

# LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE MÉXICO Y LA UNIÓN EUROPEA

Sergio LÓPEZ-AYLLÓN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los modelos de mecanismos de solución de controversias*. III. *La experiencia de México*. IV. *La experiencia europea*. V. *Los mecanismos de solución de controversias en el TLCEU*. VI. *Consideraciones finales*.

## I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo, que tendrá un enfoque predominantemente técnico-jurídico, expondré brevemente los modelos que existen en materia de mecanismos de solución de controversias comerciales internacionales, para después esbozar algunos de los aspectos más significativos de los mecanismos que incluye el Acuerdo entre México y la Unión Europea comparándolo, cuando sea posible, con los mecanismos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

Desde el punto de vista jurídico, es importante tomar en consideración que, en 1997, se firmaron en Bruselas tres instrumentos jurídicos entre México y la Unión Europea. El primero de ellos fue el Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación<sup>1</sup> (en adelante “el Acuerdo Global” o “AG”), que contiene disposiciones en materia de diálogo político, comercio y cooperación. En particular en materia co-

<sup>1</sup> Aprobado por el Senado de la República el 20 de marzo de 2000 y por el Parlamento Europeo el 6 de mayo de 1999. El 6 de junio de 2000 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto de aprobación, y el 26 de junio del mismo año se publicó el decreto de promulgación. Los procesos de ratificación interna de los quince Estados miembros de la Unión Europea concluyeron en septiembre de 2000. El canje de notas diplomáticas entre México y la Unión Europea se dio entre el 24 de julio y el 28 de septiembre de 2000. El 30 de septiembre de 2000 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Acuerdo por el que se da a conocer la entrada en vigor del Acuerdo Global, el cual entró en vigor el 1 de octubre de 2000.

mercial, este acuerdo estableció las bases para una negociación amplia que comprendiera tanto el comercio de bienes, como el de servicios los movimientos de capital, las políticas de competencia, la protección a la propiedad intelectual y los procedimientos específicos para la solución de controversias comerciales.

Conforme a la división de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros, la política comercial en materia de comercio de bienes y los aspectos que inciden en ellos (por ejemplo, subvenciones o normas técnicas) son competencia exclusiva de la Unión. En cambio, los aspectos relacionados con el comercio de servicios, la inversión y la propiedad intelectual son competencia común entre la Unión y sus quince Estados miembros. Por lo anterior, fue necesario firmar un segundo instrumento, denominado Acuerdo Interino sobre Comercio y Cuestiones Relacionadas con el Comercio<sup>2</sup> (en adelante el “Acuerdo Interino” o “AI”). Éste contiene únicamente aquellas materias que son competencia exclusiva de la Unión, principalmente las relacionadas con el comercio de bienes. Su firma fue necesaria para lograr una negociación comercial que pudiera entrar “rápidamente” en vigor, pues, a diferencia del Acuerdo Global, cuya entrada en vigor dependía de ratificación tanto de las instituciones de la Unión como de sus Estados miembros y sus respectivos parlamentos, en el Acuerdo Interino sólo era necesaria la intervención de la Comisión y el Consejo Europeo. En otras palabras, el Acuerdo Interino hizo jurídicamente posible iniciar y concluir una negociación comercial que condujera a la creación de una zona de libre comercio de conformidad con el artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (en adelante GATT)<sup>3</sup> entre tanto se concluían los procesos de aprobación y ratificación del Acuerdo Global. Una vez que este último acuerdo entrara en vigor, incorporaría al Acuerdo Interino y subsistiría únicamente el Acuerdo Global.<sup>4</sup>

2 Aprobado por el Senado de la República el 23 de abril de 1998 (el decreto de aprobación fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de mayo de 1998) y por el Parlamento Europeo el 13 de mayo de 1998. Entró en vigor el 1 de julio de 1998 (el primer día del mes siguiente a la fecha en la cual las partes notificaron el cumplimiento de las formalidades necesarias, que fue el 30 de junio de 1998). El decreto de promulgación fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de agosto de 1998.

3 Sobre el artículo XXIV del GATT véase López Ayllón, Sergio, “*México ante la integración regional al final del siglo XX*” *La sociedad mexicana frente al tercer milenio*, ed. por Humberto Muñoz y Roberto Rodríguez, vol. I, México, Miguel Ángel Porrúa-Coordinación de Humanidades de la UNAM, 1999, pp. 150-155.

