

RECEPCIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES *AD HOC* DEL ARTÍCULO 1904 DEL TLCAN EN LA PRÁCTICA JURÍDICA INTERNA DE MÉXICO*

RECEPTION IN THE MEXICAN LEGAL PRACTICE OF THE *AD HOC* ARBITRATION TRIBUNALS' AWARDS PURSUANT NAFTA, ARTICLE 1904

Cecilia LANDEROS**

RESUMEN: Desde la entrada de vigor del Tratado de Libre Comercio para América del Norte se ha acudido aproximadamente ciento veintisiete veces al procedimiento de revisión de tribunales arbitrales *ad hoc* previsto en su artículo 1904, de las cuales trece han sido resueltos mediante una decisión final emitida por la autoridad mexicana competente en esta materia denominada “Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales”. Bajo este contexto, la presente investigación resalta las principales argumentaciones de estos trece casos, acompañados de algunos comentarios de expertos y tratadistas, con objeto de analizar si se ha presentado una evolución de criterios digna de resaltarse dentro de la práctica jurídica mexicana.

Palabras clave: Prácticas desleales de comercio, dumping, subsidios, cuotas compensatorias, competencia, tribunales arbitrales *ad hoc* y cooperación internacional.

ABSTRACT: Since the entry into force of the North American Free Trade Agreement, it has been summited around one hundred and twenty seven times before the Ad Hoc Arbitration Tribunal regulated by article 1904, which thirteen of them were objections against the ruling of the mexican's authority on this matter “Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales”. In this context, the current research highlights the main arguments of the above-mentioned cases, with some comments of trade experts and authors, in order to analyze the possibility to address an undoubtedly noteworthy evolution of criteria within the Mexican's practice law.

Keywords: *Unfair trading practices, dumping, subsidies, countervailing duties, competency, Ad hoc Arbitration Tribunal and international cooperation*

* Artículo recibido el 2 de agosto de 2015 y aceptado para su publicación el 9 de febrero de 2016.

Por la extensión del artículo, la presente publicación es la primera de dos partes. La segunda parte se publicará en el siguiente número del *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*.

** Maestra en derecho de los negocios internacionales por la Universidad Iberoamericana. Profesora de derecho internacional privado en la Universidad Anáhuac Sur.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Prácticas desleales*. III. *Una visión general del capítulo XIX del TLCAN*. IV. *Mecanismos contemplados en el capítulo XIX del TLCAN*. V. *Procedimiento de investigación de prácticas desleales de comercio ante la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales*. VI. *Decisiones de los tribunales arbitrales ad hoc del artículo 1904 del capítulo XIX*.

I. INTRODUCCIÓN

En 2014 se cumplieron veinte años de la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte¹ (en lo sucesivo, el “TLCAN”), que es sin duda para México el tratado comercial que marcó la pauta para consolidar su sistema de apertura internacional, el cual había iniciado formalmente en 1986 con su adhesión al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (por sus siglas en inglés, en lo sucesivo, “GATT”).

La celebración del TLCAN constituyó el proceso económico de integración entre sus socios comerciales, en el que se priorizó la regulación de temas de importancia gubernamental que trascendieron la esfera de la simple eliminación de barreras arancelarias y no arancelarias de los bienes y servicios de los Estados parte, como lo son la cooperación ambiental, la protección a la propiedad intelectual, la promoción de la inversión extranjera y la posibilidad de acudir a medios alternativos de solución de controversias, entre los cuales destaca el contemplado en el capítulo XIX, que se refiere a la revisión y solución de controversias en materia de prácticas desleales de comercio.

La inserción de dicho capítulo XIX representó para México una doble oportunidad; por una parte, minimizó el riesgo de la imposición de cuotas compensatorias, de forma arbitraria a productos mexicanos exportados a mercados estadounidenses y canadienses, al contar los exportadores mexicanos con un medio de defensa contra las resoluciones extranjeras de las autoridades competentes de sus socios comerciales, en materia de prácticas desleales de comercio, y por la otra, en el ámbito interno se buscó proteger a la industria nacional al legitimizar ante sus socios comerciales las resoluciones de la autoridad competente mexicana que deter-

¹ Se publicó el 20 de diciembre de 1993 en el *Diario Oficial de la Federación* y entró en vigor el 1o. de enero de 1994. Los países signatarios son Estados Unidos, Canadá y México.

minaran un daño en la producción nacional por la presencia de prácticas desleales de comercio respecto de las importaciones de productos originarios de estos Estados.

Cabe resaltar que el ejercicio del capítulo XIX comprende cuatro mecanismos: (i) paneles de expertos para conocer si en su opinión una reforma legislativa en materia *antidumping* es congruente con el TLCAN; (ii) comité especial para proteger el sistema de revisión; (iii) comité de impugnación extraordinaria, y (iv) tribunal arbitral *ad hoc* (para efectos del presente trabajo también se les denominará como paneles binacionales) para revisar las resoluciones dictadas en materia de prácticas desleales de comercio exterior por los órganos nacionales. En este sentido, cobra importancia para efectos del presente trabajo el último mencionado, en el cual la autoridad local competente determina la imposición o no de cuotas compensatorias por la presencia de prácticas desleales de comercio en las importaciones de productos originarios de alguno de sus socios comerciales. Del resultado de dicha revisión, el tribunal arbitral *ad hoc* emite una decisión final, la cual puede confirmar la resolución impugnada o devolverla a la autoridad competente nacional que la emitió a fin de que ésta adopte medidas que sean compatibles con su decisión.

