libre Comercio de America del Norte. Tomo I y II. México. 1993.
- Resolución de controversias comerciales en América del Norte. 1a edición. México. 1994.
- Jackson, Jhon H. Antidumping. Law and Practice. The University of Michigan Press. USA. 1992.
- James, Smith. Structure of the WTO/GATT system. University of Huston Mexican Legal Studies Program. Summer. 1995.
- Leycegui, Beatriz (Coord.). Comercio a golpes (las prácticas desleales de comercio internacional bajo el TLCAN). Instituto Tecnológico Autónomo de México. 1a. edición en español. Ed. Miguel A. Porrúa. México. 1997.
- López Ayllón, Sergio (Coord.). El futuro del libre comercio en el continente americano (análisis y perspectivas). Serie 1, Estudios de Derecho Económico, No. 29. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1997.
- López Jiménez, Ramón. Tratado de Derecho Internacional Público. Tomo I. Editado por el Ministerio de Educación. El Salvador. 1970.
- Lusting, Nora, et al. North American Free Trade. The Brookings Institution. Washington D.C., USA. 1992.
- Malpica de Lamadrid, Luis. El sistema mexicano contra prácticas desleales de comercio internacional y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. México. 1996.
- Qué es el GATT?. Ed. Grijalbo. México. 1988.
- Margain, Emilio. El Recurso Administrativo en México. Ed. Porrúa. 3a. edición. México. 1995.

Morici, Peter en The Challenge of NAFTA. Edited by Robert G. Cushing y John Higley. The University of Texas at Austin.USA. 1994.

Ortiz Wadgyamar, Arturo. Manual de Comercio Exterior de México. Instituto de Investigaciones Económicas U.N.A.M. México. 1988.

Panorama del arbitraje comercial internacional (selección de lecturas). UNAM. México. 1993.

Primo Braga, Carlos Alberto. NAFTA and the rest of the world en North American Free Trade (Assessing the impact). Nora Nusting, Barry P. Bos Worth and Robert Z. Lawrence editors. The bookings institution. Washington D.C. U.S.A. 1992.

Quintana Adriano, Elvia Arcelia. El Comercio Exterior de México (marco jurídico, estructura y política). Ed. Porrúa. México 1989.

Rainieri W., Nick, Editor. Nuevos Horizontes: mecanismos tradicionales y alternos para al resolución de conflictos comerciales internacionales. Comisión Arbitral Permanente. Simposium en el ITESM Campus Monterrey. 1a. edición. Octubre de 1997. Monterrey, N.L., México.

Remiro Brotóns, Antonio, et. al. Derecho Internacional. Ed. McGraw Hill. Madrid, España. 1997.

Rey Román, Benito. La integración Comercial de México a Estados Unidos y Canadá. Siglo XXI editores. 3a.edición. México. 1992.

Rodríguez Castro, Ignacio (comp). El TLC y usted.... Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Villa Hermosa Tabasco, México. 1992.

Seara Vázquez, Modesto. Derecho Internacional Público. Ed. Porrúa. México. 1995.

Sepúlveda César. Derecho Internacional. 16a. edición. México Porrúa. 1991.

Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. Ed. Porrúa. México. 1996.

Siqueiros, José Luis. El arbitraje en los negocios internacioales de naturaleza privada. Ed. Miguel A. Porrúa. México. 1992.

Sistema mexicano de defensa contra prácticas desleales de comercio internacional (antidumping). 1a.edición. Ed. Gernika. México. 1994.

Sorensen, Max. Manual de Derecho Internacional Público. Fondo de Cultura Económica. 1a.edición en español. México. 1994.

Vázquez Alfaro, José Luis. Evolución y perspectiva de los Organos de Jurisdicción Administrativa en el Ordenamiento Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México. 1991.

Vázquez Pando, Fernando y Ortiz Ahlf. Aspectos Jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Ed.Themis. 1a.edición. México. 1994.

Velázquez Elizarrarás, Miguel Angel. Ley de Comercio Exterior (Análisis y Comentarios). Colección Leyes Comentadas. Ed. Themis. 1a. edición. México. 1996.

Witker Velásquez, Jorge. Códigos de conducta internacional del GATT suscritos por México. Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. 1a.edición. México. 1988.

y Jaramillo Gerardo. Comercio Exterior de México, marco jurídico y operativo. Ediciones MacGraw-Hill. México. 1996.

y Ruperto Patiño Manffer. La defensa jurídica contra prácticas desleales de comercio internacional. Ed.Porrúa. 1a.edición. 1987.

(coord). Aspectos Jurídicos del TLC. Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. 1a.edición. México. 1992.

DICCIONARIOS Y REVISTAS

Osorio Arcila, Cristobal. Diccionario de Comercio Internacional. Grupo editorial Iberoamérica. México. 1995.

Diccionario Básico de Libre Comercio. Secretaría de Comercio y Fomento Industrial. Ed.Miguel Angel Porrúa. México. 1993.

Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. 2a.edición. Ed.Porrúa S.A. México. 1991.

Encyclopedia of the North American Free Trade Agreement, the New Trade agreement, the New American Community and Latin-American Trade. By Jerry M. Rosenberg Greenwood Press. Westport, connecticut. London. 1995.

Encyclopedia of Public International Law. Vol. I and II. Elsevier Science publishers .Amsterdam, The Netherlands. 1989.

Ars Juris. Revista del Instituto de Documentación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. Número especial. Reforma Judicial.13.1995.

Brooklyn Journal of International Trade. Selected Articles from the United States Court of International Trade. Ninth Judicial Conference. 1995

Common Market Law Review.Vol.28 num.1, Spring 1991.London, England.Vol.31, num. 6, December 1994.

Connecticut Journal of International Law.Fall 1995.USA

Foro Internacional. El Colegio de México. 122.Vol.XXXI, num.2 octubre-diciembre, 1990. México.

Revista de Ciencias Jurídicas. Num.74, enero-abril 1993. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.

Revista de Derecho Privado. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. año.6, num.18, septiembre-diciembre.México.1995.

-año.3,num.9, septiembre-diciembre 1992. México.

-año 4,num.11, mayo-agosto 1993. México.

Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. No.25. México.1995-II.

-num.23.México.1994.

-num.22.México.1993

Revista de Investigaciones Jurídicas. Num.16. Año.16. Escuela Libre de Derecho. México. 1992.

Revista mexicana de Derecho Internacional Privado. Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A.C., 1a. edición, No. 2, abril 1997. México.

Law and Policy in international business. Vol. 23, Num. 4, Summer 1992. Wasington D.C..USA.

-vol.24, num.4, 1993.

Lex. Año.3,num.15. 15 de noviembre 1988.México.

-Año.1,num.4.Octubre 1995.

Journal of World Trade. Vol. 27, No.1., February 1993. Geneva, Switzerland.

Vol.29 No.1.February 1995

Vol.29 No.2. April 1995
Vol.29 No.4. August 1995.
Vol.30 No.2. April 1996

United States-México Law Journal.171. Symposium 1993. USA
-85. Symposium 1993.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.

Código Fiscal de la Federación.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias.

Ley de Comercio Exterior.

Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Ley sobre Celebración de Tratados.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Reglamento de la Ley de Comercio Exterior.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte.