

EL CAPÍTULO XIX DEL TRATADO TRILATERAL DE LIBRE COMERCIO

Rodolfo CRUZ MIRAMONTES*

SUMARIO: *Presentación. I. El capítulo XIX (análisis). II. Remisión de las resoluciones sobre prácticas desleales. III. El anexo 1901.2 intitulado "integración de paneles binacionales". IV. El secretariado.*

PRESENTACIÓN

La oportunidad y la importancia que tiene tratar y analizar el tema de las llamadas "prácticas desleales de comercio" es indiscutible.

Me ha tocado disertar sobre lo que el Tratado Trilateral de Libre Comercio (TLC y no NAFTA) plasmó en un capítulo especial. El número XIX al que se llegó en el último sitio, esto es, fue negociado en las postrimerías de las discusiones cuando ya se estaban elaborando los primeros borradores de los demás capítulos.

Para el sector exportador la trascendencia del tema se puso de manifiesto desde que se anunció la intención que tenían los gobiernos de México y de los Estados Unidos, a mediados de 1990, de negociar un tratado pues la experiencia negativa que ha venido sufriendo en diversos casos le señala la necesidad de buscar fórmulas jurídicas que sean objetivas y claras para lograr un justo equilibrio en los problemas que les sean comunes.

Así se informó a nuestro gobierno en varias ocasiones e inclusive llegó a cuestionarse en su momento la conveniencia o no de

* Coordinador del sector industrial en la Coordinadora Empresarial para el Comercio Exterior (COFCE), profesor de derecho internacional público.

continuar negociando ante la cerrazón norteamericana,¹ que pretendía fundar su rechazo alegando que no tenía caso negociar sobre estas prácticas, cuando no las acostumbraban sus exportadores.

Afortunadamente en los últimos días de abril de 1992 se destrabaron las negociaciones y se entró de lleno al tema. Las pláticas fueron arduas, difíciles y a veces ríspidas.

La diferencia de sistemas jurídicos, la forma particular de materializar los principios y las instituciones jurídicas y, desde luego, el enorme desconocimiento y, por ende, la desconfianza hacia nuestro sistema contencioso-administrativo y judicial dieron pie a momentos de aparente rompimiento, pero se logró establecer la calma y con ello seguir adelante.

I. EL CAPÍTULO XIX (ANÁLISIS)

Al revisar el texto vigente del Acuerdo Canadá-Estados Unidos celebrado el 23 de diciembre de 1987 encontramos que existe un capítulo expreso sobre el tema de las prácticas desleales que también lleva el numeral 19, por lo que necesariamente ha servido, en todo lo que se estimó útil, de guía para el del TLC.

Por las razones expuestas en la parte introductoria del presente estudio, hubo que remontar múltiples obstáculos y superar prejuicios lo que dota al presente capítulo de gran complejidad, pues encontramos que comprende no sólo temas de prácticas desleales sino otros distintos, vinculados con la efectividad de las normas legales, con la legitimidad de las disposiciones que se dicten relacionadas con estos asuntos, con la publicidad de los procedimientos y otros similares.

De inicio encontramos un texto compuesto de once artículos y además seis anexos que van del número 1901.2, 1903.2, 1904.13, 1904.15, 1905.6 y 1911.

Podemos hacer una distinción, por materia, en las siguientes áreas:

1. Disposiciones generales, 2. reformas legislativas, 3. ordenamientos nacionales sobre *antidumping* y cuotas compensatorias, 4. el secretariado, 5. los páneces y su integración, 6. el comité espe-

1 Cruz, R., "Rechaza Washington la propuesta mexicana sobre la formación de un tribunal comercial", *El financiero*, 6 de marzo de 1992.

cial, 7. revisión de las resoluciones definitivas sobre *antidumping* y cuotas compensatorias.

Empero existen otras normas que tendrán también presencia en este capítulo así como en cualquier otra disposición derivada del tratado que están consignadas en el capítulo XVIII y que contiene disposiciones generales sobre la llamada administración del tratado y que se titula “publicación, notificación y administración de leyes”.

En particular serán aplicables a los mecanismos relativos a los procedimientos administrativos o judiciales por lo que debemos tomar en cuenta los artículos 1804 y 1805, ambos preceptos establecen la obligación de las partes de garantizar transparencia, objetividad, debida notificación de los casos, participación, legalidad e imparcialidad.

