

EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PACTADAS EN EL TLCAN. ANÁLISIS DE UN CASO CONCRETO: EL ACCESO AL MERCADO ESTADOUNIDENSE DEL AZÚCAR DE CAÑA PRODUCIDA EN MÉXICO

Rodolfo CRUZ MIRAMONTES
Óscar CRUZ BARNEY

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La negociación del TLCAN y los mecanismos de solución de controversias*. III. *El azúcar de caña mexicana y su regulación*. IV. *El incumplimiento norteamericano al anexo 703.2 y las “cartas paralelas”*. V. *Los diversos procedimientos litigiosos en torno al jarabe de maíz de alta fructosa y el azúcar de caña*. VI. *Situación actual*. VII. *Enseñanzas y conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte como todo acuerdo de esta naturaleza, crea obligaciones y derechos a cargo y a favor de las partes.

Dichos compromisos deben cumplirse cabal y oportunamente pues fueron creados de buena fe y la máxima jurídica de *pacta sunt servanda* es de observancia inexcusable.

Para alcanzar los objetivos y finalidades que las partes de común acuerdo establecieron en el capítulo I y en el preámbulo, es necesario que cada una de las partes, se ajusta a lo convenido.

A diez años prácticamente pasados desde que entró en vigor el TLCAN, sus efectos se han sentido indudablemente en los tres países miembros.

El balance que se haga del mismo arrojará sin duda aciertos y desaciertos, deficiencias y logros y desde el ángulo jurídico, se anotarán cumplimientos e inobservancias a los compromisos que se establecieron.

Entre estos últimos destaca la falta, del gobierno norteamericano, de cumplimiento de la obligación contenida en el anexo 703.2 que contiene la regulación del tráfico bilateral del azúcar de caña producida en nuestro país y su exportación a los Estados Unidos de América.

Dicho incumplimiento ha provocado el problema de índole comercial más grave entre ambos países.

Podíamos mencionar sin duda otras fallas como la ignorancia de parte del mismo gobierno al fallo del panel del capítulo XX sobre el tema del transporte terrestre que favoreció a México y que aún sigue pendiente de respetarse, así como algunos otros más de menor trascendencia.

El caso del azúcar ha provocado una serie de procesos y juicios de diversa índole e inclusive demandas ante foros internacionales como el que actualmente existe ante la OMC. Por todo ello nos ocuparemos en esta ocasión de dicho asunto, asimismo por la circunstancia de que nos ha tocado participar directamente en dichos acontecimientos.

En el supuesto de que el posible lector del presente estudio no esté familiarizado con el TLCAN y sus múltiples facetas, estimamos útil y pertinente recordar aquellos puntos que inciden en el tratamiento y análisis de la gran problemática existente y de esta manera facilitar la mejor comprensión de nuestro trabajo.

II. LA NEGOCIACIÓN DEL TLCAN Y LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Hemos afirmado con anterioridad que el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), constituye un instrumento jurídico-económico de gran envergadura y ambición pues rebasa con mucho los parámetros tradicionales de una zona de libre comercio ya que abarca no sólo la totalidad de los aranceles comerciales sino que establece criterios y controles a las barreras no arancelarias, se conciertan múltiples disciplinas a las inversiones, a los servicios, a la propiedad intelectual y se crea todo un arsenal de mecanismos, sistemas y criterios que buscan prevenir y resolver los conflictos lógicos que surgen de la aplicación de todo acuerdo internacional.¹

¹ El TLCAN se apoya en la excepción contenida en el artículo XXIV del GATT que excluye la aplicación de la cláusula de nación más favorecida consagrada en el artículo I del mismo a las zonas de libre comercio y uniones aduaneras.

La magnitud y ambición del Tratado es completa y universal; “no comprensiva” como torpemente se le califica al utilizar erróneamente la expresión inglesa de *comprehensive* para significar que todo está incluido. De paso diremos que esta grave deficiencia es una de las muchas que se hicieron en atropello a nuestro bello idioma.

La negociación resultó muy ardua por diversas razones y motivos que van desde el idioma de trabajo que fue el inglés pasando por el roce necesario de los distintos sistemas jurídicos prevalentes en los tres países, hasta los ingredientes políticos que provocaron fuertes presiones fundamentalmente en los Estados Unidos de América sin pasar por alto desde luego, a los problemas sociales existentes en México.

No debemos tampoco desconocer que el hecho de estar sujetos a un término para concluir las negociaciones derivado de la fórmula empleada por los negociadores norteamericanos del llamado *fase track*, provocó algunos apuros innecesarios en dichas negociaciones.

Un ingrediente adicional lo constituye el hecho de que los sectores privados tanto norteamericanos como canadienses, no participaron como lo hizo el mexicano en las múltiples reuniones de trabajo,² lo que propició al final de la jornada que en la medida en que se fueron conociendo los textos públicamente, diversos sectores reaccionaron en contra y provocaron que sus gobiernos respectivos intentaran modificar lo negociado, tal como sucedió con el tema del azúcar que vino a reflejarse en las susodichas cartas paralelas.

Habiéndose previsto por los negociadores que surgirían necesariamente conflictos y diferencias al momento de aplicar el texto del Tratado, se establecieron algunas fórmulas preventivas como, por ejemplo, las existentes en los artículos 316, 706, 707 y otros.

Asimismo se crearon mecanismos para resolver las diferencias que no pudiesen evitarse siguiendo de alguna forma, los concertados entre Canadá y los Estados Unidos en su *Free Trade Agreement* (FTA).

Dos de ellos particularmente han aparecido en el caso que examinamos por lo cual daremos una muy breve descripción de los mismos para el neófito, sin perjuicio de que más adelante hagamos lo mismo con el Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD) de la OMC.

² Dicha participación se realizó a través de la Coordinadora Empresarial para el Comercio Exterior (COECE).

1. *El capítulo XIX*

El propósito del mecanismo previsto en dicho capítulo se encuentra definido claramente en el segundo párrafo del artículo 1904 al señalar que:

...Una parte implicada podrá solicitar que el panel revise con base en el expediente administrativo, una resolución definitiva sobre cuotas antidumping y compensatorias emitidas por una autoridad investigadora competente de una parte importadora para dictaminar si esa resolución estuvo de conformidad con las disposiciones jurídicas en materia de antidumping y compensatorias de la parte importadora...

El panel que realmente constituye un tribunal arbitral especial o *ad hoc*, se compondrá de cinco miembros seleccionados de una lista previamente elaborada conforme las propuestas de las partes interesadas a razón de 25 candidatos por cada parte, quienes deberán cumplir con los requisitos contenidos principalmente en el anexo 1901.2 en sus párrafos 1,2 y 7; el funcionamiento y operación de dichos paneles deberán sujetarse a diversas normas que están comprendidas tanto en el texto del TLCAN como en las reglas de procedimiento que cada parte deberá establecer.

Así tenemos que se aplicarán los artículos 1904 párrafos 2, 3, 6, 8 y 14; 1909; anexos 1901.2 en los párrafos anteriormente mencionados y 1911 en lo conducente.

En cuanto a las reglas de procedimiento aplicables a los paneles de referencia, en el caso mexicano se estará a las que fueron promulgadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de junio de 1994. Se fija un término máximo de 315 días para pronunciar el laudo definitivo en que: "...podrá confirmar la resolución definitiva o devolverla a la instancia anterior con el fin de que se adopten medidas no incompatibles con su decisión..." (artículo 1904 párrafo 8).

Sin ahondar mayormente y sin juzgar sobre la actuación de los 94 paneles establecidos hasta marzo del 2004 en las secciones canadiense, norteamericana y mexicana,³ podemos simplemente consignar que su existencia abrió una opción a la comunidad exportadora de los países

³ *Informe sobre los casos de solución de controversias de los capítulos XIX y XX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, sección mexicana del Secretariado de los Tratado de Libre Comercio, marzo, 2004.

miembros del TLCAN, para revisar las decisiones de las autoridades nacionales y no quedar sujetos necesariamente a las instancias domésticas.

Es oportuno y evidentemente de gran utilidad que los expertos y litigantes en estos temas, formulen un juicio sobre el particular, a la luz de la experiencia tenida en estos diez años de vida del TLCAN.

2. *El capítulo XX*

En cuanto al mecanismo instaurado en el capítulo XX, sección B intitulado precisamente: “Solución de controversias” se aplicará respecto de cualquier medida adoptada o en proyecto, o respecto de cualquier otro asunto que considere pudiese afectar el funcionamiento de este Tratado (artículo 2006.1).

Previamente en el artículo 2005 se ha previsto que las partes podrán, en las hipótesis ahí consideradas, elegir foros entre el GATT (ahora el referente al anexo 2 de la OMC que al momento de negociar el TLCAN no existía) y el capítulo XX examinado.

Se abre el caso al tercer país miembro del TLCAN si mostrase interés en participar y el procedimiento a seguir será similar al contemplado en el ESD de la OMC.

Parar ello habrá un periodo de consultas obligatorio y un proceso propiamente dicho (artículo 2008.2) que merece alguna consideración a formular más adelante.

El panel arbitral *ad hoc* deberá conocer las quejas de las partes en cuestión, sopesar las pruebas aportadas y considerar, si fuera el caso, las opiniones de los expertos y deberá dictar un informe preliminar dentro de los 90 días siguientes al nombramiento del último panelista y pasados 14 días dentro de los cuales las partes podrán formular comentarios y observaciones, se dictará el informe final (artículos 2016 y 2017).

Las partes “...convendrán en la solución de la controversia la cual... se ajustará a las determinaciones y recomendaciones de dicho panel...” (artículo 2018).

Si el demandado en 30 días no llega a un acuerdo con su contraparte sobre “...una solución mutuamente satisfactoria (la quejosa) ...podrá suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente a la parte demandada...”.

Si fuese excesiva la suspensión de beneficios, se podrá establecer un panel parecido al del artículo 21.5 del ESD (de vigilancia) y se pronunciará en 60 días una determinación sobre el tema (artículo 2019.4).

Hasta ahora se han tramitado tres casos: dos por el gobierno mexicano en contra del estadounidense y otro por el gobierno norteamericano en contra del canadiense.

Debo añadir que en realidad tendrían que ser cuatro casos, pues el gobierno de México solicitó de su contraparte norteamericana el establecimiento de un panel por incumplimiento al TLCAN precisamente en lo que corresponde al azúcar, petición que formulada desde el mes de agosto del 2000, no ha merecido hasta ahora cuatro años después, ninguna respuesta.

III. EL AZÚCAR DE CAÑA MEXICANA Y SU REGULACIÓN

No será posible comprender todos los procedimientos litigiosos que vamos a examinar, si antes no hacemos una referencia a la negociación y al acuerdo suscrito por las partes en lo correspondiente al azúcar de caña nacional y su acceso al mercado norteamericano.

Los Estados Unidos han sido tradicionalmente deficitarios en la producción de azúcar de caña y desde el año de 1990 han establecido un sistema de arancel-cuota a raíz de un caso resuelto en su contra que fue planteado por Australia ante el GATT. De esta manera surten sus faltantes otorgando a determinados países, de manera graciosa, un cupo de acceso con un arancel mínimo o inclusive cero, por lo que el precio existente en el mercado norteamericano resulta ser muy atractivo. En cambio, el mercado internacional generalmente ofrece precios muy bajos ya que la oferta es mayor a la demanda. Otros mercados regionales también son muy atractivos o bien como sucede con la Unión Europea tienen establecido un sistema muy bien elaborado para proteger a sus productores domésticos.

Al finalizar la Ronda Uruguay, los Estados Unidos se comprometieron en la OMC, a importar un mínimo de 1,250,000 toneladas métricas anuales asignadas a sus proveedores habituales aplicando diversos criterios como fueron: los antecedentes de proveedores con volúmenes “históricos”, la relación diplomática con el país en cuestión o bien otras razones políticas o inclusive de intereses económicos particulares.

México al momento de las negociaciones lamentablemente no era proveedor y por ello se le consideró en la categoría mínima a la par de otros países africanos asignándole una cuota mínima de 7,258 toneladas métricas, pero se diseñó un sistema propio que sólo rige en el tema, entre los Estados Unidos y México.

El anexo 703.2 se ocupa de ello y establece que habrá una desgravación gradual en dos fases: una lenta durante los primeros seis años y una acelerada hasta llegar a “0” a los quince años de vida del Tratado. Además, se acordaron parámetros precisos e hipótesis a satisfacer. Por lo tanto, de inicio, se contó con la cuota mínima indicada que podría llegar anualmente, a un máximo de 25,000 toneladas métricas de azúcar cruda. Dicho monto se incrementará al séptimo año comercial a 150,000 toneladas métricas valor crudo (párrafo 15, incisos a) y b) y se añadirán 110% de aumento anual hasta el año 2007.

Sin embargo, la situación podría cambiar drásticamente si resultara que México como parte exportadora, lograra ser superávitaro por dos años consecutivos, “...a partir de la fecha de entrada en vigor de este Tratado...”, tal como reza el inciso a) del párrafo 16 del anexo en cuestión.

Dicho cálculo deberá hacerse conforme al volumen del año anterior y el que corre con alguna alternativa que no cambia el concepto (incisos b) y c) del mismo anexo).

