

DIEZ AÑOS DEL CAPÍTULO XIX DEL TLCAN

Rodolfo CRUZ MIRAMONTES
Óscar CRUZ BARNEY

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Panel de expertos para conocer si una reforma legislativa en materia de prácticas desleales de comercio es congruente con el TLCAN, específicamente con el capítulo XIX*. III. *Tribunal arbitral para revisar las resoluciones dictadas en materia de prácticas desleales de comercio por los órganos nacionales*. IV. *Comité especial para proteger el sistema de revisión (artículo 1905)*. V. *Comité de impugnación extraordinaria (artículo 1904, párrafo 13 y anexo 1904.13)*.

I. INTRODUCCIÓN

El capítulo XIX del TLCAN se refiere genéricamente a la revisión de las decisiones sobre prácticas desleales de comercio y en él se prevén dos tribunales arbitrales *ad-hoc* y dos comités que son:¹

1. Panel de expertos para conocer si, en su opinión, una reforma legislativa en materia antidumping es congruente con el TLCAN, específicamente con el capítulo XIX.²

¹ Un panorama sobre la operación del capítulo XIX puede verse en Cruz Barney, Óscar, *Solución de controversias y antidumping en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002 y Cruz Miramontes, Rodolfo, *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos*, 2a. ed., Porrúa, 2002; Witker, Jorge y Hernández, Susana, “Resolución de controversias en materia de antidumping y cuotas compensatorias en el TLCAN”, en Witker, Jorge (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. II, 1993; entre otros.

² TLCAN artículos 1902.2 y 1903.

2. Tribunal arbitral para revisar las resoluciones dictadas en dichos temas por los órganos nacionales.³

3. Comité especial para proteger el sistema de revisión.⁴

4. Comité de impugnación extraordinaria.⁵

A continuación nos referiremos a cada uno de ellos.

II. PANEL DE EXPERTOS PARA CONOCER SI UNA REFORMA LEGISLATIVA EN MATERIA DE PRÁCTICAS DESLEALES DE COMERCIO ES CONGRUENTE CON EL TLCAN, ESPECÍFICAMENTE CON EL CAPÍTULO XIX.

El artículo 1902 del TLCAN se refiere a la vigencia de las disposiciones jurídicas internas de los tres países firmantes en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias, de manera que cada una de las partes se reserva el derecho de aplicar sus disposiciones jurídicas en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias a los bienes que se importen de territorio de cualquiera de las otras dos.

Se consideran disposiciones jurídicas en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias, según corresponda en cada parte, las leyes, los antecedentes legislativos, los reglamentos, la práctica administrativa y los precedentes judiciales.

Asimismo, se establece que cada parte se reserva el derecho de cambiar o reformar sus disposiciones jurídicas en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias, siempre que, de aprobarse una reforma a la ley *antidumping* o de cuotas compensatorias de una parte:

1. La reforma se aplique a las mercancías de otra de las partes, sólo si en la reforma se especifica que tendrá vigencia para los bienes de esa parte o partes de este Tratado;

2. La parte que lleve a cabo la reforma la notifique por escrito con la mayor anticipación posible a la fecha de su aprobación legislativa a las partes a las que se aplique;

3. Después de hecha la notificación, la parte que lleve a cabo la reforma, a solicitud de cualquier parte a la cual ésta se aplique, lleve a cabo consultas con esa parte, previas a la aprobación de la misma; y

³ TLCAN artículo 1904.

⁴ TLCAN artículo 1905.

⁵ TLCAN artículo 1904, párrafo 12 y anexo 1904.13.

4. Dicha reforma, en lo aplicable a otra de las partes, no sea incompatible con lo siguiente:

a) El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), el Acuerdo sobre la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (el Código Antidumping), o el Acuerdo para la Interpretación y Aplicación de los Artículos VI, XVI y XXIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (el Código de Subsidios), o sus acuerdos sucesores de los cuales los signatarios originales del TLCAN sean parte, o

b) El objeto y la finalidad del TLCAN y del capítulo XIX, que es establecer condiciones justas y predecibles para la liberalización progresiva del comercio entre las partes, a la vez que se conserven disciplinas efectivas sobre las prácticas comerciales desleales, tal como se desprende de las disposiciones del propio Tratado, su preámbulo y objetivos, y de las prácticas de las partes.

Por su parte el artículo 1903 establece que la parte a la cual se aplique una reforma a la ley en materia de *antidumping* o de cuotas compensatorias de otra parte, puede solicitar por escrito que tal reforma se someta a un panel binacional de expertos, para que éste emita una opinión declarativa⁶ sobre los siguientes puntos:

1. Si la reforma no se apega al artículo 1902(2)(d)(i) o (ii), o
2. Si la reforma tiene la función y el efecto de revocar una resolución previa de un panel, dictada de conformidad con el artículo 1904 y no se apega al artículo 1902(2)(d)(i) o (ii). Dicha opinión declarativa sólo tendrá la fuerza o el efecto que se disponga en este artículo.

El panel puede recomendar modificaciones a la reforma para eliminar las disconformidades que en su opinión existan, caso en el cual las dos partes deben iniciar de inmediato consultas y procurar una solución mutuamente satisfactoria al asunto dentro de un plazo de noventa días a partir de que el panel emita su opinión declarativa final.⁷ La solución puede en su caso considerar la propuesta de legislación correctiva a la ley de la parte que haya promulgado la reforma. Si la legislación correctiva no es aprobada en un plazo de nueve meses, a partir del fin del periodo de consultas de noventa días señalado y no se ha alcanzado ninguna otra solu-

⁶ Véase Perezniето Castro, Leonel y Silva, Jorge Alberto, *Derecho internacional privado. Parte especial*, México, Oxford University Press, 2000, p. 479.

⁷ Witker, Jorge y Hernández, Susana, *op. cit.*, nota 1, p. 236.

ción mutuamente satisfactoria, la parte que haya solicitado la integración del panel puede:

- a. Adoptar medidas legislativas o administrativas equiparables, o
- b. Denunciar el TLCAN respecto a la parte que hace la reforma, sesenta días después de haberle notificarlo por escrito a esa parte.

Esta opción es excesiva y de aplicación remota; no es congruente con el término legal que el propio TLCAN establece para ser denunciado en el caso de que alguna de sus partes considere que ya no le interesa seguir formando parte del mismo pues en este caso se consigna un término de seis meses, lo que va más acorde con la práctica general en la materia.

El término de 60 días que aparece en el artículo 1903 da la impresión que se fijó tan corto para disuadir a las partes de elegir este camino; tiene un efecto intimidatorio lo que llevó al Secretario de Comercio y Fomento Industrial en la época de las negociaciones a calificarlo como la “cláusula atómica”.

Los paneles de expertos del artículo 1903 del TLCAN se rigen en cuanto a sus procedimientos por el anexo 1903.2 del Tratado, en donde se establece de inicio que el panel deberá establecer sus propias reglas de procedimiento, pudiendo sin embargo las partes acordar otra cosa previamente al establecimiento del panel.⁸

Los procedimientos deben garantizar el derecho a cuando menos una audiencia ante el panel, así como la oportunidad de presentar comunicaciones escritas y réplicas. Las actuaciones del panel son confidenciales, salvo que las partes en conflicto pacten otra cosa.⁹

El panel debe fundar, siguiendo el principio congruencia, su opinión final únicamente en los argumentos y comunicaciones de las dos partes, y salvo que las partes contendientes acuerden otra cosa, el panel presentará a las dos partes dentro de los 90 días siguientes al nombramiento de su presidente, una opinión declarativa preliminar por escrito, que contenga las conclusiones de hecho y su resolución.

Cuando las conclusiones del panel sean afirmativas, éste puede incluir en su dictamen recomendaciones respecto a los medios para apegar la re-

⁸ *Ibidem*, p. 237.

⁹ Witker, Jorge, “Resolución de controversias en materia de antidumping y derechos compensatorios en el Tratado Trilateral de Libre Comercio E.U.A.-Canadá-México. El capítulo XIX”, *Revista de ciencias jurídicas*, Costa Rica, núm. 74, enero-abril, 1993, p. 157.

forma al artículo 1902(2)(d). Al determinar las recomendaciones apropiadas, si las hubiera, el panel debe tomar en cuenta el grado en que la reforma afecta los intereses protegidos por el TLCAN. Los miembros del panel en lo individual, pueden formular votos particulares sobre las materias en que no haya acuerdo unánime. La opinión preliminar del panel se convertirá en la opinión declarativa definitiva, a menos que una parte contendiente solicite la reconsideración de la opinión preliminar en los catorce días siguientes a que se pronuncie la opinión declarativa preliminar.

En este sentido, la parte contendiente que esté en desacuerdo total o parcialmente con dicha opinión, puede presentar al panel una declaración escrita con sus objeciones debidamente razonadas y motivadas. En este caso, el panel debe solicitar las opiniones de ambas partes y si lo estima conveniente reconsiderar su opinión preliminar. El panel podrá llevar a cabo cualquier revisión ulterior que considere conveniente, y pronunciar, dentro de los treinta días siguientes a la solicitud de reconsideración, una opinión definitiva por escrito, junto con las opiniones disidentes o concurrentes de miembros del panel en lo individual.

De no haber acuerdo en contrario de las partes contendientes, la opinión declarativa definitiva del panel se debe publicar, junto con cualquier opinión personal de sus miembros y con cualquier opinión escrita que alguna de las partes desee publicar.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, las sesiones y audiencias del panel se deben llevar a cabo en la oficina de la sección del secretariado de la parte cuya reforma se examine.

Cabe finalmente señalar, que hasta ahora no se han llevado a cabo procedimientos de revisión conforme al artículo 1903, de reformas a las disposiciones jurídicas en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias por parte de México, pese a que se llevó a cabo una reforma importante y que generó polémica, al artículo 238 del Código Fiscal de la Federación que fija el criterio de revisión de las resoluciones *antidumping* mexicanas, misma que veremos más adelante.

Otras reformas cuestionables al procedimiento *antidumping* mexicano se llevaron a cabo en 2003, sin que se haya accionado el procedimiento del 1903.¹⁰

¹⁰ Véase Cruz Barney, Óscar, *Las reformas a la Ley de Comercio Exterior en materia de prácticas desleales de comercio antidumping: un primer acercamiento*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

III. TRIBUNAL ARBITRAL PARA REVISAR
LAS RESOLUCIONES DICTADAS EN MATERIA
DE PRÁCTICAS DESLEALES DE COMERCIO
POR LOS ÓRGANOS NACIONALES

Señala Craig Giesze que “lo medular del capítulo XIX del TLC es el establecimiento de un mecanismo de revisión y solución de controversias —paneles *ad hoc*, independientes y binacionales de arbitraje—...”.¹¹

El mecanismo de solución de controversias contenido en el artículo 1904 es el relativo a la revisión de las resoluciones nacionales sobre prácticas desleales, cuyo propósito consiste en “buscar un acceso seguro al mercado estadounidense mediante el establecimiento de mecanismos objetivos, claros y justos para dirimir conflictos”.¹²

Se trata del mecanismo más complejo de los contenidos en el capítulo XIX y de acuerdo con información no oficial del secretariado del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, a la fecha, de 84 casos entre los tres países, se han presentado 12 procedimientos ante paneles de revisión de resoluciones dictadas por autoridades mexicanas, que son:¹³

1) MEX-94-1904-01 (se resolvió el 27 de septiembre de 1996).

Importación de productos planos de acero revestido, originarios y procedentes de los Estados Unidos de América.

2) MEX-94-1904-02 (resuelto el 30 de agosto de 1995).

Importaciones de productos de lámina cortada a la medida procedentes de los Estados Unidos de América.

¹¹ Giesze, Graig, “Los desafíos jurídicos de México, Canadá y Estados Unidos bajo en nuevo sistema de solución de controversias en materia antidumping y cuotas compensatorias del capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, *Prácticas desleales del comercio internacional (antidumping)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, pp. 232 y 233.

¹² Cruz Miramontes, Rodolfo, *El TLC: Controversias, soluciones y otros temas conexos*, 2a. ed., México, Porrúa, 2002, p.11.

¹³ Véase un resumen de los mismos en sección mexicana del secretariado de los Tratados de Libre Comercio, *Informe sobre los casos de solución de controversias del capítulo XIX y XX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, marzo de 2004, pp. 1-8.

3) MEX-94-1904-03 (se resolvió el 12 de septiembre de 1996).
Poliestireno tipo cristal de impacto procedente de los Estados Unidos de América.

4) MEX-95-1904-01 (resuelto-no se tomó ninguna decisión).
Tubería para líneas sin costura, originaria de los Estados Unidos de América.