4 El Acuerdo Global entró en vigor el 1 de marzo de 2001. Vale la pena señalar que esta estrategia no fue excepcional en el caso de México, sino que constituye la práctica común en los Acuerdos de Asociación firmados por la Unión Europea. Véase Marescau, Marc, “The European Union

El tercer instrumento firmado en la misma fecha en Bruselas fue una Declaración Conjunta que permitió iniciar las negociaciones tanto en las materias de competencia mixta como en aquéllas de competencia comunitaria exclusiva. Como resultado de estas negociaciones se concluyeron en diciembre de 1999 dos Decisiones del Consejo Conjunto que derivan, respectivamente, del Acuerdo Interino y del Acuerdo Global, y que contienen las reglas específicas en materia de liberación comercial, así como las disciplinas convenidas en materia de movimientos de capital y propiedad intelectual.<sup>5</sup> A estas dos Decisiones son a las que, en su conjunto, se les denomina coloquialmente como “Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea”. En realidad, la Decisión que deriva del Acuerdo Interino (en adelante “DAI”) contiene las reglas propias a la eliminación de las restricciones arancelarias y no arancelarias en comercio de bienes (zona de libre comercio de conformidad con el artículo XXIV del GATT), incluyendo las reglas de origen, las disposiciones en materia de liberalización de compras del sector público y diversas disciplinas en materia de competencia y propiedad intelectual. Esta Decisión entró en vigor el 1 de julio de 2000.<sup>6</sup> Por su parte, la Decisión que deriva del Acuerdo Global (en adelante “DAG”) establece una zona de libre comercio en materia de servicios de conformidad con el artículo V del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (en adelante GATS), así como las disciplinas en materia de movimientos de capital y propiedad intelectual. Esta decisión entró en vigor el 1 de marzo de 2001. Cada una de las Decisiones contiene disposiciones, prácticamente idénticas, que establecen los procedimientos de solución de controversias aplicables a las materias cubiertas por cada una de ellas. Lo anterior se explica en la medida en que las Decisiones entraron en vigor en momentos distintos y por ello fue necesario prever un mecanismo para posibles controversias derivadas del Acuerdo Interino. Actualmente, subsiste únicamente el mecanismo previsto en la Decisión derivada del Acuerdo Global.

and Central and Eastern Europe”, en Demaret, Paul *et al.*, *Regionalism and Multilateralism after the Uruguay Round. Convergence, Divergence and Interaction*, Bruselas, European InterUniversity Press, 1977, pp. 69 y 70.

5 Los Acuerdos contienen únicamente la cobertura y principios de la negociación. La sustancia de ésta se encuentra en las dos Decisiones del Consejo Conjunto.

6 Esta Decisión fue aprobada por el Senado de la República y el Consejo Europeo el 20 de marzo de 2000, y fue adoptada por el Consejo Conjunto del Acuerdo Interino el 23 de marzo de 2000. El decreto de aprobación se publicó el 6 de junio de 2000 y el decreto de promulgación el 26 de junio del mismo año, ambos en el *Diario Oficial de la Federación*.

La Unión Europea ha celebrado un número importante de acuerdos de asociación y libre comercio con diversos países. Como veremos adelante, en ninguno de ellos se había desarrollado con detalle un mecanismo específico para la solución de controversias comerciales. México, por su parte, y desde la negociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante TLCAN) , había negociado con éxito en sus acuerdos comerciales la inclusión de mecanismos de solución de controversias de tipo arbitral. Este aspecto era uno de los retos de la negociación en las que se enfrentaban el “modelo” de acuerdo europeo con el “modelo” del TLCAN seguido por México. Una de las novedades significativas del acuerdo entre México y la Unión Europea en relación con otros acuerdos de asociación económica fue la negociación para establecer un procedimiento arbitral específico para la solución de controversias de carácter comercial. Aunque su cobertura es relativamente limitada<sup>7</sup> y tiene algunos problemas menores de diseño, debemos admitir que su inclusión constituyó, para México, un éxito de la negociación.

## II. LOS MODELOS DE MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Creo que es importante señalar que en el ámbito comercial existen fundamentalmente dos modelos que se utilizan para la solución de conflictos, el primero se conoce como el “diplomático-político” y al segundo se le denomina “orientado por reglas”.

En el primer caso, se trata de un diseño que privilegia la flexibilidad que otorga la negociación directa. Por ello, los mecanismos que siguen este modelo carecen de procedimientos o plazos detallados y las soluciones se basan en la posibilidad de lograr un acuerdo admisible para las partes. Se trata fundamentalmente de mecanismos de carácter político, en los cuales el entrelazo de las posiciones relativas de poder entre las partes y la naturaleza del conflicto son determinantes en la posibilidad de lograr una solución efectiva.