Bajo este contexto, del total de casos que se han llevado al amparo de dicho capítulo,² sólo diecinueve se refieren a impugnaciones estadounidenses o canadienses, según sea el caso, respecto de resoluciones emitidas por la autoridad mexicana competente, que es la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales (indistintamente, la “UPCI” o la “Autoridad Investigadora”), unidad administrativa de la Secretaría de Economía (antes Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, y para efectos del presente artículo se le denominará como la “Secretaría”). De estos diecinueve casos, sólo trece se han resuelto, en tanto que los seis casos restantes se dieron por terminados, previo al pronunciamiento de los tribunales arbitrales *ad hoc*, por desistimiento de alguna de las partes involucradas o por conceso de ambas, según corresponda.³

² Según cifras oficiales de la Secretaría de Economía, se han resuelto 118 casos. Sin embargo, hace falta contabilizar la decisión final del caso MEX-USA-2011-1904-01, cuya fecha de emisión fue el 10 de octubre de 2013. http://www.economia.gob.mx/files/comunidad_negocios/solucion_controversias/estado-estado/tlcan/Capitulo%20XIX/Revisiones_por_paneles_TL-CAN_Capitulo_XIX.pdf.

³ *Idem*.

Al respecto, resulta de gran utilidad preguntarse cuál ha sido la experiencia de estos trece casos que se han presentado a lo largo de dos décadas; es decir, ¿existen elementos afines en todos los casos que nos permitan concluir una clara evolución de criterios, o cada uno de éstos se ha resuelto de forma aislada?

Previo a responder dicho cuestionamiento y en aras de robustecer el entendimiento de conceptos claves que serán abordados a lo largo del análisis de las trece decisiones finales que dieron por terminando a los trece casos en comento, en el presente artículo se incluyen temas de carácter introductorio, como lo son el alcance al término de “prácticas desleales de comercio”, los elementos que deben reunir para justificar la sanción de imponer una cuota compensatoria (capítulo II), una visión general del capítulo XIX, incluyendo su antecedente directo y una breve descripción de los mecanismos contemplados en el mismo (capítulos III y IV), así como un resumen del procedimiento de investigación ante la UPCI (capítulo V).

Finalmente, en el capítulo VI se hace mención de los principales argumentos lógicos y jurídicos de los tribunales arbitrales *ad hoc*, previstos en el cuerpo de estas trece decisiones finales, acompañados de algunos comentarios de expertos y tratadistas al respecto, a fin de proveer al lector de elementos suficientes que le permitan concluir si efectivamente tal mecanismo ha presentado o no una evolución de criterios digna de resaltarse dentro de la práctica mexicana a lo largo de estos veinte años.

II. PRÁCTICAS DESLEALES

La apertura comercial de México trajo como consecuencia la adopción en su legislación, de términos comerciales que la comunidad internacional ha venido acuñando a lo largo de los años para fortalecer sus relaciones comerciales. En este sentido, el entorno globalizador en el que los países se desenvuelven ha exigido también que éstos tomen medidas para proteger su producción nacional ante una posible competencia en condiciones depredatorias. Por ello, es de suma importancia desentrañar el alcance del término de “prácticas desleales” para entender por qué se deben sancionar, y así, de esta manera, favorecer la competencia justa y leal dentro de un mercado.

Cruz Miramontes señala que

...las reglas de la competencia internacional constituyen la llamada práctica leal de comercio. El alternarla de manera artificial por cualquier medio será por lo contrario desleal y provocará ante su evidencia, una reacción en contra que a su vez constituye todo un capítulo de la teoría del comercio internacional, conformado por medidas tendentes a restablecer o encausar su competitividad original o natural.

Por su parte, Witker V. y Hernández marcan que las prácticas desleales son conductas mercantiles que se presentan en los intercambios de bienes aprovechando la apertura de los mercados y las desregulaciones comerciales en general.⁴

En este sentido, encontramos que las prácticas desleales más típicas y comunes son el *dumping* y los subsidios o estímulos otorgados por un gobierno para impulsar la exportación. En tales casos se busca equilibrar la situación, y de ahí que se apliquen derechos *antidumping* o impuestos compensatorios o cuotas compensatorias.⁵

Etimológicamente, el anglicismo *dumping* es el gerundio del verbo inglés *to dump*, que significa arrojar fuera, descargar con violencia y vaciar de golpe. Entendemos la venta en un mercado extranjero de mercancías a un precio menor que el ordinario en sus mismas condiciones, en el mercado doméstico (de origen), que provoca o amenaza causar un daño a la industria igual o similar del país de concurrencia, o impide el establecimiento de la misma.⁶

John H. Jackson prevé que el concepto de *dumping* se expresa como la venta de mercancías para importación en un precio menor que su “valor normal”, entendiéndose por éste el precio por el cual esos mismos productos se vendieron en país de origen; en otras palabras, el precio de venta en el mercado de origen menos el precio de exportación = el margen del

⁴ Witker V., Jorge y Hernández, Susana, “Resolución de controversias en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias en el TLCAN”, *Revista Latinoamericana de Derecho Integración (Mercosur, TLC y ALCA)*, México, año 2, núm. 3, enero-junio de 2005, p. 274.