5) MEX-96-1904-01 (resuelto-no se tomó ninguna decisión).
Importaciones de lámina rolada en frío originarias o procedentes de Canadá.

6) MEX-96-1904-02 (resuelto el 17 de diciembre de 1997).
Importaciones de placa en rollo originarias y procedentes de Canadá.

7) MEX-96-1904-03 (resuelto el 16 de junio de 1997).
Importaciones de lámina rolada en caliente originarias y procedentes de Canadá.

8) MEX-97-1904-01 (resuelto-no se tomó ninguna decisión).
Importaciones de peróxido de hidrógeno originarias de los Estados Unidos de América.

9) MEX-USA-98-1904-01 (resuelto el 3 de agosto de 2001).
Importaciones de jarabe de maíz de alta fructosa, originarias de los Estados Unidos de América.

10) MEX-USA-00-1904-01 (resuelto el 23 de mayo de 2002. El 29 de enero de 2004 se emitió la decisión final confirmando el informe de devolución).

Importaciones de urea procedente de los Estados Unidos de América.

11) MEX-USA-00-1904-02 (resuelto el 15 de marzo del 2004).
Carne y despojos comestibles de bovino, procedentes de los Estados Unidos de América.

12) MEX-USA-2002-1904-01 (resuelto-no se tomó ninguna decisión ya que la revisión del panel fue suspendida por consenso de los participantes).

Carne y despojos comestibles de bovino, procedentes de los Estados Unidos de América.

Los usuarios del sistema mexicano de defensa contra prácticas desleales de comercio internacional han acudido hasta agosto del año 2004 en 14 ocasiones al mecanismo contemplado en el artículo 1904 del TLCAN

desde su entrada en vigor¹⁴ y resulta de interés analizar cuáles han sido los principales argumentos jurídicos planteados ante los paneles o tribunales arbitrales.¹⁵ Hemos agrupado dichos argumentos en cuatro grandes temas a saber:

- La naturaleza jurídica y facultades del panel.
- El criterio de revisión.
- La competencia de la autoridad investigadora; y
- La participación de abogados ante el panel

Las soluciones dadas a estos problemas ha sido variada en las 8 resoluciones o laudos finales hasta ahora emitidos por los paneles.¹⁶ A continuación nos referiremos a cada uno de ellos.

1. *La naturaleza jurídica y facultades del panel*

Asunto de la mayor trascendencia es el de la naturaleza jurídica y facultades de los paneles.¹⁷ El sistema comprendido en el panel del capítulo XIX del TLCAN es de naturaleza arbitral, ya que en éste intervienen

¹⁴ Están pendientes de resolverse:

1) MEX-USA-2003-1904-01.

Importaciones de sosa cáustica líquida originarias de los Estados Unidos de América.

Determinación final de cuotas compensatorias por la Secretaría de Economía.

Apelado por: productor mexicano

Emisión de la decisión: Fecha por confirmarse.

2) MEX-USA-2003-1904-02.

Importaciones de manzanas de mesa de las variedades Red Delicious y sus mutaciones y Golden Delicious originarias de los Estados Unidos de América.

Determinación final de cuotas compensatorias por la Secretaría de Economía.

Apelado por: productores estadounidenses.

Emisión de la decisión: 22 de septiembre de 2004.

¹⁵ Un análisis detallado del tema en Cruz Barney, Óscar, *Solución de controversias y antidumping en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 2002.

¹⁶ Asuntos apuntados ya por Reyna, Jimmie V, García, Eduardo David, y Amerine, David, en el artículo "Practice before U.S.-Mexico binational panels under chapter nineteen of NAFTA: a panel discussion", *United States-Mexico Law Journal*, Albuquerque, EUA, University of New Mexico School of Law, vol. 5, Symposium 1997, núm. 5, 1997, pp. 74-77.

¹⁷ Así calificada en la decisión final del caso MEX-94-1904-01 de fecha 27 de septiembre de 1996 relativa a la importación de productos planos de acero revestido, originarios y procedentes de los Estados Unidos de América, p. 11.

al menos tres sujetos y en los mecanismos del capítulo XIX sucede lo mismo, pues tenemos un triángulo en donde aparecen como sujetos de la relación jurídica que se establece a los siguientes:

- a) la reclamante;
- b) su contraparte;
- c) la autoridad investigadora, que en el caso de México como sabemos es la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la SE,
- d) el panel o tribunal arbitral.

Por otra parte los afectados han convenido en esta relación, al someterse voluntariamente al panel y renunciar al remedio interno o nacional, y como consecuencia el Estado renuncia a intervenir como juzgador del caso.

Al instalarse el panel se inicia la actividad de una maquinaria que deberá funcionar conforme a unas normas contenidas en dos fuentes: el TLCAN en su capítulo XIX y las Reglas de Procedimiento del Artículo 1904 del TLCAN que cada país parte promulgó en cumplimiento al artículo 1904.14.

En cuanto a la resolución o laudo que dicte el panel, este será obligatoria y definitiva por lo que no admitirá recurso alguno. Así, tenemos que su cercanía con la figura del arbitraje es evidente.

Diversos autores mexicanos, nosotros incluidos,¹⁸ que se han ocupado del tema sostienen que se trata de paneles arbitrales: Luis Manuel Pérez de Acha,¹⁹ Fernando Hernández Gómez,²⁰ Sergio López Ayllón,²¹ Víctor

¹⁸ Véase Cruz Barney, Óscar, “Notas sobre los mecanismos de solución de controversias del capítulo XIX del TLCAN: la revisión de las resoluciones antidumping”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, t. XLIX, núms. 225-226, mayo-agosto, 1999.

¹⁹ Véase Pérez de Acha, Luis Manuel, “Paneles Binacionales: ¿conflicto de idiosincrasias?”, *Revista Lex*, México, abril, 1996.

²⁰ Hernández Gómez, Fernando, “Consideraciones sobre la inconstitucionalidad de los mecanismos para la solución de controversias contenidos en los capítulos XIX y XX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, *Revista de Derecho Privado*, México, UNAM, McGrawHill, año 6, núm. 18, 1995.

²¹ López-Ayllón, Sergio, “Comentario a la resolución del panel binacional sobre las importaciones de productos de placa de acero en hoja originarios y procedentes de los Estados Unidos de Norteamérica”, *Revista de Derecho Privado*, México, UNAM, McGraw-Hill, año 6, núm. 18, 1995 y también en *El criterio de revisión de los paneles binacionales del capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en el sistema jurídico mexicano*, pp. 13, 14 y 15 (inédito).

Carlos García Moreno, Jorge Sánchez Cordero,²² Lucía Reyna Antuña, Rodolfo Terrazas Salgado,²³ José Leonel Andrade Alarcón,²⁴ Loreta Ortiz Ahlf,²⁵ Jorge Adame Godard,²⁶ Carla Huerta Ochoa,²⁷ Rodolfo Cruz Miramontes²⁸ y Luis Miguel Díaz.²⁹ Sin embargo, la posición más contundente nos la da el propio artículo 1904 en su párrafo 14 al consignar que las partes adoptarán en las reglas de procedimiento ciertos principios similares al de apelación judicial y se ocuparán entre otros de las: “limitaciones a la revisión arbitral”.

Esto nos lleva a la conclusión de que los paneles son tribunales arbitrales y constituyen una modalidad en el concepto tradicional de los mismos.

Luis Manuel Pérez de Acha sostiene en este sentido: “en nuestra opinión, en la Constitución no existe alguna restricción constitucional que

²² Todos ellos en la resolución dictada por el panel del caso MEX-96-1904-03 sobre la resolución que impuso cuotas compensatorias a las importaciones de lámina rolada en caliente originarias y procedentes de Canadá.

²³ Opinión concurrente expresada respecto al criterio de revisión, facultades del panel y aplicación de los principios generales del derecho correspondiente a la parte tres de la decisión final, publicada con motivo de la decisión final del panel de revisión de la resolución definitiva de la investigación *antidumping* sobre las importaciones de placa en rollo originarias y procedentes de Canadá, identificado como caso MEX-96-1904-02, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del día viernes 6 de febrero de 1998.

²⁴ Andrade Alarcón, José Leonel, “Sentido de las desiciones de los paneles binacionales establecidos entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América, en el marco del artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte” (estudio inédito).

²⁵ Ortiz Ahlf, Loreta, *Casos en el marco de los capítulos XIX y XX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, 12 de junio de 1998, p. 23.

²⁶ Adame Godard, Jorge, “Las controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, *Revista de Derecho Privado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año 6, núm. 18, México, 1995, pp. 8 y 36; y “¿Debe un panel binacional, que examina una resolución en materia de cuotas antidumping o compensatorias, revisar la competencia de la autoridad que la dictó?”, *Revista de Derecho Privado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año 7, núm. 20, 1996, pp. 87-101.

²⁷ Huerta Ochoa, Carla, *Estudio sobre el artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de America del Norte* (inédito).

²⁸ Cruz Miramontes, Rodolfo, “El capítulo XIX del Tratado trilateral de Libre Comercio”, en *Practicas desleales del comercio internacional (antidumping)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995.

²⁹ Díaz, Luis Miguel, “Los mecanismos para la solución de controversias del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, núm. 17, 1993.

impida que tribunales arbitrales —los cuales representan la verdadera naturaleza de los paneles binacionales— sean los que diriman este tipo de controversias...”.³⁰

Así, tenemos que los integrantes del panel solamente deberán actuar con un respeto absoluto a las normas que fijan su competencia y les marcan el camino para alcanzar las finalidades que expresamente se les consiguan y que como ya señalamos, las leyes que les son propias a los paneles en su campo de acción son:

- a) Los artículos 1901.1, 1902.1, 1904, 1909, anexos 1901.2, 1904.13 y 1911 del TLCAN.
- b) Las Reglas de Procedimiento del artículo 1904 del TLCAN en vigor.
- c) Los cuerpos legales y tratados internacionales a que se haga remisión por estas disposiciones anteriores.

Lo anterior nos lleva a afirmar que cualquier acción realizada fuera de este marco será ilegítima. Además siendo propio de los procedimientos arbitrales que solamente se ocupen de los temas que expresamente se les asigna, se hace énfasis en la importancia que tiene precisar en un documento elaborado, a propósito conocido, como acta de misión, términos de referencia, o compromiso. El alejarse de tal acuerdo producirá deficiencias en el laudo que pueden llevar hasta su anulación por exceso de poder siendo las más comunes las llamadas de *plus petita*, *minus petita*, *extra petita* y de *ultra petita*, como ya lo señalamos anteriormente al tratar el procedimiento ante los dichos paneles.

En este sentido, en la decisión final del caso MEX-94-1904-01 se sostuvo atinadamente que “al igual que la de cualquier panel arbitral internacional, la competencia de un panel binacional constituido conforme al TLCAN es limitada. Es un principio de derecho internacional que en todo arbitraje internacional, los miembros de un panel tienen una competencia estrictamente limitada a los términos según los cuales se ha sometido un asunto a arbitraje”.³¹ El mismo panel sostuvo: “en otras palabras, si alguna cuestión no ha sido presentada en la reclamación de una de las partes, o no ha sido presentada como defensa, adjetiva o sustantiva, du-

³⁰ Pérez de Acha, Luis Manuel, “Paneles binacionales”, *Revista de la Academia Mexicana de Derecho Fiscal, Memorias de derecho internacional tributario*, México, Academia Mexicana de Derecho Fiscal, año 1, núm. 1, junio, 1996, p. 104.

³¹ Decisión final del caso MEX-94-1904-01, p. 12.

rante la revisión ante el Panel, éste no tiene competencia para examinarla”.³²

Sin embargo, en una controvertida interpretación, en la decisión final del caso MEX-94-1904-03, de fecha 12 de septiembre de 1996, en materia de poliestireno tipo cristal de impacto procedente de los Estados Unidos de América, el panel decidió conducir de oficio el análisis de la competencia de la Secretaría, tomando como base una decisión adoptada en el marco del ALC por otro panel bajo el expediente USA-92-1904-01.³³

Por su parte en la decisión final del caso MEX-96-1904-02, de fecha 17 de diciembre de 1997, relativa a las importaciones de placa en rollo originarias y procedentes de Canadá, se señaló que “el carácter arbitral del panel binacional resulta indiscutible”, siendo considerados como tribunales arbitrales atípicos con funciones semejantes a las de tribunales jurisdiccionales de segunda instancia, debido a que una decisión final emitida por el panel no está sujeta a procedimiento alguno de revisión judicial por la parte importadora.³⁴ Define al mecanismo alternativo ante el panel binacional como

un medio jurídico de solución de una disputa internacional que se origina cuando se solicita la revisión de una resolución definitiva de la Autoridad Investigadora ante un panel binacional, mismo que actúa como un tercero imparcial aplicando la normatividad establecida en el artículo 1904 y sus reglas, con exclusión de la vía jurisdiccional y del tribunal interno de la parte importadora, para emitir una resolución justa, económica y expedita que sea congruente con los objetivos del TLCAN.³⁵

En la decisión final del caso MEX-96-1904-03, de fecha 16 de junio de 1997 en materia de importaciones de lámina rolada en caliente originarias y procedentes de Canadá, se concluye que los paneles son un mecanismo alterno de solución de controversias.³⁶

³² *Ibidem*, p. 15.