Como se desprende, tal situación consideró sin duda que México tardaría en ser superávitaro, pues su producción no alcanzaba en esa época, los 4,000,000 de toneladas y la demanda era similar.

Al filtrarse el citado texto, los productores se enteraron y consideraron que si bien la fórmula era cómoda, podría suceder, sin embargo, que muy pronto se aplicaría si eventualmente México fuese superávitaro, no sólo con base en sus zafras sino porque el jarabe de maíz de alta fructosa al no tener controles de acceso al mercado mexicano, desplazaría al azúcar de los usuarios tradicionales dada la similitud de ambos productos. En los Estados Unidos se dió este fenómeno en varias industrias particularmente en la de los refrescos embotellados al grado que actualmente solamente se utiliza un 10% aproximadamente de azúcar, lo que vino a provocar un serio descalabro a los azucareros domésticos.

El hecho era fácilmente previsible no sólo por el antecedente histórico mencionado sino porque los propios productores norteamericanos de fructosa lo anunciaron y ampliaron sus plantas productoras ya que no teniendo mayor demanda interna querían apoderarse del mercado mexicano.

No faltó, además, algún malicioso que pensase que México adquiriera azúcar de fuera para surtir su mercado interno y contar con excedentes exportables, máxime si el precio internacional es bajo como podría suceder con el dulce cubano.⁴

Sin lugar a dudas que la negociación del tema azucarero y sus resultados, son muy convenientes para México y tal vez fue en el ramo agropecuario, de las pocas positivas, de ahí que la posición de la industria ante las peticiones de renegociación sea contraria y por ende lo que insistentemente se pide, es que se cumpla a la letra con el anexo 703.2.⁵

Dicha situación mantuvo siempre a los azucareros mexicanos con una gran expectativa para el séptimo año que se esperó con profundo interés.

Sin embargo, grande ha sido la sorpresa y la desilusión cuando el gobierno norteamericano se negó a otorgar los permisos correspondientes al ingreso a su mercado de prácticamente 600,000 toneladas excedentes de azúcar alegando que los derechos nuestros apoyados en el anexo 703.2 no existían al haber desaparecido el párrafo 16 con motivo de la suscripción de las mencionadas cartas paralelas.

IV. EL INCUMPLIMIENTO NORTEAMERICANO AL ANEXO 703.2 Y LAS “CARTAS PARALELAS”

La existencia de dichos documentos que como veremos no pasan de ser cartas cruzadas entre dos personas, fueron disimuladas durante los primeros años del TLCAN y sólo escasas notas periodísticas o referencias en las bitácoras de las negociaciones, las mencionan.

Según Javier Garciadiego recogiendo una de las pocas referencias a las cartas nos dice

...El Secretario de Comercio Serra mencionó que a través de convenios bilaterales entre las industrias de México y los Estados Unidos, se había negociado una carta paralela al TLC avalada por los respectivos gobiernos y se había llegado a tres acuerdos que de ninguna forma significaba que el TLC se reabriera.

⁴ Bertrab, Herman von, *El redescubrimiento de América. Historia del TLC*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 240, nota 6.

⁵ Senado de la República, LVII Legislatura, *Análisis de los efectos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 2000*, México, t. I, p. 300.

Estos acuerdos, a propuestas de las mismas industrias de ambos países, buscaban darle mayor liberación a los flujos comerciales en el azúcar y cítricos...

En Washington DC. Michael Kantor representante comercial estadounidense, afirmó que el acuerdo con el gobierno mexicano para limitar el ingreso de azúcar... bajo el régimen del TLC, era totalmente consistente con el pacto y no representaba una forma disfrazada de proteccionismo.⁶

En la misma obra encontramos otras menciones breves al tema que no añaden nada nuevo a lo ya dicho.⁷

Años después a propósito del procedimiento *antidumping* contra las importaciones de fructosa que fuera promovido por la industria azucarrera nacional, surgió el tema de las susodichas cartas pero no pasó a mayores.

De entonces para acá la posición del gobierno mexicano no ha variado y su rechazo a las insistentes peticiones al nuestro ha sido la misma, esto es que renunciemos a nuestros derechos por haberse modificado el anexo 703.2.

¿Qué son en suma y por que existen las cartas paralelas? Habiéndome ocupado ya de ellas con detalle en un amplio estudio,⁸ solamente consignaré a continuación algunos puntos fundamentales que nos permitan apreciar los hechos y sus efectos en el presente análisis.

Tal como manifestamos anteriormente, el sector privado norteamericano al no haber participado en la negociación del TLC, ignoraba los términos en que habían quedado los productos de su interés. De ahí que a medida que se fue divulgando el texto con motivo de que el Congreso norteamericano debía aprobarlo o rechazarlo, surgieron reacciones en contra y presiones para modificaciones al mismo.

Por ello, desde el mes de junio de 1993, el representante comercial de los Estados Unidos de América (USTR) Micky Kantor planteó su preocupación a su homologó mexicano y después de varias pláticas, arribaron a una fórmula que aparentemente les satisfizo.

⁶ Garciadiego, Javier, *El TLC día a día*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1994, pp. 996 y 997.

⁷ *Ibidem*, pp. 998-1001.

⁸ Cruz Miramontes, Rodolfo, "El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y las denominadas Cartas Paralelas", *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

El texto de la misma se plasmó en las tan traídas cartas a las que el presidente Clinton se refirió en el segundo paquete de documentos enviado a su Congreso el día 4 de noviembre del 2003.

El documento relativo al TLCAN publicado por el Congreso Norteamericano y particularmente por la Cámara de Representantes bajo el número 103-160 titulado Message from the President of the United States, transmitting North America Free Trade Agreement, Supplemental Agreements and Additional Documents, November 4 (U:S: Government Printing Office, Washington 1993, se incluye una copia impresa de dos cartas dirigidas por Kantor al doctor Jaime Serra Puche entonces secretario de Comercio y Fomento Industrial la primera y la otra de este segundo funcionario a su homologo Kantor.

Ambas contienen prácticamente el mismo texto confirmando el acuerdo de voluntades alcanzado para implementar el anexo 703.2 del TLC.

Particularmente se menciona lo relativo al intercambio de azúcares y jarabes y al compromiso adquirido cuando alguno de los países sea o se estime superávitario, lo cuál significará que tenga o cuente con “un excedente de producción neto”. Tendrá este carácter cuando dicho excedente de producción de azúcar sea superior a su consumo total del producto durante un año comercial.

Sin embargo, se establece que dado que la fructosa “puede sustituir fácilmente a los azúcares” podrían presentarse situaciones “no deseadas” por ello la fórmula para calcular si se es o no superávitario cambiará y considerará no sólo al azúcar sino también a la fructosa de maíz.

Por otra parte, se pretende modificar el párrafo 15 en sus incisos b) y c) determinándose el límite para los años séptimo al decimocuarto en 250,000 toneladas métricas valor crudo y “no se aplicará el párrafo 16 de la sección del anexo 703.2”.

Como vemos de un plumazo se le ha querido quitar a México uno de los logros más relevantes del TLC.

En resumen, dichas cartas paralelas suscritas por dos funcionarios de ambos gobiernos intentan ignorar lo negociado validamente por los representantes oficiales de sus gobiernos, menospreciando y haciendo a un lado todas las normas legales aplicables en la materia, saliéndose de su esfera de atribuciones y áreas de competencia al grado de que no han vacilado en llamarlas “el tratadito”.

Lo notable es que al séptimo año de vigencia del TLCAN al incrementar el volumen autorizado, aplicaron la fórmula caprichosa derivada

de la interpretación de las susodichas cartas pese a las protestas del gobierno mexicano.

Lo peor aún es que a partir del año 2000, el volumen asignado a México para los periodos del año-zafra que corren de los meses de octubre a septiembre siguiente incluido el actual al 2005, se han reducido drásticamente a sólo 7,258 toneladas métricas más 2,954 toneladas métricas convenidas en la OMC.

Para mayor escarnio y burla es que tampoco respetan el tope comprendido en sus cartas paralelas que fue estimado en 250,000 toneladas métricas anuales que unilateralmente pusieran en su texto.

Cabe preguntarnos ¿porqué el gobierno norteamericano atendió y escuchó los temores de los azucareros y fructoseros norteamericanos, en lugar de haberles compensado de alguna forma o simplemente contestarles que así estaba acordado? La razón fue aparentemente política y tuvo como objeto allegarse los votos de los congresistas que fuesen necesarios para que la Cámara de Representantes aprobara el TLCAN, pues aparentemente no existían suficientes para ello.

Kantor y sus operadores maniobraron de mil maneras y consiguieron dichos votos de los diputados provenientes de Luisiana y Florida, básicamente, que son productores de azúcar.⁹

Desde luego que el gobierno mexicano, así como la industria nacional azucarera no han aceptado ni se han doblegado ante las presiones norteamericanas para renunciar a lo que legítimamente se obtuvo por nuestros negociadores y hemos tenido que recurrir en la medida que nos ha sido posible, a las herramientas legales a nuestro alcance y así defender nuestros derechos.

La lucha litigiosa ha sido constante y permanente y se ha dado principalmente en dos campos: en las importaciones de JMAF cuando ha sido de manera desleal y en las exportaciones de azúcar. La razón de que haya sucedido así es que ambos productos genéricamente son iguales y sus usos semejantes, son edulcorantes que pueden eventualmente sustituirse unos a otros como ya hemos asentado con anterioridad.

Tan es así que se encargó de afirmarlo el propio Mickey Kantor en su carta del 3 de noviembre de 1993, como desprendemos de su lectura.

Lamentablemente la ambición de los norteamericanos los llevó a no esperar la creación de la zona de libre comercio, que supuestamente su-

⁹ Véase Bertrab, Herman von, *op. cit.*, pp. 239-241.

cederá en el 2008, y aceptar el establecimiento de un mercado regional de edulcorantes lo que permitirá a productores y usuarios de los mismos, contar con dichos insumos en volúmenes pertinentes y a precios de mercado.

Lo anterior ha provocado un problema muy complejo que no han podido resolver ambos gobiernos en forma directa y que tampoco han facilitado en su arreglo por los interesados directamente, al promover la demanda actual presentada por el gobierno norteamericano ante la OMC, estorbando deliberadamente la marcha de las reuniones que pretenden concordar recomendaciones a sus respectivos gobiernos para destrabar el *impasse*.

Pasaremos ahora a revisar los procedimientos más notables que desde el año de 1996 se han ventilado. Sería ocioso detallar todos y cada uno de ellos por lo que solamente me ocuparé de aquellos que considero más importantes, deteniéndome en los puntos que en mi opinión merecen algún comentario o reflexión y que puedan ser de alguna utilidad en la aplicación y en la práctica litigiosa en torno al TLCAN.

V. LOS DIVERSOS PROCEDIMIENTOS LITIGIOSOS EN TORNO AL JARABE DE MAÍZ DE ALTA FRUCTOSA Y EL AZÚCAR DE CAÑA

Haré a continuación una relación de los juicios y diversos procedimientos más importantes que han surgido en torno al problema bilateral de los edulcorantes entre México y los Estados Unidos; nos detendremos ocasionalmente para comentar algunas cuestiones que pueden resultar de interés general para el foro y compartiremos algunas reflexiones con el lector.

1. *El procedimiento antidumping en contra de la importación del jarabe de maíz con alto contenido de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos de América*

La petición de iniciar una investigación para definir la existencia de la práctica desleal conocida como *antidumping* fue planteada el día 14 de enero de 1997 ante la entonces Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, ahora Secretaría de Economía por parte de la Cámara Nacional de las Industrias Azucarera y Alcohólica (CNIAA).

El día 23 de febrero siguiente se dictó la resolución de inicio que debidamente notificada a todos los posibles interesados, les abrió las puertas para que concurriesen a manifestar lo que a su derecho conviniese.

Poco después la autoridad se dirigió a los usuarios industriales del JMAF para que respondiesen un cuestionario si así lo considerasen pertinente, todo ello con el propósito de allegarse la mayor información posible a efectos de resolver la investigación solicitada.

La autoridad debidamente impuesta de lo anterior dictó la resolución provisional el día 26 de junio de 1997 imponiendo las cuotas compensatorias que estimó procedentes.

El gobierno norteamericano se manifestó afectado y pese a estar corriendo un procedimiento contencioso administrativo conforme a la ley mexicana que aún no concluía, acudió ante la OMC, de lo que nos ocuparemos un poco más adelante.

La sustanciación del proceso siguió su camino y el día 23 de enero de 1998 se dictó la resolución final confirmando la procedencia de la queja y, por ende, de las cuotas compensatorias que sufrieron alguna modificación a juicio de la autoridad.

Durante el proceso se presentaron diversos incidentes y el caso atrajo la atención de los medios, pues, entre los actores estuvieron algunas empresas transnacionales.

La razón por la cual la solicitud fue presentada directamente por la CNIAA se debió a que dicha Cámara agrupa a todos los productores de azúcar de caña y con base en los artículos 50 y 51 de la Ley de Comercio Exterior (LCE) y 136 de su Reglamento es que se decidió que en representación de todos y cada uno de los productores, se procediese de manera conjunta.