El segundo modelo se inspira fundamentalmente en los mecanismos que suponen la intervención de un tercero imparcial (*adjudication*), cuya decisión está orientada por reglas en el curso de un procedimiento previamente establecido. En su versión más extrema, la decisión del tercero no

<sup>7</sup> Como veremos adelante, esta cobertura se debe más al contenido sustantivo del Acuerdo, que es relativamente limitado, y menos al diseño mismo del mecanismo.

requiere del acuerdo de las partes y las vincula de manera obligatoria. Resta el problema, común al derecho internacional, relativo a la ejecución de las decisiones de estos mecanismos.

Existen argumentos que ponderan las virtudes y defectos de uno y otro modelo en el ámbito internacional, específicamente en el contexto de las relaciones comerciales entre los Estados y de las asimetrías que existen entre ellos.<sup>8</sup> En la realidad, la mayoría de los mecanismos de solución de controversias comerciales comparten características de ambos modelos, con acentos que permiten ubicarlos en uno u otro lado del espectro, dependiendo de los factores reales de poder que intervienen en su diseño y operación. De hecho, la evolución del sistema de solución de controversias en el seno del GATT muestra el desarrollo gradual de un modelo “diplomático-político” a uno “orientado por reglas”, cuya versión más refinada se alcanzó con el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio, en el cual se acordó un mecanismo a medio camino entre un sistema arbitral y uno propiamente judicial. Este modelo, que comparten todos los países miembros de esta organización, sirve de punto de referencia para evaluar los mecanismos negociados en el contexto de acuerdos regionales de libre comercio.

### III. LA EXPERIENCIA DE MÉXICO

La experiencia de México en la negociación de este tipo de mecanismos proviene fundamentalmente de la negociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, (aunque no debe de olvidarse su experiencia en la negociación del mecanismo de solución de controversias de la OMC, sin embargo, por tratarse de una negociación multilateral, las condiciones de negociación fueron distintas). Desde entonces, en todos sus tratados comerciales, ocho para ser precisos, se había negociado un mecanismo siguiendo ese modelo.

Como no tengo espacio para entrar en detalles, diré simplemente que el mecanismo del TLCAN mezcla características de un sistema “diplomático-político” (intervención de la Comisión, control de las partes sobre

<sup>8</sup> Véase, por ejemplo, Jackson, John H., William J. Davey y Alan O. Sykes, *Legal Problems of International Economic Relations. Cases, Materials and Text.*, 3a. ed., St. Paul, Minn, West Publishing Co., 1995, pp. 328-335; Trebilcock, Michael J. y Robert Howse, *The Regulation of International Trade*, 2a. ed., Londres-Nueva York, Routledge, 1999, pp. 54-58.

el procedimiento y negociación para adoptar una solución basada en las determinaciones del panel) con características de un sistema “orientado por reglas” (debido proceso, derecho a establecer el panel, etc.). En la práctica el sistema ha funcionado relativamente bien, aunque no pueden dejar de señalarse problemas que muestran algunas deficiencias en su diseño, en particular la dificultad para integrar los paneles arbitrales en los plazos previstos por el tratado.<sup>9</sup>

#### IV LA EXPERIENCIA EUROPEA

La Unión Europea ha tenido, especialmente desde los años noventa, una activa estrategia comercial y política con los países de Europa Central, Europa del Este,<sup>10</sup> y la cuenca del Mediterráneo,<sup>11</sup> con la mayoría de los cuales ha celebrado, en distintas modalidades, acuerdos de asociación y libre comercio.

En materia de solución de controversias, la Unión Europea ha adoptado en la mayoría de estos Acuerdos<sup>12</sup> un mecanismo de carácter político-diplomático conforme al cual los conflictos derivados de la interpretación o aplicación del Acuerdo son solucionados mediante una decisión de su órgano político (Consejo o Comité de la Asociación en cuestión). Las partes están obligadas a adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de estas decisiones.

En el caso de que no fuera posible solucionar el conflicto conforme a este mecanismo, puede recurrirse a un mecanismo arbitral en el que cada parte designa a un árbitro y el Consejo de la Asociación a uno adicional.

9 Para una evaluación de conjunto de este mecanismo Véase Leycegui, Beatriz “Acordar para disentir: la solución de controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte” en *¿Socios naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, coord. por Beatriz Leycegui y Rafael Fernández de Castro, México, ITAM-Miguel Ángel Porrúa, 2000, pp. 565-566.