³³ Decisión final del caso MEX-94-1904-03, de fecha 12 de septiembre de 1996, en materia de *poliestireno tipo cristal de impacto procedente de los Estados Unidos de América*, pp. 58-61.

³⁴ Decisión final del caso MEX-96-1904-02, de fecha 17 de diciembre de 1997, relativa a las *importaciones de placa en rollo originarias y procedentes de Canadá*, pp. 25 y 26.

³⁵ *Ibidem*, p. 28

³⁶ Decisión final del caso MEX-96-1904-03, de fecha 16 de junio de 1997, en materia de *importaciones de lámina rolada en caliente originarias y procedentes de Canadá*, p. 12.

En la decisión final del caso MEX-USA-98-1904-01, de fecha 3 de agosto de 2001 en materia de las importaciones de jarabe de maíz de alta fructosa, originarias de los Estados Unidos de América, se matiza al señalar que “en opinión de este panel, un panel binacional del Capítulo XIX tiene características que lo asemejan más a una instancia jurisdiccional *ad hoc*, aun cuando no puede negarse que también comparte algunas características de un órgano arbitral”.³⁷

Como sabemos, el panel del capítulo XIX del TLCAN no tiene otro objeto que el establecido en el párrafo 2 del artículo 1904 consistente en revisar si una resolución definitiva dictada por una autoridad investigadora de una de las partes que en el caso tenga el carácter de importador, se apegó a su propio derecho. Para ello solamente está capacitado para tomar en cuenta lo existente en el expediente.

Como consecuencia, cualquier otra decisión que tome el panel estará fuera de su marco legal y por ello el párrafo 8 del artículo 1904 claramente señala que el panel sólo podrá confirmar o devolver a la instancia anterior el fallo analizado con el fin de que se adopten medidas no incompatibles con su decisión, por lo tanto no está facultado para anular la decisión tomada por la UPCI, ni mucho menos para conocer sobre la legitimidad de la autoridad investigadora, así en la decisión final del caso MEX-96-1904-03 se sostiene que el TLCAN “excluye de las facultades de los paneles la de anular las decisiones de la autoridad”,³⁸ en este sentido la decisión final del caso MEX-USA-98-1904-01, al señalar que el panel binacional “no tiene, entonces... las facultades que el CFF (Código Fiscal de la Federación) le otorga al TFF (Tribunal Fiscal de la Federación), en particular la de anular el acto administrativo”.³⁹

Los puntos fundamentales que deben guiar la tarea de los panelistas son entonces:

1. El criterio de revisión, y
2. Su propia competencia.

El mismo panel que emitió la decisión final del caso MEX-94-1904-01 sostuvo que de acuerdo con el Tratado, la competencia de este panel se encuentra circunscrita a tres supuestos: (A) las reclamaciones y defensas que el panel pueda revisar; (B) el criterio de revisión que deba aplicar a

³⁷ Decisión final del caso MEX-USA-98-1904-01, p. 31.

³⁸ Decisión final del caso MEX-96-1904-03, p. 13.

³⁹ Decisión final del caso MEX-USA-98-1904-01, p. 34.

esas reclamaciones y defensas, y (C) las resoluciones que puedan dictarse en la revisión.⁴⁰

2. *El criterio de revisión*

En cuanto al criterio de revisión, ha surgido la duda y se ha insistido en que el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, que fija dicho criterio, debe ser interpretado, aunque el TLCAN no lo establezca así, conjuntamente con los artículos 237 y 239 del mismo ordenamiento.⁴¹

Esta situación cobró particular importancia al emitirse la primera resolución respecto de una decisión dictada en México en el caso MEX-94-1904-02, el 30 de agosto de 1995, relativo a las importaciones de productos de lámina cortada a la medida procedentes de los Estados Unidos de América (que fue el segundo caso, pero el primero en resolverse).

La aplicación conjunta de los tres artículos tendría como consecuencia que el panel en cuestión pudiera de acuerdo con las fracciones II y III del artículo 239, declarar la nulidad de la resolución impugnada o bien, declarar la nulidad de la resolución impugnada para determinados efectos, debiendo precisar con claridad la forma y términos en que la autoridad debe cumplirla, salvo que se trate de facultades discrecionales. Una acción del panel de que se trate en uno u otro sentido, constituiría un grave exceso en sus facultades y competencia.

En la decisión final del caso MEX-94-1904-02, dictada el 30 de agosto de 1995, relativo a las importaciones de productos de lámina cortada a la medida procedentes de los Estados Unidos de América el panel señaló que “el panel considera que las partes del TLCAN no tuvieron la intención de excluir el considerar a los artículos 237 y 239 del CFF cuando

⁴⁰ Decisión final del caso MEX-94-1904-01, p. 14.

⁴¹ Sobre el criterio de revisión en los tres países véanse los siguientes trabajos: Endsley, Harry B., Irish, Maureen, Veytia Palomino, Hernany, “Standard of review under the NAFTA”, *Ars Iuris*, México, Revista del Instituto de Documentación e Información Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, núm. 21, 1999; Irish, Maureen, “NAFTA chapter 19 and the law of judicial review in Canada”, *Ars Iuris*, México, Revista del Instituto de Documentación e Información Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, núm. 21, 1999; y Veytia Palomino, Hernany y Gutiérrez, José Ángel, “El criterio de revisión para México”, *Ars Iuris*, México, Revista del Instituto de Documentación e Información jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, núm. 21, 1999.

redactaron el Anexo 1911 y que el criterio a seguir para revisar la resolución definitiva es el de aplicar el criterio de revisión mexicano, incluyendo los artículos 237 y 239 del CFF...”.⁴²

Sostenemos en ese sentido, que el texto expreso del anexo 1911 del TLCAN que fija con toda claridad el criterio de revisión, constriéndolo a lo establecido en el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, o cualquier ley que lo sustituya, basado solamente en el expediente 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, no debe ser objeto de interpretación y menos de distorsión.

En materia de interpretación jurídica y siguiendo las disposiciones del derecho mexicano que es el aplicable exclusivamente en los procedimientos de revisión ante panel, tenemos que existen reglas muy claras tanto en el Código Civil Federal como en el Código Civil para el Distrito Federal que nos guían para este propósito como es el artículo 1851 de ambos ordenamientos que establece que “...si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas”.

Suponiendo, desde luego sin conceder, que hubiere necesidad de interpretar lo que establece el anexo 1911 en cuanto a que “(c) en el caso de México el criterio establecido en el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación o cualquier otro que lo sustituya...” y por ello que acudir a la interpretación jurídica, lo que nunca debe hacerse es considerar como precedente y menos teniendo en las manos al primer caso mexicano del TLCAN, la experiencia de los paneles norteamericano-canadienses.

Al hacerlo así llevó al panel, constituido con motivo del caso MEX-94-1904-02, a consultar leyes extranjeras como son la Federal Court Act y la Special Import Measures Act (SIMA) para estar en posibilidades de estudiar al artículo 238 del Código Fiscal de la Federación.⁴³

Después de este razonamiento se llegó a la conclusión de que “...resulta obvio concluir que los negociadores del TLCAN, al referirse al artículo 238 del Código Fiscal de la Federación no excluyeron la referencia a los artículos 237 y 239 de tal ley”.⁴⁴

⁴² Decisión final del caso MEX-94-1904-02, p. 30.

⁴³ Decisión Final del caso MEX-94-1904-02, pp. 32-34.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 34.

De lo anterior se pasó a sostener, equivocadamente que los negociadores del TLCAN al formular el texto del artículo 1911 no buscaron la limitación de los criterios de revisión, lo que constituye un grave error, pues en primer término no fueron los mismos negociadores ya que México no participó en el primero de los tratados y, en segundo término, en ningún momento se demostró que los negociadores canadienses y norteamericanos hubiesen sido los mismos que en la negociación del TLCAN.

A mayor abundamiento si hubiera sido y fuese cierta la afirmación de que su espíritu era abrir el criterio de revisión, lo hubiesen dicho y no lo hicieron porque no era su intención abrirlo.

De las notas de trabajo de los participantes, del cuarto de junto, durante las negociaciones del TLCAN no se desprende por ningún lado que la intención hubiese sido la que sostuvieron los árbitros del panel 02, lo cual confirma la afirmación señalada de la interpretación estricta al texto del anexo 1911.⁴⁵

Por otra parte la teoría de que existe la necesidad de un criterio de revisión uniforme no aparece en ninguna parte del TLCAN y, es más, cuando se llegó a pretender, durante las negociaciones del tratado, crear un tribunal permanente internacional para lograr, entre otras cosas, ir integrando una especie de jurisprudencia que facilitara establecer criterios uniformes, tal idea fue rechazada enérgicamente por los norteamericanos según los negociadores de la Secofi informaron al sector privado.⁴⁶

López-Ayllón sostiene que tal interpretación del panel en la decisión final del caso MEX-94-1904-02 parece “claramente incorrecta pues, además de que no encuentra justificación en el texto del TLCAN o los argumentos presentados por el panel, confunde dos cuestiones distintas. El criterio de revisión es idéntico entre la revisión interna y la realizada por los paneles, pero las consecuencias no son necesariamente las mismas”.⁴⁷

⁴⁵ Cruz Miramontes, Rodolfo, “Comentarios en torno a la resolución pronunciada por el panel establecido al amparo del capítulo XIX del TLCAN, en el expediente MEX-94-1904-02”, *Revista de derecho privado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año 7, núm. 19, enero-abril, 1996, p. 176.

⁴⁶ Decisión final del caso MEX-94-1904-02, pp. 30 y 31. En la prensa nacional aparecieron diversas notas en ese sentido. Véase Cruz Miramontes, Rodolfo, *op. cit.*, pp. 11-19.

⁴⁷ López Ayllón, Sergio, “Comentario a la resolución del panel binacional sobre las importaciones de productos de placa de acero en hoja originarios y procedentes de los Estados Unidos de Norteamérica”, *Revista de Derecho Privado*, México, UNAM, McGrawHill, año 6, núm. 18, 1995, p. 242.

Es por lo tanto falsa tal afirmación y pretender de ahí una interpretación forzada e ilegítima del anexo 1911, es inaceptable.

Así lo demuestra el criterio utilizado en el resto de las decisiones, en donde queda claro que el único artículo aplicable del Código Fiscal de la Federación es el 238, con exclusión del 237 y 239.

En la decisión final del caso MEX-94-1904-01, que fue la tercera en emitirse, se señala que dentro de las facultades conferidas al panel no está la de declarar la nulidad de las resoluciones administrativas de la SE y consideró de forma adecuada que “la incorporación del artículo 239 al criterio de revisión constituiría una ampliación indebida de su competencia y sus facultades”.⁴⁸ En idénticos términos se manifiestan los panelistas en la decisión final del caso MEX-96-1904-02 y añaden “si los gobiernos de México, Estados Unidos y Canadá hubiesen querido que este panel tuviera facultades en el procedimiento de revisión de la misma forma en que podría hacerlo el Tribunal Fiscal de la Federación, conforme al artículo 239, habrían incluido este artículo en el criterio de revisión y habrían redactado en otros términos el artículo 1904(8) del TLCAN”.⁴⁹

Por su parte, en la decisión final del caso MEX-94-1904-03 y en la del caso MEX-96-1904-03 se consideró que el criterio de revisión aplicable es únicamente el señalado en el artículo 238 del citado Código.⁵⁰

En la resolución del caso MEX-USA-98-1904-01 se resolvió que “la incorporación del artículo 239 al criterio de revisión constituiría una ampliación indebida de su competencia y facultades...”.⁵¹

En la decisión final del caso MEX-USA-00-1904-01 y pese a las alegaciones de la reclamante, el panel correctamente consideró que la sujeta controversia surgida respecto del criterio de revisión aplicable es sólo de apariencia. Sostuvo el tribunal arbitral: “La cuestión es tan simple como lo siguiente: la forma en que un panel binacional deduce si una resolución se dictó o no conforme a las leyes de México..., es mediante la aplicación de los criterios establecidos en el artículo 238 del CFF y los principios generales del derecho, según serían aplicados por un tribunal en México”.⁵²

⁴⁸ Decisión final del caso MEX-94-1904-01, pp. 21 y 22.