Por otra parte como es sabido una de las funciones que tienen las cámaras de industriales es la de representar y defender los intereses de sus agremiados.

De paso diremos que es un acierto de nuestros legisladores, haber incluido en la LCE esta provisión que facilita y ahorra tiempo y dinero a los interesados permitiendo que lo hagan conjuntamente y no en forma individual.

Uno de los primeros obstáculos a vencer fue acreditar la legitimación *ad-causam* dado que al no producirse fructosa en México durante el periodo de investigación que fue el de 1996, se tuvo que acudir a la figura del producto *similar* que aparece en el párrafo II del artículo 50 de la Ley

de Comercio Exterior que está acorde con las disposiciones del GATT, concretamente nos referimos al artículo 2.6 del Acuerdo Antidumping.

Tengamos presente que el marco jurídico que regula el tema se integra no sólo con la LCE, sino también con el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994 y demás propios a las subvenciones y a las salvaguardias que fueron publicadas el día 30 de diciembre de 1994.

La comprobación de la similitud tuvo que efectuarse no sólo al inicio del procedimiento sino a lo largo del mismo ya que fue rechazado por las contrapartes y constituyó una tarea ardua ya que hubo que apoyarse en la opinión de expertos designados por las partes así como por la autoridad que realizaron estudios sobre los elementos físicos, químicos, de nutrición e inclusive “de campo”, pues se hizo una auscultación entre los consumidores de refrescos habiéndose seleccionado al azar quienes manifestarían si encontraban alguna diferencia entre aquellos refrescos endulzados con azúcar y otros endulzados con fructosa.

Hubo que realizar visitas notariales a las tiendas y comercios que comercializan los productos en cuestión, así como sus derivados para acreditar su carácter de intercambiables o bien, su forma de presentación.

Como anécdota rescatable debemos consignar que del propio testimonio de algunos peritos ofrecidos por los productores de JMAF derivó la autoridad el hecho de que en realidad no hay distingo alguno para el paladar humano entre la presentación de uno u otro producto y lo más notable fue que la mayor usuaria del jarabe de fructosa en los Estados Unidos utilizado en su producto, la *Coca Cola Company* nos dio un testimonio definitivo pues en su publicidad sostiene que ambos edulcorantes son lo mismo y que no afecta para nada a la denominada *coca cola clásica* (véase párrafo 397 de la resolución final).

Debemos añadir que según investigaciones que realizamos sobre todos los casos ventilados en 47 años de vida del GATT en los que se había acudido a la similitud que fueron 27, no se había podido definir un esquema de normas fijas que estableciesen criterios iguales que nos permitiesen iluminar el camino y utilizarlos para precisar el concepto en nuestro caso concreto.

Por ende la autoridad contaba con una mayor flexibilidad que si hubiesen existido y así resolver lo que a su juicio debía entenderse como similitud entre el jarabe JMAF y el azúcar.

Los artículos 37, fracción II del Reglamento de la LCE y el 2.6 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT nos dan solamente parámetros que desde luego deben no solamente ser demostrados sino convincentes a los ojos de la autoridad (véase párrafo 426 de la resolución).

Continuamos revisando otros problemas particulares que se presentaron y que pueden ser de interés general:

1A. Un tema que fue objeto de cuestionamiento dentro del procedimiento de referencia, fue el que tocó el punto relativo a la falta de producción doméstica del JMAF durante el año de 1996 que fue el periodo investigado.

De su acreditamiento o de la carencia de ello, dependía también la legitimación en la causa ya que ordinariamente quien solicita la investigación es el productor de un bien igual por lo que quien produzca el similar no está capacitado jurídicamente para promover la investigación. Por lo tanto si en México existiese, ya no procedería la petición formulada por un productor del bien similar.

En México solamente operan dos fabricantes de fructosa y ambos son subsidiarios de empresas norteamericanas, pero además, tienen también el carácter de importadores principales de fructosa norteamericana.

En consecuencia este hecho vino a quitarle relevancia al anterior ya que por estar vinculados estrechamente con los exportadores, su producción deberá quedar excluida del “término de producción nacional” tal como lo previenen los artículos 40 de la LCE y 50, 60 y 61 de su Reglamento, así como del artículo 4.1iii)1 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT-94. En consecuencia quedó salvado este escollo con estricto apego a la ley.

1B. El siguiente punto que mencionaré es difícil de entender, y menos de aceptar, tal como lo explicaremos a continuación y que estuvo presente a lo largo de varios procesos que corrieron de 1998 al 2001 planteados también ante foros diversos.

El problema consiste en que se presentó ya prácticamente cerrada la instrucción del caso poco antes de que se presentaran los alegatos, concretamente los días 1o. y 2o. de diciembre de 1997, en forma extemporánea como bien lo dijo la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales (UPCI) quien era la encargada de conocer el asunto, Almidones Mexicanos, S.A. de C.V. y la Corn Refines Association solicitaron de la Autoridad procediese a dar fin a la investigación con base en que la ame-

naza de daño ya había cesado al haberse celebrado un “convenio de restricción” al uso del JMAF de septiembre de 1997, entre los ingenios azucareros y los embotelladores de refrescos” (véase párrafo 95 de la resolución).

La autoridad que no recibió nunca el texto o una copia al menos del “supuesto convenio”, en oficio UPCI 310.97.2344 solicitó de la CNIAA informase sobre el particular, habiéndole respondido de inmediato como bien lo reconoce la autoridad: “...que no existe el denominado convenio de restricción al uso del JMAF de septiembre de 1997, entre los ingenios azucareros y los embotelladores de refrescos que contenga una obligación por parte de los embotelladores de refrescos de limitar el consumo del JMAF...”.

En dicha respuesta se explica por la CNIAA que existe sin duda confusión por parte de los promoventes ya que se llevaron a cabo en los meses de julio y agosto de ese año algunas juntas de acercamiento entre proveedor y usuario lo que es común y se: “...intercambiaron puntos de vista sobre problemas comunes y se expresaron las buenas intenciones de ambas industrias para mejorar su relación comercial...” (véase párrafo 95 *in fine*).

Más adelante en el párrafo 545 de la misma resolución al referirse a este tema, así como al de ciertos subsidios a las exportaciones definitivas de azúcar que también Almidones Mexicanos, S.A. de C.V. y la Corn Refiners Association habían criticado para demostrar la falta de amenaza de daño, textualmente señala lo que cito a continuación:

No obstante lo anterior dichas partes no presentaron copias del supuesto convenio limitándose a señalar que el representante de la solicitante reconoció la existencia del mismo. En tal virtud la Autoridad investigadora requirió a dicho representante que presentara información sobre el particular a lo cual manifestó que no existe tal convenio de restricción... como se explicó en el punto 96 de esta resolución... (párrafo 546).

Continúa la Autoridad manifestando en el siguiente párrafo, el 547, lo siguiente: “En cualquier caso, el argumento de Almidones Mexicanos, S.A. de C.V. y de la Corn Refiners Association... no es válido... en el sentido de que dicha situación elimina la amenaza de daño para la industria azucarera”.

Estas conclusiones de la autoridad derivadas como podemos apreciar, de simples afirmaciones sobre hechos que no solamente no fueron demostrados sino además rechazados categóricamente por la CNIAA, carentes por otra parte de toda significación jurídica y económica, fueron afianzadas por acontecimientos no previstos pero muy oportunos.

En efecto el afán de los fructoseros norteamericanos por atacar a nuestras autoridades los llevó a promover el procedimiento administrativo del que me ocupo a continuación.

2. *La investigación al amparo de las secciones 301 y 302 de la Trade Act of 1974*

El arsenal jurídico norteamericano en materia comercial cuenta con un sin fin de armas para actuar y justificar frente a su opinión pública, medidas y restricciones que afectan a terceros países cuando así le conviene.

Una de estas armas prototípicas de un imperio, se encuentra comprendida en las secciones 301 y siguientes de la *Trade Act of 1974* y se encierran bajo el rubro de “Medidas genéricas para combatir las restricciones comerciales irrazonables e injustificadas”.¹⁰

Los fructoseros norteamericanos promovieron una queja el día 15 de mayo de 1998 ante la USTR con referencia al “supuesto convenio” al que nos hemos venido refiriendo.

Como era lógico no les fue posible acreditar su existencia por lo que la investigación no prosperó y el día 14 de mayo de 1999 al cumplirse un año de iniciada, la USTR se vio obligada a declarar simplemente que mantenía abierto el expediente, lo que en otras palabras significa que no encontró ninguna prueba del convenio.

Para mayor escarnio de los promoventes, habiéndose invitado a cualquier tercer interesado a manifestarse en pro o en contra de la investigación, solamente concurrieron dos entidades representantes de fructoseros y una tercera que agrupa a los usuarios y consumidores de azúcar de caña quienes se limitaron a señalar la importancia que tenía para ellos la presencia de otros proveedores que les brindasen la posibilidad de contar con el producto para asegurar mejor calidad y precio.

¹⁰ Véase mi estudio “Aspectos Legales del Intercambio Comercial Internacional. Su regulación y efectos, en particular a las relaciones entre México y los Estados Unidos de Norteamérica”, *La Nueva Ley Sobre Comercio Exterior*, México, Barra Mexicana Colegio de Abogados, Porrúa, 1987, pp. 224-228.

Este mecanismo proteccionista estaba siendo enjuiciado en ese año ante la OMC por un grupo de miembros de la misma incluyendo a México y concluyó el procedimiento el día 22 de diciembre de 1999.¹¹

Por todos los antecedentes que hemos relatado, no cabe la menor duda de que dicho convenio no existe y en el expediente como hizo constar la propia autoridad investigadora no cuenta con el mismo pues nunca fue exhibido.

Lo anterior debemos tenerlo presente en vista de los acontecimientos que posteriormente mencionaremos.

3. *La elusión*

En la misma fecha en que se publicó la resolución definitiva o final de la mencionada investigación antidumping sobre el JMAF, esto es el 23 de enero de 1998, se inició de oficio por la misma autoridad una investigación relativa a la elusión del pago de cuotas compensatorias impuestas a las importaciones del mismo producto pero ahora del identificado como de grado 55.

Dicho edulcorante es indispensable en la producción del jarabe grado 55 que constituye una mezcla entre la 90 y la del grado 42, que demandan los usuarios para fabricar los refrescos embotellados.

Desde un inicio del caso advertimos a la autoridad de esta posibilidad, pero no fue posible incluirla en la investigación pues no se importaba, toda vez que la que se traía de los Estados Unidos era la del grado 55 y aún no se producía en México la del grado 42.

La situación cambió al empezar a producirse en 1997 en México el jarabe grado 42 pues era necesario el otro jarabe ya mencionado para lograr el que los usuarios demandaban como es el jarabe 55.

El día 2 de septiembre de 1998 el caso concluyó y pocos días después (el 8 de septiembre de 1998) fue publicada la resolución en el *Diario Oficial* y de ella desprendemos que el JMAF clasificado en las fracciones arancelarias 1702.50.01, 1702.60.01, 1702.60.02 y 1702.60.99 de la tarifa de la Ley del Impuesto General de Importación sería objeto del pago de cuotas compensatorias al ser importada por las empresas A.E.Staley Manufacturing Company y Archer Daniels Midland Company.

¹¹ WT/DS/52/R22 december 1999.

Dicha resolución sufrió una aclaratoria que apareció publicada en el *Diario Oficial* del 30 de septiembre de 1999.

La figura fiscal de referencia constituye una forma de evadir el pago de impuestos y de unos años para acá se ha utilizado en el caso de las cuotas compensatorias impuestas a los productos exportados mediante sistemas que constituyen las tradicionales prácticas desleales.

Al crearse la OMC, el tema fue puesto sobre la mesa pero los expertos no llegaron a ningún pronunciamiento para su regulación.

Dieron a conocer un documento que se denomina: “Decisión sobre las Medidas contra la Elusión” y se acuerda lo siguiente: “...remitir la cuestión para su resolución al Comité Prácticas Antidumping establecido en virtud de dicho acuerdo”.¹²

4. *Juicios de nulidad fiscal, amparos y revisiones, actuación de abogados extranjeros y términos procesales*

A lo largo de la etapa conflictiva del problema azúcar-fructosa, se plantearon y tal vez continúen procedimientos y juicios de diversa naturaleza ventilado por autoridades nacionales, algunos explicables y otros de dudosa legitimidad.

Como fuere y dando el beneficio de la buena fe, nos referiremos enseñada a los que se desahogaron pero sin detenernos mayormente en ellos pues sería ocioso; solamente entresacaremos como ya advertimos, los que hayan planteado temas de interés general de los que se pueden derivar alguna enseñanza.

Desde luego que también se plantearon incidentes y cuestiones en los foros internacionales que conocieron en el binomio azúcar-fructosa pero estos los comentaremos más adelante al llegar a los paneles de la OMC y del capítulo XIX del TLCAN.

A. Juicios de nulidad fiscal

Fueron solamente dos y el objeto fue la resolución dictada por Secofi confirmando la decisión dictada en el procedimiento de elusión ya comentado.