10 Véase Maresceau, Marc, “The European Union and Central and Eastern Europe” en Demaret, Paul et. al., *Regionalism and Multilateralism after the Uruguay Round. Convergence, Divergence and Interaction*, Bruselas, European InterUniversity Press, 1977, pp. 67-93; Tirado Zavala, Carlos, “La integración de los países de Europa Central y del Este a la Unión Europea” *Revista Mexicana de Política Exterior*, nueva época, no. 29, invierno 1995-96, pp. 50-77.

11 Véase Tovias, Alfred, “The European Union and the Mediterranean Countries” en Demaret, Paul et. al., *Regionalism and Multilateralism after the Uruguay Round. Convergence, Divergence and Interaction*, Bruselas, European InterUniversity Press, 1977, pp. 95-113.

12 Es el caso, por ejemplo, de todos los acuerdos euro-mediterráneos y los acuerdos de asociación con los países del centro y este de Europa (Bulgaria, la República Federativa Checa y Eslovaquia, Hungría, Polonia, Rumania, etc.).

Las decisiones de los árbitros se toman por mayoría y las partes están obligadas a tomar las medidas necesarias para aplicar la decisión del tribunal.

Este mecanismo arbitral está apenas esbozado y prácticamente no existen reglas que permitan resolver las múltiples cuestiones involucradas en este tipo de procedimientos. Claramente, la práctica en los Acuerdos de Asociación de la Unión Europea muestra la preferencia por el uso de mecanismos político-diplomáticos y sólo de manera indicativa un acuerdo de principio para recurrir al arbitraje en caso de conflicto.<sup>13</sup> Por ello, interesaba conocer el resultado de la negociación entre México y la Unión Europea en esta materia.

## V. LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL TLCEU

Como era de esperarse, el resultado de la negociación combinó los dos tipos de mecanismo. De manera más precisa, el TLCEU contiene dos mecanismos distintos: uno, político-diplomático, para las secciones políticas y de cooperación, y otro, de carácter arbitral, para la parte comercial.

### A. *El mecanismo político*

El mecanismo diplomático-político tiene una cobertura amplia y comprende todas aquellas cuestiones que pueden suscitar controversias en materia política o de cooperación, mismas que serán resueltas en el marco de un órgano político, que es el Consejo Conjunto, el cual cuenta entre sus facultades las de examinar todas las cuestiones que surjan en el propio acuerdo.

De este modo, y congruente con la práctica europea y con el contenido mínimo de esta parte del Acuerdo Global, se eligió un mecanismo flexible y sin un procedimiento previamente establecido para solucionar las diferencias en cuestiones políticamente sensibles, como puede ser la cláusula democrática, la aplicación de la cláusula de seguridad nacional o las cuestiones derivadas de la cooperación.

<sup>13</sup> El uso de mecanismos de arbitraje corresponde a los acuerdos de “segunda generación” pues, en los primeros acuerdos, esta posibilidad no era admitida. Véase Horowitz, Dan, “*The Impending ‘Second Generation’ Agreements Between The European Community and Eastern Europe. Some Practical Considerations*” en *Journal of World Trade*, vol. 25, núm. 2, abril 1991, pp. 77-80.

Ahora bien, el artículo 58 del Acuerdo Global (y 17 del Interino) permite que, en el caso de que una de las partes considere que la otra ha incumplido con algunas de las obligaciones establecidas, podrá adoptar las “medidas apropiadas”, entendiéndose por ellas “medidas adoptadas de conformidad con el derecho internacional”. Estas medidas, adoptadas unilateralmente, deberán ser notificadas al Consejo Conjunto para que, salvo casos de urgencia especial,<sup>14</sup> se busque encontrar una solución en un plazo no mayor de tres días. Como puede observarse, estos artículos abren la puerta al uso unilateral de medidas de represalia en el marco del derecho internacional. Esta situación contrasta con la especificidad y las disciplinas contenidas en el mecanismo comercial.

### B. *El mecanismo comercial*

El artículo 50 del Acuerdo Global prevé la posibilidad de establecer un mecanismo aplicable a las soluciones a las controversias de carácter comercial, mismo que fue desarrollado de manera específica en las dos Decisiones del Consejo que forman lo que se conoce como el Tratado de Libre Comercio.

1. *Consultas.* Este mecanismo se desarrolla en dos etapas. Primero hay una etapa de consultas directas entre las partes y que tienen un espectro amplio pues sirven para tratar cualquier asunto derivado de la materia de comercio de bienes, comercio de servicios, movimientos de capital y pagos, contratación pública y competencia.