⁴⁹ Decisión final del caso MEX-96-1904-02, pp. 30 y 31.

⁵⁰ Decisión final del caso MEX-94-1904-03, p. 13 y Decisión final del caso MEX-96-1904-03, p. 14.

⁵¹ Decisión final del caso MEX-USA-98-1904-01, pp. 36 y 37.

⁵² Decisión final del caso MEX-USA-00-1904-01, pp. 8-14.

Finalmente, en la resolución más reciente que es la del caso MEX-USA-00-1904-02 se establece claramente “De acuerdo con el Artículo 1904.3 del TLCAN, el panel aplicará los criterios de revisión señalados en el Anexo 1911 y los principios generales de derecho... en cuanto al criterio de revisión, encontramos que para México es : inciso c): el criterio establecido en el Artículo 238 del Código Fiscal de la Federación...”⁵³

3. *La competencia de la autoridad investigadora*

Igualmente se ha planteado ante los paneles estudiados, el tema de la competencia de la autoridad investigadora, siendo que, como ya apuntamos, está fuera de las atribuciones de un panel arbitral resolver sobre la legitimidad de la misma.

Este aspecto que sí corresponde a un tribunal jurisdiccional nacional de jerarquía superior a la autoridad que dictó un fallo, esta totalmente fuera de contexto y va contra las reglas elementales del arbitraje.

Es ajeno a la consideración de los paneles si una dirección de la entonces Secofi es o no competente, sino a la capacidad del tribunal arbitral para analizar este elemento. La única competencia de la que un tribunal arbitral puede ocuparse es de la propia, es decir, la competencia de la competencia.

El objetivo buscado en la negociación del capítulo XIX fue contar con mecanismos claros, transparentes, objetivos y justos que permitiesen al exportador mexicano poder acceder de manera segura y firme a los mercados extranjeros.

En la primera decisión final emitida, la del caso MEX-94-1904-02, el panel decidió entrar al estudio de la competencia de la Dirección General de Prácticas Comerciales Internacionales (DGPCI) y de la Dirección de Cuotas Compensatorias (DCC), concluyendo que ninguna de las direcciones mencionadas fueron creadas o facultadas legalmente para emitir actos de autoridad competente y que su existencia nunca se estableció en ningún reglamento interior de la Secretaría,⁵⁴ lo que le llevó a devolver la resolución revisada a la entonces Secofi para que emitiera una nueva declarando por concluido el procedimiento.⁵⁵

⁵³ Véase Decisión final del caso MEX-USA-00-1904-02, núms. 7.1 a 7.3

⁵⁴ Decisión final del caso MEX-94-1904-02, p. 95.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 120.

La segunda resolución en ser dictada, la del caso MEX-94-1904-03, también examinó el tema de la competencia y consideró que “sin el menor género de dudas, actuó en el caso una autoridad investigadora competente, lo cual resulta particularmente de claridad meridiana en tratándose de la emisión o dictado de la Resolución Definitiva”, confirmando la resolución de la Secretaría.⁵⁶

En el caso MEX-94-1904-01 se decidió hacer un estudio caso por caso y declarando ilegales algunas de las actuaciones de la autoridad investigadora, pero confirmando la resolución definitiva en todos sus puntos, salvo algunos puntos relativos a *dumping* y daño.⁵⁷

En la decisión final del caso MEX-96-1904-02 se planteó la incompetencia de la Dirección General Adjunta Técnica Jurídica (DGATJ) de la UPCI. El panel concluyó que el director de la DGATJ actuó válidamente, con facultades delegadas por la UPCI.⁵⁸ El mismo argumento se presentó en el caso MEX-96-1904-03, desechándose el alegato presentado por las reclamantes al considerar que en todo momento estuvieron en posibilidad de presentar sus pruebas y alegatos y de manifestar lo que a su derecho convino, sin sufrir menoscabo alguno en su derecho de defensa, siendo además competente la mencionada Dirección.⁵⁹

Sumamente interesante resulta lo señalado en la decisión final del caso MEX-USA-98-1904-01, en donde al plantearse nuevamente el tema de la incompetencia de la Dirección General Adjunta Técnica Jurídica (DGATJ) de la UPCI, el panel encontró que “no es necesario profundizar en el análisis de esta cuestión, pues encuentra que existe una razón aun más persuasiva para rechazar la argumentación de las Reclamantes, a saber, que los actos realizados por el director de la DGATJ dentro de la investigación *antidumping*... no fueron actos que les causaron molestia en términos del artículo 16 constitucional, es decir, actos que les hubieren afectado en su esfera jurídica”.⁶⁰ De ahí se pasó a sostener que el requisito de competencia es aplicable solamente a aquellos actos reputados como de molestia. El argumento de las reclamantes fue finalmente rechazado por el panel.⁶¹

⁵⁶ Decisión final del caso MEX-94-1904-03, pp. 67-68.

⁵⁷ Decisión final del caso MEX-94-1904-01, pp. 140-143.

⁵⁸ Decisión final del caso MEX-96-1904-02, pp. 44-50.

⁵⁹ Decisión final del caso MEX-96-1904-03, pp. 17-24.

⁶⁰ Decisión final del caso MEX-USA-98-1904-01, pp. 54 y 55.

⁶¹ *Ibidem*, p. 60.

Situación análoga se produjo acertadamente en el caso MEX-USA-00-1904-02.⁶²

Debemos recalcar que un panel del capítulo XIX no puede conocer de la ilegitimidad de las autoridades de la SE, por no corresponderle, ni puede conocer de la competencia por no ser un tribunal jurisdiccional.

Se ha pretendido que los paneles declaren la nulidad e ilegitimidad de los procedimientos *antidumping*, alegando que la Dirección General Adjunta Técnica Jurídica (DGATJ) de la SE carece de competencia para substanciar el procedimiento que llevó a fijar las cuotas compensatorias.

Se parte del principio contemplado en el artículo 16 constitucional de que todo procedimiento que realice una autoridad, debe estar fundado en derecho y que, por lo tanto, se encuentra investida de las facultades para actuar en el caso concreto.

De los argumentos señalados, se desprenden dos situaciones diversas como son:

1. La existencia jurídica de la autoridad; y
2. La competencia para conocer de los actos sometidos a su conocimiento.

Se ha sostenido que la DGATJ no tiene facultades legales para actuar en el procedimiento por no haber sido creada por el Reglamento Interior de la SE, según se desprende del *Diario Oficial de la Federación* publicado el 2 de octubre de mil novecientos noventa y cinco.

Lo anterior hace ver que no se distingue entre la existencia de una autoridad y la competencia de la misma. En efecto, toda autoridad para que sea legítima debe estar establecida conforme las leyes aplicables cuyo origen es la Constitución, lo que significa en otras palabras, la existencia de la misma.

Dicha autoridad a su vez, debe cumplir con una función para lo cual se le asignan facultades y áreas de conocimiento, lo que viene a constituir precisamente su competencia.

Así pues, podrían suponerse casos en donde aparezca una entidad que actúe como autoridad, pero que no tenga un origen legítimo y que, sin embargo, sí conozca de un área de competencia propia.

⁶² Decisión final del caso MEX-USA-00-1904-02, p. 24.

O bien una autoridad legítima que equivocadamente lleve a cabo acciones en áreas diversas a las propias de su competencia, como sería, por ejemplo, el caso de una entidad agraria pretendiendo tener atribuciones en materia familiar.

Se ha confundido el hecho de que la DGATJ si tiene competencia para conocer de los casos de prácticas desleales, por lo que sus actos son correctos, con el tema de si dicha autoridad tiene existencia legal.

Es decir, no se ha atendido a la diferencia que existe en derecho mexicano, desde hace más de un siglo, entre incompetencia de acuerdo al artículo 16 constitucional, con la incompetencia de origen, situación que no pueden conocer los tribunales judiciales o administrativos pues atentaría contra la división de poderes.⁶³

Conforme al derecho mexicano, por competencia se entiende la capacidad legal de la autoridad para conocer de ciertos asuntos en un tiempo determinado y en un territorio consignado, de tal manera que se distingue entre competencia por materia, por territorio, por cuantía o por grado.

En nuestro caso la materia es prácticas desleales de comercio, por lo que de acuerdo con la LCE en su artículo 5o., fracción VII, la SE y sus direcciones son la autoridad competente para tramitar y resolver investigaciones en la materia. De tal manera que su competencia está fuera de toda duda.

En efecto, en el caso de la competencia a la que se refiere el artículo 16 constitucional, ésta, en todo caso debe plantearse de acuerdo a los artículos 34 y 334 del Código Federal de Procedimientos Civiles de aplicación supletoria a los procedimientos *antidumping*, como artículo de previo y especial pronunciamiento en una contienda de competencia ya sea por inhibitoria ante la autoridad considerada competente o bien por declinatoria ante la misma DGATJ. Insistimos que una cosa es la existencia jurídica de la autoridad y otra su competencia.

El tema de la inexistencia queda fuera de la competencia y facultades de conocimiento de los paneles del artículo 1904 del TLCAN de conformidad con el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación que no in-

⁶³ Sobre el tema Pérez Dayan, Alberto, “La incompetencia de origen”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Mérida, Yucatán, núm. 7, junio, 1991.

cluye tal posibilidad ni tampoco lo hace el propio TLCAN, así como por la naturaleza jurídica arbitral de los mismos.⁶⁴

En este sentido, el artículo 16 constitucional no se refiere a la legitimidad de un funcionario ni a la manera como se incorpora a la función pública, es decir, no se refiere a la incompetencia de origen, sino a los límites fijados para la actuación del órgano frente a los particulares, ya que son justamente los bienes de estos el objeto de tutela del precepto en tanto consagra una garantía individual y no un control interno de la organización administrativa. Por lo tanto ni los tribunales de amparo ni los ordinarios de jurisdicción contencioso-administrativa federal, por estar vinculados al concepto de competencia del artículo 16 constitucional, reproducido en el artículo 238, fracción I, del Código Fiscal de la Federa-

⁶⁴ Así, se ha resuelto:

Novena época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

Tomo: IX, marzo de 1999

Tesis: I.2o.A.19 A

P. 1411

INCOMPETENCIA. SU EXAMEN OFICIOSO POR PARTE DE LAS SALAS DEL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACION, DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 238, PENULTIMO PARRAFO, DEL CODIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN. De acuerdo con el artículo 238, penúltimo párrafo, del Código Fiscal de la Federación, el Tribunal Fiscal podrá pronunciarse, de oficio, respecto de la incompetencia de la autoridad para emitir la resolución impugnada a través del juicio de nulidad, lo cual se traduce en que el mencionado organismo únicamente puede estudiar la competencia de la autoridad. Esto es, si está facultada o no por la ley para emitir el acto impugnado, o tramitar el procedimiento del que derive ese acto, de acuerdo con los preceptos legales que establecen las facultades del funcionario; pero el citado numeral no puede interpretarse de manera tan amplia como para suponer que las Salas deben también de oficio analizar si la autoridad es de facto o si se ha emitido un acuerdo de iniciación de actividades, ya que esos extremos, aun cuando se refieren a una actuación del funcionario que podría calificarse en su caso de ilegítima, no se relacionan con la competencia en estricto sentido, la cual es el conjunto de facultades de que está investido un funcionario por disposición de los ordenamientos legales respectivos. Por tanto, si el quejoso no hizo valer tales cuestiones en la demanda de nulidad, las Salas del Tribunal Fiscal no pueden de oficio ocuparse de ellas. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 3082/98. Víctor Manuel Botello Pérez. 29 de enero de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Ma. Antonieta Azuela de Ramírez. Secretaria: Laura García Velasco.

ción, pueden conocer de la legitimidad de funcionarios públicos, cualquiera que sea la causa de irregularidad alegada.

Existe jurisprudencia y numerosas tesis jurisprudenciales que impiden a los tribunales conocer de dicho tema. En efecto, se conoce como incompetencia de origen, tema que desde hace más de cien años quedó fuera de la posibilidad de conocimiento por parte de tribunales contencioso administrativos y federales y desde luego por un panel del artículo 1904.

Sería incongruente en consecuencia que los paneles se ocupasen del tema de la incompetencia, más aun si en el procedimiento seguido ante SE, nunca se cuestionó la competencia de la autoridad, sino que por lo contrario fue acatada, se aceptaron sus fallos y se beneficiaron de lo que estimaron prudente. Por lo tanto, pretender ante un panel desconocer sus facultades carece de todo sentido y de la lógica más elemental, configurándose así, por ello, la figura del acto consentido.