¹² Véase *Diario Oficial de la Federación* del viernes 30 de diciembre de 1994, p. 12.

El medio que utilizaron ambas partes fue el recurso de revisión ante la misma autoridad con resultados similares en ambos casos.

Con tal motivo una de ellas Almex, lo planteó en México D.F. pero la autoridad se declaró incompetente por razones del domicilio de la peticionaria y el expediente se remitió a la Primera Sala Regional de Occidente en Guadalajara Jalisco. Fue declarado improcedente el juicio de nulidad y por válida la resolución impugnada. El afectado se amparó en su contra. El otro juicio fue similar y en virtud de que la resolución del panel del capítulo XIX fue pronunciado al estarse sustanciando el procedimiento principal, los juicios quedaron sin materia.

B. Juicios de amparo y revisiones

Fueron numerosos y las razones para ello también variadas; por mera curiosidad estadística mencionaré que fueron 19 entre juicios y revisiones.

Sólo me ocuparé de dos que fueron objeto de las demandas de Amparo. El primero de ellos se refiere a la duración o permanencia en el cobro de las cuotas provisionales.

Dos empresas cada una en forma individual promovieron sendos juicios de garantías alegando que tanto la OMC como la LCE, determinan que será de seis meses.

En efecto, el artículo 79 de la Ley de Comercio Exterior (LCE) y el artículo 7.4 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT-94) concurren en el mismo plazo y así lo regulan.

El periodo de exceso fue por un lapso de 28 días comprendido entre el 2 de diciembre de 1997 al 23 de enero de 1998, fecha en que se dictó la resolución definitiva dejando sin efecto a las cuotas provisionales.

La disposición citada del Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI de GATT-94 (ARAAVI-GATT) permite que se prolongue en la hipótesis ahí planteada hasta por 9 meses por lo que los 28 días de exceso de ninguna manera violaban norma alguna, pues como es sabido el GATT es ley aplicable por disposición expresa de la LCE.

Sin embargo, el punto a considerar no es ésta aparente falta de formalidad sino el hecho del termino de 6 meses, ¿por qué se fija un lapso de duración a una medida cuya vida es efímera? La lógica nos indica que lo

provisional concluye cuando se dicta la definitiva y esto no podía exceder de 260 días conforme al artículo 59 que estaba vigente al momento en que se ventilaba el caso.

Este razonamiento lo aplicó el GATT hace tiempo como se puede constatar en el caso: “GATT SALES-GATT/1961,2-1961”.

Desconocemos que razones tuvieron los legisladores originales del GATT; en cuanto a los nuestros fue simplemente una transposición del precepto sin reflexionar en su atentado a la lógica.

Actualmente con las reformas aplicadas a la LCE, el 13 de marzo del 2003, se acortó el término para substanciar los procedimientos *antidumping* a sólo 210 días modificándose el artículo 59 más no así el artículo 79 por lo que permanece el mismo periodo de 6 meses.

Es lamentable que no se haya aprovechado la oportunidad de ajustarse a los mandamientos de la lógica olvidando que las normas jurídicas deben ser por definición, una expresión rígida del ejercicio lógico: hipótesis, realización de la misma y surgimiento de las consecuencias.

No haberlo hecho provocará problemas prácticos y económicos pues si llegase a excederse el término de la cuota provisional, deberá supuestamente revocarse interviniendo las secretarías de Estado y a los pocos días si se fijan cuotas definitivas, volver a rehacer el mecanismo de cobro. Más simple hubiera sido consignar que al dictarse la resolución final, se terminan las provisionales sin importar cual sea el sentido del veredicto.¹³

No podía faltar el cuestionamiento a la constitucionalidad de las cuotas compensatorias.

El tema no es nuevo y desde que se promulgó la primera ley que reguló las medidas contra las prácticas desleales de comercio exterior como fue la ley reglamentaria del artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de comercio exterior (*DOF* del 13 de enero de 1986) y el Reglamento contra prácticas desleales de comercio internacional (*DOF* 24 de noviembre de 1986), surgió el cuestionamiento.¹⁴

¹³ Sobre dichos cambios 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, 2003.

¹⁴ Cruz Miramontes, Rodolfo, *op. cit.*, nota 16.

Originalmente se les consideró como impuesto, más tarde el 22 de julio de 1993 se les privó de este carácter y actualmente por disposición expresa del Código Fiscal de la Federación, en su artículo 3o., se las califica de “aprovechamientos” lo que recoge y repite la LCE en su artículo 63.

Las opiniones son diversas y van desde impuestos hasta multas o sanciones administrativas o simples barreras arancelarias.¹⁵

El juicio de amparo mediante el cual se conoció del cuestionamiento constitucional (282/99) planteó además del problema de fondo, otros de carácter procesal y concluyó en marzo del 2001 declarándose la validez y legitimidad de las cuotas compensatorias (411/2001).

Sin pretender que el asunto ya quedó resuelto definitivamente y que por ende ya no será objeto de enjuiciamiento en el futuro, estimamos que constituye un paso importante fortaleciendo las facultades de las autoridades competentes para contrarrestar estas malhadadas prácticas comerciales desleales.

C. Actuación de abogados extranjeros

He dejado, sin tocar a propósito, un tema que presentamos ante las autoridades investigadoras en varias ocasiones; el 8 de julio de 1997 y el 21 del mismo mes y año.

El asunto se refiere a la presencia de abogados extranjeros en los procedimientos conocidos por autoridades mexicanas con motivo de las prácticas desleales.

Dado que también nos ocupamos de plantearlo ante los miembros del panel capítulo XIX del TLC, diferimos el entrar en detalles sobre el mismo y lo haremos oportunidad para más adelante.

D. Términos procesales

La substanciación de los procedimientos antidumping están sujetos tanto a la Ley de Comercio Exterior (LCE) que en el caso era la que se encontraba en vigor en 1993 y al *Reglamento* de la misma.

¹⁵ Véase Rhode Ponce, Andrés, *Derecho aduanero mexicano*, México, Ediciones Fiscales, ISE, 2000, pp. 302 y 303, Vargas Menchaca, José Manuel, “Naturaleza jurídica de las cuotas compensatorias”, *El Foro-Barra Mexicana Colegio de Abogados*, México, 1998, p. 252; asimismo Romero Aburto, Ricardo, “Constitucionalidad de las cuotas compensatorias determinadas por el secretario de Economía”, *Diagnóstico y propuestas sobre los sistemas de impartición de justicia en México*, t. I, México, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Themis, 2004.

De conformidad con el artículo 135 del Reglamento se establece que serán normas supletorias el Reglamento del Código Fiscal de la Federación, por lo tanto, cuando no exista norma expresa en la LCE se tendrá que recurrir a la correspondiente y aplicable de la supletoria.

El artículo 13 del Reglamento del Código Fiscal de la Federación establece que la práctica de diligencias por las autoridades fiscales deberá efectuarse en días y horas hábiles "...y son las comprendidas entre las 7:30 y las 18:00 horas...".

Pese a lo anterior en nuestro caso se presentó un problema serio pues fueron rechazados y no admitidos, por lo tanto una serie de documentos que fueron presentados el día 6 de agosto de 1997 a las 14:14 horas.

Aparentemente la autoridad consideró por su propia conveniencia, que el horario de trabajo debería sujetarse a otros requisitos y que sus horas de labor para efectos de atender al público, deberían concluir a las 14:00 horas.

Dicha presunción la derivó del hecho de que en algunos casos concretos, la autoridad en forma expresa consigna en algún requerimiento, el día y la hora en que vencerá el plazo citando ejemplos al azar los siguientes: el oficio UPCI.310.97.116 de fecha 16 de julio en donde se solicita una información que debería rendirse el día 6 de agosto a las 14:00 horas; el otro UPCI.310.1466 del 14 de agosto en donde igualmente se indica que la información que se pide debería ser presentada a más tardar el 18 de agosto a las 14:00 horas; el Oficio UPCI.310.97.1501 del 19 de agosto en el que se ordena presentar al perito ofrecido por mi representada el día 21 de agosto a las 10:00 horas. Todos ellos de 1997.

De las normas legales invocadas y de los ejemplos aportados, derivamos necesariamente que la regla general es la que está encerrada en el artículo 13 del Reglamento del Código Fiscal de la Federación y la excepción será cuando se consigne una hora distinta.

Los escritos de referencia que presentamos y no fueron admitidos contenían ni más ni menos que una serie de pruebas documentales que abundaban en la demostración de amenaza de daño y al no admitirlas se nos provocó un perjuicio serio que mucho temo se haya visto reflejado en la resolución que años después pronunciara la OMC como lo detallaremos posteriormente.

Con toda oportunidad le hicimos ver a la autoridad su error en un escrito fechado el día 25 de agosto de 1997 y le pedimos que lo enmendara apoyándose en la facultad que le concede el artículo 58 del Código

Federal de Procedimientos Civiles que también tiene el carácter de ley supletoria.

Con pena decimos que una cosa tan simple y tan justa no fue atendida debidamente y sólo se tuvieron por hechas las manifestaciones de cuenta sin modificar su deficiencia.

Dicha práctica viciosa de la autoridad debe eliminarse en aras de la transparencia y legitimidad de las acciones de la autoridad investigadora.

5. Procedimientos ante la Organización Mundial de Comercio

El gobierno norteamericano en varias ocasiones ha planteado ante el Órgano de Solución de Diferencias (OSD), diversas quejas en contra de México relacionadas con el JMAF.

Han sido tramitadas y concluidas tres de ellas y actualmente, a partir del 16 de marzo del 2004, una más que está iniciando su camino. Consideramos que resultará más comprensible recorrer las quejas ya terminadas y dejar para un último capítulo en el que trataremos la situación actual, ocuparnos del juicio arbitral en trámite. Como leeremos en seguida a lo largo de los procesos, surgieron algunos temas que son relevantes los que provocaron que les brindemos nuestra atención con detalle, de los mismos.

Los casos han sido:

1. Hemos mencionado con anterioridad que al imponerse la cuota provisional a la importación del JMAF, una de las reacciones airadas del gobierno norteamericano fue acudir ante la OMC; y acusarnos de infieles a las reglas del GATT.

Se puso en evidencia la gran capacidad de cabildeo de la industria norteamericana de la fructosa al comprometer a su gobierno en una demanda sin razón ni sentido contra una resolución que era efímera y que podía ser modificada.

Con apego al artículo 4.2 párrafos 1 y 4 y 17.3 de Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT 1994, del Entendimiento de solución de diferencias (ESD) de la OMC se llevaron a cabo las consultas entre los representantes de ambas partes, en la ciudad de Ginebra el día 9 de octubre de 1997, sin haber obtenido ningún resultado.

El gobierno quejoso decidió no seguir adelante y no ejercer su derecho a solicitar un panel como lo establece el artículo 4.7 del ESD y, por ende, concluyó el procedimiento en cuestión.

Consideramos que la razón que tuvo el citado gobierno para promover lo que no tenía sentido, era fundamentalmente política para quedar bien ante los fructoseros y no jurídica.

2. El procedimiento *antidumping* de la fructosa siguió su curso como ya fue comentado.

Dado que el fallo resultó adverso para los intereses norteamericanos, su gobierno de nueva cuenta, acudió ante la OMC y el día 8 de mayo de 1998 solicitaron consultas tal como lo establece el artículo 4.2 del ESD ya citado.

Merece hacer un alto en la relatoría de este procedimiento para reparar en otro acontecimiento íntimamente relacionado con éste, de carácter estrictamente jurídico.

El día 20 de febrero de 1998, la sección mexicana del Secretariado de los Tratados de Libre Comercio, nos notificó formalmente que Cerestar USA había presentado una solicitud de revisión ante un panel de la resolución final de la investigación antidumping de cuenta. A esta petición siguieron otras de los demás interesados y así Cargill Inc., Cargill de México, S. A. de C. V., Almidones Mexicanos, S. A. de C. V. (Almex), Corn Products Internacional INC., causahabiente de CPC International Inc., A. E. Staley Manufacturing Company, Archer Daniels Midland Co. Corn Refiners Association, la CNIAA con fecha 20 de marzo y la autoridad investigadora el día 20 de marzo, todos desde luego del 1998.

Esto es que al mismo tiempo que estaba tramitándose la revisión ante un panel del capítulo XIX del TLCAN de la resolución definitiva *antidumping* en el caso del JMAF, se iniciaba otro procedimiento prácticamente igual ante la OMC.

De esta manera se establecieron dos frentes para el mismo asunto: el primero ante un panel del capítulo XIX del TLCAN y el segundo ante la OMC, con un mismo propósito: combatir la resolución final del *antidumping* a la fructosa.

Este insólito e inédito hecho debe ser considerado en toda su dimensión como lo haremos más adelante.

Ofrecimos que al examinar el mecanismo del ESD y del GATT haríamos una explicación sucinta de su procedimiento.

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

El desarrollo del sistema ha sido peculiar ya que en su inicio solamente se concebía la negociación diplomática como fórmula. Años después se introdujo el sistema de los tribunales arbitrales *ad hoc* cuando el Eric Windham-White en su carácter de director general del GATT, los auspiciara a inicios de los años 50.

