

*Juan Manuel Saldaña Pérez**

Los mecanismos de solución de diferencias en el TLCAN: dos décadas de implementación

..

SUMARIO: I. Introducción. II. Solución de controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte (Capítulo XI). III. Revisión y solución de controversias en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias (Capítulo XIX). IV. Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias (Capítulo XX). V. Bibliografía.

I. Introducción

En este documento se analizan los mecanismos de solución de controversias que comprende el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), con los cuales se crean instituciones trilaterales de tipo muy innovador, así como procesos para evitar y solucionar las controversias entre las Partes, lo cual da mayor certidumbre a esta iniciativa económica.

Resulta importante mencionar que el TLCAN es el único acuerdo comercial ratificado por Estados Unidos que permite la revisión de las resoluciones *antidumping* emitidas por su autoridad investigadora, dándole a un panel binacional el carácter de un tribunal nacional.

A continuación se presenta un estudio jurídico detallado de los tres mecanismos; el primero, contenido en el Capítulo XI del tratado que se refiere a diferencias en materia de inversión; el segundo, contenido en el Capítulo XIX, relativo a prácticas desleales; y el tercero, contenido en el Capítulo XX, constituido como mecanismo marco, complementa a los dos primeros, atendiendo las diferencias entre Estados.

* Director del Seminario de Estudios sobre el Comercio Exterior de la Facultad de Derecho de la UNAM.

II. Solución de controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte (Capítulo XI)

El artículo 1120 del TLCAN establece la posibilidad de dirimir diferencias en materia de inversiones mediante alguno de los siguientes mecanismos arbitrales:

- El Convenio del CIADI, siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte inversionista, sean Estados Parte del mismo.
- Las Reglas del mecanismo complementario del CIADI, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sea Parte del Convenio del CIADI.
- Las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, *United Nations Commission on International Trade Law*).

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI)

A instancias del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), mejor conocido como el Banco Mundial, se han creado cuatro instituciones que persiguen objetivos comunes y que están estrechamente vinculados a éste. Dos de estas instituciones son “organismos especializados”: la Corporación Financiera Internacional (CFI) y la Asociación Internacional de Fomento (AIF). Las otras dos, aunque no son “organismos especializados”, coadyuvan estrechamente a la consecución de los propósitos del BIRF: el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI) y la Agencia Multilateral de Garantía a la Inversión MIGA (*Multilateral Investment Guarantee Agency*) es un organismo internacional autónomo, creado el 12 de abril de 1988, que tiene un mecanismo de seguro de inversiones por cuatro riesgos no comerciales (control de cambios, expropiación o medidas similares, contratos de compras gobierno, guerras y disturbios civiles) y otro de solución de controversias inversionista *vs* Estado).

Estas cinco instituciones en conjunto son conocidas como “Grupo Banco Mundial”, las cuales tienen como fin común la lucha contra la pobreza y el mejoramiento del nivel de vida de las personas alrededor del mundo, no obstante, cada una de ellas tiene funciones diferentes para alcanzar dicho objetivo. (*Multilateral Investment Guarantee Agency*, 1991).

El Grupo Banco Mundial promueve el flujo de inversiones entre sus miembros, principalmente de países desarrollados a países en desarrollo, a tra-

vés programas de financiamientos con fines productivos, destinados a los sectores público y privado, para la construcción de infraestructura industrial, educación, salud pública, bienestar social, modernización administrativa y desarrollo sustentable, entre otros, así como de mecanismos de solución de controversias que garanticen seguridad jurídica, imparcialidad y celeridad en la solución de disputas que se presenten entre los inversionistas extranjeros y el gobierno del país receptor de una inversión.

El CIADI (o bien ICSID, *International Centre for Settlement of Investment Disputes Between States and Foreign Investors*) fue creado en 1965 mediante el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el Convenio), bajo los auspicios del BIRF, con la finalidad de resolver controversias entre un Estado miembro y un inversionista nacional de otro Estado miembro, a efecto de promover un ambiente de confianza mutua y por consiguiente, estimular el libre flujo de capital privado internacional hacia países en desarrollo, principalmente. Actualmente cuenta con más de 129 países miembros, entre los que destaca Estados Unidos. (Vives Chillida, 1998).

Aun cuando Canadá y México no han suscrito el Convenio, esta institución cobra importancia en virtud de que el artículo 1120 del Capítulo XIX del TLCAN establece que los conflictos relativos a inversiones que se susciten entre nacionales de un país miembro y el gobierno de otro país miembro del propio tratado podrán resolverse mediante arbitraje del CIADI, y si alguna de las Partes no fuera miembro del mismo, mediante las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o a través de las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

El CIADI tiene por objeto “facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados contratantes y nacionales de otros Estados contratantes a una Comisión de Conciliación o a un Tribunal Arbitral, según el caso” (Convenio del CIADI, artículo 1).

La jurisdicción del Centro abarca los conflictos de naturaleza jurídica surgidos directamente de una inversión entre un Estado contratante del CIADI (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditado ante el Centro por dicho Estado) y el “nacional” (personas jurídicas o naturales) de otro Estado contratante, cuando las partes hayan consentido por escrito someter al Centro la solución de la controversia sobre dicha inversión (Convenio del CIADI, artículo 25). De lo anterior se desprende que la jurisdicción del Centro se condiciona a los siguientes requisitos: consentimiento, sujeto y objeto.

Para someter a la jurisdicción del Centro la solución de alguna controversia de naturaleza jurídica, surgida directamente de alguna inversión, se requiere la existencia del consentimiento “escrito” de las partes al momento de que se presente el conflicto. En los casos de disputas en las que una parte sea una subdivisión política u organismo público de un Estado contratante, se requiere que dicho Estado haya manifestado su consentimiento en ese sentido al Centro, o que le haya notificado que no es necesario.

El artículo 25 de la Convención establece que el consentimiento al arbitraje implica una renuncia irrevocable a la inmunidad de jurisdicción, a efecto de someterse al arbitraje CIADI. En consecuencia, el Estado no podrá interponer una excepción de inmunidad soberana que pudiera impedir el arbitraje. La inmunidad soberana de los Estados comprende dos aspectos, la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución. (Saldaña Pérez, 2003).

En relación a la inmunidad de ejecución, los artículos 54.3 y 55 sujetan la ejecución del laudo CIADI a las leyes nacionales sobre inmunidad soberana. El tema de inmunidad soberana es delicado, ya que tiene un impacto importante en el arbitraje CIADI puesto que de poco le servirá un laudo favorable a un inversionista si no puede ejecutarlo coactivamente en contra de la voluntad del Estado huésped. (González de Cossío, 2004).

Es importante señalar que no por el hecho de que un país forme parte del Centro, automáticamente tendrá que resolver todas las controversias relativas a inversiones, existentes o futuras, de personas jurídicas o naturales de otros estados miembros, mediante los mecanismos de solución de controversias previstos por el propio Centro, pues el país receptor debe autorizar los casos en que procederá el arbitraje como mecanismo para solucionar una controversia respecto a determinada inversión. En el caso de que México suscribiera el Convenio, dicha autorización se emitiría mediante un acuerdo interinstitucional que se celebraría entre el Estado mexicano y el Centro.

Hay que recordar ahora que un acuerdo interinstitucional es “el convenio regido por el Derecho Internacional Público, celebrado por escrito entre una dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal y uno o varios órganos gubernamentales, cualquiera que sea su denominación, sea que se derive o no de un tratado previamente aprobado” (Ley sobre Celebración de Tratados, artículo 2).