Por ello advertimos que los paneles, comités y demás medidas que comentaremos a continuación, deberán enmarcarse en estas disposiciones.

II. REVISIÓN DE LAS RESOLUCIONES SOBRE PRÁCTICAS DESLEALES

Iniciaré mi análisis por el tema central que nos preocupa contenido fundamentalmente en el artículo 1904, pero también en algunos anexos y ocasionalmente en diversos artículos.

Este artículo es de los más extensos del tratado lo cual significa algo, pues consta de quince párrafos los que a su vez se dividen en algunos casos, en subpárrafos.

Cabe advertir para quien no este versado en estos asuntos, que los paneles o tribunales *ad hoc* que se establecen en este tipo de acuerdos internacionales sean multilaterales como el del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) o bilaterales como el Acuerdo de Libre Comercio vigente entre los Estados Unidos y Canadá, solo tienen como objeto revisar si la resolución dictada por una autoridad nacional del país parte del acuerdo, o se apega al propio derecho interno.

Por lo tanto en forma expresa las partes del TLC manifiestan que conservan sus propias leyes y disposiciones jurídicas. Entendiéndose por tales los antecedentes legislativos, los reglamentos, la práctica administrativa y los precedentes judiciales (artículo 1902.1).

Así pues se trata de un tribunal de alzada. El artículo 1904 previene en su párrafo 1 que las partes deberán "...reemplazar la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas sobre *anti-dumping* y cuotas compensatorias con la revisión que lleve a cabo un panel binacional".

El siguiente párrafo establece la facultad que las partes tendrán para solicitar la actuación del panel contando para ello con un término de treinta días posteriores a que se haya publicado en el Diario Oficial o equivalente, la *resolución definitiva*.

Si por alguna circunstancia no fuese publicada, deberá notificarse fehacientemente a la parte afectada por la importadora y así se podrá ejercer el mismo derecho en término similar para invocar un panel.

Cabe también la instalación de un panel sin que medie la resolución definitiva, cuando se hayan dictado medidas provisionales al iniciarse una investigación, si es que la parte afectada lo solicita, en cuyo caso se instalará el mismo a partir de ese momento.

En caso de que no se proceda en el término de treinta días conforme lo dicho, *prescribirá (sic)* el derecho de revisión por el panel.

Dada la complejidad y abundancia de dudas y reflexiones que este artículo ofrece, iré recapitulando y comentando las que vayan surgiendo, deteniendo por lo tanto el análisis del mismo.

De lo dicho sobre estos primeros cinco párrafos del artículo 1904, podemos formular los siguientes *comentarios*:

1. El primer párrafo en forma expresa, tal como lo consigné, advierte que las partes *reemplazarán la revisión judicial interna* de las decisiones que se dicten en casos de prácticas desleales, por un panel binacional.

De la simple lectura podríamos interpretar que aparentemente se está legislando en materia nacional y por ello desconociendo la facultad soberana de los estados partes, para darse sus propias leyes.

Si esta fuese la realidad cabría poner en juicio la legitimidad constitucional de tal acuerdo.

Empero la situación es otra. Según los anales de la negociación, siempre privó en el ánimo de las partes y en el caso de México, el sector privado lo puso de manifiesto en repetidas ocasiones, que la instalación de los paneles era un recurso de revisión cuyo ejercicio no era obligatorio sino potestativo toda vez que se conservarían los procedimientos ordinarios internos, esto es, de

revisión, revocación, anulación o como se considerase en las leyes nacionales de cada país.

En caso de que se optase por uno u otro, se excluiría automáticamente al otro.

Abona esta interpretación el hecho de que el párrafo número doce inciso (B) del mismo artículo nos dice que:

12. Este artículo no se aplicará en caso de que:

(A)...

(B). Como consecuencia directa de la revisión judicial de la resolución definitiva original, por un tribunal de la parte importadora, se emita una resolución definitiva revisada, en los casos en que ninguna de las partes implicadas haya solicitado la revisión ante un panel de la resolución definitiva original; o...

Las versiones en inglés y en francés que desde luego también son oficiales, rezan de la misma manera.²

Asimismo el párrafo 15 del artículo 1904 previene que las leyes internas se acomodarán para que: "... (1) los procedimientos internos de revisión judicial de una resolución definitiva no puedan iniciarse antes de que concluya el plazo para solicitar la integración de un panel conforme al párrafo 4, y ..."