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

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

Pierre Pescatore sobre el particular opina lo siguiente: “article XXIII does not provide for any specific procedures to be used to consider complaints, and it was evident early in GATT’s history that the constructing parties acting as a group were not well suited to hold hearings and issues findings on disputes”.

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

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

Posteriormente se acordaron otros cambios en 1982 GATT BISD295/13, y en 1984 *Action on Dispute Settlement Procedures*, GATT BISD31st. Supp. BISD9 (1985). Asimismo en 1989: *Improvements to the GATT Dispute Settlement Rules and Procedures*, 36th Supp. BISD61 (1190). Sin duda que todo este bagaje facilitó la revisión cabal de todo el sistema y los cambios de fondo y forma que se negociarían en la Ronda Uruguay.

Como es sabido, la OMC se compone de una carta constitutiva y de un grupo de anexos que conforman su cuerpo legal. Entre ellos está el llamado “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por las que se rige la solución de diferencias” (ESD, anexo 2).

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

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

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

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

Para la aplicación y administración del ESD se crea un Órgano de Solución de Diferencias (OSD) que operará a través de una secretaría, los grupos especiales y el órgano de apelación (artículo 2o.).

Expresamente se declaran algunas posiciones de principios para especificar el marco de referencia del ESD, partiendo como ya lo mencionamos anteriormente, de su acatamiento y respeto a los principios de solución de diferencias del GATT, contenidos en los artículos XXII y XXIII, así como en sus posteriores cambios incluyendo desde luego al presente acuerdo.

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

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

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

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

a) Que la medida tomada por el demandado desconozca alguna obligación presente en los acuerdos abarcados (artículo 3.8).

b) Que la decisión que tome el OSD en cualquier caso, será por “consenso” (artículo 2.4).

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

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

En evidente congruencia con las declaraciones y aclaraciones contenidas en los doce párrafos que componen el artículo 3o., antes de referirse a las normas procedimentales propias a la solución del caso, se presentan disposiciones sobre temas previos como las referentes a las consultas, a los buenos oficios, a la conciliación y a la mediación. De no operar se procederá al establecimiento de los cuerpos especiales.

La solicitud de una consulta que no es sino la invitación forzada a la conciliación, es obligatoria y sólo después de transcurridos 60 días de la presentación de la misma sin haber obtenido éxito, se podrá pedir la integración de un grupo especial.

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

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

Si no hay acuerdo dentro de los siguientes 20 días a la aceptación de la petición para formar al grupo, el director general los nombrará dentro de los diez días que sigan.

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

En diversos preceptos se establecen términos legales particularmente en el apéndice 3 del anexo 2, pero de manera expresa se determina que la duración del procedimiento no deberá ser mayor, por regla general a seis meses; si hubiere impedimentos para hacerlo deberán explicarse las razones y el plazo se ampliará hasta nueve meses en total (artículo 12.8).

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

Con este bagaje el grupo especial preparará un informe provisional que dará a conocer a las partes y éstas podrán solicitar que se reexaminen algunos aspectos concretos del mismo, antes de preparar el definitivo; incluso podrá llevarse a cabo otra audiencia expresa para tratar las observaciones en cuestión. Para ello las partes dispondrán de un término breve y sino hubiere observaciones, se convertirá en definitivo (artículo 15).

Dicho informe deberá circularse entre todos los miembros y dentro de los 60 días siguientes a su recepción, podrá adoptarse por el OSD salvo que:

- a) el OSD decida por consenso, no hacerlo,
- b) que una de las partes manifieste su decisión de apelar.

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

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

Volviendo a nuestro caso las consultas solicitadas ante la OMC tuvieron lugar el día 12 de junio de 1998 pero no se llegó a ninguna concertación de intereses de las partes.

El gobierno norteamericano decidió pedir la instalación de un grupo especial con base en los artículos 6 del ESD: artículo XXIII.2 del GATT de 1994 y 17 del Acuerdo *antidumping*.

Habiéndose acordado por el órgano de solución de diferencias instalado el 25 de noviembre de 1998 y notificados los miembros de la OMC como lo previene el artículo 10.1 del ESD, Jamaica y Mauricio, informaron del grupo especial de su interés en estar presentes.

El grupo especial se conformó el 15 de enero de 1999 habiéndose presentado los memoriales correspondientes y celebrado las reuniones del caso tanto con las partes como con los terceros, se circuló el informe provisional entre las partes, hubo una segunda reunión inter-partes a solicitud de México y el 21 de enero del 2000 se dictó el informe definitivo.¹⁶

En él se formulan las siguientes conclusiones y recomendaciones:

1. La iniciación del procedimiento antidumping y su desarrollo llevada a cabo por la Secofi en las importaciones del JMAF procedentes de

¹⁶ Documento WT/DS 132/R.

los Estados Unidos, es consistente con los requisitos establecidos en los artículos 5.2, 5.3, 5.8, 12.1 y 12.2 (IV) del AAD.

2. La imposición de las medidas definitivas del caso no son consistentes con los requisitos del AAD en los siguientes puntos:

a) la consideración del daño y su amenaza solamente al sector industrial del consumo y del efecto potencial del supuesto acuerdo restrictivo y del incremento probable de las importaciones en forma sustancial, no se apega a los artículos 3.1, 3.2, 3.4, 3.7 y 3.7.1 del AAD;

b) la cuota provisional exigida más allá de los seis meses, su aplicación retroactiva, la negativa para cancelar las fianzas y los depósitos en efectivo si fuere el caso y la ausencia de argumentos y fundamentos violan los artículos 12.2 y 12.2.2 del AAD;

c) acorde con el artículo 3.8 del ESD cuando no se respetan las disposiciones de los acuerdos se estima de inicio, *prima facie* que provoca disminución o menoscabo de los beneficios esperados, por lo que efectivamente se estima que ambos existen;

d) se sugiere que el OSD recomiende a México que dichas medidas, se apeguen al AAD.

Frente a dicha recomendación, cabía el aceptarlas y adoptarlas o bien apelar de la misma.

Lo anterior nos llevó a formular ante las autoridades algunos comentarios que fundamentalmente fueron los siguientes:

1. Se confirmó la legitimidad de las actuaciones de Secofi rechazando de plano, así la constante crítica de los norteamericanos y de algunos de sus representantes nacionales de que la autoridad había actuado de manera parcial a favor de la industria azucarera nacional.

2. Se decretó la falta de aplicación de las disposiciones del GATT relacionadas con el cobro de las cuotas compensatorias provisionales fuera de término.

3. Se dio cabida de manera improcedente a argumentos y posiciones carentes de fundamento jurídico y sobre todo de acreditamiento en los hechos.

4. Por lo tanto, cabía con base en el artículo 16.4 del ESD, apelar de dichas recomendaciones.

La CNIAA habiendo estudiado el informe final detenidamente, concluyó que existía materia para interponer el recurso de apelación que contempla el ESD en su artículo 16.4 y en forma económica, entregó un

extenso *memorandum* titulado “Impugnación de México a las conclusiones y recomendaciones formuladas por el panel sobre el JMAF, establecido a petición del gobierno norteamericano” fechado el 17 de febrero del 2000.

El propósito era rebatir y precisar algunos de los argumentos del grupo especial o panel y, sobre todo, recalcar que el “supuesto convenio” que citaba almenaza del daño, punto criticado por dicho panel, nunca se había demostrado pues no existía como quedó claro para la autoridad mexicana y para la norteamericana en la Investigación que se llevó a cabo ante la USTR con base en las secciones 301 y 302 de la *Trade Act of 1974*.

El gobierno americano en su demanda, no mencionó esta investigación lo que era una grave falta e indujo a error al grupo especial.

Si no se apelaba se corría el riesgo de consolidar el absurdo, en este punto y aceptar los demás que en número de once planteamos. Por razones que no conocíamos a fondo en su momento, pues, las que nos dieron no fueron convincentes se decidió no apelar sino acatar el informe y los dos gobiernos se pusieron de acuerdo en el plazo para dictar su nuevo laudo por la Secofi.

Lo anterior nos invita a formular algunos comentarios aunque por ahora nos limitaremos solamente a uno de ellos que ya apuntamos con anterioridad por su rareza. Nos referimos desde luego a la duplicidad de foros.

Al conocer la solicitud del gobierno norteamericano para acudir a la OMC pese a que pocos meses antes se había solicitado la conformación de un panel conforme al capítulo XIX del TLCAN, nos planteamos la duda de si era legítimo hacerlo pues esto significaba que al mismo tiempo se pretendía manejar el mismo caso por las mismas razones y la misma causa legal en foros de la misma categoría y naturaleza jurídica, estos, ambos internacionales y arbitrales.

La única explicación posible es que se tratase de cuestiones distintas, sin embargo no fue así, al celebrarse las consultas obligatorias el 12 de junio de 1998.

Con la energía necesaria planteamos ante nuestras autoridades la extrañeza y protesta por tal hecho pero no obtuvimos mayor éxito. Llama la atención el hecho de que existiendo en el capítulo XX concretamente en el artículo 2005.6 una disposición expresa sobre la elección de foros habida cuenta de que las partes del TLCAN son todos miembros de la

OMC no se aplique en los casos del capítulo XIX por simple analogía, como debía haber sucedido.

Ante el rechazo a nuestra petición, quedó esta situación que resulta inconveniente y peligrosa pues le quita toda fortaleza y certidumbre jurídica al TLCAN en su aspecto de solución de controversias ya que ante tal hecho pueden darse otros casos en que gobiernos fuertes presionen y jueguen con los dos foros.

Esperamos que en la primera oportunidad de modificación al TLCAN o al menos a través de alguna declaración conjunta de la Comisión de Libre Comercio del Tratado, se establezca que por analogía se deberá respetar en todos los mecanismos de solución de controversias la exclusión de foros.

La similitud de ambas demandas es evidente e inclusive el hecho de que los actores formalmente fueren diversos, no era así pues el gobierno estadounidense mantenía la misma postura que los exportadores de JMAF de ese país, el origen o causa legal del problema era el mismo y el representante de la *Corn Refiners Association* manifestó a los medios que habían convencido a su gobierno de presentar la demanda ante la OMC, sin importar desde luego que se estuviese trabajando en el otro panel.

Debo admitir que durante la negociación del TLCAN nunca nos planteamos la posibilidad de la duplicidad de foros dada la aberración jurídica que esto significaría, máxime que pudiesen presentarse resoluciones contradictorias, lo que pondría en jaque a todo el sistema.

A mayor abundamiento nos quedó en su momento la tranquilidad de que existiendo una provisión de exclusión de foros en el capítulo XX y habiendo sido uno de los primeros negociados y cuyos borradores se elaboraron desde los primeros días de enero del 2002, consideramos que por analogía se siguiese este camino. Recordemos que el capítulo XIX fue negociado a partir del mes de junio del 2001, esto es seis meses después y de hecho vino a constituir el último.

Otra consideración al respecto es el hecho de que una de las resoluciones es definitiva y obligatoria, tal es el caso de las resoluciones del panel del capítulo XIX cuyo artículo 1904.9 y en lo conducente señala que: “El fallo de un Panel... será obligatorio para las partes...” y más adelante el mismo Artículo consigna que “una resolución definitiva no estará sujeta a ningún procedimiento de revisión judicial...”.

En cambio, la recomendación final de los grupos especiales de la OMC son susceptibles de apelación como ya señalamos.

Sería absurdo suponer que una viniese en un sentido y otra en otro y que la confrontación surgiese o bien por lo contrario que siendo iguales se recurriese la de la OMC y la otra se acatase. Es inexplicable que esto se haya permitido.

De los párrafos anteriores podemos concluir que no resulta compagiable la actuación de dos tribunales de igual esencia y jerarquía que conozcan de la misma contienda al mismo tiempo.

Los efectos colaterales que esta situación aberrante puede producir son numerosos y uno de ellos que se planteó en el caso de estudio fue que el gobierno estadounidense utilizó sin recato alguna información y documentación que estaba siendo presentada por Secofi ante el panel del capítulo XIX, pero que en opinión de los panelistas del Grupo Especial era “...un foro distinto al amparo de reglas de procedimiento y sustantivas diferentes...” (párrafo 7.31 del informe final del grupo especial).

Ciertamente que los principios de seguridad y certeza jurídicas fueron puestos por la demandante en receso. Lo más grave, sin embargo, no fue la actitud de los funcionarios estadounidenses sino la decisión que tomó el grupo especial en el sentido de:

“En este asunto llegamos a la conclusión de que no existe ninguna base para excluir las referencias al Memorial presentado por SECOFI en el marco del TLCAN... por lo tanto no excluirémos las referencias al Memorial presentado por SECOFI en marco del TLCAN” (párrafo 7.34 del informe final del grupo especial).

En otras palabras resultaba irrelevante que se utilizara documentos y pruebas presentados en uno y otro foro a gusto del interesado, lo que de paso venía a confirmar nuestra aseveración de que ambos eran en realidad un mismo caso.

Volvimos a la carga ante el panel del capítulo XIX en su momento procesal oportuno de lo cual nos ocuparemos más adelante.