En cuanto a los sujetos, solamente los Estados contratantes (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditado ante el Centro por dicho Estado) y los inversionistas nacionales (personas jurídicas o naturales) de otro Estado contratante pueden resolver sus conflictos mediante los mecanismos de solución de controversias del Centro, por lo que la jurisdicción no comprende las disputas surgidas entre dos Estados contratantes, entre dos particulares, o entre un Estado contratante y un inversionista nacional del mismo Estado. Los casos de doble nacionalidad están excluidos, pues en ningún caso comprenderá a las personas que tengan la nacionalidad del Estado parte en la diferencia. El consentimiento de una subdivisión política u organismo público requerirá la autorización del Estado contratante, salvo que se notifique lo contrario. (Convenio CIADI, artículo 25).

Excepcionalmente, las partes pueden convenir que determinada “persona jurídica” nacional del Estado receptor se considere nacional de otro Estado contratante, si el control de la empresa lo tiene un nacional de ese otro Estado.

La jurisdicción del Centro abarca diferencias de naturaleza jurídica surgidas directamente de una inversión. El Convenio no señala lo que debe entenderse por “conflicto de naturaleza jurídica” ni por “inversión”. Es claro que el propósito fue no definir dichos conceptos, de manera tal que la jurisdicción del CIADI fuera tan amplia como las partes lo convengan. En efecto, las partes pueden acordar sujetar a la jurisdicción del CIADI cualquier forma de inversión, tanto la tradicional (inversiones industriales, explotación de recursos naturales, turismo, etc.), como las de vanguardia (dividendos de acciones, contratos de servicios y de transferencia de tecnología, etc.).

El arbitraje del CIADI es opcional y excluyente. El consentimiento manifestado por las partes para someter una disputa al arbitraje del Centro, es excluyente de cualquier otro recurso administrativo o judicial. No obstante, las partes pueden acordar el agotamiento previo de los recursos internos, administrativos o judiciales, como requisito previo para la procedencia de su solicitud de arbitraje (Convenio del CIADI, artículo 26). Esto significa que un Estado contratante podría exigir como requisito para el arbitraje el agotamiento previo de recursos administrativos o judiciales, en cumplimiento de su legislación interna.

El CIADI cuenta con una lista de conciliadores y otra de árbitros, cada una de las cuales se integra con la designación de cuatro personas por cada Estado, nacionales o no del Estado, y por diez personas designadas por el presidente para cada lista, considerando la representación de los principales sistemas jurídicos del mundo. Los conciliadores y árbitros gozan de inmunidad frente a toda acción judicial respecto de sus actos en ejercicio de sus funciones, excepto cuando exista renuncia a la inmunidad por parte del Centro (Convenio del CIADI, artículos 13 y 21.a).

Respecto a la competencia del tribunal arbitral y la ley aplicable, una vez presentada y registrada la solicitud de inicio del procedimiento de arbitraje ante el Secretario General del CIADI, se constituye el tribunal de arbitraje en la sede del Centro (salvo acuerdo diferente), el cual se integra por un árbitro o por un número impar de árbitros nombrados conforme lo acuerden las partes. Si las partes no se ponen de acuerdo, el tribunal se constituye con tres árbitros, uno por cada parte y un tercero que será el Presidente, por acuerdo de las partes. Si el tribunal no se constituye en los 90 días siguientes a la solicitud, el Presidente nombrará el árbitro o los árbitros faltantes (Convenio del CIADI, artículos 37 y 38).

Como en todas las reglas arbitrales modernas, en el CIADI rige el principio de autonomía de la voluntad. Es decir, el tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, aplicará la legislación del Estado parte en la disputa incluyendo sus normas de derecho internacional privado que sean aplicables. Mediante acuerdo de las partes, el tribunal puede resolver la diferencia *ex aequo et bono* (Convenio del CIADI, artículo 42).

Uno de los aspectos más interesantes del esquema CIADI es que, conforme al artículo 42, en la resolución de controversia el tribunal arbitral aplicará el derecho substantivo del Estado huésped, cotejándolo con el derecho internacional, por lo que puede suceder que el derecho local no se aplique o se vea desplazado, en caso de que

el tribunal arbitral llegue a la conclusión de que el mismo viola o no es conforme con el mínimo que exige el derecho internacional. En otras palabras, el derecho internacional puede resultar correctivo del derecho local. (González de Cossío, 2004).

Respecto al reconocimiento y ejecución del laudo CIADI, las decisiones del tribunal son obligatorias para todas las partes, se adoptan por mayoría de votos y no son objeto de apelación ni de cualquier otro recurso. El Estado contratante se obliga a reconocer el carácter vinculante de la decisión arbitral y hacerla ejecutar como si se tratara de una sentencia firme dictada por uno de sus tribunales (Convenio del CIADI, artículos 53 y 54).

El Convenio CIADI establece un método “directo” de ejecución de laudos arbitrales, puesto que al suscribir la Convención, los países miembros reconocen la validez y se comprometen a ejecutar en su territorio un laudo CIADI, para tal efecto deben indicar la autoridad judicial o administrativa responsable de su ejecución.

El Acuerdo Constitutivo del CIADI establece reglas claras respecto a otros aspectos no menos importantes, tales como: causas de nulidad de sentencias arbitrales, requisitos para ser miembro del tribunal, causas de recusación y constitución del tribunal, entre otros. Hasta la fecha, México no es parte del CIADI, por lo que sus controversias relativas a inversiones extranjeras de Canadá y los Estados Unidos, solamente podrán resolverse mediante las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI.

Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI

México es el Estado frente al cual se ha utilizado con mayor frecuencia el mecanismo complementario para acceder a la jurisdicción del CIADI, con fundamento en los artículos 1120 y 1122 del Convenio.

Con posterioridad a la creación del CIADI, el Secretario recibió múltiples cuestionamientos acerca de la posibilidad de que el mismo prestara sus servicios con respecto a controversias en las que figuraran Estados contratantes y nacionales de otros Estados que no fueran contratantes del Convenio CIADI y, por consiguiente, no tuvieran acceso a la jurisdicción CIADI.

El 27 de septiembre de 1978, el Consejo Administrativo del Centro adoptó el Reglamento del Mecanismo Complementario (RMC) y autorizó al Secretario del Centro a administrar cierta categoría de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio CIADI, estos son:

- Procedimiento de comprobación de hechos.
- Procedimientos de conciliación o arbitraje para arreglo de diferencias relativas a inversiones que surjan entre partes, una de las cuales no sea Estado contratante o nacional de un Estado contratante.

- controversias que no surja directamente de una inversión en las que al menos una parte sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado contratante y que la transacción en cuestión no sea una transacción comercial ordinaria.

El RMC incluye un Reglamento principal que regula el Mecanismo Complementario y tres anexos: Reglamento de Comprobación de Hechos (Anexo A), Reglamento de Conciliación (Anexo B), y Reglamento de Arbitraje (Anexo C).

Cualquier acuerdo en donde se estipule el arbitraje del Mecanismo Complementario, respecto a diferencias existentes o futuras, requiere la aprobación del Secretario General. Cualquier Estado o nacional de un Estado, enviará al Secretariado una solicitud escrita, conjunta o por separado, a efecto de que la apruebe y en su caso, la inscriba en el Registro de Arbitraje.

El artículo 20 del Reglamento de Arbitraje establece que el tribunal arbitral, previa consulta a las partes y al Secretariado, determinará como lugar de arbitraje, solamente a un Estado parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York).

Es importante destacar que un procedimiento seguido de conformidad con el Mecanismo Complementario lleva aparejado una consecuencia legal de suma importancia: ninguna de las disposiciones del Convenio CIADI serán aplicables a los procedimientos arbitrales en cuestión, de conformidad con el artículo 3 del RMC. Por lo anterior, los procedimientos y laudos arbitrales no estarán aislados del derecho local y la ejecución del laudo estará regida por la ley del foro (la *lex arbitri*) incluidas las convenciones internacionales que resulten aplicables (González de Cossío, 2004).