Haber conseguido esta posibilidad hace la diferencia pues tener ya otro foro que nos permita defender nuestra razón y derecho, contra decisiones internas que han aplicado equivocadamente su derecho, es muy alentador. Ésto viene sucediendo en las decisiones norteamericanas cada vez con más frecuencia.

Citaré el tan mencionado caso del cemento mexicano,³ que condenadas sus importaciones en los Estados Unidos por supuesto *dumping*, fue conocido por el grupo de expertos del GATT y resuelto en opinión, que por no haberse aplicado correctamente

2 "12. The provisions of this article shall not apply where:

A)...

B) A revised final determination is issued as a direct results of judicial review of the original final determination by a court of the importing party in cases where neither party sought panel review of that original final determination; or".

"12. Les dispositions du présent article ne s'appliqueront pas

A)...

B) Si ni l'une ni l'autre partie ne demande qu'un groupe spécial examine une décision finale, mais que celle-ci est examinée par un tribunal de la partie importatrice et qu'une décision finale révisée est rendue en conséquence directe de cet examen, ou".

3 United States International Trade Commission. Investigation N° 731-TA-451 (final) gray portland Cement and Cement Clinker from México.

la ley doméstica, debía revocarse y declararse que no había *dumping* y por ende, devolverse todos los derechos indebidamente pagados por tal motivo.⁴

Sin lugar a dudas y pese a que el gobierno norteamericano no lo acate se alcanzó una de las metas buscadas.

Entonces nos preguntamos: ¿por qué se redactó este párrafo 1 del artículo 1904 de manera equivocada?

Tal vez, y esa es mi explicación, la razón está en que el texto del artículo 1904, párrafo 1 del Acuerdo de Libre Comercio Canadá-Estados Unidos así reza y que el redactor, apresurado y fatigado, lo copió íntegro suponiendo que era lo correcto pese a que también aparecen los mismos párrafos ya consignados del TLC en el FTA.

Igual razón existe para explicar la redacción del mismo párrafo 12, (B) del artículo 1904 del Acuerdo en cuestión, en idiomas francés e inglés. Convendrá tener en mente esta situación para ahorrarnos dudas.

2. Un segundo comentario que vale la pena formular es sobre el término *decisión definitiva* ¿cuál es ésta? ¿qué se deberá entender por tal?

El artículo 1911 y el correspondiente anexo 1911 nos la definen de la siguiente manera:

Resolución definitiva significa:

(A) En el caso de Canadá:

...

(B) En el caso de Estados Unidos:

...

(C) En el caso de México:

(i) Una resolución definitiva respecto a *dumping* o a cuotas compensatorias dictada por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial conforme al artículo 13 de la ley reglamentaria del artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de comercio exterior, con sus reformas;⁵

(ii) Una resolución definitiva respecto a la revisión anual de la resolución definitiva respecto a *dumping* o a cuotas compensatorias dictada por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, como se señala en su lista del anexo 1904.15, y

4 9.7.1992. United States - anti-dumping duties on gray Portland Cement and Cement Clinker from México report of the panel.

5 Dicha ley fue abrogada y substituida por la actual Ley de Comercio Exterior y el precepto equivalente es el artículo 59, *Diario Oficial de la Federación* de 27 de julio de 1993.

(iii) Una resolución definitiva dictada por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial respecto a la pertenencia de un tipo particular de mercancía a la clase o tipo de mercancía descrita en un fallo sobre *dumping* o una decisión respecto a cuotas compensatorias.

Al parecer la definición no es muy clara, ya que nos dice que una resolución definitiva es de una resolución definitiva, (?) debemos entender que será aquella que ponga fin a un proceso de *dumping* o de impuestos compensatorios, sobre una revisión anual o a la pertenencia de un tipo especial de mercancía.

Su definitividad no implica pues que haya causado estado en términos procesales sino que finiquita una etapa procesal, puede ser objeto de escrutinio y revocarse en caso dado.

Este asunto fue muy debatido durante las negociaciones ya que la determinación de la definitividad es básica. Los negociadores canadienses y norteamericanos mostraron gran desconfianza y suspicacia ante la figura del amparo ya que podía evitar la definitividad pretendida.

Hubo que explicar que el amparo es un juicio para proteger la constitucionalidad de un acto de autoridad que, al aplicarse, vulneraría las garantías individuales a que se refieren los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de México.