Cualquier parte puede solicitar la realización de consultas y el Consejo se debe reunir dentro de los treinta días siguientes a la entrega de la solicitud. Una vez reunido, se trata de alcanzar una solución negociada al problema. En esta etapa no hay plazos rígidos y las partes pueden acordarlos libremente. Sin embargo, si quince días después de la reunión del Comité Conjunto, o, en la hipótesis que ésta no se haya realizado, cuarenta y cinco días posteriores a la entrega de la solicitud de consulta, la parte que ha iniciado el procedimiento considera que no existe la posibilidad de llegar a un acuerdo, entonces puede iniciar la segunda etapa, que es de carácter arbitral.

14 Se entiende por casos de urgencia especial la denuncia del Acuerdo no sancionada por normas generales de derecho internacional o el incumplimiento de los elementos esenciales del acuerdo, es decir, el respeto a los principios democráticos y los derechos humanos fundamentales.

En otras palabras, México y la Unión Europea acordaron otorgarse una gran amplitud en materia de consultas para resolver cualquier tipo de asuntos derivados del Acuerdo. Estas consultas buscan básicamente alcanzar un entendimiento negociado en un plazo que, en principio, dura entre quince y cuarenta y cinco días. En caso de que no se encuentre una solución, entonces se puede iniciar un procedimiento arbitral, orientado por reglas, y con una cobertura más restringida.

2. *El procedimiento arbitral.* El procedimiento arbitral tiene una cobertura más limitada que las consultas. En efecto, sólo puede iniciarse con respecto a la aplicación de una medida que se considere violatoria de los acuerdos jurídicos abarcados y que no se hubiere resuelto en la fase de consultas. A diferencia del TLCAN, el procedimiento arbitral no podrá utilizarse para cuestiones relacionadas con proyectos de medidas, la interpretación del tratado o contra medidas no violatorias que causen anulación o menoscabo.

En cuanto a las materias que pueden ser objeto del procedimiento arbitral, éstas se limitan a aquellas cubiertas específicamente en materia de comercio de bienes, servicios y compras gubernamentales. Están expresamente excluidas las cuestiones relacionadas con medidas *antidumping* y compensatorias, obstáculos técnicos al comercio, medidas sanitarias y fitosanitarias, balanza de pagos, uniones aduaneras y zonas de libre comercio, propiedad intelectual, reconocimiento mutuo de licencias, así como los compromisos internacionales sobre inversión derivados de los instrumentos de la OCDE. La razón de la exclusión se debe, muy probablemente, a que estas cuestiones están reguladas en sustancia en los Acuerdos de la OMC. En tanto las Decisiones sólo confirman los derechos y obligaciones de las partes en esos Acuerdos, se prefirió que los eventuales conflictos fueran resueltos, de manera exclusiva, en ese foro.

En cuanto a la elección de foro, es decir respecto de aquellas medidas que puedan ser consideradas violatorias tanto de la OMC como del propio acuerdo de integración regional, el Acuerdo contiene dos disposiciones específicas.<sup>15</sup> En primer lugar, se establece que los procedimientos arbitrales establecidos conforme a las Decisiones no podrán considerar asuntos relacionados con los derechos y obligaciones de México y la Unión Europea adquiridos en el marco de la OMC (artículo 34.3 DAI y

15 En el caso del TLCAN la regla general en la hipótesis que examinamos es que las controversias que nazcan tanto del TLCAN como del GATT podrán resolverse en uno u otro foro a discreción de la parte que inicia el procedimiento. Véase artículo 2005 del TLCAN.

artículo 43.2 DAG). Esta disposición “aísla” jurídicamente un conflicto derivado de las Decisiones e impide que los paneles arbitrales utilicen como derecho aplicable los Acuerdos de la OMC.

La segunda regla establece que los procedimientos que se inicien conforme a las Decisiones serán sin perjuicio de las acciones que pudieren iniciar las partes en el marco de la OMC (artículos 47.4 DAI y 43.4 ADG). Esto quiere decir que, en el caso de una medida violatoria tanto de las Decisiones como del GATT o del GATS, las partes no renunciarán al derecho de iniciar procedimientos de solución de controversias en los dos foros. Sin embargo, en la hipótesis de que esto sucediera, no podrán establecerse simultáneamente, sino que el segundo procedimiento sólo podrá iniciarse cuando el primero haya concluido. En otras palabras, aunque no se acordó, como hubiera sido deseable, una regla de exclusión de foros,<sup>16</sup> no podrán ventilarse dos procedimientos de manera simultánea.