En otras palabras, el Reglamento de Arbitraje establece el método tradicional o indirecto de ejecución de laudos arbitrales sujeto al derecho del país de ejecución, a la Convención de Nueva York y a los demás tratados internacionales aplicables. En mi personal opinión, el mecanismo de ejecución de los laudos extranjeros es una de las diferencias más importantes entre el Arbitraje del CIADI y el Arbitraje del Mecanismo Complementario, por lo siguiente:

- El Arbitraje del CIADI adopta un método “directo” de reconocimiento y ejecución de sentencias o laudos extranjeros. Conforme al artículo 53 del Convenio, las partes se comprometen a reconocer el carácter obligatorio de un laudo CIADI y a ejecutarlos dentro de su territorio como si se tratase de una sentencia firme dictada por sus tribunales, por lo que no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso.
- El Arbitraje del Mecanismo Complementario adopta un método “indirecto” de reconocimiento y ejecución de sentencias o laudos extranjeros, conforme a los artículos IV y V de la Convención de Nueva York, básicamente, donde se establecen causales de denegación de reconocimiento y ejecución de laudos o

sentencias extranjeras, de oficio y a solicitud de parte, que se pueden invocar ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento.

III. Revisión y solución de controversias en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias (Capítulo XIX)

Existen dos vías para impugnar las resoluciones en materia de *dumping* y de subvenciones emitidas por la autoridad investigadora mexicana: la interna, mediante el recurso de revocación, el juicio de nulidad y el juicio de amparo, y la externa, ante el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), de gobierno a gobierno, cuando las mercancías son originarias de países miembros, y/o ante un panel binacional del Capítulo XIX del TLCAN, si las mercancías son originarias de los Estados Unidos o Canadá. En este estudio solo me referiré a este último mecanismo.

El mecanismo de solución de diferencias del Capítulo XIX fue tomado casi en su integridad del Acuerdo de Libre Comercio entre los Estados Unidos y Canadá de 1998 (ALCCEU), en cuyas negociaciones Canadá propuso la creación de normas comunes a ambos países, en materia de *dumping* y subvenciones; sin embargo, al no alcanzar un acuerdo ambas partes decidieron reemplazar la revisión judicial interna en la materia por la revisión de un mecanismo arbitral binacional, conformado por expertos nacionales de los Estados Unidos y el Canadá. (López Ayllón, 1997).

Este mecanismo se trasladó al capítulo XIX del TLCAN, el cual contiene dos mecanismos de solución de diferencias relativos a reformas legislativas y resoluciones definitivas, por *dumping* y subvenciones, entre los Estados Unidos de América, Canadá y México.

En la revisión de reformas legislativas, cualquier Parte puede solicitar que un panel binacional emita una opinión sobre si la reforma legislativa que otra Parte le aplique: a) no se apega al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio de 1994 (GATT), al Acuerdo *Antidumping* (AA), al Acuerdo sobre Subvenciones (ASMC) (sus antecesores el Código *Antidumping* y el Código de Subsidios) y al objeto y finalidad del TLCAN, o b) tiene la función y efecto de revocar una resolución de un panel y no se apega al GATT, al AA o al ASMC. Cabe destacar que desde la creación del TLCAN, ninguna de la Partes ha solicitado la instalación de un panel binacional de revisión de reformas legislativas.

Revisión de resoluciones definitivas

El panel es excluyente de la vía interna, de conformidad con los artículos 1904.1 y 1904.11 del tratado. Las Partes se comprometieron a reemplazar la revisión ju-

dicial interna de sus resoluciones definitivas de *dumping* o subvenciones por la revisión del panel binacional, y acordaron que sus resoluciones no podrán ser objeto de impugnación ante los tribunales nacionales de las Partes.

En México, tanto el panel binacional como el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA) son competentes para revisar una resolución definitiva en materia de cuotas compensatorias por *dumping* o subvención, emitida por la autoridad investigadora competente. Por ello resulta conveniente distinguir a los paneles binacionales del TFJFA. El primero es un órgano arbitral, en tanto que el segundo es un órgano materialmente jurisdiccional, por lo que tiene funciones y facultades distintas. El panel binacional no sustituye al TFJFA, sino que sustrae de su ámbito de competencia un caso determinado para revisarlo bajo un esquema propio (Uruchurtu Chavarín, 1997).

En México, a partir del caso de carne de bovino, la selección de un panel como medio de solución de diferencias por una de las partes interesadas, equívocamente se ha considerado “no atrayente”, por lo que el hecho de que una de las partes interesadas opte por la vía de panel no obliga a las demás partes a seguir esta vía, aunque la vía de Panel es excluyente de la vía interna. De manera tal que en la práctica, unos importadores y exportadores (partes interesadas) pueden impugnar la resolución por la vía de panel y otros importadores y exportadores (partes interesadas) pueden impugnarla por la vía interna.

Esta situación contraviene los principios de celeridad y seguridad jurídica que debe regir en los procedimientos arbitrales, pues puede darse el caso de que se emitan resoluciones no coincidentes y hasta contradictorias por un juez nacional y por el panel binacional, respecto a uno o varios puntos de controversia, con base en el mismo expediente administrativo, los mismos instrumentos jurídicos (AA, ASMC, LCE, RLCE), el mismo criterio de revisión y la misma resolución definitiva, por lo que considero que se debería regresar al criterio de acumulación o atracción de vía para todas las partes interesadas.

Solicitud de panel

Conforme a lo previsto en los artículos 1904.4 y 1904.5 del TLCAN, la solicitud deberá presentarse por una Parte (gobierno), ya sea a iniciativa propia o a petición de cualquier persona legitimada para impugnar la resolución por la vía interna. Sin embargo, conforme a las Reglas de Procedimiento (RPTLCAN), cualquier parte interesada (productores, exportadores o importadores partes en el procedimiento) pueden solicitar directamente el establecimiento del Panel (TLCAN, artículos 1904.5 y 1904.7, Ley de Comercio Exterior, artículo 51, RPTLCAN, regla 3).

En la práctica, todas las solicitudes de panel del Capítulo XIX se han formulado de manera directa por las partes interesadas ante el Secretariado, salvaguardando así su derecho de defensa; en el caso de urea, solamente los productores nacionales solicitaron la revisión de la resolución definitiva por un panel (DOF, 18 de octubre de 2002).

Integración del panel

El mecanismo de solución de diferencias previsto en el Capítulo XIX es de carácter bilateral, de manera tal que si una resolución definitiva emitida por México, respecto a productos originarios del Canadá y de los Estados Unidos, es impugnada por ambos países, se deberán integrar dos paneles binacionales.

El panel se integra por cinco panelistas, en su mayoría juristas de buena reputación, seleccionados de una lista de 25 nacionales de cada Parte (en total 75). Conforme al Anexo 1902.1 del TLCAN, la lista incluirá a personas que sean jueces o que lo hayan sido, sin embargo, los jueces mexicanos están impedidos para tal efecto en virtud del artículo 101 de la Constitución Política.

Para integrar un panel cada Parte selecciona a dos panelistas, por lo que se trata de un método de selección directa con derecho a cuatro recusaciones irrefutables y secretas. En mi opinión, es erróneo el método de recusación sin causa, ya que en la práctica puede ser utilizado para eliminar a un panelista que simplemente no simpatiza a una Parte.