El Código Fiscal de la Federación que tiene el carácter de ley supletoria en los procedimientos ante paneles, considera precisamente como una causal de improcedencia y de sobreseimiento de los juicios que sean enerezados ante el Tribunal Fiscal precisamente al acto consentido, la fracción IV del artículo 202 del CFF establece:

Es improcedente el juicio ante el Tribunal Fiscal de la Federación en los casos, por las causales y contra los actos siguientes:

IV. Respecto de los cuales hubiese consentimiento, entendiéndose que hay consentimiento, únicamente cuando no se promovió algún medio de defensa en los términos de las leyes respectivas o juicio ante el Tribunal Fiscal en los plazos que señala este Código.

Por ende y en aras de la certidumbre y seguridad jurídicas es que la institución del acto consentido permite que los procedimientos continúen hasta la resolución final.

De lo contrario sería muy cómodo esperarse a conocerla para entonces pretender deshacerla alegando la falta de competencia.

En este sentido, son aplicables entre otros por los paneles los principios generales del derecho siguientes:

Scienti et permittenti non fit dolus (el que se deja engañar entendiéndolo, no se puede querrellar como hombre engañado).

Tacens consentit, si contradicendo impedire poterat (el que calla consiente, si contradiciendo podía impedirlo).

A mayor abundamiento, y como ya se ha dicho, los paneles son tribunales arbitrales de estricto derecho, distintos a cualquier otro tribunal y por ende del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Los árbitros es decir los panelistas, están constreñidos por un marco legal doble: el que subyace por su carácter arbitral y el que determina sus acciones conforme al derecho positivo consignado y ambos condicionan sus acciones. Deben de conocer exclusivamente de los temas en litigio que las partes les plantean, bien en el pacto comisorio, en el acta de misión o en el memorial de inicio en donde se hacen constar los puntos en litigio.

Es muy importante atender a estas limitantes a efectos de evitar caer en ir más allá de lo que se pide o sea la *plus petita*, dejar de atender lo que se señala o *minus petita* o bien referirse a temas que no son propios de los tribunales arbitrales o *extra petita*.

Recordemos asimismo que el artículo 1904 párrafo 2, parte de un hecho axiomático como es que la resolución final sujeta a examen por un panel fue dictada por una autoridad competente, porque está fuera de sus atribuciones analizar esta cualidad. Esto “hace pensar que en la mente de los redactores del tratado estaba la idea de que no se revisaría la competencia de la autoridad, sino que ésta se suponía”.⁶⁵

Por otra parte, los árbitros deben de actuar respetando el principio de la congruencia que exige que las pretensiones que se resuelven en el laudo deben ser las mismas que se plantearon durante el enjuiciamiento y conforme a las constancias que obren en el expediente, por lo que no pueden resolver pretensiones que sean diversas a ellas. Así, si durante el proceso no se trató el tema de la inexistencia ni de la falta de competencia de la autoridad, no cabe hacerlo durante la revisión.

Decisión contraria a esta idea fue la que se plasmó desafortunadamente, como señalamos anteriormente, en la decisión final del caso

⁶⁵ Cruz Miramontes, Rodolfo, “Alegato presentado en la segunda audiencia celebrada en el panel Mex-94-1904-01”, *Revista de Derecho Privado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año 8, núm. 22, enero-abril, 1997 y Adame Goddard, Jorge, “¿Debe un panel binacional, que examina una resolución en materia de cuotas antidumping o compensatorias, revisar la competencia de la autoridad que la dictó?”, *Revista de Derecho Privado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, McGraw-Hill, año 7, núm. 20, 1996, p. 92.

MEX-94-1904-03 en donde, de oficio, se decidió conocer de la falta de competencia de la autoridad.⁶⁶

Es pues asunto del orden interno y no internacional la definición y juicio de la competencia de las autoridades de gobierno.⁶⁷

4. *La participación de abogados ante el panel*

Tema fundamental en los procedimientos ante paneles del artículo 1904 del TLCAN es el de la necesaria participación de abogados durante la substanciación del procedimiento de revisión y desahogo de la o las audiencias públicas que se lleven a cabo.

En dos ocasiones se ha presentado el tema ante los paneles, en el caso MEX-94-1904-01 relativo a la importación de productos planos de acero revestido, originarios y procedentes de los Estados Unidos de América y en el caso MEX-USA-98-1904-01 relativo a las importaciones de jarabe de maíz de alta fructosa, originarias de los Estados Unidos de América.⁶⁸

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte regula en su capítulo XII el Comercio transfronterizo de servicios,⁶⁹ en el que se establecen una serie de medidas que deberán de tomar las partes del TLCAN para garantizar entre otras lo siguiente:

A. El trato nacional

Consistente en la obligación de cada una de las partes de otorgar a los prestadores de servicios profesionales⁷⁰ de la otra parte un trato no me-

⁶⁶ Decisión final del caso MEX-94-1904-03, pp. 58 y ss.

⁶⁷ Adame Goddard, Jorge, *op. cit.*, nota 65, p. 97.

⁶⁸ Sobre este tema fundamental véase Cruz Barney, Óscar, “El ejercicio de la abogacía por extranjeros ante autoridades mexicanas y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, *El Foro*, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., México, Décima época, t. XI, núm. 1, primer semestre, 1998; y Cruz Barney, Oscar, *Solución de controversias y antidumping en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ed. Porrúa, 2002.

⁶⁹ Sobre el tema véase Laura Hernández R., “Los servicios en el derecho interno mexicano y el Tratado de Libre Comercio”, en Jorge Witker (coord.) *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, t. II, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993,

⁷⁰ Por servicios profesionales se entienden los servicios que para su prestación requieren educación superior especializada o adiestramiento o experiencia equivalente y cuyo ejercicio es autorizado o restringido por una parte. TLCAN, artículo 1213.2.

nos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus prestadores de servicios.⁷¹ Cabe pues preguntarse ¿cuál es el trato que otorga México a sus nacionales prestadores de servicios jurídicos? Aquel establecido en la Ley de Profesiones.

Por ejercicio profesional, se entiende de acuerdo al artículo 24 de la ley reglamentaria del artículo 5o. constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, la “realización habitual a título oneroso o gratuito de todo acto, o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión, aunque sólo se trate de simple consulta o la ostentación del carácter del profesionista por medio de tarjetas, anuncios, placas, insignias o de cualquier otro modo”.

De lo anterior, podemos distinguir los siguientes elementos que conforman el ejercicio de una profesión, aplicados al ejercicio en particular de la abogacía:

1. La realización habitual a título oneroso o gratuito;
2. De todo acto o prestación de cualquier servicio propio de la profesión de abogado, y
3. El desahogo de consultas y/o la ostentación de tal carácter por medio de tarjetas, anuncios, placas, insignias o de cualquier otro modo.⁷²

Las limitaciones al ejercicio de una profesión se fundan en el interés del Estado por proteger al público en general que requiere los servicios de profesionales. El ordenamiento legal, en virtud del cual se establecen las normas para el ejercicio de las profesiones determina las condiciones que deben llenarse para obtener un título profesional, cuáles son las instituciones autorizadas para expedir éstos, las prohibiciones a los extranjeros para ejercer en nuestro país, etcétera.⁷³

Cualquier profesión para ejercerse conforme a derecho en nuestro país debe sujetarse a lo establecido en la citada Ley de Profesiones.

⁷¹ TLCAN, capítulo XII, artículo 1202, fracción 1a.

⁷² En opinión de Julio Ángel Cardona Martínez, la definición propuesta por la Ley de Profesiones se quedó “incompleta al no precisarse cuáles son los actos o servicios propios de cada profesión”, véase su trabajo “Los campos del ejercicio profesional del abogado”, *El Foro*, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., México, octava época, t. VII, primer semestre de 1994, p. 150. Sobre el tema véase nuestro trabajo, “El ejercicio de la abogacía por extranjeros ante autoridades mexicanas y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, *El Foro*, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., México, décima época, t. XI, núm. 1, primer semestre, 1998.

⁷³ Véase *Diccionario Jurídico Mexicano*, Voz: *Profesiones*, 7a ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Además, cumplir con lo establecido por el artículo segundo transitorio del Decreto del 31 de diciembre de 1973 publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 2 de enero de 1974, que exige que quien ejerza la abogacía debe contar con título profesional correspondiente a la licenciatura en derecho.

Por su parte, la misma Ley establece que para poder obtener un título profesional es indispensable acreditar que se han cumplido los requisitos académicos previstos por las leyes aplicables, siendo que para el registro de dicho título, tratándose de los expedidos por institución que no forma parte del sistema educativo nacional, será necesario que la Secretaría de Educación Pública revalide, en su caso, los estudios correspondientes y que el interesado acredite haber prestado el servicio social.⁷⁴

Además, se aplican las condiciones contenidas en el artículo 25 relativas al ejercicio profesional consistentes en:

- I. Estar en pleno goce y ejercicio de los derechos civiles;⁷⁵
- II. Poseer título legalmente expedido y debidamente registrado, y
- III. Obtener de la Dirección General de Profesiones patente de ejercicio.

Aunado a lo anterior, las autoridades judiciales y aquellas que conozcan de asuntos contencioso administrativos están obligadas a rechazar la intervención en calidad de patronos o asesores técnicos del o los interesados, de persona que no tenga el título profesional registrado. Aun más, el mandato para asunto judicial o contencioso administrativo sólo podrá ser otorgado en favor de profesionistas con título debidamente registrado en los términos de ley.⁷⁶ Así como señala Cardona Martínez: “la representación del particular en la función jurisdiccional es propio de la abogacía y en consecuencia campo exclusivo de la profesión”.⁷⁷ Dentro de

⁷⁴ Ley de Profesiones, artículo 8o.

⁷⁵ Sobre las nuevas disposiciones en materia de nacionalidad véase Laura Trigueros Gaisman, “La doble nacionalidad en el derecho mexicano”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, UIA-Departamento de Derecho, núm. 26, 1996; Alonso Gómez Robledo Verdusco, “México consagra la doble nacionalidad”, *Revista de Derecho Privado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 23, mayo-agosto, 1997, y Contreras Vaca, Francisco J., “La Nueva Ley de Nacionalidad”, *Ars Iuris*, México, Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, núm. 11, 1994.

⁷⁶ *Idem*, artículo 26.

⁷⁷ Cardona Martínez, Julio Ángel, *op. cit.*, p. 151.

esta función jurisdiccional, afirma Cardona, se encuentran los tribunales judiciales, administrativos y dependencias del Ejecutivo que en ejercicio de funciones jurisdiccionales resuelvan controversias que afecten la esfera del particular.⁷⁸

B. *Trato de nación más favorecida*

En virtud del cual, cada una de las partes esta obligada a otorgar a los prestadores de servicios de otra parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a prestadores de servicios de cualquier otra parte o de un país que no sea parte.⁷⁹

C. *Presencia local*

en virtud de la cual, ninguna parte podrá exigir a un prestador de servicios de otra parte que establezca o mantenga una oficina de representación ni ningún tipo de empresa, o que sea residente en su territorio como condición para la prestación transfronteriza de un servicio, por el que se entiende la “prestación de un servicio: (a) del territorio de una parte al territorio de otra parte; (b) en territorio de una parte, por personas de esa parte, a personas de otra parte; o (c) por un nacional de una parte en territorio de otra parte”.⁸⁰

El Anexo 1210.5 del TLCAN referente a los Servicios Profesionales establece en su sección B la posibilidad de actuación de los llamados “consultores jurídicos extranjeros”. Éstos están indicados en las listas correspondientes, y con sujeción a las reservas establecidas en las mismas, quienes estarán autorizados para prestar asesoría sobre la legislación del país donde ese nacional tenga autorización para ejercer como abogado, *verbigracia* los abogados canadienses y estadounidenses podrán prestar servicios profesionales de asesoría a nacionales mexicanos, pero únicamente sobre el derecho de los Estados Unidos o Canadá según sea el caso. Así, el TLCAN es claro al limitar con respecto a México,

⁷⁸ Caso, por ejemplo, de la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial en los procedimientos *antidumping*.

⁷⁹ *Idem*, artículo 1203.