Por ello la decisión del panel, que era la causa de su preocupación, no es *per se* razón para fundar un juicio de amparo. En todo caso su ejecución por una autoridad interna, cuyos actos sí pueden dar lugar a solicitar la protección constitucional.

Se les recordó que en el derecho americano existe un juicio similar que ha sido utilizado inclusive en el FTA (Federal Trade Agreement de Canadá-Estados Unidos), llamado “constitucional challenge”, para determinar la legitimidad de las resoluciones dictadas en casos de prácticas desleales.

Los pocos casos en que se haya utilizado en nada restan su existencia y validez y que por ello sea equiparable a nuestro juicio de amparo.

3. Otro punto que debemos señalar es que la parte final del párrafo 4 nos sentencia a que la falta de ejercicio del derecho a solicitar la instalación del panel, nos hará perderlo, esto es, nos indica “...prescribirá el derecho de revisión por un panel”.

Estimamos que estando la idea y el propósito de la norma claros, se comete un error técnico.

Siendo que mediante la prescripción se pierden o se adquieren derechos y obligaciones substantivos,⁶ la falta de ejercicio de alguna facultad procesal produce la figura de la “preclusión”.

El conocido procesalista Carmelli sostiene que “...se refiere a un principio de orden en el desarrollo de la relación procesal, en virtud del cual, después de realizados o transcurridos ciertos términos, la parte no puede efectuar actos procesales”.⁷

Se le considera por los especialistas como un principio procesal por lo cual, tratándose en el presente asunto, de una imposibilidad de desarrollar una actividad en defensa de un derecho, precluirá la facultad de actuar y no prescribirá un derecho a nuestro favor.⁸

No siendo nuestro propósito pecar de puristas quisimos simplemente en aras de una precisión jurídica, dejar esta constancia máxime cuando en este capítulo fue como ya señalamos, donde se enfrentaron con mayor evidencia, los distintos sistemas jurídicos.

Revisando los textos correspondientes en francés y en inglés del FTA, encontramos que se utiliza la palabra *exclu* y *preclude* respectivamente lo cual refuerza nuestro comentario.

A continuación y dentro de este tema comentaremos la forma, el *modus operandi*, la calidad de los árbitros y otros pormenores del asunto.

Conforme lo señalado, la parte afectada es quien estará legitimada para solicitar la integración de un panel con el objeto que revise una resolución administrativa sobre prácticas desleales.

Deberá recordarse que por “parte” se entenderá el país signante del tratado, de tal forma que el particular afectado no podrá acudir directamente a solicitar la integración del panel sino sólo a través de su gobierno; sin duda se aplica el principio que rige en derecho internacional público, de la mediatización entre dicho orden jurídico y el ciudadano de un miembro del mismo.

6 “Prescripción. N: F. del latín *praescriptio*, *onis*, acción y efecto de prescribir. Prescribir, adquirir una cosa o un derecho por la virtud jurídica de su posesión continuada durante el tiempo que la ley señala, o caducar un derecho por lapso de tiempo señalado también a este efecto para los diversos casos”, Casso y Romero, Ignacio de y Cervera, Francisco, *Diccionario de Derecho Privado*, Barcelona, Editorial Labor, 1954, t. II, G-Z, p. 3080.

7 Pallares, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, México, Porrúa, 1960.

8 García Valdecasas, Alfonso, *Diccionario de Derecho Privado*, Apéndice, España, Editorial Labor, 1960, p. 721.

Pasemos ahora a conocer cómo se forman los paneles, en la inteligencia que existen diversas causas para su establecimiento y que además se previenen también los comités que tal veremos, realizan tareas de juzgador.

III. EL ANEXO 1901.2 INTITULADO “INTEGRACIÓN DE PÁNELES BINACIONALES”

El panel se compondrá de cinco árbitros que serán designados por las partes en número de dos cada una y, de común acuerdo, nombrarán al quinto.

El término para la designación de los cuatro primeros será de treinta días a partir de la solicitud de integración y de cincuenta y cinco días a partir de la misma fecha para acordar al quinto.

Cuando no fuesen designados los primeros árbitros se dejará al azar su designación en el trigésimo primer día.

Si se tratase del quinto árbitro se utilizará el mismo procedimiento dentro del sexagésimo primer día.

Para facilitar la selección en cuestión las partes elaborarán en consulta una lista de al menos 75 árbitros. Para este propósito cada una seleccionará un mínimo de 25.