La actuación de los panelistas se rige por el “Código de Conducta”, el cual establece que para ser panelista no basta con ser honesto, pues también es necesario parecerlo. El referido Código de Conducta tiene el carácter de “acuerdo interinstitucional”, cuyo propósito es implementar el mecanismo de solución de diferencias previsto en el TLCAN, conforme a la Ley sobre la Celebración de Tratados.

Competencia del panel

El panel es competente para revisar las resoluciones “definitivas” en materia de prácticas desleales emitidas por una autoridad competente de las Partes, y dictaminar con base en el expediente administrativo si cumplen con las disposiciones jurídicas del país importador consistentes en leyes, reglamentos, práctica administrativa y precedentes judiciales en que un tribunal nacional basaría la revisión de una resolución definitiva.

En la práctica, el panel binacional revisa una resolución definitiva emitida por México con base en la Ley de Comercio Exterior y su Reglamento, así como en el Acuerdo *Antidumping* y el Acuerdo sobre Subvenciones, que

tienen el carácter de tratado internacional, los cuales se considera que forman parte de las disposiciones jurídicas de México. En cambio, si la resolución definitiva es emitida por la autoridad de los Estados Unidos, el panel revisa si dicha resolución cumple con su ley de implementación de la Ronda Uruguay y con su ley comercio exterior, sin considerar el texto del Acuerdo *Antidumping* ni del Acuerdo sobre Subvenciones. El texto de la referida ley de implementación es igual a la ley de comercio exterior norteamericana y ambos instrumentos son diferentes al texto de la Ronda Uruguay. Este hecho ha provocado al menos ocho litigios internacionales entre Estados Unidos y la Unión Europea, Japón y México, respecto al uso de la metodología de “zeroing” para calcular el margen de *dumping*.

De acuerdo con el artículo 1904.2 del TLCAN, sólo pueden impugnarse ante un panel las siguientes resoluciones definitivas sobre prácticas desleales, pues para efecto de la revisión ante el panel se consideran resoluciones “definitivas”:

- La final que concluye el procedimiento de la investigación ordinaria por *dumping* o subvenciones.
- La final que concluye el procedimiento de revisión anual de cuota compensatoria definitiva por *dumping* o subvenciones.
- La final que concluye el procedimiento de cobertura de producto, respecto a una investigación ordinaria por *dumping* o subvenciones.

La competencia del panel se restringe a las cuestiones planteadas por las partes. En el caso de productos planos de aceros recubiertos, algunas exportadoras alegaron la falta de competencia de ciertos funcionarios. La empresa *New Process* no lo planteó, por lo que el panel determinó que carecía de competencia para revisar una cuestión no planteada en la reclamación de esta empresa, aún cuando la misma cuestión se hubiera incluido en las reclamaciones de las demás exportadoras. Posteriormente, después de iniciada la revisión de la resolución de poliestireno, se adicionó un segundo párrafo al artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, estableciendo la facultad del panel para revisar de “oficio” la competencia de la autoridad investigadora. Posteriormente, se adicionó un tercer párrafo al artículo 238 del CFF, en el cual se estableció que los Paneles binacionales no podrán analizar de oficio la competencia de la autoridad.

Un panel binacional debe revisar una resolución definitiva de *dumping* y subvenciones emitida por México, con base en las siguientes disposiciones jurídicas, en la medida en que el TFJFA lo haría al revisar una resolución definitiva: leyes y Reglamentos, antecedentes legislativos, práctica administrativa, precedentes judiciales y tratados internacionales.

Criterio de revisión

El panel debe revisar si una resolución definitiva de una Parte actualiza alguno de los supuestos de ilegalidad señalados en el criterio de revisión aplicable a cada Parte, y emitir una resolución con base en el expediente administrativo, en el sentido de confirmar la resolución definitiva o devolverla a la autoridad que la emitió para que adopte una medida no incompatible con la propia resolución del Panel. En el caso de México, el criterio de revisión es el establecido en el artículo 51 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA), antes 238 del CFF (basado en el expediente administrativo), y los principios generales de derecho. El panel debe revisar si la resolución definitiva emitida por la autoridad de México es ilegal, por actualizarse alguna de las siguientes causales:

- Incompetencia del funcionario que la haya dictado u ordenado o tramitado el procedimiento del que se deriva dicha resolución.
- Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, que afecte las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación y motivación, en su caso.
- Vicios del procedimiento que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada.
- Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas.
- Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades.

El orden lógico en el estudio de las causales de nulidad es el siguiente: se debe analizar en primer lugar la incompetencia del funcionario que haya dictado la resolución reclamada u ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva dicha resolución; si dicha causal resulta fundada, es suficiente para declarar la nulidad lisa y llana de la resolución, sin que deban estudiarse las siguientes. En cambio, si la misma resultara infundada, se debe entrar al estudio de la totalidad de los argumentos relativos a la omisión de requisitos formales y a vicios del procedimiento, aun cuando uno o más de esos argumentos resulten fundados; y solamente en el caso de que la totalidad de los argumentos antes precisados resultaran infundados, se entrará al estudio de las cuestiones de fondo.

Criterio de resolución

Una vez que el Panel ha revisado si la resolución definitiva actualiza alguno de los supuestos de ilegalidad previstos en el artículo 52 de la LFPCA, debe aplicar los “criterios de resolución”, por lo que en virtud del artículo 1904.8 del TLCAN, sólo podrá emitir una resolución en el sentido de:

- Confirmar la resolución definitiva por no actualizarse alguna de las causales previstas en el artículo 51 de la LFPCA.
- Devolver la resolución definitiva a la autoridad emisora, a efecto de que adopte una medida no incompatible con su decisión, en el caso de que considere que dicha resolución viola alguno de los criterios previstos en el artículo 51 de la LFPCA.

Como órgano de control de legalidad, el TFJFA tiene, en ciertas hipótesis, la facultad de anular una resolución emitida por la autoridad investigadora, no así el panel binacional, que solamente podrá confirmarla o devolverla a la instancia anterior con el fin de que se adopten medidas no incompatibles con su decisión. (Thomas & Gutiérrez Bayllón, 1996).

No obstante, en el caso placa de acero en hoja, el panel indebidamente determinó que el criterio de revisión contenido en el artículo 51, debe ser interpretado en relación con los artículos 237 y 239 (50 y 52 LFPCA), por lo que resolvió que la autoridad investigadora carecía de competencia e indebidamente declaró la nulidad de la resolución impugnada para efecto de que se emitiera una nueva resolución.

El TLCAN establece con toda claridad que el criterio de revisión es únicamente el previsto en artículo 51 (antes 238 CFF) y el “criterio de resolución” el señalado en el 1904.8, por lo que el panel se excedió ostensiblemente en sus facultades, autoridad o jurisdicción. México tenía el derecho de acudir al Procedimiento de Impugnación Extraordinaria (TLCAN, artículo 1904.13.a.iii y Anexo 1904) a efecto de que el Panel anulara su resolución o adoptara una medida no incompatible con la decisión del Comité, sin embargo, no ejerció su derecho y cumplió la resolución del panel.

Decisión final

Dentro de los 315 días posteriores a la solicitud de la integración del panel, éste debe emitir su decisión final por escrito en el sentido de confirmar la resolución definitiva o devolverla a la autoridad que la emitió para que emita una resolución no incompatible con su decisión. La resolución del panel se adopta por mayoría, es

obligatoria para las Partes, se acompaña de las opiniones concurrentes y disidentes, se publica en el órgano oficial de comunicación de las Partes implicadas (DOF para México), no puede ser objeto de revisión por los tribunales internos de las Partes, y solamente en los casos previstos en el propio tratado pueden ser impugnadas ante otro órgano arbitral, denominado Comité de Impugnación Extraordinaria y sólo obliga a las Partes implicadas respecto al asunto planteado y no a otros, aunque se presente el mismo supuesto, pues no tiene el carácter de precedente. (Stinson, 2000).