⁵ *Idem.* Para el derecho mexicano, la naturaleza jurídica de la cuota compensatoria es un aprovechamiento, es decir, una regulación de carácter no arancelaria, según lo previsto en el artículo 63 de la Ley de Comercio Exterior (en lo sucesivo, la “LCE”).

⁶ Cruz Barney, Oscar, *Solución de controversias y antidumping en el Tratado de Libre de Comercio de América del Norte*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2007, p. 26.

dumping. Cuando este margen es mayor que 0, entonces existe un *dumping* en la práctica de comercio internacional.⁷

Para el economista clásico del siglo XX, Jacob Viner, a quien se atribuye la paternidad de la expresión, existe el *dumping* cuando hay una discriminación de precios entre dos mercados nacionales o dos mercados regionales del mismo país.⁸ Distingue al *dumping* en tres categorías:⁹ (i) *dumping* esporádico; (ii) *dumping* intermitente, y (iii) *dumping* depredatorio.

El *dumping* esporádico se refiere a las ventas externas realizadas a precios bajos como una forma de liquidar la producción excesiva de mercancías, por lo que no tiene el objeto de destruir o eliminar competidores, y por ende no es necesario prohibir este tipo de *dumping* en los mercados internacionales.¹⁰

Por su parte, el *dumping* intermitente se presenta cuando los mercados extranjeros pasan por momentos depresivos y los exportadores tienen que rebajar sus precios en esos mercados para vender su producción y evitar las existencias excesivas, en cuyo caso tampoco esta clase de *dumping* tiene el propósito de destruir a los competidores en los mercados exteriores, y, por consiguiente, Viner llega a la misma conclusión de que no debe ser regulada por las normas jurídicas internacionales.¹¹

A diferencia del *dumping* esporádico y del *dumping* intermitente, el *dumping* depredatorio se hace casi permanente, con la finalidad de destruir a los competidores en los mercados exteriores.¹² Al principio, el exportador extranjero entra en un nuevo mercado y vende su producto a precios inferiores y artificiales, con el propósito de eliminar toda la producción o la

⁷ Jackson, John H., "Dumping in International Trade: Its Meaning and Context", en Jackson, John H. y Vermulst, Edwin A., *Antidumping Law and Practice*, The University of Michigan Press, 1990, p. 2.

⁸ Giesze, Craig R., "La revisión y la solución de controversias en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias a la luz del capítulo XIX del Tratado de Libre de Comercio de América del Norte", en Witker V., Jorge (coord.), *Resolución de controversias comerciales en América del Norte*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 120.

⁹ Viner, Jacob, *Dumping, A Problem in International Trade*, Nueva York, Sentry Press, 1966, p. 23.

¹⁰ Giesze, Craig R., *op. cit.*, p. 121.

¹¹ Witker, Jorge V. y Patiño M. Ruperto, *La defensa jurídica contra prácticas desleales de comercio internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, pp. 19 y 20.

¹² *Idem*.

industria nacional. Después de aniquilar la competencia en ese mercado, el exportador estructura una posición monopólica en éste para cobrar precios monopólicos y recuperar sus anteriores pérdidas.¹³

Por su parte, Alan V. Deardorff introduce en la doctrina internacional la posibilidad de concebir al *dumping* bajo dos teorías; la primera responde a la discriminación de precios, que significa, en términos generales, cuando una empresa vende productos idénticos en dos mercados a distintos precios, en tanto que la segunda se refiere a la venta de productos en el mercado de exportación a precios por debajo del valor de sus costos.¹⁴

Asimismo, creemos que no es del todo sencillo definir cuándo se está ante prácticas desleales de comercio, ya que como señala Jackson, existe una disparidad entre los sistemas económicos que rigen las relaciones de los países, de tal suerte que para los miembros de un país lo que les parece justo, para otros no lo es, y añade en este mismo sentido la idea de concebir la actividad económica como un juego (“*level playing field*”), en donde las reglas de competencia las definen los propios competidores.¹⁵

En este sentido, cabe mencionar que no todos los autores han considerado la existencia de *dumping* como práctica desleal, y, por lo tanto, deba ser sancionada. Tal es el caso de González de Cossío, al señalar que “la legislación en materia de *dumping* es contraria a la teoría de la ventaja competitiva en la medida en que obliga a un productor a vender en un mercado extranjero a precios distintos a los que de otra manera hubiera fijado”.¹⁶ Sobre el tema, Cruz Barney ha señalado que las medidas *anti-dumping*, a diferencia de las medidas antimonopólicas, tienen una función fundamental: proteger a la industria nacional, máxime en un entorno globalizador y depredador.¹⁷

¹³ Gieszke, Craig R., *op. cit.*, p. 121.