Por último, sobre este mismo tema y por razones meramente formales, señalamos que el informe final sufrió un *corrigendum* en virtud de que al circularse entre las partes el día 28 de enero del 2000 para su aceptación o apelación, se concedían 30 días para ello cuando en derecho debían ser 60 días según las Reglas del ESD.

Al percatarnos del error junto con nuestros representantes, el embajador Alejandro de la Peña tuvo la atingencia de lograr que se corrigiera la

deficiencia el día 25 de febrero del 2000 y debemos consignar que su actitud fue siempre activa y profesional.

Dado que nuestra opinión era que el gobierno de México apelase de dicha resolución, insistimos en que lo hiciera pues de lo contrario se aceptaría tácitamente y se consolidarían las fallas que encontramos, dando cabida al absurdo de considerar al supuesto convenio que en forma repetida hemos negado. No haberlo hecho vino a significar una grave consecuencia.

Habiendo México aceptado pronunciar una nueva resolución acorde con las recomendaciones recibidas, el día 20 de septiembre del 2000 se publicó la misma en el *Diario Oficial de la Federación*, manteniendo las mismas cuotas antidumping previamente establecidas.

El gobierno de los Estados Unidos no quedó satisfecho con esta nueva resolución y de nueva cuenta nos demandó ante la OMC pidiendo que se estableciese el panel de vigilancia que está considerado en el artículo 21.5 del ESD, el que de preferencia debía ser el mismo que había conocido del caso.

Es fácil suponer que un miembro beneficiado por la resolución del grupo especial, pocas veces estará satisfecho con lo que haga su contraparte. Sin embargo en la práctica ha prevalecido la prudencia y tal vez un espíritu de armonía sobre un ánimo rijoso y conflictivo.

La tramitación de un caso de queja conforme al sistema de vigilancia, es breve por cual se explica que las disposiciones aplicables recomienden que en lo posible sea llevado ante el mismo grupo especial que lo conoció anteriormente, pero no siempre ocurre dado que dichos tribunales son *ad hoc* y concluyen su tarea al dictar su informe final.

El procedimiento que se siga ante este grupo de vigilancia deberá ser el mismo que el establecido para la solución de diferencias (artículo 21.5), con la única salvedad de que los términos serán más cortos. En efecto, el informe definitivo que dicte dicho grupo especial deberá rendirse dentro de los 90 días siguientes al que hubiere iniciado su conocimiento.

Como vemos, hay una marcada diferencia con el término establecido para dictar dicho informe por el grupo especial original, ya que éste será de seis meses como máximo (artículo 12.8) y se apegará al calendario que oportunamente sus integrantes determinen, acatando desde luego los pasos previstos en el apéndice 3 denominado “Procedimientos de traba-

jo”, sin perjuicio desde luego, de que sufran eventuales modificaciones por acontecimientos imprevistos.

El informe de este grupo especial de vigilancia fue conocido por los miembros el día 22 de junio del 2001 y México no estuvo conforme.

Dado que dicho Informe o resolución que en esencia lo es puede apelarse, el 24 de julio siguiente México notificó al órgano de solución de diferencias su decisión de utilizar dicho mecanismo revisorio pues “...existían ciertas cuestiones de derecho... y con respecto a determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por el grupo especial... con las que no coincidía”.

Llamó la atención que por vez primera a lo largo de todos estos procedimientos relatados, las Comunidades Europeas se apersonaran y el 20 de agosto del 2001 dieron a conocer su intención e apoyar a México en alguno de los puntos puestos sobre la mesa a través de un memorial.

Como es sabido, el procedimiento al que está sujeto el trámite ante el Organismo de Vigilancia según aparece en el artículo 21.5 del ESD serán “...conforme a los presentes procedimientos del solución de diferencias”.

A la letra significa que el proceso es nuevo y distinto al anterior y el informe final será la materia de estudio que lleve a cabo el panel de vigilancia. En consecuencia y según una interpretación correcta y precisa del texto citado, se deberá iniciar efectuando las consultas tal como está previsto en el artículo 4 del ESD y en el XXII párrafo segundo del GATT-94 y otros más que lo confirman como son los artículos 3.7, 4.1 y .2, 6.2, el apéndice 3.1 y otros más.

Extrañamente se ha cuestionado que deba de iniciarse el proceso con las consultas tal como se refiere en el artículo 4 y, además, el artículo XXII del GATT-1947.

El punto en cuestión tiene un gran contenido jurídico e indudablemente por ello ha estado presente en la mayor parte de los casos que se han presentado hasta ahora relativos al sistema de vigilancia.

Las dos tesis que se han enfrentado en los casos concretos han sido la de la interpretación gramatical y congruente con el texto del ESD y la que pretende modificar el espíritu aduciendo como ya mencioné con anterioridad, que este grupo especial es “derivado” de uno original en donde ya se presentó esta fase consultiva.

El tema de las consultas en el capítulo de conflictos y sus resoluciones en el GATT, siempre ha presentado un gran interés para las partes contratantes en su origen y su peso específico en el tema es definitivo.

Podemos estar ciertos que durante casi los 50 años de vida del acuerdo, siempre se privilegió la vía conciliatoria a la aplicación estricta, rígida y fría de la norma jurídica. Más que el *ius dictio* estuvo el *consensus*.

El profesor Robert Hudec, reconocido experto y conocedor de la materia, quien se ha ocupado del mismo en varias ocasiones, sostiene que: “the goal of the process was more to reach a solution mutually agreeable to the parties than to render a decision in a legal dispute”.¹⁷

El GATT, sabido es, se ocupó muy poco por desarrollar en su origen, un mecanismo de solución de diferencias y solamente dos artículos, el XXII y el XXIII se ocupan del tema párrafos 2 y 1.c respectivamente.

De su lectura comprobamos la verdad de lo que hemos dicho en cuanto a la búsqueda de la solución consensada mas que a la estrictamente jurídica.

El artículo XXIII en su párrafo 2, segunda línea enfatiza lo dicho al señalar que las partes contratantes celebrarán consultas sobre “...una cuestión para la que no se haya encontrado solución satisfactoria” y se previene que serán celebradas “...con una o más partes contratantes”.

Inferimos en consecuencia que este mecanismo es de aplicación general cuando se actualiza la hipótesis legal de la existencia de un problema que no se haya resuelto. Por lo tanto, la regla general es la celebración de las consultas y solamente se limitarán cuando algún precepto expresamente las elimine.

Esta interpretación es la debida conforme a las reglas de la hermenéutica jurídica.

Confirma y fortalece a la misma el texto del párrafo 11 del artículo 4o. y la nota de pie de página al párrafo en cuestión del artículo 4o. del ESD citado.

Enfáticamente el profesor David Palmeter nos indica sobre el particular que:

“Article XXII:2 authorizes the Contracting Parties acting jointly at the request of a Contracting Party, to consult with other Parties on matters which were not resolved through article XXII:1 consultations”.¹⁸

¹⁷ Cita hecha por el especialista William J., Davey, “Dispute settlement in GATT”, *Fordham International Law Journal*, num. 11, Nueva York, 1987, pp. 51 y 65. Opinión compartida por M.O. Hudson, según cita de Friedl Weiss en *Improving WTO Disputes*, London, Cameron May Ltd., 2001, p. 19.

¹⁸ Palmeter, David, *Dispute settlement in the World Trade Organization*, The Hague, The Netherlands, Kluwer Law International, 1999, p. 8.

Como vemos, las consultas desde su origen, se previeron no sólo para las partes involucradas en un conflicto sino para todas las partes contratantes del GATT y ahora de la OMC (párrafos 1 y 11 del artículo 4 del ESD).

En esta sección se ratifica el asunto de que los paneles deberán abrir sus consultas a las partes interesadas: "...panels have also heard the views of any contracting party having a substantial interest in the matter, which is not directly party to the dispute, but which has expressed in the Council a desire to present its views".

De lo anterior nos viene de inmediato a la mente una simple pregunta: ¿cómo puede saber cualquier parte contratante si un problema que va a ser objeto de consulta, puede afectarle? Solamente si las partes en conflicto notifican oficialmente de su propósito, pues de lo contrario se verán afectados sin haber podido hacer valer sus derechos.

Otra necesaria consecuencia de los puntos que hemos comentado consiste en que las normas legales mencionadas, no establecen discriminación alguna en el tipo de problemas a tratar ni en la naturaleza de los paneles o grupos especiales que eventualmente puedan constituirse, esto es, no importa para los efectos del presente análisis, si se trata de un grupo especial ordinario o de vigilancia.

Resulta por demás interesante que estos esfuerzos por pulir las Reglas en cuestión, fueron apreciadas debidamente y permitieron la adopción de las "Reglas de Montreal" suscritas el 12 de abril de 1989, que fueron recogidas en gran parte en el ESD actual de la OMC.

En algunas ocasiones, no son numerosas, se ha planteado este punto ante la OMC.

Tal como ha sucedido en el presente asunto, la Comunidad Europea es quien ha defendido esta interpretación estricta del párrafo 5, acorde con las normas aplicables de la hermenéutica jurídica.

Sin hacer mayores comentarios, enlistaré los casos relevantes sobre el particular:

1. United States-Import prohibitions of certain shrimp and shrimp products. Recourse to article 21.5 by Malaysia (WT/DS 58/RW) 4.35 (june 15, 2001), véase parte IV.

2. Canada-Measures affecting export of civilian aircraft. Recourse by Brasil to article 21.5 of the DSU (WT/DS70/A.B./RW-19 (july 21, 2000)).

3. United States-Import Measures on certain products from the European Communities (WT/DS 165/R/Aded 24-27-July 17, 2000).

4. El presente caso en donde las CE sostienen su misma posición de forma contundente (pp. 46 a 48).

Cabe añadir que existen otros en los que sí se han celebrado consultas previas acatando el texto del párrafo 5 como sucedió en European Communities-Regime for the importation, sale and distribution of bananas. Recourse to article 21.5 by the European Communities (WT/DS 27/RW/EEC-April 1999).

La razón clara de la postura de las CE es defender y proteger sus intereses que puedan afectarse en los casos planteados sin que pueda hacerlo, por no ser notificados en el proceso de negociación.

En el presente caso, de la lectura del escrito de queja, no aparece que se haya celebrado la junta de consulta descrita *in extenso* en el artículo 4o. que explica su propósito, su *modus operandi* y su importancia para los terceros, cuyos derechos se protegen expresamente en el párrafo 11.

Dicho párrafo 11 abre la puerta a que los demás miembros puedan estar presentes y actuar directamente si a sus intereses conviene.

Así viene a establecerse un derecho a su favor y una obligación correspondiente a cargo del quejoso y del OSD para que se notifique al Organismo en cuestión y éste informe a quien corresponda. En el caso, no sucedió así.

Este hecho no pasó desapercibido ni a la autoridad mexicana ni a las Comunidades Europeas (C.E.) quien por vez primera se presentan como interesados (véase IV, p. 4.1 a 4.11).

Si se actuó con premura y sin la reflexión suficiente, se violó la ley aplicable (artículo 3.7) y se afectaron seriamente los intereses de terceros.

Jamaica y Mauricio lo resaltan también en su presentación particularmente en los párrafos 4.12, 4.13, 4.15 y 4.17.

Los argumentos esgrimidos por la CE son fuertes y enérgicos pues perciben que se les ha dejado fuera de la jugada a propósito como se infiere de la lectura de los mismos y esto solamente sucedería, si ambas partes interesadas lo pactaran de común acuerdo.

La ausencia de la notificación es eventualmente una triquiñuela usada para dejar fuera del juego a los terceros y por eso se acude al artículo XXIII como bien afirman David Palmeter y Petros C. Marroidis.¹⁹

¹⁹ *Dispute Settlement in the WTO*, p. 65.

Su falta atenta y viola asimismo el párrafo 1 del artículo 10 ya que se impide que se tomen en cuenta los intereses de los “...Miembros en el marco de un Acuerdo abarcado a que se refiera la diferencia”. La queja de la CE tiene un gran contenido que debe tomarse en consideración en forma prioritaria.

La naturaleza jurídica del mecanismo de solución de diferencias de la OMC, es cuasi jurisdiccional y es la consagración de la llamada *rule of law* que substituyó al sistema de las negociaciones diplomáticas en donde prevalece el interés del más poderoso.

“The dispute settlement system matured and now resembles a judicial system.

...The WTO Members explicitly declare that they consider the dispute settlement systems of the WTO a central element in providing security and predictability to the world trading systems. It is only the legalistic model which can bring such security...to international economic relations”, según afirma Kees Jan Kuilwijk.²⁰

Esta opinión la comparten los expertos más connotados en la materia como Pierre Pescatore, John Jackson y desde luego Palmeter y Marroidis ya mencionados.

Es de preocupar no sólo la enorme deficiencia del procedimiento en este aspecto sino también la sospecha por leve que sea de contubernio bilateral.

Por todo lo dicho el respeto estricto al derecho es lo que alentó a los países miembros de la Unión Europea, a considerar que el sistema actual de funcionamiento de los paneles es más confiable que el anterior, por lo cual no aplicar a la letra el derecho positivo de referencia, atenta contra validez del sistema.