El TLCUE establece que si una parte considera que una medida aplicada por la otra viola los instrumentos jurídicos abarcados y el asunto no pudo ser resuelto durante los 15 días posteriores a las consultas realizadas en el seno del comité conjunto (o 45 días posteriores a la entrega de la solicitud de la reunión de consultas), dicha parte podrá solicitar, por escrito, a la otra parte y al comité conjunto, el establecimiento del panel arbitral. Aunque las decisiones en el seno del comité conjunto se adoptan por previo acuerdo entre las partes, el texto imperativo de los artículos que comentamos permite afirmar que cualquiera de las partes tiene derecho a que se integre el panel cuando se hayan satisfecho los requisitos señalados en las propias Decisiones. Este es un aspecto esencial en los mecanismos de solución de controversias orientados por reglas y es, sin duda, un éxito de la negociación.

Los paneles arbitrales se integran por tres árbitros. De conformidad con las reglas de procedimiento, dichos árbitros deberán ser elegidos de manera que se asegure su independencia e imparcialidad. Los árbitros actuarán a título personal, nunca como representantes de un gobierno u organización, y están sujetos a un estricto código de conducta.<sup>17</sup> No se esta-

16 Este fue en caso del TLCAN cuyo artículo 2005.6 establece que “una vez que se haya iniciado un procedimiento de solución de controversias conforme al artículo 2007 o bien uno conforme al GATT, el foro seleccionado será excluyente del otro...”.

17 Vale la pena destacar que ésta es la primera vez que la Unión Europea admite en una negociación comercial la aplicación de un Código de Conducta para los árbitros. Este Código, que constituye un Apéndice a las Decisiones, con muy ligeras modificaciones, está tomado del Código de Conducta del TLCAN que, a su vez, fue adaptado del Código de Conducta negociado en el marco del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos.

blecieron requisitos específicos para ser panelista,<sup>18</sup> simplemente se señala de manera general que éstos deberán tener “una formación suficientemente variada y amplia experiencia en campos diversos”.<sup>19</sup> Lo anterior deja una gran libertad a las partes para la selección de los árbitros.

Una vez presentada la solicitud, se inicia el procedimiento de integración del panel. Éste es un momento procesal fundamental, pues la calidad, eficiencia y seguridad del procedimiento depende de una adecuada selección de los árbitros. A diferencia del procedimiento de selección de árbitros de la OMC, que está claramente institucionalizado, los tratados regionales han intentado diversos mecanismos para asegurar que este aspecto crucial esté debidamente garantizado. El TLCAN introdujo un innovador procedimiento de selección cruzada. Sin embargo éste ha tenido problemas serios en la práctica, principalmente derivados del hecho que cualquiera de las partes puede retrasar indebidamente la designación de los panelistas.<sup>20</sup> Quizá para evitar esta situación, el mecanismo negociado con la Unión Europea está diseñado para incentivar una rápida designación de árbitros. Sin embargo, contiene menos garantías respecto de su calidad e imparcialidad.

En efecto, al presentar su solicitud de integración, la parte solicitante notificará la designación de un árbitro y propondrá hasta tres candidatos para fungir como presidente del panel. La otra parte deberá designar un segundo árbitro dentro de los 15 días siguientes, y propondrá a su vez hasta otros tres candidatos a presidente del panel. Las partes tendrán, a partir de la designación del segundo árbitro, 15 días para acordar la presidencia del panel, normalmente dentro de la lista de candidatos propuestos, aunque no existe prohibición para que, previo acuerdo, seleccionen a cualquier otra persona. El panel se considerará establecido en la fecha en que se designe a su presidente.

18 Por ejemplo, en el caso del TLCAN, se requiere tener conocimientos o experiencia en derecho, comercio internacional, otros asuntos cubiertos por el Tratado, o en la solución de controversias derivadas de acuerdos comerciales internacionales. Véase artículo 2009.2 del TLCAN

19 Artículo 4 de la Reglas de Procedimiento.

20 Teóricamente, el mecanismo previsto en el TLCAN para la selección de los árbitros es ideal, pues al tiempo que garantiza su calidad, elimina cualquier posibilidad de parcialidad. Sin embargo la práctica ha mostrado la dificultad que tienen las partes para acordar las listas de panelistas, especialmente cuando existe poca o deficiente información sobre los posibles candidatos. Por otro lado, no existe un mecanismo que obligue a las Partes a seleccionar a sus árbitros dentro de los plazos señalados. Ésta es una laguna del TLCAN que ha tenido importantes consecuencias prácticas. Véase *supra*, nota 9.