Procedimiento

El procedimiento ante el panel tiene una duración máxima de 315 días, desde la solicitud al fallo definitivo, y está regulado en las Reglas de Procedimiento (RPTLCAN) que abarcan entre muchos otros aspectos: definiciones, solicitud, remisión del expediente administrativo, notificaciones, promociones, memoriales y comunicaciones entre secretariados, clasificación, protección y acceso de información, incidentes, plazos, prórrogas, audiencia pública, desistimientos y fallo definitivo.

El panel binacional tiene la facultad de revisar si la autoridad importadora cumplió cabalmente con su decisión, por lo que cualquier parte interesada puede solicitar al mismo panel que revise si la medida adoptada por la autoridad importadora en cumplimiento a su decisión fue correcta, en cuyo caso deberá emitir su fallo definitivo dentro de 90 días.

Comité de Impugnación Extraordinaria

Es un órgano arbitral competente para revisar si el proceso de revisión o el fallo del panel ha sido afectado por parcialidad o conflicto de intereses de alguno de sus miembros, o si el panel incumplió una norma fundamental de procedimiento o se ha excedido ostensiblemente en sus facultades, cuya resolución es obligatoria para las Partes y puede emitirse en el sentido de: anular la resolución o devolverla a efecto de que éste adopte una medida no incompatible con la resolución del Comité, o confirmar la resolución del panel por no haberse demostrado ninguna causal (TLCAN, Anexo 1904.13.3).

Cualquier Parte implicada podrá solicitar al Secretariado responsable el establecimiento del Comité de Impugnación Extraordinaria, el cual se integrará por tres miembros, dos de los cuales se nombran por cada una de las Partes de una lista de 15 jueces o ex jueces (5 de cada Parte) y el tercero se selecciona de la lista, por sorteo. El procedimiento de impugnación extraordinaria se lleva a cabo conforme a las Reglas de Procedimiento acordadas entre las Partes.

En el caso de que se anule la resolución del panel binacional, se deberá instalar un nuevo panel que resuelva la controversia original.

Comité Especial

Previas consultas, una de las Partes podrá solicitar por escrito su instalación para la salvaguarda del sistema, alegando que la aplicación del derecho interno de otra de las Partes: ha impedido la integración de un panel, que éste dicte un fallo definitivo, que se ejecute su fallo, o no ha dado la oportunidad de revisión de una resolución definitiva.

El Comité Especial se integra por tres miembros, cada una de las Partes selecciona un miembro de una lista de 15 jueces o ex-jueces (5 de cada Parte) y el tercero se selecciona de dicha lista, por sorteo. El procedimiento del Comité Especial se lleva a cabo con base en las Reglas de Procedimiento acordadas entre las Partes, conforme a los principios establecidos en el Anexo 1905.6.

IV. Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias (Capítulo XX)

El Capítulo XX se establece un procedimiento de prevención y solución de controversias que opera únicamente entre Estados, que tiene por objeto garantizar el correcto funcionamiento del tratado y se sustenta en un principio de cooperación, puesto que en todo momento las Partes deben buscar una solución negociada conforme a las disposiciones del propio tratado (Perezcano, 1997).

Las instituciones del TLCAN involucradas en el procedimiento de solución de controversias del Capítulo XX son: la Comisión de Libre Comercio (la Comisión) y el Secretariado. La Comisión es el órgano de mayor jerarquía en el TLCAN, se integra por funcionarios a nivel ministerial de Estados Unidos, Canadá y México, y entre otras funciones, se encarga de: supervisar la implementación del tratado; resolver controversias sobre su interpretación, aplicación o incompatibilidad con el tratado o si causa anulación o menoscabo.

El Secretariado es creado por la Comisión, se integra por tres secciones nacionales y tiene, entre otras atribuciones, la de brindar apoyo administrativo a los paneles arbitrales y comités de los Capítulos XIX y XX y asistir a la Comisión.

Controversias del Gatt y el TLCAN

El Capítulo XX se aplica a las controversias entre las Partes, salvo en materia de cuotas compensatorias por *dumping* o subvenciones, o cuando el tratado lo señale. Iniciado el procedimiento conforme al TLCAN o al GATT, un foro excluye al otro (TLCAN, artículo 2005). Las controversias que surjan con relación al

TLCAN y al GATT, a convenios negociados conforme a éste o sucesores, podrán resolverse en uno u otro foro, a elección de la Parte reclamante, excepto:

- Cuando la Tercera Parte lo decide. Antes de iniciar el procedimiento ante el GATT, la reclamante notificará su intención a la tercera Parte, y si ésta prefiere el procedimiento del Capítulo XX lo notificará a la reclamante, a efecto de que de ambas alcancen un acuerdo, de lo contrario la controversia se resolverá conforme al Capítulo XX.
- Cuando la demandada alegue que la controversia se relaciona con tratados en ambiental y de conservación, sector agropecuario y medidas sanitarias y fitosanitarias o relativas a normalización, podrá solicitar que la controversia y asuntos sucesivos relacionados se resuelvan conforme al TLCAN.

Servicios Financieros

En las controversias relativas al Capítulo XIV (instituciones financieras, inversiones y comercio transfronterizo de servicios financieros, artículo 1401), se aplicarán los procedimientos en la Sección B del Capítulo XX (Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias) con las modificaciones establecidas en el 1414 y 1415. Cuando surja una controversia de naturaleza financiera (Capítulo XIV), la selección los panelistas se realizará conforme al 1120, excepto: (Maceau, 1997).

- Por acuerdo de las Partes el panel se integre en su totalidad por especialistas financieros (1414.3).
- En cualquier otro caso: cada Parte seleccionará panelistas financieros o conforme al 2011.1.A.

En las controversias financieras, los panelistas se podrán seleccionar de una lista de hasta 15 individuos designados por tres años (con posibilidad de ratificación) y por consenso, quienes tendrán experiencia y conocimientos en derecho financiero (especialistas financieros) y cumplir con los requisitos del artículo 2009.2. Cuando la Parte a quien se dirige la reclamación invoque las excepciones del 1110, el presidente del panel deberá ser especialista financiero, según el artículo 1414.3. En la solución de “controversias sobre inversión en servicios financieros”, interactúan cuatro instituciones:

- Panel del Capítulo XX,
- Tribunal Arbitral del Capítulo XI;

- Comité de Servicios Financieros (el Comité). Capítulo XIV;
- Panel de Especialistas Financieros. Capítulo XIV.

Cuando un inversionista de una Parte (por cuenta propia o en representación de una empresa) someta a un tribunal arbitral del Capítulo XI (Sección B), una controversia sobre inversiones en servicios financieros, y la Parte demandada invoque las “excepciones del 1410”, la demandada podrá solicitar que el tribunal arbitral remita por escrito el asunto al Comité de Servicios Financieros, a efecto de que éste decida “si, y en qué grado el 1410 es una defensa válida, contra la reclamación del inversionista”. La decisión del Comité es obligatoria para el Tribunal Arbitral del Capítulo XI.

Si el Comité declara procedente la excepción, el Panel se integrará por los miembros de la lista de 15 “especialistas financieros” y resolverá conforme al Capítulo XX, Sección B. En cuyo caso el Tribunal Arbitral del Capítulo XI, que inicialmente conoció de la demanda, deberá declinar su competencia y esperar hasta que el panel de especialistas financieros emita su determinación final, la cual es obligatoria para el Tribunal del arbitral del Capítulo XI (Siqueiros, 2001).