En su presentación, las CE desarrollan toda una tesis sobre la importancia de celebrar las consultas en todos los procedimientos de solución de diferencias previstos en el ESD y enfatizan en la falta de facultades de los miembros de la OMC para suprimir las consultas en forma concertada pues afectan los derechos de terceros considerando la obligación que tienen los grupos especiales de examinar, aún de oficio, si se llevaron a cabo o no dichas consultas.²¹

La posición de México lógicamente concordó con dicha postura y en nuestra opinión, todos y cada uno de los argumentos esgrimidos son vá-

²⁰ *The European Court of Justice and the GATT Dilema*, pp. 150 y 151.

²¹ Global JJB01/D5132/ecoub20081 European Comisión, Geneva 20, august 2001.

lidos y los compartimos. En cambio, la posición estadounidense ha sido contradictoria, pues unas veces apoya la tesis de las consultas obligatorias y en otras la contraria.

Logramos obtener copia de un documento que fue presentado por la misión estadounidense ante la OMC en donde formalmente se oponía a que se instalara un panel de vigilancia conforme al artículo 21.5 si no se demostraba haberse llevado a cabo las consultas previas o al menos haberlas intentado.

Dicha postura que ya en otra ocasión anterior habían sostenido aparece en el oficio de la US Trade Representative de referencia, suscrito por la embajadora Rita Hayes mediante el cual pretendía bloquear a Corea y estorbar que se conformase un grupo especial de vigilancia en el caso de interés para ambos países.

El caso no continuó por desistimiento de una de las partes en noviembre de ese mismo año y lamentablemente no hubo oportunidad de que el panel que se hubiese conformado, se pronunciase sobre el particular.

Continuando con el análisis de nuestro caso, el día 22 de octubre del 2001 el órgano de apelación de la OMC pronunció su opinión definitiva, desechando los argumentos y objeciones de la apelante así como las del tercero, recomendando al OSD pidiese a México "...se ponga en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud del Acuerdo Antidumping...".

Consideramos desde luego que dicha resolución no resulta correcta y una vez más tenemos que mencionar que apareció el "fantasma" del supuesto convenio, como bien lo calificara el entonces jefe de la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales (UPCI) y esto sucedió debido a que la autoridad mexicana sin tener porqué, volvió a referirse al supuesto documento, que había declarado inexistente como ya apuntamos en la Resolución *antidumping*.²²

Lo anterior dio pie a que el órgano de apelación se ocupase del tema y le diera apoyo al grupo especial por haberlo utilizado, pese a no ser más que una simple conjetura o alegación, lo que prohíbe el artículo 3.7 del Acuerdo *antidumping*.

De esta forma se consolidó la grave aberración de fundar en un documento inexistente una decisión contraria a la norma aplicable.²³

²² Véase el párrafo 525 de dicha resolución.

²³ Párrafos 81 a 93 de su informe final WT/DS132/AB/RW, 22 de octubre de 2001.

Anotamos que el grupo de apelación formuló una seria crítica en contra de México porque no objetó ni se manifestó expresamente en contra de las faltas en que había incurrido el grupo especial original, dando con ello la impresión de su aceptación, por lo que no se entendía que ahora reparaba en estos temas y los atacaba.

Textualmente dijo que: “México no mencionó estas cuestiones de procedimiento ni formuló ninguna objeción a la autoridad del Grupo Especial en ninguna de sus dos comunicaciones escritas al Grupo Especial”.²⁴

Del mismo jaez son otros párrafos críticos que le dan pie a sostener lo siguientes:

Quando un Miembro desea formular una objeción en un procedimiento de solución de diferencias, siempre tiene la obligación de hacerlo sin demora.

Se puede considerar que todo Miembro que no formule sus objeciones oportunamente... ha renunciado a su derecho a que un Grupo Especial considere dichas objeciones”.²⁵

Cara lección nos llevamos, cuando advertimos oportunamente que esto podía suceder si no se interponía la apelación en contra de la primera decisión pronunciada por el grupo especial.

Debemos aceptar que hay que actuar enérgica y oportunamente en defensa de lo que legítimamente nos corresponde.

6. Panel del capítulo XIX del TLCAN.

En el *Diario Oficial de la Federación* del lunes 20 de mayo del 2002 apareció publicada la Resolución por la que se da cumplimiento a la Decisión final del panel binacional del 15 de abril del 2002 ...del caso MEX-USA-98-1904-01, revisión de la Resolución Final de la Investigación Antidumping sobre las importaciones de jarabe de maíz de alta fructosa... originarias de los Estados Unidos América... y publicada el 23 de enero de 1998.²⁶

El proceso dio inicio el 20 de febrero de 1998 al presentarse la primera solicitud de revisión de la resolución final dictada el 23 de enero de

²⁴ Párrafo 40 de su informe final.

²⁵ *Ibidem*, párrafo 50.

²⁶ Se citan solamente partes del largo encabezado del documento en cuestión para subrayar que así de extenso fue este proceso.

ese año en el caso antidumping sobre las importaciones del JMAF, fracciones arancelarias 1702.40.99 y 1702.60.01 de la tarifa de la Ley del Impuesto General de Importación.

Se instaló el panel con retraso pues hasta el mes de febrero del 2000 pudo iniciar sus actividades.

Hacemos notar que durante todo este largo lapso, el otro panel establecido conforme a la OMC, trabajaba y conocía del mismo asunto y que prácticamente cuando éste dictaba su informe final, el panel del TLCAN daba inicio a sus quehaceres.

El procedimiento resultó complejo, pleno de incidentes innecesarios en su mayoría que se prolongaron aún después de dictado el laudo y que vendrían a concluir hasta el mes de mayo del 2002.

Dio lugar a que se plantearan múltiples problemas y cuestiones técnico legales que enriquecerán a la doctrina del TLCAN en este capítulo.

En el resumen ejecutivo el panel condensa los puntos básicos del caso y anuncia su decisión.

Fue confirmada la competencia de la autoridad investigadora, la correcta identificación del JMAF y de la legitimación de la CNIAA para iniciar la investigación del caso.

En cambio, coincidió con la OMC en que la amenaza del daño no había sido demostrada. Fueron atendidos aunque algunos no resueltos poco más de 90 incidentes que por rubros podemos, con cierta arbitrariedad, agrupar en los siguientes temas:

- a) fe de erratas y trámites;
- b) personalidad;
- c) causahabencia;
- d) acceso a la información confidencial;
- e) precedentes y decisiones judiciales supervenientes;
- f) terminación del panel y resoluciones derivadas de la revisión original y de la resolución revisada;
- g) no abogados y abogados extranjeros;
- h) incompetencia del panel para seguir conociendo del caso después del informe final de la OMC.

De los numerosos incidentes presentados nos ocuparemos sucintamente de alguno de ellos seleccionado con el mismo criterio de la aportación útil de soluciones que sirvan al foro y a la doctrina del comercio internacional.

El primero de ellos se refiere a que en el caso existieron dos resoluciones definitivas sobre el procedimiento antidumping: la original y la revisada, dictada en cumplimiento a las recomendaciones de la OMC; la primera de fecha 23 de enero de 1998 y la segunda del 20 de septiembre del 2000.

Planteamos ante el panel el tema de que habida cuenta de que solamente debía conocer de las resoluciones definitivas dictadas por las autoridades nacionales en el procedimiento *antidumping*,²⁷ seguía conociendo de otra decisión que ya no se ocupaba del susodicho procedimiento en sí, sino de una recomendación.

El fundamento básico de dicho planteamiento se deriva del carácter arbitral de la revisión binacional, por lo que no podía ocuparse directamente de conocer de lo que las partes no le habían solicitado.

El panel en cuestión no atendió los argumentos alegados por la autoridad investigadora ni los esgrimidos por la CNIAA.

Curiosamente entre las decisiones jurisdiccionales que invocó para fundar su rechazo estaban junto a las de la analogía, las relativas a la congruencia, lo que evidentemente no se daba.

Planteamos una fuerte duda, una seria preocupación sobre una aparente incongruencia con los principios tanto procesales como de fondo relativos a la definitividad y a la procedencia de mantener la competencia del panel.

Conforme a nuestra experiencia en estos casos, es frecuente que se confunda las normas aplicables al procedimiento al no tener presente que existen un conjunto de principios propios del arbitraje, lo que lleva a que normas que pueden ser procedentes en cualquier otro mecanismo de solución de diferencias entren en colisión con las propias del arbitraje.

Esta inquietud fue abordada por nosotros desde los albores de la vida de los paneles del capítulo XIX en el caso MX-EUA-1904-01-1994 en cuya segunda audiencia hicimos un análisis de la naturaleza jurídica de dichos tribunales, llegando a la conclusión de que eran básicamente arbitrales, por lo que los principios que regulan a este mecanismo son de observancia obligatoria.

La confusión que en este caso se dio al invocar la analogía para justificar seguir conociendo del problema y de asuntos no incluidos en la litis planteada, resultaba improcedente.

²⁷ Artículo 1904.2 del TLCAN.

El otro tema que surgió es todavía más grave y ya hemos de alguna manera abordado su importancia, referente a la existencia y operación de dos procedimientos paralelos que se asienta: “...dio lugar a cuestionamientos novedosos para este panel”.

En su laudo se reconoce claramente por el panel al afirmar que:

Párrafo 365. La relación entre los casos es material, el caso planteado ante la OMC se refiere a la misma investigación antidumping a la que se refiere el caso planteado ante este Panel y a la misma resolución administrativa, la Resolución Original. No puede haber una relación mas estrecha que esta.

Asimismo reconoce que la presencia simultánea de dos paneles, uno del TLCAN y el otro de la OMC “...es algo inusitado... La falta de regulación expresa es evidente.”

Al no existir normas aplicables, el panel hizo un ejercicio de interpretación de diversas disposiciones ubicadas en varios ordenes legales, tanto nacionales como multilaterales y así se refirió a la Ley de Comercio Exterior, al Código Fiscal de la Federación, al Código Federal de Procedimientos Civiles, al GATT, al ESD y a otros más para darle cabida al llamado principio de cortesía.

Según esto:

Párrafo 373... En situaciones como esta, las cortes han desarrollado a través de los siglos la doctrina de la cortesía o mutua cortesía en la que un tribunal ejerce deferencia hacia otro y adopta sus determinaciones y conclusiones para evitar en la medida de lo posible, conflicto o duplicación de esfuerzos...

Este párrafo es claro e invita a suponer que por estas razones aunadas a nuestros argumentos de incompetencia, iba a resolver dar por concluido el caso, haciendo propias las decisiones y recomendaciones del panel de la OMC.

Empero no lo hizo así sino que se declaró competente:

Párrafo 388. Este Panel tiene jurisdicción y competencia para revisar la Resolución Final de la AI... respecto del derecho mexicano interno, así como en lo que se refiere al Acuerdo Antidumping en aquello en (que) lo decida que el principio de cortesía no resulta aplicable...

Debemos de reconocer y admitir que el análisis jurídico efectuado para encontrar esta salida al atolladero, fue arduo, original y significó un gran esfuerzo de investigación y síntesis.

Sin embargo insistimos que lo debido es que no se den casos de duplicidad de foros. Resulta aberrante a nuestro entender y choca contra los principios fundamentales del derecho procesal.

Si se hubiese optado por exigir a las partes su definición y determinación de foros dada su similitud, se hubiese aportado una fórmula para llenar una laguna aparente y así obligar a los socios del TLCAN y a la misma OMC a respetar en lo que vale a un tratado regional.

Por último haremos referencia al tema de la posible actuación de abogados extranjeros y de representantes no abogados en los litigios ventilados bajo el TLCAN, sobre todo tomando en consideración el texto del párrafo 7 del artículo 1904.

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 ahora estudiado MEX-USA-98-1904-01 relativo a las Importaciones de jarabe de maíz de alta fructosa, originarias de los Estados Unidos de América.²⁸

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte regula en su capítulo XII el Comercio transfronterizo de servicios,²⁹ en el que se establecen una serie de medidas que deberán de tomar las partes del TLCAN para garantizar entre otras lo siguiente:

²⁸ 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, 1998; *Solución de controversias y antidumping en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 2002.

²⁹ 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 UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1993.

a) El trato nacional: consistente en la obligación de cada una de las partes de otorgar a los prestadores de servicios profesionales³⁰ de la otra parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus prestadores de servicios.³¹ 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.³²

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 institu-

³⁰ 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.

³¹ TLCAN, capítulo XII, artículo 1202, fracción 1a.

³² 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.

ciones autorizadas para expedir éstos, las prohibiciones a los extranjeros para ejercer en nuestro país, etcétera.³³

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

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.³⁴

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;³⁵ 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. Aún 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.³⁶ Así, como señala Cardona Martínez: “la repre-

³³ Véase *Diccionario Jurídico Mexicano*, 7a ed., t. P-Z, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

³⁴ Ley de Profesiones, artículo 8o.

³⁵ 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, número 26, 1996; Gómez Robledo Verduzco, Alonso, “México consagra la doble nacionalidad”, *Revista de Derecho Privado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, número 23, mayo-agosto, 1997, y Francisco J. Contreras Vaca, “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, número 11, 1994.