Sin embargo, esto no significa que las partes se encuentren constreñidas a escoger solamente de la lista sin que pueden acudir a otros especialistas, los que al ser sugeridos podrán ser recusados hasta en cuatro ocasiones.

El plazo, para que esta segunda hipótesis se dé, será de 45 días y de no llegar a un final feliz será seleccionado por sorteo en el cuadragésimo sexto día de entre los candidatos de la lista común.

Hecho lo anterior se deberá nombrar a un presidente del panel lo que se hará con “prontitud” (párrafo 4) y si no se lograra, se determinará por sorteo.

A continuación veamos cuáles son las condiciones o calificaciones que deberá reunir un árbitro o panelista:

1. Nacionales de las partes.
2. Probos.
3. Gozarán de gran prestigio y buena reputación.
4. Confiables, objetivos y de buen juicio.
5. Estar familiarizados con el derecho comercial internacional.
6. Juristas, en su mayoría, de buena reputación.

7. Adicionalmente se pretende que en lo posible sean o hayan sido jueces. Asimismo el panelista no podrá figurar como asesor jurídico en otro caso mientras dure su encargo.

Una vez designado un árbitro deberá comprometerse por escrito a mantener un compromiso de confidencialidad sobre la información que reciba so pena de ser sancionado por las leyes de su país de origen.

Las decisiones que se pronuncien:

a. Serán obligatorias.

b. Se dictarán por mayoría.

c. Deberá tomar en cuenta los llamados “criterios de revisión” a que se refiere el artículo 1911 y los principios generales de derecho aplicables al caso concreto.

Por criterios de revisión se entenderán los que el anexo 1911 consignó por remisión del artículo invocado anteriormente, en el que se consignan por cada país. En el caso de México se dice que será “...el criterio establecido en el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación...”.

En cuanto al procedimiento encontramos los siguientes elementos:

1. Se deberá elaborar un código de “reglas de procedimiento” a más tardar el 1º de enero de 1994. Dicho código será común para los panelistas de los grupos juzgadores comprendidos en los artículos 1903, 1904 y 1905.

2. Dichas “reglas” seguirán las acostumbradas en los procesos de apelación judicial y contendrán disposiciones de fondo y de trámite.

3. Deberán consignar además todo lo necesario para regular los actos procesales, tanto de autoridad como de las partes, confidencialidad, garantías de audiencia y legalidad y las demás pertinentes para tener un proceso legítimo.

4. El término máximo para substanciar el proceso será de 315 días.

5. En cuanto al reglamento interno de funcionamiento del panel será establecido por el mismo.

6. Dentro de las mismas se contemplará el derecho de la autoridad investigadora para comparecer y ser representada.

7. En cuanto a términos, salvo acuerdo en contrario, el panel deberá presentar dentro de los 90 días siguientes al nombramiento.

to del presidente, una “opinión declarativa preliminar” que consigne los hechos y su decisión para lo cual deberá observar las previsiones de los artículos 1903 y 1902.2 (d) según sea el caso.

8. La decisión preliminar se convertirá en definitiva si en un término de 14 días posteriores las partes no la objetan. Si así sucediere el panel podrá modificarla negociando las observaciones y sugerencias presentadas y no después de 30 días a la solicitud de reconsideración, la emitirá.

La resolución de referencia podrá confirmar la que revise o devolverá a la autoridad de origen para “...que se adopten medidas no incompatibles con su decisión”.

9. La decisión de los paneles podrá ser publicada así como los votos particulares y opiniones de las partes, salvo que acuerden lo contrario.

Al inicio de este análisis manifestamos que este capítulo XIX es muy complejo y contiene disposiciones muy diversas sobre la solución de controversias en prácticas desleales y su revisión.

Hemos repasado las normas concernientes al punto en cuestión, pero no se agota la posibilidad de integrar los paneles solamente en la consideración de prácticas desleales pues hay otras causas que los pueden crear.

Así tenemos que:

I. Si se aplica a una de las partes una reforma en materia de *antidumping* o cuota compensatoria, podrá solicitar la integración de un panel para que opine si la misma respeta las disposiciones del GATT, las del TLC y las de publicidad pertinentes para que sean conocidas (artículo 1902.2).