Si en 60 días de recibido el asunto el Comité de Servicios Financieros no ha tomado una decisión sobre las excepciones del artículo 1410, cualquiera de los contendientes (Estado o inversionista) podrá solicitar el establecimiento de un Panel Arbitral, de conformidad con el artículo 2008, constituido con base en el artículo 1414 (Especialistas financieros), cuya decisión es obligatoria para el Tribunal Arbitral del Capítulo XI.

Transcurridos 10 días a partir de los 60 días sin que alguno de los contendientes solicite un Panel de Especialistas financieros, el Tribunal Arbitral del Capítulo XI deberá resolver el caso (artículo 1415).

Solución de controversias

El procedimiento del Capítulo XX funciona únicamente entre Estados tiene por objeto garantizar el correcto funcionamiento del tratado, se sustenta en un principio de cooperación, pues las Partes en todo momento deben buscar una solución satisfactoria a cualquier asunto (Perezcano, 1997) y establece tres mecanismos de solución de controversias:

- consultas (negociación).
- reunión de la Comisión de Libre Comercio (buenos oficios, mediación o conciliación).
- arbitraje no vinculante. Para solicitar el arbitraje es necesario agotar dos mecanismos de solución de diferencias.

Una deficiencia del sistema del Capítulo XX consiste en que sólo los Estados pueden ser Parte en la controversia, por lo que sería más eficaz si los particulares también pudieran accionar el mecanismo. En ocasiones los gobiernos no tienen la disposición o voluntad suficiente para resolver los conflictos, pues consideran que obtienen mayores beneficios “electorales” al adoptar o defender una postura política. Por ejemplo, en el caso de la controversia sobre autotransporte de carga entre Estados Unidos y México, sólo las Partes (gobiernos federales) tienen la facultad para solicitar consultas, así como una reunión de la Comisión de Libre Comercio y el panel arbitral, los particulares no tienen ese derecho, por lo que no pueden accionar el sistema de solución de controversias a efecto de restablecer las relaciones comerciales (Cazamias, 1988).

Consultas

Una Parte podrá solicitar por escrito a otra Parte la realización de consultas, respecto de cualquier medida adoptada o en proyecto, o sobre otro asunto que pudiera afectar el funcionamiento del tratado. Si las Partes no logran resolver la controversia, en 30 días posteriores a la solicitud de consultas, (Perezcano, 1997) cualquiera puede solicitar por escrito que se reúna la Comisión (TLCAN, artículo 2007.3).

Reunión de la Comisión de Libre Comercio

La Comisión debe reunirse dentro de 10 días posteriores a la solicitud y podrá acumular dos o más procedimientos sobre una misma medida o referentes a otros asuntos (TLCAN, artículos 2007.4 y .6), y:

- Convocar a asesores técnicos o grupos de trabajo.
- Recurrir a procedimientos alternos de solución de controversias (buenos oficios, mediación, conciliación), o formular recomendaciones.

Solicitud de Panel

Normalmente, si dentro de los 30 días posteriores a la reunión el asunto no se ha resuelto ante la Comisión de Libre Comercio, cualquiera de las Partes podrá solicitar por escrito el establecimiento de un Panel Arbitral. La Parte solicitante de-

berá entregar su solicitud a la Comisión, a su Sección del Secretariado y a las otras Partes, y tendrá derecho de: a) asistir a todas las audiencias, b) presentar comunicaciones orales y escritas y, c) recibir comunicaciones escritas (TLCAN, artículos 2008.3 y 2013).

Tercera Parte

Una Parte no contendiente (Tercera Parte) que considere tener interés sustancial en el asunto, podrá participar como Parte Reclamante, previa entrega de su intención de participar a su Sección de Secretariado y a las Partes Contendientes, dentro de los 7 días posteriores a la solicitud de establecimiento de Panel, en cuyo caso tendrá derecho a: a) asistir a todas las audiencias; b) presentar comunicaciones escritas y orales al Panel, y c) recibir comunicaciones de las Partes. Si una Tercera Parte no decide intervenir como Parte Reclamante, se abstendrá de iniciar o continuar un procedimiento sobre el mismo asunto tanto en el marco del TLCAN como de la OMC (2008 y 2013).

Integración del panel

El Panel Arbitral se integra por 5 miembros, seleccionados normalmente de una lista de hasta 30 individuos designados por *consensu* y por 3 años, con posibilidad de reelección. Los miembros de la lista deberán tener conocimientos y experiencia en derecho, comercio internacional, solución de controversias, ser independientes de las Partes y cumplir el Código de Conducta establecido por la Comisión. Con gran acierto se estableció que lo importante de los expertos (Panelistas) son sus conocimientos y experiencia, sin importar su nacionalidad (Cruz Miramontes, 2002) ya que no se requiere que los panelistas sean ciudadanos de Estados Unidos, Canadá o México. (Rojas, 1993). Por otro lado, no podrán ser Panelistas las personas que hayan intervenido en la solución de la controversia ante la Comisión de Libre Comercio, como conciliadores, asesores técnicos, en un grupo de trabajo o de otra forma (2009, 2010 y 2011).

En las controversias en que haya dos partes contendientes, ambas deberán acordar la designación del presidente del Panel, dentro de los 15 días posteriores a la entrega de la solicitud para su integración. De lo contrario, en un plazo de 5 días, una de las Partes seleccionada por sorteo nombrará al panelista presidente, quien no será ciudadano de esta Parte que designa. Dentro de 15 días posteriores a la selección del presidente, cada Parte nombrará dos panelistas ciudadanos de su contraparte, de lo contrario se selec-

cionarán por sorteo ciudadanos de la otra parte integrantes de la lista de 30 miembros. A este mecanismo se le ha denominado “procedimiento de selección cruzada” (Rojas, 1993).

Cuando en una controversia haya más de dos Partes contendientes, éstas acordarán la designación del presidente el Panel, dentro de los 15 días posteriores a la entrega de la solicitud para su integración. De lo contrario, la Parte o Partes del mismo lado de la controversia, seleccionarán por sorteo en un plazo de 10 días al panelista presidente que no sea nacional de esa o esas Partes.

Dentro de 15 días posteriores a la selección del presidente, la Parte demandada seleccionará dos panelistas de la nacionalidad de cada una de las Partes reclamantes y las Partes reclamantes designarán dos panelistas nacionales de la Parte demandada. Si una de las Partes no selecciona a un panelista, éste será electo por sorteo de nacionalidad distinta a la de esta Parte (artículo 2011.2).

Recusación y destitución

Sólo procede la recusación por cualquiera de las Partes respecto de un individuo propuesto como Panelista cuando no figure en la lista, en cuyo caso no será necesario expresar causa alguna. Cualquiera de las Partes podrá invocar la recusación sin causa dentro de los 15 días posteriores a la propuesta.

A solicitud de Parte, procede la destitución de un Panelista por violación al Código de Conducta. Las Partes contendientes realizarán consultas y si lo acuerdan, destituirán al panelista. El nombramiento del nuevo panelista se realizará conforme a las reglas mencionadas (artículos 2011.3 y 2011.4).

Reglas de Procedimiento

Salvo acuerdo de las Partes, el procedimiento ante el Panel se regirá conforme a las Reglas Modelo de Procedimiento establecidas por la Comisión, en donde se garantiza el derecho de audiencia, de presentar alegatos y pruebas, y de confidencialidad de audiencias y deliberaciones (2011.3 y 2011.4), y dentro de los 20 días posteriores a la presentación de la solicitud de establecimiento de Panel, el Acta Misión (Perezniето & Graham, 2009) será el asunto planteado en dicha solicitud, conforme al 2012.3, es: “Examinar, a la luz de las disposiciones del tratado el asunto sometido a la Comisión (en los términos de la solicitud para la reunión de la Comisión) y emitir las conclusiones y determinaciones a que se refiere el artículo 2016”.