⁸⁰ TLCAN, artículos 1205 y 1213.2.

la actuación de los abogados de estos dos países a la asesoría en derecho extranjero.⁸¹

En cuanto al otorgamiento de licencias y certificados para el ejercicio profesional, se establece que éstos no deben constituirse en una barrera innecesaria al comercio, debiendo:

1. Sustentarse en criterios objetivos y transparentes, tales como la capacidad y aptitud para la prestación del servicio de que se trate.
2. No ser más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad del servicio profesional, y
3. No constituir una restricción encubierta a la prestación del servicio en cuestión.⁸²

Además, cada parte está obligada a eliminar todo requisito de nacionalidad o de residencia permanente para el otorgamiento de las mencionadas licencias o permisos en un plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del Tratado.⁸³

El artículo 1206 trata sobre las reservas a la prestación de servicios transfronterizos, y nos remite a la lista de cada una de las partes con relación al principio de trato nacional (artículo 1202), nación más favorecida (artículo 1203) y requisitos para la prestación de servicios profesionales, contenida en el anexo 1.⁸⁴

En la lista de México, al tratar el sector de los servicios profesionales, técnicos y especializados, se establece, por principio, que sólo los abogados con cédula para ejercer en México podrán participar en un despacho de abogados constituido en nuestro país.⁸⁵ Respecto de Canadá y en congruencia con el principio de reciprocidad, se señala que los abogados con licencia para ejercer en una provincia canadiense que permita la asociación entre esos abogados y abogados con cédula para ejercer en México, podrán asociarse con abogados mexicanos que cuenten con la respectiva cédula. Es importante resaltar que los abogados canadienses con

⁸¹ Sobre este punto véase Ramos Sánchez, Daniel, *La inserción de México en la globalización y regionalización de las profesiones*, México, Fondo de Cultura Económica, IPN, 1998, pp. 86-88.

⁸² TLCAN, artículo 1210.

⁸³ En este sentido la modificación del artículo 15 de la Ley de Profesiones.

⁸⁴ TLCAN, t. XXXVI, pp. 963-1118.

⁸⁵ Clasificación Mexicana de Actividades y Productos 951002, Servicios Legales (incluye consultores legales extranjeros). CMAP, Instituto Nacional de Geografía y Estadística

licencia para ejercer en Canadá no podrán ejercer la abogacía ni desahogar consultas sobre derecho mexicano. Estos abogados estarán, además, sujetos a la lista de México.⁸⁶

Respecto de los Estados Unidos, los abogados con licencia para ejercer en dicho país estarán sujetos a las listas de México, anexo II, p.II-M-8 y en el anexo VI-M-2.

El anexo VI contiene la lista de cada una de las partes con los compromisos adquiridos por las mismas para liberalizar las medidas no discriminatorias de acuerdo con el artículo 1208.⁸⁷ En dicho anexo VI, México garantiza que a un abogado autorizado para ejercer en una provincia de Canadá o en un estado de Estados Unidos que pretenda ejercer como consultor legal extranjero en nuestro país se le otorgará una licencia para hacerlo, si a los abogados con cédula profesional para ejercer en México les es otorgado un trato equivalente en la provincia o estado de que se trate.

Igual disposición aplica a los despachos de abogados con casa matriz en el territorio de una de las partes que pretendan prestar servicios profesionales de consultoría en el territorio de otra de las partes. En caso de que los abogados canadienses o estadounidenses no cuenten con la licencia de ejercicio en sus respectivos países, México negará los beneficios a que hemos hecho mención.

Por su parte, el anexo II contiene la reserva por parte de nuestro país para imponer en cualquier momento las medidas que estime necesarias respecto a la prestación de servicios legales y de consultoría legal extranjera por estadounidenses.

Cabe preguntarse ¿qué trato le es otorgado a un abogado mexicano en los Estados Unidos?, para ello, nos centraremos particularmente en el ejercicio ante dos entidades administrativas estadounidenses para casos *antidumping*: la International Trade Commission (ITC) y la International Trade Administration (ITA).

La ITC permite la participación de las partes interesadas durante sus investigaciones *antidumping* y el acceso a la información confidencial (Business proprietary information) en las mismas, pudiendo solicitar acceso a la investigación quien se considere parte interesada. Una persona que desee comparecer como representante de una de las partes puede ser

⁸⁶ TLCAN, anexo VI, p.VI-M-2.

⁸⁷ Este artículo contiene la obligación de indicar en el mencionado anexo VI los compromisos para la liberalización de restricciones cuantitativas, requisitos para el otorgamiento de licencias, requisitos de desempeño y otras medidas no discriminatorias.

examinada por la ITC para comprobar si tiene o no la capacidad necesaria para ejercer tal representación. El acceso a la información protegida o confidencial dependerá del *status* de dicho representante.

Para acceder a la información confidencial o protegida, el representante (abogado mexicano en este caso) debe cumplir con los siguientes requisitos, según sea el caso:

1. Ser abogado con capacidad para ejercer, autorizado por la Barra de Abogados del Distrito de Columbia o bien de algún estado de los Estados Unidos (es decir, que haya acreditado el examen de la Barra correspondiente), o bien,

2. Ser un consultor o experto bajo el control y dirección de un abogado representando a una parte interesada dentro de la investigación.

3. Ser un experto o consultor que comparezca regularmente ante la ITC, (sin que exista definición de la autoridad a este respecto).

4. Ser el representante de una parte interesada si esa parte interesada no esta representada por un abogado.⁸⁸

En el caso de la ITA, la práctica es similar a la de la ITC, pero en el caso del acceso a la información confidencial o protegida por abogados extranjeros, la ITA decide caso por caso.

De lo anterior debemos destacar dos aspectos:

- a) Los abogados mexicanos para poder comparecer ante la ITC y la ITA deben cumplir con la evaluación de conocimientos llevada a cabo por dichas autoridades, que en el caso de México y para los abogados extranjeros, las entidades acreditadas para certificar tal aptitud son las universidades y en su caso la Secretaría de Educación Pública, mas nunca las autoridades administrativas, municipales, notarios, corredores, etcétera a que se refiere el artículo 67 de la ya citada Ley de Población.⁸⁹

⁸⁸ En este sentido existe una contradicción pues se puede comparecer ante la ITC sin ser abogado representando a una parte que no tenga abogado, más no se puede comparecer como abogado extranjero si no se cuenta con la aprobación de una Barra de Abogados estadounidense. Véase el *ITC Handbook*.

⁸⁹ Sin embargo, en los procedimientos contra prácticas desleales llevados a cabo en nuestro país, se ha permitido el ejercicio profesional de los abogados estadounidenses sin que estos demuestren contar con la cédula profesional respectiva o bien con los conocimientos necesarios ante universidad mexicana alguna o bien la SEP. Para esto, debían de cualquier manera haber demostrado cuál es la práctica en los Estados Unidos y acreditar que abogados mexicanos han podido actuar directamente ante autoridades estadounidenses, cosa que no han hecho.

b) Para poder acceder a la información confidencial, los abogados mexicanos deber acreditar haber aprobado el examen de la Barra de Abogados del estado o del Distrito de Columbia según sea el caso. Nunca podrán actuar sin comprobar dicha autorización para el ejercicio profesional en los Estados Unidos, misma que hace las veces de una cédula profesional mexicana.

En el capítulo XVI del TLCAN que trata de la entrada temporal de personas de negocios, se hace presente la conveniencia de facilitar la entrada temporal de estas personas conforme al principio de reciprocidad y garantizar la seguridad de las fronteras así como de proteger la fuerza de trabajo nacional y el empleo permanente en los respectivos territorios.

Por persona de negocios se entiende aquel ciudadano de una parte que participa en el comercio de bienes, prestación de servicios, o actividades de inversión. Cada parte debe garantizar la entrada temporal a quienes cumplan con las medidas aplicables de salud, seguridad pública y nacional.

En el anexo 1603, sección D, referente a la entrada temporal de personas de negocios, se contiene la obligación de cada parte para autorizar la entrada de estos ciudadanos que pretenda llevar a cabo alguna actividad a nivel profesional en el ámbito de alguna de las profesiones señaladas en el anexo 1603.D.1, donde se incluye la profesión de abogado. El profesionista deberá exhibir para poder entrar al territorio de una parte:

1. Prueba de nacionalidad de una parte.
2. Documento que acredite que la persona emprenderá tales actividades y que señale el propósito de su entrada.

Ahora bien, en el mencionado anexo 1603.D.1, se establece de manera limitativa y congruente con el capítulo XII del Tratado, que el profesional que ingrese al territorio de una parte conforme a las listas en él contenidas podrá desempeñar funciones de adiestramiento relacionadas con su profesión, incluida la impartición de seminarios. Sin que se mencione la posibilidad de asesorar, actuar, representar o defender a persona alguna ante autoridades de alguna de las partes y menos en derecho que no sea el propio.

El 9 de mayo de 1994 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Circular número R.E.-1 en la que se detallan las reglas a las que se sujetará el ingreso temporal de personas de negocios, de conformidad con el TLCAN, en donde se considera sujetos beneficiarios de dichas reglas a los ciudadanos estadounidenses y canadienses que pretendan inter-

narse en territorio mexicano al amparo de alguna de las modalidades de “persona de negocios” (visitantes de negocios, comerciantes e inversionistas, transferencias de personal y profesionales).

Los profesionales son aquellas personas que desean llevar a cabo actividades a nivel profesional de las señaladas en el TLCAN en donde se comprende la nuestra.

La Circular establece expresamente que:

El otorgamiento de esta categoría migratoria no los autoriza para ejercer la profesión respectiva, sin haber cubierto previamente los requisitos establecidos en las disposiciones reglamentarias del Artículo 5o Constitucional en materia de profesiones o en su caso, sin sujetarse a las prevenciones establecidas en el TLC.

Las personas de negocios que ingresen como profesionales les queda expresamente prohibido realizar cualquier actividad que implique ejercicio profesional, sin haber obtenido previamente cédula profesional de la Dirección General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública.

De lo anterior podemos concluir que los profesionales estadounidenses o canadienses:

A. No pueden ejercer la profesión de abogado, ni ostentarse como tales por el simple hecho de contar con la visa TLCAN.

B. No quedan tampoco liberados del cumplimiento de las obligaciones y requisitos establecidos por la Ley de Profesiones y de la Ley de Población y su Reglamento.

De lo anterior, debemos destacar:

1. El ejercicio profesional comprende la realización habitual ya sea a título oneroso o gratuito de todo acto, propio de una profesión, aunque sólo se trate del simple desahogo de consultas o la ostentación del carácter de profesionista por medio de tarjetas, anuncios, placas, insignias o de cualquier otro modo, incluyendo las autorizaciones en escritos presentados ante autoridades nacionales.

2. Cualquier profesión para ejercerse conforme a derecho en nuestro país debe sujetarse a lo establecido en la Ley de Profesiones, y en el caso de extranjeros, sujetarse además a las disposiciones de la Ley General de Población y su Reglamento.

3. En el caso de los abogados canadienses y estadounidenses, éstos, deberán sujetarse a lo dispuesto en el Tratado de Libre Comercio de

América del Norte que regula en su capítulo XII el comercio transfronterizo de servicios, particularmente en los anexos 1210.5, II, p.II-M-8 y VI-M-2. Igualmente a lo acordado en el capítulo XVI del TLCAN que trata de la entrada temporal de personas de negocios, su anexo 1603, sección D y el 1603.D.1, donde se incluye la profesión de abogado, así como a la Circular número R.E.-1 en la que se detallan las reglas a las que se sujetará el ingreso temporal de personas de negocios, de conformidad con el TLCAN.

4. Los abogados canadienses y estadounidenses estarán autorizados para prestar asesoría sobre la legislación del país donde ese nacional tenga autorización para ejercer como abogado, es decir, únicamente sobre el derecho de los Estados Unidos o Canadá según sea el caso. Nunca sobre derecho mexicano.

5. La visa otorgada conforme al TLCAN a los abogados canadienses y estadounidenses no les autoriza por ningún motivo ejercer su profesión en México, fuera de lo dispuesto en los capítulos XII y XVI del TLCAN y sus respectivos anexos.

Una vez repasados los requisitos para el ejercicio profesional de la abogacía en el marco del TLCAN, cabe referirnos a las disposiciones específicas del capítulo XIX y a las decisiones finales adoptadas en los casos mencionados del artículo 1904.