II. Puede suceder, por otra parte, que se presente un caso en donde surjan dudas sobre si deberá ventilarse conforme a un panel o a uno de los comités que el mismo capítulo XIX comprende, en cuyo caso se despejará el asunto acudiendo a las disposiciones aplicables que el capítulo XX establece para resolver los conflictos por la interpretación del tratado; y hecho esto deberá devolverlo al foro idóneo.

Además, como ya advertimos de la integración de los paneles se contemplan los comités. ¿Cuáles son estos? son dos: a) El que conocerá de la impugnación extraordinaria a que se refiere el anexo 1904.3. b) El comité especial del artículo 1905 párrafo 2.

Considero que nuevamente debemos detener nuestro análisis para formular algunas observaciones relacionadas con los paneles y su forma de operar.

1. La primera observación que podemos hacer sobre el tema de los paneles es relacionado con el propio término, ¿por qué se les llama así y no “tribunal arbitral”?

Conforme a nuestra tradición jurídica se acude a tribunales especiales o *ad hoc* cuando se va a llevar a cabo un procedimiento arbitral.

El término pues no es propio. En cambio en la práctica sajona sí lo es y se usa este término de “panel” pese a su significado doble y disímbolo.⁹ En su momento tuvimos oportunidad de mostrar a nuestros negociadores esta situación y sugerirles que en la traducción al español se usase el término correcto.¹⁰

2. Seguidamente nos llama la atención que entre los numerosos requisitos que deben reunir los árbitros están los de ser jueces o que hayan sido y estar familiarizados con el derecho comercial internacional.

En México la concurrencia de ambos elementos es muy escasa dado que ni tenemos tribunales comerciales ni tampoco un gran tráfico internacional. Esperamos que no vayan a jugar estos elementos en contra de los abogados mexicanos a la hora de su elección en un caso concreto, pese a que se advierte que el primer requisito será “en lo posible” y su elección estricta incluirá al segundo elemento.

Como fue mencionado la nominación de los cinco árbitros será hecha por las partes en la forma tradicional, de manera tal que cada una de ellas tendrá en principio dos nacionales y un quinto presumiblemente de otra nacionalidad.

Por razones muy comprensibles y pese a la calidad humana y profesional de los árbitros, es difícil pretender una absoluta imparcialidad.

Es de lamentarse que no se hubiera seguido la misma fórmula de selección cruzada que se consagró en el capítulo XX, máxime que fue una admirable aportación de nuestros negociadores; de

9 En Inglés igual significa: “entrepaño, tablero, pieza rectangular puesta en un bastidor”, o bien “grupo de personas seleccionadas para un fin especial” en español no existe la palabra. (“new revised Velázquez Spanish and English Dictionary”, 1959).

10 Carta dirigida a los negociadores de SECOFI por el autor en representación del grupo de abogados de COECE, 12 de septiembre de 1992, archivo personal.

EL CAPÍTULO XIX DEL TLC

69

esta forma se hubiesen superado las limitaciones propias al sistema tradicional.

3. Por lo que toca a los términos acordados en la substanciación del procedimiento, estos nos parecen adecuados.

Empero contrastan en su precisión con la vaguedad que en algunos momentos aparece.

Así tenemos que después de nombrarse al quinto árbitro o panelista, será designado el presidente por ellos, “con prontitud” ¿qué significa este término? ¿por qué no se precisó cinco, diez o quince días?

En cuanto al “panel” previsto en el artículo 1903 cuya función exclusivamente será la de emitir una opinión sobre si una reforma legislativa a las disposiciones internas regulatorias de las prácticas desleales está apegada al artículo 1902 (2) (i) (ii) del TLC, *comentaremos* lo siguiente:

4. La función tradicional del juicio arbitral es pronunciar un laudo o fallo que resuelva un problema o conflicto *interpartes*, por ello su decisión debe ser obligatoria.

Cuando no es así, y solamente se trata de una opinión con recomendaciones para solventar el conflicto, no podemos hablar propiamente de un tribunal arbitral sino de un “comité o comisión de expertos”.

Si se hubiera tenido el cuidado de precisar los términos y comprender para un tribunal *ad hoc* lo que fuese arbitrable y para comité lo opinable, hubiera sido mejor y evitar estas anomalías.

Sin embargo, las consecuencias que puede acarrear la falta de acatamiento a tal opinión son tales que la convierten en un fallo dotado de gran fuerza y armado de una coacción tal que puede provocar hasta la denuncia del tratado como una sanción a la falta de entendimiento entre los interesados.