³⁶ *Idem*, artículo 26.

sentación del particular en la función jurisdiccional es propio de la abogacía y en consecuencia campo exclusivo de la profesión”.³⁷ Dentro de 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.³⁸

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.³⁹

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”⁴⁰

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”. Estos 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, la actuación de los abogados de estos dos países a la asesoría en derecho extranjero.⁴¹

³⁷ Cardona Martínez, Julio Ángel, *op. cit.*, p. 151.

³⁸ Caso, por ejemplo, de la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial en los procedimientos *antidumping*.

³⁹ *Idem*, artículo 1203.

⁴⁰ TLCAN, artículos 1205 y 1213.2.

⁴¹ 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.

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.⁴²

Además, cada parte esta 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.⁴³

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 1.⁴⁴

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.⁴⁵ 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 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.⁴⁶

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.

⁴² TLCAN, artículo 1210.

⁴³ En este sentido la modificación del artículo 15 de la Ley de Profesiones.

⁴⁴ TLCAN, tomo XXXVI, pp. 963-1118.

⁴⁵ Clasificación Mexicana de Actividades y Productos “951002 Servicios Legales (incluye consultores legales extranjeros)” (CMAP, Instituto Nacional de Geografía y Estadística).

⁴⁶ TLCAN, anexo VI, p. 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 1208.⁴⁷ En dicho anexo, 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 les 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 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:

⁴⁷ Este artículo contiene la obligación de indicar en el anexo VI los compromisos para la liberalización de restricciones cuantitativas, requisitos para el otorgamiento de licencias, requisitos de desempeño y otras medidas no discriminatorias.

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 ésta no está representada por un abogado.⁴⁸

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.⁴⁹

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.

⁴⁸ 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*.

⁴⁹ 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.

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 de 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 profesionalista 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 internarse 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.⁵⁰

Sin embargo, el panel del caso MEX-USA-98-1904-01 relativo al JMAF 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 autoridad investigadora y la CNIAA, resolvió las dichas peticiones incidentales “reconociendo a los apoderados legales de las participantes 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”.⁵¹

⁵⁰ Decisión final del caso MEX-94-1904-01, p. 9.

⁵¹ Decisión final del caso MEX-USA-98-1904-01, pp. 20-21.

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.⁵²

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. 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

⁵² Véase la transcripción de la Audiencia Pública de fechas 22 y 23 de agosto de 2001.

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 segundo 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 día 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 nivel 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.

Quizá 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”.⁵³

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 establece 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”.

⁵³ Véase Mayagoitia, Alejandro, *Notas para servir a la bibliografía jurídica novohispana: la literatura circunstancial*, México, Tesis de Grado, Facultad de Derecho, UNAM, t I, pp. CXI-CXII.

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.

Sin desconocer que hay otros temas abordables para comentarios, estimamos que los principales ya los revisamos.

El panel cesó formalmente en sus funciones el 1o. de agosto del 2002 al haberse emitido el Aviso de Terminación de la Revisión ante el Panel.⁵⁴

Pese a lo anterior, el conflicto azúcar-fructosa continúa vivo pese a los casi cotidianos esfuerzos que se vienen realizando para resolverlo en distintos foros.

VI. SITUACIÓN ACTUAL

Los acontecimientos sucedidos a partir del año 2000 que han dado pie al marco general nacional e internacional en el conflicto examinado son los siguientes:

1. Habida cuenta que el gobierno de los Estados Unidos daba claras señales de no cumplir con sus compromisos legales derivados del TLCAN, desde el 13 de marzo de 1998 la entonces Secretaría de Comercio y Fomento Industrial por conducto de su titular invitó a su homólogo estadounidense a dialogar y prevenir el inminente conflicto utilizando el mecanismo establecido en el capítulo XX.

⁵⁴ Oficio SMS TLC-2002-J-2314 de la Secretaría General de la Sección Mexicana del Secretariado de los Tratados de Libre Comercio, 1o. de agosto del 2002.

El 15 de abril de 1998 se llevó a cabo la reunión de consultas sin resultados, por lo que se pidió a la Comisión de Libre Comercio que actuase conforme al artículo 2006 y se verificaron el 17 de noviembre siguiente con el mismo efecto.

Hubo numerosas reuniones no oficiales y una propuesta estadounidense irreal pues pretendía que se sentasen las partes a negociar el tema como si fuese la primera vez ignorando lo pactado en el TLCAN. Desde luego que no fue aceptada pero se le hizo una contrapropuesta.

Dado que ambos gobiernos tendrían cambios en sus oficiales en forma casi simultánea, las charlas se suspendieron en julio del 2000.

Por lo anterior y ante la marcada tibieza de los funcionarios estadounidenses, la industria nacional insistió ante las autoridades mexicanas para seguir adelante y el 17 de agosto de ese mismo año, se presentó una solicitud para establecer un panel, tal como está previsto en el TLCAN.

Hasta ahora, este procedimiento no ha prosperado y el silencio de la contraparte resulta inaceptable.

Ante las nuevas autoridades se volvió a plantear la situación insistiendo en que la incertidumbre que existía era perjudicial para ambas industrias. Se retomaron las vías de la negociación y en el año 2002 el gobierno estadounidense volvió a presentar un borrador de convenio basado en el anterior pero más duro e inaceptable.

De nueva cuenta el gobierno de México, tras consultar con la industria nacional, lo rechazó, pero formuló a su vez una segunda contrapropuesta que hasta ahora ha quedado sin respuesta.

En consecuencia, no hemos logrado caminar por los canales oficiales ni tampoco por la vía institucional existente en el TLCAN. Mientras tanto la situación se deterioraba en la industria nacional llegando a provocar la expropiación de casi la mitad de los ingenios azucareros (27) que producen el 48% del volumen total.

El entonces secretario de Economía presentó el 20 de septiembre del 2001 a su homólogo Robert B. Zoellick un enérgico comunicado recalcando que México había tenido un excedente de azúcar de 769,000 toneladas para el año corriente, estimándose que para el siguiente serían de 712,900 toneladas métricas, por lo que le llamaba la atención y pedía se respetase el TLCAN ya que al vender los excedentes en el mercado internacional se producirían daños económicos por aproximadamente 392 millones de dólares al año. Ante este panorama de estancamiento, el Congreso mexicano actuó.

2. El día 31 de diciembre del 2001 se estableció el impuesto especial sobre producción y servicios (IEPS) por la enajenación e importación de ciertos productos así como por la prestación de determinados servicios que fueron enumerados en la ley.

Entre los productos están la cerveza, las bebidas alcohólicas, tabacos, gasolina, diesel, gas natural, aguas gasificadas, refrescos, bebidas hidratantes, concentrados, polvos o extractos de sabores que utilicen edulcorantes diversos del azúcar de caña (artículo 2o., párrafo 1 G y H). En el apartado 2 se enumeran los servicios.

En su artículo 3o. se definen cada uno de los bienes en cuestión correspondiendo los párrafos 15 y 16 a los párrafos G y H del artículo 2o.

El artículo 8o. ratifica en su apartado I d) que no se pagará el impuesto por la enajenación de los productos comprendidos en los incisos G y H de la fracción 1 del artículo 2o. de la Ley.

El IEPS provocó gran revuelo al grado que el presidente de la República emitió un decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 5 de marzo del 2002 eximiendo del pago del IEPS (artículo 1o.).

Lo anterior fue duramente criticado pues en el caso de los incisos G y H de referencia se afectaba a la industria azucarera nacional de la que dependen más de dos millones de nacionales, beneficiando a los importadores del JMAF que no lo son precisamente ya que las empresas productoras establecidas en México están vinculadas con los productores estadounidenses.

Adoleciendo el decreto de serias fallas jurídicas empezando porque se pretendía atacar un ordenamiento de mayor jerarquía como lo es el de la ley, la Cámara de Diputados promovió el 12 de abril del 2002 una controversia constitucional ante la SCJN para anular la resolución presidencial.⁵⁵

Por diversas razones legales, la SCJN resolvió por unanimidad de votos que:

“Primero: Es procedente y fundada la presente controversia constitucional.

Segundo: Se declara la invalidez del artículo primero del Decreto... expedido por el Presidente de la República... y publicado... el 5 de marzo del 2002”.⁵⁶

⁵⁵ Expediente 32/2002.

⁵⁶ *Diario Oficial de la Federación* del 17 de julio del 2002.

En consecuencia el IEPS se reinstaló y ha sido confirmado en los subsecuentes años y permanece en vigor en el 2004.

La legitimidad del IEPS ha sido cuestionada por la aparente falta de equidad y desigualdad de trato.

Sin embargo, expertos reconocidos en la materia fiscal no lo consideran así, Samuel Ramírez Moreno, actual presidente de la Academia Mexicana de Derecho Fiscal, ni tampoco la SCJN como se desprende del juicio de amparo que declara que el IEPS: "...no transgrede el principio constitucional de referencia (de equidad tributaria)...".⁵⁷

Merced al IEPS se ha logrado que los productores estadounidenses de azúcar y fructosa se acerquen a la industria nacional tratando de encontrar una salida conjunta al problema como debieron haberlo hecho años atrás.

No ha faltado quien pregunte porqué ante un incumplimiento en perjuicio de los azucareros nacionales, están en conflicto los fructoseros. La respuesta es simple: desde el inicio de las negociaciones del TLCAN se estimó pertinente considerar un mercado regional de edulcorantes dada la similitud de productos.

En la carta que Mickey Cantor, entonces secretario de Comercio de los Estados Unidos envió a su homólogo mexicano en 3 de noviembre de 1993 (Carta Paralela) así lo reconoce en el último párrafo de la página 1 de la misma.

Por ello, ambos productos están íntimamente ligados y la solución que se encuentre al problema tendrá que abarcar a productores y usuarios de ambos.

Desde el mes de octubre del 2003 a la fecha (agosto del 2004), se han efectuado aproximadamente 14 reuniones de trabajo tanto del grupo bilateral de trabajo en pleno de acción como de los técnicos, integrado por productores de ambos países y productos, con el propósito de encontrar fórmulas de conciliación de intereses que puedan elevarse como recomendaciones a sus respectivos gobiernos.

Desde un inicio de las pláticas se planteó por la parte mexicana que el texto del TLCAN quedaría intocado, no sólo porque no era campo propio de los particulares sino porque a México le interesa que se cumpla al pie de la letra; en consecuencia lo que se busca es hacer al TLCAN operativo.

⁵⁷ Amparo en Revisión 797/2002, novena época, instancias: Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XVII, marzo del 2003, Tesis: 2º XX/2003, p. 555.

Desde luego que al conformarse el acuerdo, el IEPS desaparecería por no tener razón de ser: terminada la violación al TLCAN por los Estados Unidos, se concluye con el remedio.

Lamentablemente las pláticas han quedado suspendidas pues recientemente se ha posado una sombra sobre la mesa de negociaciones debido a que el gobierno norteamericano saliendo de su letargo en el caso solicitó consultas al Mexicano sobre el IEPS ante la OMC, como ya advertimos.

Esta demanda ha distorsionado los intentos conciliatorios dando la impresión de que fue con toda premeditación.

Sin duda que hay intereses para que no se tenga éxito y se apuesta al fallo de la OMC con la idea de que sea contrario al IEPS.

Este es el panorama general actual del conflicto.

VII. ENSEÑANZAS Y CONCLUSIONES

Una primera enseñanza a la que arribamos es que no es suficiente un buen texto legal en un Tratado, sino que es indispensable la presencia de la voluntad para cumplirlo: *pacta sunt servanda*.

Nuestra historia en las relaciones bilaterales con los Estados Unidos de América nos muestra algunos otros casos similares en donde nuestros derechos han sido desconocidos y solamente hemos logrado compensaciones bajo el manto de la buena voluntad y del *comitas gentium*. Tal sucedió en la Convención del 21 de mayo de 1906 relacionada con las aguas del Río Bravo.⁵⁸

Otra reflexión que se formula es la necesidad de no escatimar precisiones en la redacción de los textos legales, no hay que dejar nada a la buena voluntad, pues sólo hay intereses.

Asimismo debemos reclamar sin temor ni recato en forma inmediata lo que nos corresponda. Esto es lo esperado y no llama la atención; todo lo contrario, provoca respeto y más extraña que no se haga.

⁵⁸ Véase Cruz Miramontes, Rodolfo, “La doctrina Harmon, el Tratado de Aguas de 1944 y algunos problemas derivados de su aplicación”, *Foro Internacional*, México, vol. VI, núm. 1, El Colegio de México, 1965. Algunas de las conclusiones a las que el autor arribó fueron:

1. Lo que constituía una violación a los Tratados anteriormente celebrados, cometida por los Estados Unidos, se legalizó.
2. Lo que era un derecho se revistió con el ropaje de una dádiva.
3. Perdimos el derecho a reclamar los daños y perjuicios que ocasionaban.

Por último, debemos reconocer que los tiempos políticos han cambiado y que ahora debemos de acudir no sólo al Poder Ejecutivo como antaño, para pedir apoyo y protección sino que contamos con un Poder Legislativo que puede ayudar.

Esto requiere de una nueva cultura cívica que exige acciones y compromisos con sus costos correspondientes.