En el caso MEX-94-1904-01, ante la presentación de un incidente de falta de personalidad promovido en contra de las empresas extranjeras, el panel resolvió atinadamente reconocer como representantes legales acreditados a dos abogados mexicanos con la condición de que acreditaran ante el propio panel su carácter de tales, es decir, de licenciados en derecho mediante cédula profesional expedida por la Dirección General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública, mientras que a una abogada extranjera se le reconoció únicamente como asesor legal y no como representante legal acreditado.⁹⁰

Sin embargo, el panel del caso MEX-USA-98-1904-01 al resolver diversas peticiones incidentales relativas a la falta de cumplimiento de los requisitos previstos para la actuación de los representantes legales de las reclamantes, presentados los días 21 de agosto y 3 de septiembre de 1998 por la UPCI y la industria nacional, resolvió las dichas peticiones incidentales “reconociendo a los apoderados legales de las participantes

⁹⁰ Decisión final del caso MEX-94-1904-01, p. 9.

el derecho para comparecer ante el panel en representación de sus poderdantes y señalando que los poderes generales no deben otorgarse necesariamente a abogados titulados”.⁹¹

Más aun, se permitió la participación en la audiencia pública celebrada los días 22 y 23 de agosto de 2001, de abogados extranjeros y de no abogados, mismos que presentaron alegatos jurídicos en favor de sus representadas, pese a la oposición expresa del resto de los participantes.⁹²

Consideramos que el panel no debió permitir tal participación y tuvo que haber exigido la presentación de las cédulas profesionales correspondientes a la licenciatura en derecho por las siguientes consideraciones:

El artículo 1904, párrafo 7 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, establece:

La Autoridad Investigadora competente que haya dictado la resolución definitiva en cuestión, tendrá el derecho de comparecer y ser representada por abogados ante el panel. Cada una de las partes dispondrá que las personas que por otro lado, de conformidad con el derecho de la parte importadora, estarían legitimadas para comparecer y ser representadas en un procedimiento interno de revisión judicial de la resolución de la Autoridad investigadora competente, tengan el derecho de comparecer y ser representadas por abogados ante el panel.

Por su parte, la regla 3 de las Reglas de Procedimiento del artículo 1904 del TLCAN establece que “persona interesada” significa la persona que, conforme a las leyes del país en que se dictó la resolución definitiva esta legitimada para comparecer y ser representada en el procedimiento de revisión judicial de dicha resolución, lo que nos lleva al último párrafo del artículo 200 del Código Fiscal de la Federación que establece que para comparecer como representante ante el Tribunal, se debe tener el título de licenciado en derecho.

De la simple lectura de los preceptos citados derivamos que solamente los abogados pueden ser designados por las partes para que los representen en los actos que se lleven a cabo ante los paneles de revisión de resoluciones definitivas establecidos conforme al capítulo XIX del TLCAN.

⁹¹ Decisión final del caso MEX-USA-98-1904-01, pp. 20-21.

⁹² Véase la transcripción de la audiencia pública de fechas 22 y 23 de agosto de 2001.

Así, para que una persona se considere representante legal acreditado, de cualquier participante se requiere que sea abogado y que firme algún documento ante el panel.

De conformidad con el párrafo segundo del artículo 1904, las disposiciones aplicables en el presente caso, lo constituyen las leyes, antecedentes legislativos, reglamentos, práctica administrativa y precedentes judiciales pertinentes, en la medida en que un tribunal de la parte importadora se basaría para revisar una resolución definitiva, es decir, deberá acudir al artículo 5o. constitucional, el 24 de la ley reglamentaria del mismo en materia del ejercicio profesional en el Distrito Federal y su reglamento, el Decreto del 31 de diciembre de 1973, artículo 2o. transitorio y a la Circular número R.E.-1 que se refiere precisamente a las reglas aplicables al ingreso temporal de personas de negocios a que se refiere el TLCAN, cuando se trate de estadounidenses y canadienses.

De la lectura de la legislación indicada, derivamos que la abogacía y su ejercicio es un derecho consagrado y regulado por las mismas y que está acotado por razones de orden público, por las disposiciones legales aplicables que son las mencionadas.

Asimismo, que deben de llenarse una serie de requisitos que permitan su ejercicio lícito partiendo del hecho de que acredite primeramente su carácter de abogado mediante el título y cédula profesional correspondiente, esta última expedida por la Dirección General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública.

Desde luego, elemento fundamental es el que se esté en el pleno goce y ejercicio de los derechos civiles.

Como ya señalamos, en el caso de ser extranjeros, procedentes de Canadá o Estados Unidos, deberán además cumplir cabalmente con los requisitos exigidos por la Ley General de Población, de su Reglamento y de la Circular número R.E.-1 en la que se detallan las reglas a las que se sujetará el ingreso temporal de personas de negocios, de conformidad con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 9 de mayo de 1994.

Hemos visto ya que la Circular se aplica a los ciudadanos de los Estados Unidos de América y Canadá que pretendan internarse a territorio mexicano al amparo de alguna de las modalidades migratorias reconocidas por el TLCAN, entre la que se encuentra la de profesional, que comprende a aquellas personas que pretendan llevar a cabo actividades a ni-

vel profesional de las señaladas en el TLCAN, entre las que se encuentra la de abogado.

La propia Circular R.E.-1 establece claramente que el otorgamiento de esta categoría migratoria no los autoriza para ejercer la profesión respectiva, sin haber cubierto previamente los requisitos establecidos en las disposiciones reglamentarias del artículo 5o. constitucional en materia de profesiones. A las personas de negocios que ingresen como profesionales les queda expresamente prohibido realizar cualquier actividad que implique ejercicio profesional, sin haber obtenido previamente cédula profesional de la Dirección General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública.

El panel resolvió autorizar la participación de no abogados y de abogados extranjeros como representantes al considerar que los poderes generales no deben otorgarse necesariamente a abogados titulados.

Surge la pregunta ¿debemos entender que basta un poder que le otorgue la representación a una persona, abogada o no, nacional o no, para que esta pueda comparecer y alegar ante el panel binacional?

El punto a resolver en este caso es ¿qué se entiende por ejercicio de la abogacía?, para entonces poder determinar si la representación ante un panel del artículo 1904 del TLCAN implica o no dicho ejercicio profesional y como consecuencia el que los representantes acreditados deben ser abogados conforme al texto expreso del Tratado.

Quizás la parte más importante de la abogacía sea precisamente la de interpretar válidamente a la norma jurídica conforme lo establecen las reglas y la hermenéutica jurídica y así hablar y escribir en derecho, es decir, el arte de escribir en derecho y de hablar en derecho son cualidades fundamentales del abogado. Los alegatos en derecho tienen por definición un contenido técnico jurídico, diferente y contrastable con las pruebas testimoniales o con las pruebas periciales. “El lugar ...para inferir, discurrir y reflexionar, en vista de los hechos justificados mediante los distintos medios probatorios, era el alegato o informe del letrado”.⁹³

La presentación de argumentos orales o escritos ante un panel del capítulo XIX constituyen ejercicio profesional en los términos del artículo 24 de la ley reglamentaria del artículo 5o. constitucional, que estable-

⁹³ Véase Mayagoitia, Alejandro, *Notas para servir a la bibliografía jurídica novohispana: la literatura circunstancial*, México, Tesis de Grado, Facultad de Derecho, UNAM, t. I, p. CXI-CXII.

ce que por ejercicio profesional se entiende: “la realización habitual a título oneroso o gratuito de todo acto, o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión, aunque sólo se trate de simple consulta o la ostentación del carácter del profesionista por medio de tarjetas, anuncios, placas, insignias o de cualquier otro modo”.

El representar a una parte en un procedimiento de solución de controversias, como lo es ante un panel binacional del capítulo XIX del TLCAN de conformidad con el artículo 1904, párrafo 7 al que ya hemos hecho mención, asesorando y defendiendo a las partes, y al pretender ejercer tal profesión, deberán acreditar que cuentan con cédula profesional mexicana que les permita dicho ejercicio.

No basta que los no abogados o bien los abogados que no cuentan con cédula profesional expedida en México se ostenten como representantes legales de alguna de las partes en el procedimiento y que manifiesten en su caso que ingresaron al país como no inmigrante visitante temporal, sino que se deben acreditar los demás elementos conectados directamente con su profesión de abogado.

Así, podemos concluir en este punto que para comparecer ante un panel constituido conforme al capítulo XIX del TLCAN, se debe acreditar que se cuenta con título y cédula profesional que autoricen al ejercicio de la profesión de abogado.

IV. COMITE ESPECIAL PARA PROTEGER EL SISTEMA DE REVISIÓN (ARTÍCULO 1905)

El artículo 1905 del TLCAN se refiere a la salvaguarda del sistema de revisión ante el panel, ideado “con la intención de dar efectividad al procedimiento de solución de controversias establecido por el capítulo XIX”⁹⁴ y constituye una innovación respecto del capítulo 19 del ALC.⁹⁵ Esta se activa cuando una parte⁹⁶ alega que la aplicación del derecho interno de otra de las partes:

⁹⁴ Witker, Jorge y Hernández, Susana, *op. cit.*, p. 245.

⁹⁵ Reisman, Michael, y Wiedman, Mark, “Contextual Imperatives of Dispute Resolution Mechanisms. Some Hypotheses and their Applications in the Uruguay Round and NAFTA”, *Journal of World Trade*, Ginebra, Suiza, vol. 29, núm. 3, junio, 1995, p. 27.

⁹⁶ En este sentido, es claro el artículo 1905 en el sentido de que solamente las partes pueden acudir a este mecanismo, sin que puedan hacerlo ni las partes en la revisión ni los panelistas.

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; la parte podrá solicitar por escrito consultas con la otra parte respecto a las afirmaciones. Las consultas comenzarán dentro de los quince días siguientes a la fecha de solicitud de las mismas.

Si el problema no se resuelve dentro de los 45 días siguientes a la solicitud de consultas o en cualquier otro plazo que las partes consultantes convengan, la parte reclamante puede solicitar la instalación de un comité especial, mismo que se deberá instalar dentro de los quince días siguientes a la solicitud.

En el caso de que el comité especial formule un dictamen positivo, es decir, considere que se actualiza alguna de las causales señaladas, la parte reclamante y la parte demandada deben iniciar consultas en un plazo no mayor de 10 días e intentar llegar a una solución mutuamente satisfactoria dentro de los sesenta días posteriores a la emisión de la determinación del comité.⁹⁷ Si dentro de dicho plazo, las partes no llegan a una solución mutuamente satisfactoria, o la parte demandada no ha demostrado, a satisfacción del comité especial, haber corregido el problema o los problemas respecto a los cuales el comité ha formulado un dictamen positivo, la parte reclamante podrá suspender respecto de la parte demandada:

a) el funcionamiento del artículo 1904 con respecto a la parte demandada, o

⁹⁷ Witker, Jorge y Hernández, Susana, *op. cit.*, p. 247.

b) la aplicación de aquellos beneficios derivados del TLCAN que las circunstancias ameriten. Si la parte reclamante decide tomar medidas, lo deberá hacer en los treinta días después de la terminación del periodo de sesenta días para consultas.

En caso de que la parte reclamante suspenda el funcionamiento del artículo 1904 respecto a la parte demandada, esta última podrá a su vez suspender recíprocamente el funcionamiento del artículo 1904, en los treinta días siguientes a que la parte reclamante haya suspendido el funcionamiento del mismo artículo. Si cualquiera de las partes decide suspender el funcionamiento del artículo 1904, lo notificará por escrito a la otra parte.

El comité especial podrá reunirse de nuevo, a solicitud de la parte demandada, para determinar si la suspensión de beneficios por la parte reclamante es ostensiblemente excesiva o bien si la parte demandada, ha corregido el problema o los problemas respecto a los cuales el comité formulara un dictamen positivo.

En estos casos, el comité especial deberá presentar, dentro de los 45 días posteriores a la solicitud, 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 hayan aplicado la parte reclamante, la parte demandada, o ambas.

Si el comité especial formula un dictamen positivo respecto a que la parte demandada ha impedido la integración de un panel solicitado por la parte reclamante, al día siguiente a la fecha en que se emita la decisión del comité especial:

1. Se aplazarán los procedimientos de revisión del panel o del comité de impugnación extraordinaria conforme al artículo 1904:

a) 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 y en ningún caso más de 150 días anteriores a un dictamen positivo expedido por el comité especial, o

b) respecto a la revisión de cualquier resolución definitiva de la parte demandada que haya solicitado la parte reclamante, a petición de esta última, y

2. Se interrumpirá el plazo para solicitar la revisión por parte de un panel o un comité, de acuerdo al artículo 1904(4) o al anexo 1904.13 y no correrá de nuevo sino hasta su reanudación.

Si cualquiera de las partes suspende el funcionamiento del artículo 1904, se deberá dar por terminada la revisión ante un panel o un comité que hubiere sido previamente aplazada y la impugnación de la resolución definitiva se remitirá irrevocablemente al tribunal interno competente para su resolución de conformidad con lo siguiente:

a) respecto a la revisión de una resolución definitiva de la parte reclamante solicitada por la parte demandada, a petición de cualquiera de las partes, o de una parte en la revisión del panel de acuerdo al artículo 1904, o

b) respecto a la revisión de una resolución definitiva de la parte demandada, solicitada por la parte reclamante, o por una persona de la parte demandante que es parte en la revisión del panel de acuerdo al artículo 1904.