¹⁴ Deardorff, Alan V., “Dumping in International Trade: Its Meaning and Context”, en Jackson, John H. and Vermulst Edwin A., *Antidumping Law and Practice*, The University of Michigan Press, 1990, p. 24.

¹⁵ Jackson, John H., *The World Trading System, Law and Policy of International Economic Relations*, 2a. ed., Massachusetts, The MIT Press Cambridge, 1990, p. 248.

¹⁶ González de Cossío, Francisco, “Discriminación de precios, *dumping* y depredación. Tres disciplinas, un fenómeno económico”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXIX, núm. 115, enero-abril de 2006, pp. 140 y 141.

¹⁷ Cruz Barney, Oscar, “Antecedentes del sistema contra prácticas desleales de comercio en México. La evolución de las disposiciones *antidumping*”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XL, núm. 119, mayo-agosto de 2007, p. 461.

Otro de los autores que contribuye al análisis de posturas en contrario en este sentido es Jackson, quien hace alusión a que el *dumping* incide en mayor medida en temas de salvaguarda que en prácticas desleales *estricto sensu*.¹⁸

Cabe señalar que Víctor Rojas Amandi ha escrito respecto a otros tipos de *dumping*, tales como “*valuta dumping*”, referido al impacto de un proceso devaluatorio en los precios de exportación de un bien, situación que propiamente no constituye una estrategia de discriminación de precios; “*dumping social*”, que se refiere a los bajos costos de la mano de obra, la larga duración de las jornadas laborales, la explotación infantil y los trabajos forzados, entre otras situaciones que bien pudieran ser considerados como competencia desleal, y el “*dumping ecológico*”, que se presenta cuando los costos de operación, resultado de la regulación ambiental, se internacionalizan en distinto grado en el interior de dos economías diversas que comercian entre sí.¹⁹

Por lo que hace a la legislación *antidumping*, el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT (en lo sucesivo, “Acuerdo Antidumping”), considera que un producto es objeto de *dumping* cuando se vende en el mercado de otro país a un precio inferior (precio de exportación) de su valor normal. Se entiende por la expresión “valor normal” si el precio es (i) menor que el precio comparable, en las operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador, o (ii) a falta de dicho precio en el mercado interior de este último país, si el precio del producto exportado es menor que el precio comparable más alto para la exportación de un producto similar a un tercer país en el curso de operaciones comerciales normales o menor que el costo de producción de este producto en el país de origen más un suplemento razonable para cubrir los gastos de venta y en concepto de beneficio.²⁰

De conformidad con la legislación mexicana, en específico el artículo 30 de la LCE, señala que la importación en condiciones de discriminación de precios consiste en la introducción de mercancías al territorio nacional a un precio inferior a su valor normal.²¹

¹⁸ Jackson, John H., *The World Trading...*, cit., p. 274.

¹⁹ Rojas Amandi, Víctor, *El derecho antidumping en la Unión Europea*, México, Universidad Iberoamericana-Porrúa, 2004, p. 20.

²⁰ Acuerdo Antidumping, artículo 2o, párrafo 1.

²¹ LCE, artículo 30.

Para Judith Czako y coautores, el propósito de cualquier investigación *antidumping* es describir si existe *dumping* y si su presencia causa un daño en el país de importación; en otras palabras, la investigación se enfoca: (i) en establecer un “valor normal” del producto exportado en su país de origen; (ii) fijar el precio de exportación; comparar el precio del “valor normal” con el de “exportación”, y (iv) descifrar si el daño ocasionado en el país de importación se concibe como el resultado del *dumping*.²²

Por su parte, se entiende por “subvenciones o subsidios gubernamentales” toda clase de apoyo, estímulo, incentivo, prima o beneficio económico otorgado, directa o indirectamente, por el Estado, a los productores manufactureros o exportadores nacionales, a fin de impulsar la industria nacional y colocarla artificialmente en condiciones competitivas (la reducción artificial de costos de producción, por ejemplo) en los mercados exteriores. Esos apoyos, estímulos o incentivos gubernamentales comprenden, entre otros, los apoyos fiscales, crediticios, financieros, monetarios y técnicos.²³

Al respecto, Cruz Barney señala que

...en cuanto a los subsidios o subvenciones, éstos pueden ser compensatorios o puros. Los compensatorios son aquellos que sirven para colocar al exportador nacional en posición competitiva cuando la causa de su posición inadecuada sea una carga fiscal interna; en cambio los puros buscan conferir a los beneficiados una posición de ventaja en comparación con sus competidores extranjeros.²⁴

Cabe destacar que el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias del GATT (en lo sucesivo, el “Acuerdo SMS”) no define los términos de “subvención gubernamental” o “subsidio gubernamental”; sin embargo, se enlistan una serie de ejemplos de subsidios clasificados en función de su destino; es decir, si son aplicables a la exportación o a utilizarse en la producción, en cuyo caso, los primeros están incondicionalmente prohibidos, a diferencia de los segundos, que sí están permitidos, pero sujetos a la aplicación de cuotas compensatorias.²⁵

²² Czako, Judith *et al.*, *A Handbook on Anti-dumping Investigations*, Inglaterra, University of Cambridge, 2003, p. 1.