En el caso de que una parte no designe a su panelista, éste se seleccionará por sorteo de entre los candidatos propuestos. Esta regla crea un fuerte incentivo para que la parte demandada designe, dentro del plazo establecido de 15 días, al árbitro que le corresponde pues, de lo contrario, éste será designado por sorteo de la lista de candidatos propuestos por la otra parte. Por otro lado, la parte solicitante difícilmente omitirá presentar tal lista, pues actuaría contra su propio interés.

Si no existiere acuerdo entre las partes en la designación del presidente dentro del plazo de 15 días, éste será designado dentro de la semana siguiente por sorteo de la lista de candidatos propuestos. Resulta entonces previsible que los paneles se integren con un nacional de cada una de las partes (un mexicano y un nacional europeo) y un presidente de una nacionalidad neutral.

Los detalles de la sustanciación del procedimiento se encuentran en las reglas modelo de procedimiento, incluidas respectivamente como los anexos XVI y III de la DAI y la DAG. Es importante destacar que ésta es la primera vez que, en un acuerdo de asociación de la Unión Europea, se acuerdan reglas de esta naturaleza, las cuales otorgan certidumbre y claridad al procedimiento.

Las reglas se inspiran ampliamente, aunque con algunas modificaciones, de las reglas modelo de procedimiento del TLCAN, y regulan aspectos como el funcionamiento del panel, el acta de misión, las notificaciones y presentación de los escritos, las formas de desarrollar las audiencias, las reglas de interpretación, la carga de la prueba, la confidencialidad del procedimiento, la función de los expertos, la traducción y la interpretación, el cómputo de plazos y el informe del panel arbitral.

Una vez constituido el panel, y después de haber recibido los escritos de las partes y celebrado la audiencia,<sup>21</sup> éste deberá presentar a las partes un informe preliminar que contenga sus conclusiones, a más tardar tres meses después de la fecha de establecimiento del panel. En ningún caso este informe podrá ser presentado después de cinco meses de esta fecha.<sup>22</sup> La partes tienen un plazo de 15 días para presentar por escrito sus observaciones, y el panel deberá rendir su informe final treinta días contados a

21 Las Reglas 20 a 33 disponen la forma de desarrollo y características de la audiencia en donde las partes podrán presentar de manera oral sus alegatos y réplicas.

22 En general, de conformidad con las Reglas de Procedimiento, las partes tienen el derecho de acordar modificaciones en los plazos. Asimismo, de conformidad con la regla 19, el panel puede informar a las partes cuando considere necesario modificar los plazos procesales. Sin embargo, el plazo de los cinco meses puede interpretarse como una hipótesis que no admite excepción.

partir de la presentación del informe preliminar. Todas las decisiones del panel, incluso la adopción del informe final, se toman por mayoría, correspondiendo un voto a cada árbitro.

3. *Cumplimiento del informe del panel.* El cumplimiento de las decisiones de los mecanismos de solución de controversias es uno de los aspectos más controvertidos y difíciles en el derecho comercial internacional.

Un primer aspecto que vale la pena destacar es que, conforme a los artículos 46.1 de la DAI y 42 de la DAG, cada parte está obligada a tomar las medidas pertinentes para cumplir con el informe final. En otras palabras, y a diferencia del TLCAN, en el cual una vez que el panel presenta el informe final corresponde a los países involucrados negociar la resolución de la controversia,<sup>23</sup> en el Acuerdo con la Unión se otorgó carácter vinculatorio directo al informe del panel.

La parte que perdió el caso deberá cumplir con el informe final sin demora. Para ello se le otorga un plazo de treinta días posteriores a la entrega del informe final para que notifique a la otra parte sus intenciones al respecto. En el caso de que no sea posible cumplir de inmediato, se podrá acordar un plazo razonable para hacerlo.

En este punto el Acuerdo presenta una característica novedosa que consiste en una intervención significativa del panel que dictó la decisión en la supervisión de su exacto cumplimiento. En efecto, si las partes no logran acordar el plazo razonable, cualquiera de ellas podrá solicitar al panel original que determine, en un término de quince días y a la luz de las circunstancias, dicho plazo.

Antes de la conclusión del plazo razonable, acordado por las partes o determinado por el panel, según sea el caso, la parte responsable de su cumplimiento deberá notificar a la otra las medidas adoptadas para cumplir el informe final. Una vez hecha la notificación, y en caso de desacuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar de nuevo la intervención del panel original para que éste dictamine, en un término de sesenta días, la conformidad de las medidas adoptadas con el informe final.