Cuando la suspensión del funcionamiento del artículo 1904 no se hace efectiva, se deben reanudar los procedimientos suspendidos de revisión ante el panel o comité. Si la parte reclamante suspende la aplicación a la parte demandada de los beneficios derivados del TLCAN que proceda según las circunstancias, se reanudará la revisión del panel o comité suspendida.

Cada una de las partes debe disponer en su derecho interno que, en caso de que el comité especial emita un dictamen positivo, no comience a correr el plazo para solicitar la revisión judicial de una resolución definitiva de *antidumping* o cuotas compensatorias a menos que, y no antes que las partes interesadas hayan negociado una solución mutuamente satisfactoria, o que hayan suspendido el funcionamiento del artículo 1904 o la aplicación de otros beneficios.

El anexo 1905.6 establece los lineamientos a seguir en el procedimiento del comité especial, al señalar que a más tardar en la fecha de entrada en vigor del Tratado, las partes deberán establecer las reglas de procedimiento, de conformidad con los siguientes principios:⁹⁸

⁹⁸ Estas existen tanto en Canadá como en Estados Unidos, divididas en 50 reglas. En México todavía no han sido publicadas. Utilizamos aquí la versión estadounidense. Véase *Article 1905 Special Committee Rules*, en www.nafta-sec-alena.org/english/rules/c1905/1905.p.htm. Las citaremos como *reglas de procedimiento del artículo 1905*.

1. Los procedimientos deben asegurar el derecho a cuando menos una audiencia ante el comité especial, así como la oportunidad para presentar comunicaciones escritas iniciales y de réplica;

2. Los procedimientos deben asegurar que el comité especial prepare un informe preliminar, generalmente dentro de los sesenta días posteriores a la designación del último miembro, y otorgar a las partes catorce días para formular observaciones sobre el informe, antes del definitivo, que se emitirá en un plazo de treinta días posteriores a la presentación del informe preliminar;

3. Las audiencias, las deliberaciones y el informe preliminar del comité especial y todas las promociones por escrito y las comunicaciones con el comité especial, serán confidenciales;

4. A menos que las partes implicadas convengan otra cosa, la resolución de un comité especial se publicará diez días después de que sea enviada a las partes contendientes, así como también cualesquiera opiniones de los miembros emitidas por separado y cualesquiera puntos de vista por escrito que cualquiera de las partes desee publicar, y

5. A menos que las partes en la controversia convengan otra cosa, las reuniones y las audiencias del comité especial se llevarán a cabo en la oficina de la sección del secretariado de la parte demandada.

Las reglas de procedimiento del artículo 1905 establecen que el comité especial se integra por tres miembros, seleccionados de acuerdo con los procedimientos establecidos en el anexo 1904.¹³ que se refiere al procedimiento de impugnación extraordinaria y que veremos más adelante. Las reuniones del comité se deben llevar a cabo en las oficinas del secretariado responsable, salvo que los miembros del propio comité decidan otra cosa.⁹⁹

Los miembros del comité especial deben designar a uno de ellos como presidente, que actúe como tal en las reuniones y audiencias. Las decisiones del comité se toman por mayoría y sus deliberaciones se deben llevar a cabo en privado y de manera confidencial con la presencia únicamente de los miembros del comité, salvo que éste autorice expresamente la presencia del personal de los secretariados involucrados, asistentes y demás personal de apoyo.

En cuanto al procedimiento a seguir, las reglas de procedimiento del artículo 1905 establecen que el comité especial puede adoptar los pro-

⁹⁹ *Reglas de procedimiento del artículo 1905*, regla 4(1).

cedimientos internos que considere convenientes para el manejo de los temas administrativos, mientras no sean inconsistentes con las propias reglas.¹⁰⁰

El criterio de revisión del comité especial, consiste en:¹⁰¹

a) determinar si los alegatos vertidos por la parte reclamante conforme al artículo 1905.1 del Tratado, relativos a la aplicación del derecho de la parte demandada, tienen fundamento;

b) determinar si la suspensión de beneficios hecha por la parte reclamante conforme al artículo 1905.8(b) del Tratado es manifiestamente excesiva;

c) determinar si la parte demandada ha corregido el problema respecto del cual el comité especial ha emitido un dictámen positivo.

Dentro del procedimiento ante un comité especial, que puede ser en español, francés o inglés, se deberá celebrar cuando menos una audiencia, previa a la emisión de su informe preliminar, en la que deberán estar presentes todos los miembros integrantes del comité. Los argumentos orales de las partes en la audiencia se deben presentar en el siguiente orden: primero se presenta el argumento de la parte reclamante, segundo el de la parte demandada, tercero la réplica de la reclamante y cuarto la duplica de la demandada.¹⁰²

Se establece además que ningún miembro del comité especial podrá tener contactos con una de las partes si la otra parte no está presente.

Se debe tener presente finalmente lo que por su parte, la regla 83, de las reglas de procedimiento del artículo 1904 del TLCAN establece para estos casos.

Previo presentación ante el secretariado responsable de una solicitud en los términos del artículo 1905(11)(a)(ii) del Tratado, la parte que se considere afectada podrá pedir la suspensión del procedimiento de revisión ante un panel y deberá notificarlo por escrito y sin demora a la otra parte implicada y al otro secretariado implicado.

Al recibir la solicitud mencionada, el secretario responsable debe:

a) inmediatamente notificar por escrito a todos los participantes la suspensión del procedimiento ante el panel;

¹⁰⁰ Regla 9(1).

¹⁰¹ Regla 10.

¹⁰² Regla 21.

b) publicar un aviso de suspensión del procedimiento ante el panel en la publicación oficial de las partes implicadas.

Al recibir un dictamen positivo respecto a alguna de las causales de las señaladas en el artículo 1905(1) del TLCAN, corresponde al Secretario responsable:

a) notificarlo inmediatamente por escrito a todos los participantes en dichos procedimientos de revisión.

b) publicar un aviso del dictamen positivo en las publicaciones oficiales de las partes implicadas.

La parte que tenga la intención de suspender la aplicación del artículo 1904 del Tratado conforme al artículo 1905(8) o 1905(9), debe notificarlo por escrito a la otra parte implicada y a los secretarios implicados por lo menos 5 días antes de la suspensión.

Al recibir la notificación, los secretarios implicados publicarán un aviso de suspensión en las publicaciones oficiales de las partes implicadas.

Finalmente, cabe señalar que hasta ahora, en México no se han llevado a cabo procedimientos ante comités especiales del artículo 1905.

V. COMITÉ DE IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA (ARTÍCULO 1904, PÁRRAFO 13 Y ANEXO 1904.13)

Si bien el TLCAN establece un principio de definitividad de las resoluciones dictadas por los paneles del artículo 1904,¹⁰³ podría parecer que no es así ante la existencia del párrafo 13 del artículo 1904.

En dicho párrafo se establece un mecanismo de vigilancia y legitimidad de los paneles comprendidos en dicho precepto y funciona cuando en un plazo razonable posterior a que se haya emitido el fallo del panel, alguna de las partes implicadas afirme que:¹⁰⁴

1) un miembro del panel ha sido culpable de una falta grave, de parcialidad, o ha incurrido en grave conflicto de intereses, o de alguna otra manera ha violado materialmente las normas de conducta,

2) el panel se ha apartado de manera grave de una norma fundamental de procedimiento, o

¹⁰³ Witker, Jorge y Hernández, Susana, *op. cit.*, p. 251.

¹⁰⁴ Véase Appleton, Barry, *Navigating NAFTA. A concise user's guide to the North America Free Trade Agreement*, Ontario, Lawyers Cooperative Publishing, Carswell, 1994, p. 140.

3) el panel se ha excedido ostensiblemente en sus facultades, autoridad o jurisdicción establecidos, como el no haber aplicado el criterio de revisión adecuado, de manera que cualquiera de las acciones anteriores haya afectado materialmente el fallo del panel y amenace la integridad del proceso de revisión por el panel binacional; esa parte podrá acudir al procedimiento de impugnación extraordinaria contemplado en el anexo 1904.13.

El citado anexo 1904.13 establece que las partes implicadas deberán establecer un comité de impugnación extraordinaria, integrado por tres miembros, dentro de un plazo de quince días a partir de que haya sido solicitado por la parte que se considere afectada.

Los miembros del comité de impugnación extraordinaria se seleccionan de una lista integrada por quince jueces, o personas que lo hayan sido, de un tribunal judicial federal de Estados Unidos o un tribunal judicial de jurisdicción superior de Canadá o de un tribunal judicial federal de México. Cada una de las partes debe nombrar a cinco integrantes de la lista, y cada una de las implicadas seleccionar a un miembro de esta lista y decidir por sorteo cuál de ellas habrá de tomar de esa lista al tercer miembro. Corresponde al Secretario responsable notificar a los participantes y al otro Secretario implicado los nombres de los miembros del comité al completarse su constitución. Cabe señalar que los miembros del comité quedan liberados de su encargo hasta el día en que surte efectos el Aviso de Terminación de la Impugnación Extraordinaria.

El TLCAN estableció que a más tardar a la fecha de su entrada en vigor, las partes debían establecer las reglas de procedimiento de los comités, mismas que dispondrían que las resoluciones del comité se dicten en un plazo no mayor de 90 días a partir de su instalación. Como señalamos anteriormente, las reglas fueron publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del día 20 de junio de 1994, con una Aclaración a las Reglas de Procedimiento del Comité de Impugnación Extraordinaria del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Las resoluciones de los comités son obligatorias para las partes respecto a la controversia entre ellas de la que haya conocido el panel. Después de un análisis, de hecho y de derecho, sobre el que se funden el fallo y las conclusiones del panel para conocer si se satisface una de las causas señaladas en el Tratado, y una vez que compruebe la existencia de dicha causa, el comité deberá anular el fallo original del panel o lo de-

volverá al panel original para que adopte una medida que no sea incompatible con la resolución del comité; si no proceden las causas, confirmará el fallo original del panel. Si se anula el fallo original, se debe instalar un nuevo panel conforme al anexo 1901.2 del TLCAN.

Hasta ahora no se ha presentado según sabemos, ningún caso de esta naturaleza pese a que frente a la primera resolución dictada en el capítulo XIX del TLCAN se brindó esta posibilidad, dadas las deficiencias del mismo.

En el caso MEX-94-1904-02 relativo a las importaciones de productos de lámina cortada a la medida procedentes de los Estados Unidos de América (que como ya señalamos fue el segundo caso, pero el primero en resolverse) se ofreció una oportunidad de aplicardicho mecanismo de corrección. El laudo en nuestra opinión es aberrante y no se apegó a las normas aplicables, alejándose de las mismas toda vez que el único propósito de los paneles del capítulo XIX es, como ya señalamos, revisar si la decisión pronunciada por la autoridad investigadora en casos de prácticas desleales de comercio, aplicó correctamente el derecho propio a dichas acciones correctivas y en su caso devolver el expediente a la autoridad para que dicte una nueva decisión acorde con las recomendaciones que se le formulen, o bien, confirmar que la decisión examinada está apegada al derecho aplicable. Nada más ni nada menos.

En el caso comentado, no se cumplió con este objetivo pues se juzgó la competencia de la autoridad nacional. Adicionalmente el panel se excedió en sus facultades de manera ostensible, aplicó normas improcedentes y lo que es peor: el derecho extranjero; tampoco se atuvo al criterio de revisión establecido en el anexo 1911 e hizo de lado las normas propias del arbitraje.

El caso era único y la oportunidad también ya que era el primer fallo dictada en contra de una resolución mexicana. Además las violaciones eran tan claras que los mismos panelistas las tomaron en cuenta y dos de ellos emitieron votos disidentes.

Hubiera sido de gran utilidad iniciar esta etapa de solución de controversias conforme al TLCAN con un pronunciamiento de orden por parte de México.

Por estas razones y habida cuenta de la importancia que tiene para México el haber logrado que se incluyese un capítulo XIX similar al del ALC. Rodolfo Cruz Miramontes así lo expuso ante la Comisión de Prá-

ticas Desleales de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, de la que entonces formaba parte, durante una memorable sesión extraordinaria en donde se trató en forma exclusiva este asunto. La autoridad investigadora expuso las razones que le llevaron a la conclusión de no interponer la impugnación extraordinaria planteada por lo que fue necesario entregar un documento para dejar constancia escrita de la sugerencia en contrario.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Las razones fundamentales están comprendidas en el apartado de conclusiones en Cruz Miramontes, Rodolfo, *op. cit.*, pp. 183 y 184.