²³ Véase el anexo (lista ilustrativa de subvenciones a la exportación) y el artículo 11, párrafo 3, del Acuerdo SMS (subsidios a la producción).

²⁴ Cruz Barney, Oscar, *Solución de controversias y antidumping...*, *cit.*, p. 27.

²⁵ Véase el anexo del Acuerdo SMS.

Conforme a la legislación mexicana, se entiende por “subvención”:²⁶ (i) la contribución financiera que otorgue un gobierno extranjero, sus organismos públicos o mixtos, sus entidades, o cualquier organismo regional, público o mixto, constituido por varios países, directa o indirectamente, a una empresa o rama de producción o a un grupo de empresas o ramas de producción, y que con ello se otorgue un beneficio, y (ii) alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios, y que con ello se otorgue un beneficio. Asimismo, se complementa tal definición con aquellas que a título de ejemplo estén referidas en el anexo I del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.²⁷

Cabe señalar que en el *dumping* no existe un consenso internacional que justifique imponer medidas compensatorias a las importaciones de productos subsidiados (de hecho, Jackson señala que por lo general los políticos tienen mayor presión de grupos pertenecientes del sector productivo que al de consumidores, por lo que tienden a proteger en mayor medida a los primeros que a los segundos, en adición a que las medidas compensatorias impuestas deben considerarse como barreras que limitan el libre comercio.²⁸

El impacto económico del *dumping* y de las subvenciones, y de los remedios que se erigen para contrarrestarlas, inciden en la actividad económica de todos los agentes productivos, sean éstos productores, comercializadores o consumidores. Cada uno de ellos tiene una historia que contar sobre el tema; el productor denunciante alegará que enfrenta una práctica depredatoria y desleal de un exportador; el exportador argumentará que sólo compite bajo las condiciones dadas en el mercado en cuestión; y entre el uno y el otro el consumidor demandará una mayor disponibilidad de mercancías a precios competitivos.²⁹

Ahora bien, es de suma importancia señalar que para imponer cuotas *antidumping* o compensatorias, de conformidad con el GATT y sus códigos de conducta relevantes, un país importador miembro tiene que probar tres elementos a través de un procedimiento administrativo: 1) la exis-

²⁶ LCE, artículo 37.

²⁷ *Idem.*

²⁸ Jackson, John H., *The World Trading...*, p. 284.

²⁹ Seade, Jesús, “Las prácticas comerciales desleales en el GATT de hoy y de mañana”, *Prácticas desleales del comercio internacional (antidumping)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, p. 400.

tencia del *dumping* o de la subvención gubernamental; 2) la existencia de “daño importante” o “amenaza de daño”, según sea el caso, que sufra la producción nacional del país importador, y 3) la relación directa de causalidad entre la práctica desleal de comercio internacional y el “daño importante” o la amenaza de “daño importante”. Si un país importador no puede probar esos tres elementos, no le es permitida la imposición de cuotas *antidumping* o compensatorias sobre las importaciones.³⁰

Conviene subrayar que los códigos de conducta relevantes del GATT obligan, para el caso de imponer cuotas compensatorias a importaciones que causen una amenaza de daño importante a la producción nacional, a que los países importadores fundamenten y motiven una determinación positiva de la existencia de éste en hechos que sean claramente previstos e inminentes y que no sean simplemente alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas.³¹

Para el derecho mexicano, se consideran prácticas desleales de comercio internacional la importación de mercancías en condiciones de discriminación de precios o de subvenciones en el país exportador, ya sea el de origen o el de procedencia, que causen daño a una rama de producción nacional de mercancías idénticas o similares.³² Cabe señalar que de manera distinta al GATT,³³ que sí hace referencia específica a la amenaza de daño, diferenciándola del daño propiamente dicho, en la reforma de 2003 a la LCE, México confunde ambos conceptos y decide incluir a la “amenaza de daño” dentro del término de “daño”, según las modificaciones efectuadas al artículo 39 de dicho ordenamiento.³⁴

III. UNA VISIÓN GENERAL DEL CAPÍTULO XIX DEL TLCAN

Pereznieto afirma que uno de los aspectos más sobresalientes y novedosos del TLCAN es el sistema de solución de controversias previsto en su texto. Las disposiciones en materia de solución de controversias “hacen del TLC un tratado de «tercera generación» en el sentido de que crea un sistema de

³⁰ Giesz, Craig, *op. cit.*, p. 125.

³¹ Acuerdo Antidumping, artículo 3o., párrafo 6.

³² Cruz Barney, Oscar, *op. cit.*, p. 26.

³³ Acuerdo relativo a la Aplicación del artículo IV del GATT, artículo 3.7.