Expertos y Comités de Revisión Científica

Previo acuerdo de las Partes contendientes, de oficio o a solicitud de Parte, el Panel podrá recabar información y asesoría técnica de las personas que estime pertinente, así como solicitar informe escrito a un Comité de Revisión Científica sobre una cuestión de hecho relativa a medio ambiente, salud, seguridad u otro asunto científico planteado por las Partes, recibirán copia del Informe que el Comité envíe al Panel y podrán formular observaciones al mismo. (TLCAN, artículo 2015.2 y .3).

Informes Preliminar y Final

El Panel debe formular dos Informes durante el procedimiento arbitral, uno Preliminar o Inicial y el otro Final. Una vez que el Panel ha formulado sus recomendaciones, las Partes (no la Comisión) deben acordar mutuamente sobre la forma de ejecutar las recomendaciones para resolver la controversia. (Siqueiros, 1993).

El Panel formulará su Informe Preliminar con fundamento en los argumentos y comunicaciones formuladas por las Partes, así como en la información proporcionada por Expertos y/o Comités de Revisión Científica. Las Partes podrán hacer observaciones al Informe del Comité de Revisión Científica, las cuales deberá tomar en cuenta el Panel en su Informe Preliminar.

Salvo acuerdo de las Partes contendientes, normalmente dentro de los 90 días posteriores al nombramiento del último panelista, el Panel presentará a las Partes su Informe preliminar, que contendrá: a) conclusiones de hecho, b) determinación sobre la incompatibilidad de la medida de las obligaciones del tratado o si causa anulación o menoscabo, o c) recomendaciones.

Salvo acuerdo de las Partes, 30 días posteriores a la presentación del Informe Preliminar, el Panel presentará su Informe Final a las Partes contendientes, quienes en un tiempo razonable lo comunicarán confidencialmente a la Comisión, y se publicará 15 días después.

Cumplimiento del Informe Final

Es necesario considerar que estamos frente un mecanismo de solución de controversias entre Estados soberanos. El tratado no confiere el carácter de obligatorio al Informe Final del Panel, pues únicamente establece que una vez recibido, las Partes contendientes convendrán una solución mutuamente satisfactoria a la controversia, que por lo regular deberá ajustarse a las determinaciones o re-

comendaciones del Panel. La propia resolución del Panel debe servir a las Partes como un instrumento para negociar la solución del conflicto, que consistirá en la no ejecución o en la derogación de la medida disconforme con el tratado o que cause anulación o menoscabo.

El sistema dual (arbitraje obligatorio y procedimiento de Panel) ha sido eliminado del TLCAN, pues en el Capítulo XX no se establece un arbitraje obligatorio. Si una Parte no está de acuerdo con los incumplimientos señalados en el Informe Final del Panel y, por lo tanto, no adopta las medidas necesarias para modificar su conducta o no alcanza un acuerdo sobre la compensación u otras medidas con la Parte afectada, esta Parte afectada podrá tomar medidas de represalia, tales como la suspensión de beneficios equivalentes en el mismo sector o, cuando no sea factible, en otros sectores. (Siqueiros, 1993).

Uno de los principales defectos del sistema de solución de controversias del Capítulo XX es su falta de coercitividad, entendida como la imposibilidad de forzar a una de las Partes a acatar la decisión del Panel. El cumplimiento se reduce a una decisión soberana del Estado que obtuvo una resolución desfavorable. En consecuencia, con el objeto de proporcionar eficacia al sistema de solución de controversias, el tratado establece el mecanismo de “suspensión de beneficios”, que si bien no establece la posibilidad de obligar a una Parte por la fuerza a cumplir con el laudo del Panel, permite una compensación (Perezcano, 1997).

Si dentro de los 30 días siguientes a la recepción del Informe Final, la Parte demandada no ha llegado a un acuerdo sobre una solución mutuamente satisfactoria, la Parte reclamante podrá suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente a la Parte demandada, hasta el momento en que se alcance un acuerdo sobre la resolución de la controversia.

Esto es lo que comúnmente se conoce como “medida de represalia”. La suspensión de beneficios debe ser más o menos equivalente a los daños incurridos como resultado de la mala conducta del infractor y, por lo general, se debe aplicar en el mismo sector comercial o sectores afectados por la medida infractora. Sólo cuando no sea factible aplicarla en el mismo sector, se podrán incluir otros.

V. Bibliografía

_____ (2006). *Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI*.

_____ (2003). El Estado mexicano frente a la Foreign Sovereign Immunities Act de los Estados Unidos de América, acta jure imperii - acta jure gestionis. En M. Ayllón, González, & D. García Fernández, *Nuevos Temas de Derecho Corporativo*. México: Porrúa - Universidad Anahuac.

Cazamias, P. J. (1998). The U.S.- Mexican trucking dispute a product of a politicized trade agreement. *Texas International Law Journal*, 349.

- Convención de la Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) (1958).
- Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio del CIADI 1966).
- Cruz Miramontes, R. (2002). La importancia del TLCAN en el Comercio Exterior de México. Algunos aspectos jurídicos de la solución a las controversias derivadas de su aplicación conforme a los artículos XIX y XX. *Ars Iuris* (27)
- Diario Oficial de la Federación. (15 de Diciembre de 1995). *Decreto por el que se Expiden Nuevas Leyes Fiscales y se Modifican otras*. México.
- _____ (30 de Diciembre de 1996). *Decreto por el que se expide la ley que establece y modifica diversas Leyes Fiscales*. México.
- González de Cossío, F. (2004). *Arbitraje*. México: Porrúa.
La solución de controversias en el marco del TLC. (s.f.). *Jurídica, Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana* 31 .
- Ley sobre la celebración de tratados (1992).
- López Ayllón, S. (1997). El Futuro del Libre Comercio en el Continente Americano. Análisis y Perspectivas. En S. López Ayllón, *El Impacto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en los Sistemas Jurídicos del Continente Americano*. México: IJ - UNAM.
- Maceau, G. (1997). NAFTA and WTO Disputes Settlement Rules- A thematic Comparison. *Journal of World Trade* 31 (1991). *Multilateral Investment Guarantee Agency. Annual Report*. Washington D.C.
- Perezcano, H. (1997). La Solución de controversias en el Marco del Tratado de Libre Comercio de América Latina. En S. López Ayllón, *El futuro del libre comercio en el continente Americano. Análisis y Perspectivas*. México: IJ - UNAM.
- Pereznieto Castro, L., & Graham, J. A. (2009). *Tratado de arbitraje internacional mexicano*. México: Limusa.
- Reglas de Procedimiento del Artículo 1904 del TLCAN.
- Reglas Modelo de Procedimiento de Capítulo XX.
- RESOLUCIÓN DEL PANEL MEX-94-1904-01, Revisión de la Resolución definitiva sobre aceros planos recubiertos de los Estados Unidos. (s.f.).
- RESOLUCIÓN DEL PANEL MEX-94-1904-03, Revisión de la Resolución definitiva sobre poliestireno de Alemania y Estados Unidos . (s.f.).
- Resolución por la que se da cumplimiento a la decisión final del 23 de mayo de 2002 del panel binacional del caso MEX-USA-00-1904-01, sobre las importaciones de urea de los Estados Unidos y Rusia. (18 de Octubre de 2002). *DOF* .
- Rodríguez Jiménez, S. (2006). *El Sistema Arbitral del CIADI*. México: Porrúa.
- Rojas, H. V. (1993). The dispute resolution process under NAFTA. *United States - México Law Journal* 1 .
- Saldaña Pérez, J. M. (1991). La Agencia Multilateral de Garantía a la Inversión (MIGA). En *XV Seminario de Derecho Internacional Privado y Comparado*. México: Universidad de Sonora.