En caso de que la parte responsable no notifique las medidas antes de la conclusión del plazo, o bien que el panel determine que las medidas adoptadas son incompatibles con la decisión, la parte reclamante podrá solicitar consultas con objeto de acordar una compensación que ponga fin

23 El artículo 2019.1 del TLCAN establece que: “Una vez recibido el informe final, las partes contendientes convendrán en la solución de la controversia, la cual, por lo regular, se ajustará a las determinaciones y recomendaciones de dicho panel...”.

al conflicto.<sup>24</sup> La falta de acuerdo lleva a la última etapa que corresponde a la suspensión de beneficios.

4. *Suspensión de beneficios.* Si la parte reclamante no solicitó consultas para acordar una compensación o, habiéndola solicitado, no se alcanzó un acuerdo dentro de los veinte días posteriores a la solicitud, dicha parte podrá suspender beneficios de efectos equivalentes a aquellos afectados por la medida que se resolvió es violatoria de los acuerdos. Los beneficios deberán suspenderse primero en el mismo sector o sectores afectados por la medida violatoria. En el caso de que esto no sea efectivo o práctico, podrá suspender beneficios en otros sectores.

Ahora bien, a diferencia del TLCAN, la suspensión de beneficios no es automática, sino que deberá ser notificada a la otra parte sesenta días antes de que tenga lugar. Este aviso permite que cualquiera de las partes solicite al panel original, dentro de los 15 días posteriores a la notificación, que determine si los beneficios que se suspenderán son equivalentes a aquellos afectados por la medida violatoria. El panel tiene 45 días para emitir su dictamen. Los beneficios no podrán suspenderse hasta que el panel emita su dictamen.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

¿Cómo puede evaluarse el resultado de la negociación en materia de solución de controversias? La respuesta no es sencilla, pero existen elementos que pueden avanzarse como hipótesis que, con el tiempo, podremos evaluar.

Quizás el aspecto más relevante, y que consideramos constituyó *per se* un éxito de los negociadores mexicanos, fue la introducción, por primera vez, hasta donde tenemos información en los acuerdos de asociación de la Unión Europea, de un mecanismo completo y “orientado por reglas” para la solución de controversias comerciales. Aunque la idea de aceptar el arbitraje como un mecanismo admisible en dichos Acuerdos ya había ganado terreno, nunca se había negociado con tal detalle y especificidad. Este mecanismo coexiste con otro procedimiento, de carácter di-

24 Vale la pena destacar que la solicitud de consultas para acordar compensación es claramente optativa para la parte reclamante. Ello sugiere que se consideró que la compensación no es un mecanismo que sustituya el exacto cumplimiento del informe del panel, sino una posible solución alternativa. De hecho, la parte reclamante podrá proceder directamente a la suspensión de beneficios. Ello refuerza, desde un punto de vista jurídico, el carácter vinculatorio de la decisión del panel.

plomático-político, para aquellas controversias que, por su naturaleza política, requieren de un tratamiento distinto.

Desde el punto de vista de su diseño, es claro que el mecanismo comercial se inspira tanto en el entendimiento de solución de diferencias de la OMC como en el TLCAN, combinando características de ambos y utilizando la experiencia que en la materia se ha adquirido.

Desde otra perspectiva, quizá puedan constituirse como problemas potenciales la cobertura relativamente limitada del mecanismo, la falta de diseño institucional para asegurar la calidad de los árbitros, la imposibilidad de llevar al procedimiento casos de anulación y menoscabo sin violación y, fundamentalmente, la falta de una regla explícita de exclusión de foros que genera la posibilidad, aunque ciertamente limitada, de someter la misma medida a dos procedimientos distintos.

Los mecanismos de solución de controversias orientados por reglas tienen por objeto principal nivelar el terreno, reduciendo los problemas de asimetrías de poder, y asegurar el cumplimiento de las obligaciones de los Acuerdos. Quizás una función tan importante, aunque menos visible, es la de servir de mecanismos de disuasión o prevención de controversias, pues las partes saben que, al final del proceso, cualquier controversia será resuelta mediante un mecanismo seguro y eficaz. Ésta es quizá una de las principales lecciones del TLCAN, en el que, a pesar de los volúmenes de comercio en juego y después de seis años, sólo en cuatro ocasiones ha sido necesario recurrir al procedimiento arbitral del capítulo XX. Casi un año después de la entrada en vigor del Tratado con la Unión Europea, no se ha presentado conflicto alguno. Confiamos por ello que el mecanismo del Acuerdo de Asociación entre México y la Unión Europea cumplirá el mismo papel disuasivo y asegurará la estabilidad y el equilibrio de los compromisos contraídos, para el bien de todos.