³⁴ Cruz Barney, Oscar, *Solución de controversias y antidumping...*, *cit.*, p. 26.

solución de controversias basado en los principios del arbitraje comercial internacional”.³⁵

Cabe señalar que el antecedente directo del capítulo en comento es el identificado con el mismo número 19 del Acuerdo de Libre Comercio celebrado entre Canadá y Estados Unidos (en lo sucesivo “ALC”).³⁶ La mayoría de sus disposiciones en materia de solución de controversias se encuentran en los capítulos 18 y 19. El 18 se refiere a las disputas derivadas de la interpretación del Acuerdo, y el 19, a la aplicación de cuotas compensatorias y *antidumping*, a través del funcionamiento de paneles binacionales, encargados de revisar las resoluciones definitivas emitidas por las autoridades investigadoras de las partes.³⁷ Al respecto, Andreas Lowenfeld destaca que dicho mecanismo contempla cuatro características:³⁸ (i) su carácter binacional; (ii) la ley aplicable cambia de acuerdo con el país importador; (iii) el panel se limita a revisar la actuación de las autoridades o agencias administrativas del país importador, y (iv) pueden hacer uso de este mecanismo y comparecen ante él tanto las partes en el ALC como los particulares involucrados.

Como comparativo, el capítulo XIX del TLCAN sigue casi textualmente al capítulo del mismo número del ALC, incorporando un primer rasgo, que se refiere a la conformación de un procedimiento guardián, ya que cualquier futura modificación que un país haga a sus leyes vigentes en *antidumping* y cuotas compensatorias se aplicará a los otros socios del TLCAN.³⁹ Un segundo rasgo es el establecimiento de paneles binacionales para reemplazar la revisión judicial interna.⁴⁰ Cualquier país implicado

³⁵ Pereznieto Castro, Leonel, “Algunos aspectos del sistema de solución de controversias en el Tratado Norteamericano de Libre Comercio”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 23, 1994, p. 355.

³⁶ Entró en vigor el 1o. de enero de 1989.

³⁷ García Moreno, Víctor Carlos y Hernández Ochoa, César E., “El neoproteccionismo y los paneles como mecanismos de defensa contra las prácticas desleales”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 3, núm. 9, septiembre-diciembre de 1992, pp. 541-543.

³⁸ Lowenfeld, Andreas E., *Resolución de disputas binacionales según los términos del capítulo 19 del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos. Una evaluación provisional*, trad. de Gustavo Vega Cánovas, México, El Colegio de México, 1993, p. 102.

³⁹ Witker V., Jorge, “Panorama general de soluciones de controversias en el comercio internacional contemporáneo”, en Witker V., Jorge (coord.), *Resolución de controversias comerciales en América del Norte*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, pp. 50 y 51.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 53.

o persona que conforme al derecho del país importador esté legitimada para iniciar procedimientos de revisión judicial de la resolución definitiva sobre *antidumping* y cuotas compensatorias a través de él, puede solicitar el establecimiento de un panel binacional para que revise una resolución definitiva emitida por una autoridad investigadora competente.⁴¹

No obstante lo anterior, el capítulo XIX introduce algunas novedades importantes; entre éstas se incluye la salvaguarda del sistema de revisión de los paneles (artículo 1905), el sistema institucional de consulta sobre leyes y procedimientos en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias y el hecho de que la vigencia del capítulo no sea temporal, como lo es el caso del capítulo 19 del ALC, cuyo término máximo de duración se fijó en siete años.⁴²

Witker V. señala que en las negociaciones del TLCAN las partes dejaron en claro que la instalación de los paneles es un recurso potestativo, no obligatorio, pues se conservan los procedimientos de impugnación ordinarios internos de cada país. Inclusive, existe la obligación de que no se aplicará el sistema de revisión por el panel binacional cuando exista una resolución definitiva revisada y emitida por un tribunal de la parte importadora, al no haber solicitado alguna de las partes implicadas la instalación del panel con anterioridad.⁴³ En este sentido, las leyes internas de cada país establecen que los procedimientos internos de revisión judicial no inicien sino hasta que concluya el plazo para solicitar la integración de un panel.⁴⁴

Cabe mencionar que las críticas al capítulo XIX del TLCAN no se hicieron esperar, especialmente provenientes de industrias estadounidenses.⁴⁵ Se ha argumentado que el sistema de paneles tiene problemas de

⁴¹ TLCAN, artículo 1904.5.

⁴² Berry, Roberto E., “Normas de revisión en materia de antidumping y tarifas compensatorias en el Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos, México y Canadá”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad de Iberoamericana*, México, núm. 22, 1993, p. 493.

⁴³ Witker V., Jorge, “Panorama general de soluciones...”, *cit.*, p. 54. Véase TLCAN, artículo 1904.12(b).

⁴⁴ TLCAN, artículo 1904.15(c)(i).