- SENTENCIAS DEL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACION. ORDEN LOGICO EN EL ESTUDIO DE LAS CAUSALES DE NULIDAD. (junio de 1996). *Tribunales Colegiados de Circuito Semanario Judicial de la federación y su Gaceta, Tomo III. Tesis I.2 o A J/9.*
- _____ (1991). El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ICSID y la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras en el contexto del
- TLC. En A. Silva Silva, & J. Flores Reyes, *XVI Seminario de Derecho Internacional Privado y Comparado A.C.* México: Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado - Universidad nacional Autónoma de Ciudad Juárez.
- Siqueiros, J. L. (1993). Natta Institutional Arrangements and Dispute Settlement Procedures. *California Western International Law* 23 .
- Stinson, Y. (2000). *Free Trade - Risks & Rewards, Mexico and Dispute Settlement.*
- Thomas, C., & López Ayllón, S. (1996). El Capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte: Desafíos en la Interpretación de los Tratados Internacionales y en la Conciliación del Civil Law y del Common Law en la Zona de Libre Comercio. *Revista de Derecho Privado* 6 .
- Tratado de Libre Comercio de América del Norte (1994).
- Uruchurtu Chavarín, G. (1997). *Los páneles binacionales del artículo 1904 del TLCAN. Su marco jurídico en el derecho mexicano.* México: Documento de Trabajo. Secretaría de Comercio y Fomento Industrial .
- Vives Chillida, J. (1998). *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).* Madrid: Mc Graw Hill.

ANEXO
ARBITRAJES EN MATERIA DE INVERSIÓN
CAPÍTULO XI TLCAN

CASOS CONTRA ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

CASO	FECHA	SEDE	INDEMNIZACIÓN RECLAMADA
Loewen	Oct. 30, 1998	CIADI	\$725 millones
Mondev	Sept. 1, 1999	CIADI	\$50 millones
Grupo ADF	Julio 19, 2000	CIADI	\$90 millones
James Baird	Marzo 15, 2002	Pendiente	\$13.000 millones
Doman	Mayo 1, 2002	Pendiente	\$513 millones
Canfor	Julio 9, 2002	CNUDMI	\$250 millones
Kenex	Agosto 2, 2002	CNUDMI	\$20 millones
Tembec	Diciembre 3, 2003	CNUDMI	\$200 millones
Glamis Gold	Diciembre 9, 2003	CNUDMI	\$50 millones
Grand River	Marzo 10, 2004	CNUDMI	\$340 millones
Terminal Forest Products	Marzo 30, 2004	CNUDMI	\$90 millones

Nota: Datos hasta 2005.

Fuente: Elaboración propia con información obtenida del Observatorio Mundial del Comercio.

CASOS CONTRA CANADÁ

CASO	FECHA	SEDE	INDEMNIZACIÓN RECLAMADA
Signa	Marzo 4, 1996	No inició	\$40 millones
Ethyl	Abril 14, 1997	CNUDMI	\$250 millones
S.D. Myers	Octubre 30, 1998	CNUDMI	\$20 millones
Pope & Talbot	Marzo 25, 1999	CNUDMI	\$381 millones
UPS	Abril 19, 1999	CNUDMI	\$160 millones
Sun Belt	Octubre 12, 1999	Pendiente	\$10.000 millones
Trammel Crow	Septiembre 7, 2001	No inició	\$32 millones
Crompton	Noviembre 6, 2001	Pendiente	\$100 millones
Albert J. Connolly	Febrero 19, 2004	Pendiente	Valor de la propiedad expropiada

Nota: Datos hasta 2005.

Fuente: Elaboración propia con información obtenida del Observatorio Mundial del Comercio.

CASOS CONTRA MÉXICO

CASO	FECHA	SEDE	INDEMNIZACIÓN RECLAMADA
Amtrade International Metalclad	Abril 21, 1995	No inició	\$20 millones
Azinian, et. al Waste	Enero 13, 1997	CIADI	\$90 millones
	Marzo 10, 1997	CIADI	\$19 millones
	Septiembre 29, 1998	CIADI	\$60 millones
	Septiembre 18, 2000 (Reiteración)		
Management Karpa (Feldman) Scott Ashton Blair	Abril 7, 1999	CIADI	\$50 millones
	Mayo 21, 1999	No inició	Se reclamaba el valor de las propiedades que poseía
Adams, et. al Lomas Santa Fe Fireman's Fund Francis Kenneth GAMI Investments	Febrero 16, 2001	CNUDMI	\$75 millones
	Agosto 28, 2001	Pendiente	\$210 millones
	Octubre 30, 2001	CIADI	\$50 millones
	Diciembre 12, 2001	Pendiente	\$17 millones
	Abril 9, 2002	CNUDMI	\$55 millones
Thunderbird Gaming	Agosto 1, 2002	CNUDMI	\$100 millones
Robert J. Frank	Agosto 5, 2002	CNUDMI	\$1,5 millones
ADM y A.E. Staley	Octubre 13, 2003	Desconocida	\$100 millones
Corn Products	Octubre 21, 2003	CIADI	\$325 millones
Bayview Irrigation	Agosto 27, 2004	Pendiente	\$550 millones

Datos hasta 2005.

Fuente: Elaboración propia con información obtenida del Observatorio Mundial del Comercio.

ANEXO 2
REVISIONES POR PANELES BINACIONALES DEL TLCAN,
CAPÍTULO XIX

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 1904

	TERMINADO	DESISTIDO	ACTIVO	TOTAL
CDA-MEX	1	2	0	3
MEX-CDA	2	1	0	3
USA-MEX	19	33	2	54
MEX-USA	10	6	2	18
CDA-USA	13	6	0	19
USA-CDA	16	27	1	44
GRAN TOTAL				141

CDA: Canadá; USA: Estados Unidos; MEX: México. El país de la izquierda es el importador (el de la autoridad investigadora responsable), el país de la derecha es el exportador.

Fuente: Elaboración propia con información obtenida el 10 de febrero de 2014 del Secretariado del TLCAN (www.nafta-sec-alena.org).

COMITÉ DE IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIO

	TERMINADO	DESISTIDO	ACTIVO	TOTAL
CDA-MEX	0	0	0	0
MEX-CDA	0	0	0	0
USA-MEX	1	0	0	1
MEX-USA	0	0	0	0
CDA-USA	0	0	0	0
USA-CDA	2	0	0	2
GRAN TOTAL				3

CDA: Canadá; USA: Estados Unidos; MEX: México. El país de la izquierda es el importador (el de la autoridad investigadora responsable), el país de la derecha es el exportador.

Fuente: Elaboración propia con información obtenida el 10 de febrero de 2014 del Secretariado del TLCAN (www.nafta-sec-alena.org).

**ANEXO 3. REVISIONES POR PANELES BINACIONALES
DEL TLCAN, CAPÍTULO XX**

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 2008

	TERMINADO	DESISTIDO	ACTIVO	TOTAL
CDA-MEX	0	0	0	0
MEX-CDA	0	0	0	0
USA-MEX	2	0	0	2
MEX-USA	0	0	0	0
CDA-USA	1	0	0	1
USA-CDA	0	0	0	0
GRAN TOTAL				3

CDA: Canadá; USA: Estados Unidos; MEX: México. El país de la izquierda es el importador (el de la autoridad investigadora responsable), el país de la derecha es el exportador.

FUENTE: Elaboración propia con información obtenida el 10 de febrero de 2014 del Secretario del TLCAN (www.nafta-sec-alena.org).