Nuevamente nos cuestionamos porqué no colocar las cosas en su lugar, máxime en este caso en el que se puede producir tan grave resultado. Es más, es el único motivo que existe para denunciar el TLC como una sanción.

La otra posibilidad es la genérica como sucede en todos los acuerdos internacionales y aparece consignada como una facultad unilateral en el artículo 2205.

5. Cabe preguntarse el por qué de esta severidad en el caso de las reformas a las leyes que se ocupan de combatir las prácticas desleales.

La explicación tal vez se encuentre en el hecho de que la falta de experiencia de México en estas materias provoque temores y desconfianza de que no sabremos cómo manejar situaciones de esta índole.

Recordaré que hasta abril de 1992, ya cerca del final de las negociaciones, se empezó a tratar el tema, por lo que ante la falta de conocimientos cabales de nuestra situación jurídica y de las instituciones existentes se quisieron precaver las contrapartes pecando de exceso en sus acciones. Tiene, empero, un aspecto interesante para México y es que podemos —y debemos, añadiría— aprovechar esta facultad para impedir distorsiones y abusos en sus leyes.

Siendo el GATT y sus acuerdos o códigos de conducta sobre subsidios y *antidumping* (aplicación del artículo VI y VII, XVI y XXIII) los modelos a seguir y respetar, la participación activa y decidida de nuestro país en dicho foro multilateral es muy importante pues sólo así aseguraremos un marco jurídico justo y objetivo que proporcione certeza y seguridad jurídica al 70% de nuestro comercio internacional.

6. Siendo el procedimiento de este panel más sencillo y corto que el del artículo 1904 a lo que no hay nada que objetar, nos preocupa que se asimile en el llamado código de conducta que rija a sus miembros con el panel y el comité especial regulados respectivamente por los artículos 1904 y 1905 pues son diversos en su función.

Tal vez la experiencia de Canadá y Estados Unidos lleve a estimar que no deberá presentarse mayor problema.

Veamos a continuación el funcionamiento y los propósitos que buscan los otros grupos de expertos —llamémosles así— que cumplirán tanto funciones de árbitros como de peritos y asesores, pero cuya decisión será de gran fuerza.

Externamos, en varias ocasiones, nuestra impresión de que, en estos temas, se aprovecharía necesariamente la experiencia derivada de los 30 casos conocidos por entidades similares a las previstas en el TLC, por cuestiones del tráfico comercial bilateral. Lógicamente así sucedió en muchos puntos pero me parece particularmente interesante lo relativo a la llamada “impugnación extraordinaria” contemplada en el párrafo 13 del artículo 1904.

A. La hipótesis jurídica ahí contenida se refiere al caso de que un miembro del panel haya incurrido en una falta o deficiencia de tal gravedad, o bien el panel no ha respetado sus propias normas

y se ha apartado tanto de las mismas, que se ha visto afectada la resolución “amenazando” la integridad del proceso de revisión. Ante tan seria condición se podrá promover la llamada “impugnación extraordinaria”.

De tal acción conocerá no un panel sino un “comité” integrado solamente por tres personas, de una lista de quince nombrados por las partes de manera proporcional.

Los requisitos que deberán ostentar los integrantes de este mal llamado comité, cuando en realidad es un tribunal arbitral, es que sean o hayan sido jueces de jurisdicción federal o superior, en los países partes.

Su fallo se dictará con base en los hechos que aparezcan y en el derecho aplicable y dictaminará si es de anularse o no el fallo presuntamente viciado. De decretarse procederá a devolverlo al panel; en caso contrario lo anulará y se procederá a instalar un nuevo panel conforme al anexo 1901.2. En consecuencia de lo dicho su fallo será obligatorio.

B. Se prevé también la formación de otro comité especial cuando, a juicio de alguna de las partes, se impida el establecimiento de un panel, se dificulte que el panel pronuncie su fallo o bien que sea cumplido o impidan su revisión.

Estos impedimentos se deberán derivar de trabas o barreras legales nacionales.

Las hipótesis legales previstas son muy serias pues implican que existe un sistema legal preparado para impedir que lo previsto en el artículo 1904 se observe.

Quien se considere afectado deberá provocar unas negociaciones para aclarar la situación y, en su caso, resolverla de común acuerdo. Pasados 45 días de presentada la solicitud sin éxito, se podrá entonces solicitar el “comité especial”. Dicho comité especial operará de manera similar a los paneles previstos en el artículo 1904.¹³ por lo que tendrá sólo tres miembros.