⁴⁵ Aguilar Álvarez, Guillermo *et al.*, “El capítulo 19 del TLCAN: revisión de resoluciones en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias por paneles binacionales”, en Leycegui, Beatriz *et al.*, *Comercio a golpes. Las prácticas de comercio internacional bajo el TLC*, México, ITAM-Miguel Ángel Porrúa, 1998, pp. 41 y 42.

constitucionalidad en Estados Unidos, además de los problemas de conflicto de interés que genera el acudir a particulares como árbitros o panelistas.⁴⁶ En el caso de México, se ha señalado que los mecanismos establecidos en los capítulos XIX y XX del Tratado violan el principio de supremacía constitucional.⁴⁷

El capítulo XIX del TLCAN en particular constituye un puente de comunicación entre los dos sistemas jurídicos implicados: el del *common law* y el romano-canónico,⁴⁸ lo que no ha dejado de tener complicaciones, como es la preocupación existente sobre las dificultades que un panelista extranjero pueda tener en la interpretación del derecho de la parte importadora.⁴⁹

IV. MECANISMOS CONTEMPLADOS EN EL CAPÍTULO XIX DEL TLCAN

En términos generales, el capítulo XIX del TLCAN se refiere a la revisión de las decisiones sobre prácticas desleales de comercio, y en él se prevén los siguientes mecanismos:⁵⁰ (i) paneles de expertos para conocer si en su opinión una reforma legislativa en materia *antidumping* es congruente con el TLCAN; (ii) comité especial para proteger el sistema de revisión; (iii) comité de impugnación extraordinaria, y (iv) tribunal arbitral *ad hoc* para revisar las resoluciones dictadas en materia de prácticas desleales de comercio exterior por los órganos nacionales.

Por lo que hace al mecanismo contemplado en el inciso (i), éste se refiere al establecimiento de expertos que deben conocer y emitir una opinión declarativa en aquellos casos en que cualquiera de las partes

⁴⁶ Cruz Barney, Oscar, *Solución de controversias y antidumping...*, *cit.*, p. 15.

⁴⁷ Para mayor abundamiento en el tema véase Hernández Gómez, Fernando, “Consideraciones sobre la inconstitucionalidad de los mecanismos para la solución de controversias contenidos en los capítulos XIX y XX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 6, núm. 18, 1995, p. 121.

⁴⁸ Stinson Ortiz, Yvonne, “Solución de controversias en el marco del TLCAN”, *Revista de la Facultad de Derecho y de Ciencias Sociales*, Nuevo León, quinta época, núm. 2, enero-abril de 1997, p. 95.

⁴⁹ Cruz Barney, Oscar, *Solución de controversias y antidumping...*, *cit.*, p. 16.

⁵⁰ Cruz Barney, Oscar, “Las reglas de procedimiento del artículo 1904 del TLCAN”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. LIX, núm. 251, enero-junio de 2009, p. 215.

involucradas hayan modificado su legislación interna sobre *antidumping* y cuotas compensatorias, y durante dicho proceso, a juicio de alguna de las otras partes involucradas, considera que no se respetaron los extremos del artículo 1902, en sus incisos y numerales pertinentes, en particular el párrafo 2, d), i) y ii); es decir, que no observaron ciertas formalidades y se contradijeron las disposiciones del GATT, sus códigos de conducta y sus acuerdos conexos, así como los que los sucedan y las disposiciones expresas del TLCAN, sus finalidades y objetivos.⁵¹ También será materia de dicho tribunal arbitral el analizar si la propuesta legislativa puede ocasionar la revocación de una resolución dictada previamente por otro panel en un caso contenido en el artículo 1904.⁵² Asimismo, el panel puede recomendar modificaciones a la reforma para eliminar las disconformidades que en su opinión existan.⁵³

Por lo respecta al comité especial mencionado en el inciso (ii) anterior, éste está ideado con la intención de dar efectividad al procedimiento de solución de controversias del capítulo XIX, y constituye, como ya se ha mencionado, una innovación respecto al capítulo 19 del ALC.⁵⁴ Se activa cuando una parte alega que la aplicación del derecho interno de otra de las partes:⁵⁵ (i) ha impedido la integración de un panel solicitado por la parte reclamante; (ii) ha impedido que el panel solicitado por la parte reclamante dicte un fallo definitivo; (iii) ha impedido que se ejecute el fallo del panel solicitado por la parte reclamante, o una vez dictado le ha negado fuerza y efecto obligatorios respecto al asunto particular examinado por el panel, o (iv) no ha concedido la oportunidad de revisión de una resolución definitiva por un tribunal o panel con jurisdicción, independiente de las autoridades investigadoras competentes, que examine los fundamentos de la resolución de estas autoridades y si éstas han aplicado adecuadamente las disposiciones jurídicas en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias al dictar la resolución impugnada, conforme al criterio de revisión relevante señalado por el artículo 1911 del TLCAN.

⁵¹ Cruz Miramontes, Rodolfo, *El TLC, controversias, soluciones y otros temas conexos*, México, McGraw-Hill, 1997, pp. 6 y 7.

⁵² *Ibidem*, p. 7.

⁵³ Cruz Barney, Oscar, *Solución de controversias y antidumping...*, *cit.*, p. 135.

⁵⁴ Cruz Barney, Oscar, "Antecedentes del sistema contra prácticas desleales...", *cit.*, p. 328.

⁵⁵ TLCAN, artículo 1905(1).