Si la resolución fuese positiva deberán finiquitar el problema en 60 días después del fallo.

En la eventualidad de que tal cosa no se dé, la parte reclamante tendrá la facultad de suspender en perjuicio de la demandada el mecanismo de revisión a que se refiere el artículo 1904 “aquellos beneficios derivados del tratado que las circunstancias ameriten”.

De darse el primer supuesto se le reconoce a su contraparte el mismo derecho por lo que ya no se aplicará a esas partes el sis-

tema del artículo 1904 y las resoluciones sólo serán revisadas por los órganos internos del país que la dicte.

Expresamente se previene que, automáticamente en este caso, se remitirán los asuntos pendientes de revisión al tribunal interno que fuere competente.

Este comité especial podrá reunirse de nuevo en caso de que las partes estimen que ya se cumplió con el dictamen emitido y las sugerencias formuladas o bien, que los beneficios suspendidos son excesivos.

Se consideran, en el resto de este artículo 1905, otros casos dentro de estos esquemas que hagan efectivo el propósito del mismo, enunciado expresamente en su título: *salvaguardar el sistema de revisión*.

IV. EL SECRETARIADO

La administración de un esquema tan complejo y entreverado requiere necesariamente de una infraestructura mínima altamente profesional, por lo cual se previene el establecimiento de una sección propia en el secretariado que la comisión de comercio internacional establezca según nos dice el artículo 2002.

Dicha sección fungirá como una secretaría técnica dando apoyo a los “paneles” y a los comités, recabará información, dará seguimiento a los acuerdos, resoluciones, notificaciones y en general todas las que son propias para estos órganos, tal como lo especifica el artículo 1907.

De lo dicho en esta última parte podemos formular algunas observaciones.

1. Los comités especiales de referencia como vemos (artículo 1904.13 y anexo 1904.13 y 1905 y 1905.6) son, en realidad, tribunales arbitrales *ad hoc*.

La ocupación de ambos es vigilar por la efectividad, seriedad y éxito de los paneles, cuidando tanto a sus integrantes como al entorno legal que en cada país exista.

El peso específico que se le da a sus decisiones es grande, por lo que más que atender a la declaración o a la decisión u opinión, debemos reparar, con cuidado, en los efectos de la falta de observación tal como sucede con la “opinión” del panel acorde con el artículo 1903.2 o con la del comité especial del artículo 1905.2 cuyo veredicto, según aparece en el párrafo 8 del mismo precepto,

provocará la suspensión del mecanismo de revisión de las decisiones internas consagrada en el artículo 1904, que es en esencia lo que más nos interesa y, sin duda, también a nuestras contrapartes por distintos motivos.

Consideramos que tan pronto entre en vigor el TLC se presentarán los casos con mucha frecuencia, lo que nos llevó a proponer y a insistir tanto en la Coordinadora Empresarial para el Comercio Exterior como ante las autoridades negociadoras, el establecimiento de un *tribunal permanente de comercio internacional*.¹¹

Según el enfoque que le dimos este tribunal se ocuparía tanto de los casos públicos como privados, desde luego con sus secciones específicas lo que daría lugar a contar con jueces profesionales que cuidarían de hacer su mejor esfuerzo en cada caso, para conservar el prestigio que los llevará a ocupar un sitio en el órgano juzgador si no además a incrementarlo.

Además se iría integrando una historia que daría luz a los casos futuros y tal vez hasta se formaría jurisprudencia.

La escuela que se establecería formaría futuros especialistas que bien en el litigio de casos particulares o desde el otro lado del escritorio, dotaría a este tribunal de una gran fortaleza.

Tal vez la falta de comprensión de nuestros homólogos, su timorotez o temor al rechazo por parte de sus órganos internos, llevaron a deshechar esta propuesta mexicana.

Habrá que insistir en el futuro, pues la bondad de la idea lo amerita hasta obtener el éxito buscado.

11 “Posición del sector empresarial ante el TLC, - elementos fundamentales”, Concamín, febrero 25 de 1992, la prensa se ocupó precisamente de él: “TLC trato especial a México y demandan empresarios que se busque una fórmula para dar mayor fuerza jurídica al tratado en E. U.”, *El Financiero*, 24 y 25 de febrero de 1992, respectivamente.