Por lo que hace al comité de impugnación extraordinaria, éste se activa en el caso de que un miembro del panel incurra en una falta o deficiencia de tal gravedad, o bien que no respete sus propias normas y se aparte tanto de las mismas que la resolución se vea afectada o se amenace la integridad del proceso de revisión. Ante tan seria condición se podrá promover la llamada “impugnación extraordinaria”, cuyo procedimiento está regulado en el anexo 1904.13 del TLCAN.⁵⁶

Cruz Miramontes afirma que la función en ambos comités especiales es vigilar la efectividad, la serenidad y el éxito de los paneles, cuidando tanto a sus integrantes como al entorno legal, que en cada país exista.⁵⁷

Como último mecanismo encontramos el sistema de revisión del tribunal arbitral *ad hoc* respecto de las resoluciones dictadas en materia de prácticas desleales de comercio por los órganos nacionales. Aquí, los árbitros denominados panelistas están constreñidos por un marco legal doble: el que subyace por su carácter arbitral y el que determina sus acciones conforme al derecho positivo consignado, y ambos condicionan sus acciones. Deben conocer exclusivamente de los temas en litigio que las partes les plantean, bien en el pacto comisario, en el acta de misión o en el memorial de inicio en donde se hacen constar los puntos de litigio.⁵⁸

Como parte del desarrollo del procedimiento de revisión que aplicará el tribunal arbitral *ad hoc* se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* las Reglas de Procedimiento del Artículo 1904 (en adelante las “Reglas”),⁵⁹ cuyo objetivo, de acuerdo con la exposición de motivos, es permitir la aplicación del procedimiento de revisión ante paneles previsto por el artículo 1904 del capítulo XIX del Tratado. Las Reglas fueron concebidas para permitir que los paneles rindan una decisión dentro de los trescientos quince días siguientes al inicio del procedimiento. De conformidad con

⁵⁶ Cruz Miramontes, Rodolfo, *El TLC, controversias, soluciones...*, cit., pp. 19 y 20.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ Cruz Miramontes, Rodolfo y Cruz Barney, Oscar, “Diez años del capítulo XIX del TLCAN”, en Witker V., Jorge, *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte, evaluación jurídica: diez años después*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 314.

⁵⁹ Publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de junio de 1994. Cabe mencionar que el 15 de septiembre de 2008 se publicó en dicho instrumento el “Acuerdo por el que se dan a Conocer las Modificaciones a las Reglas de Procedimiento del Artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”.

el artículo 1904, la finalidad de estas Reglas es asegurar la revisión justa, expedita y económica de las resoluciones definitivas.⁶⁰

El sistema de revisión contemplado es único en su género. Por una parte, los paneles son órganos creados por un tratado internacional. Como tales, están constituidos y regidos en los términos establecidos en el mismo Tratado; sin embargo, también están obligados a aplicar el criterio de revisión y los principios generales de derecho del país respecto del cual se reclama una resolución. En consecuencia, los paneles deben enfrentar en ocasiones interacción entre el derecho internacional y el derecho interno, tanto sustantiva como procesalmente.⁶¹

El artículo 1904 del TLCAN establece que cada una de las partes debe reemplazar la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas sobre cuotas *antidumping* y compensatorias con la revisión que lleve a cabo un panel binacional. Así, de acuerdo con el Tratado, una parte implicada puede solicitar que un panel revise, con base en el expediente administrativo,⁶² una resolución definitiva sobre cuotas *antidumping* y compensatorias emitida por una autoridad investigadora competente de una parte importadora “para dictaminar si esa resolución estuvo de conformidad con las disposiciones jurídicas en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias de la parte importadora”.⁶³

El tribunal arbitral *ad hoc* constituido conforme a dicho artículo debe aplicar los criterios de revisión que se señalan en el anexo 1911 del capítulo XIX, que en el caso de México era el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación (en lo sucesivo, “CFF”), o cualquier ley que lo sustituya, basado solamente en el expediente administrativo y en los principios generales de derecho que, de otro modo, un tribunal de la parte importadora aplicaría para revisar una resolución de la autoridad investigadora competente.⁶⁴ Es importante señalar que el artículo 51 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (en lo sucesivo, “LFPCA”)

⁶⁰ TLCAN, artículo 1904.

⁶¹ Thomas, J. C. y López-Ayllón, Sergio, “El capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte: desafíos en la interpretación de los tratados internacionales y en la reconciliación del *civil law* y del *common law* en la zona de libre comercio”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 7, núm. 20, mayo-agosto de 1996, pp. 41 y 42.

⁶² Por expediente administrativo se entiende lo establecido en el artículo 1911 del TLCAN.

⁶³ Cruz Barney, Oscar, *Solución de controversias y antidumping...*, *cit.*, p. 215.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 143.

sustituyó al artículo 238 del CFF en todos sus términos,⁶⁵ por lo que debió haberse incluido la especificación de su aplicación a Estados Unidos y Canadá en los transitorios de la LFPCA.⁶⁶

En cuanto a las facultades del tribunal arbitral *ad hoc*, éste únicamente puede:⁶⁷ (i) confirmar la resolución definitiva, o (ii) devolver el expediente administrativo a la instancia anterior, con el fin de que se adopten medidas no incompatibles con su decisión.

En el anexo 1901.2 del TLCAN se establecen los lineamientos para la integración de paneles binacionales. De inicio, se señala que a la fecha de entrada en vigor del Tratado las partes debieron elaborar y en lo subsecuente conservar una lista de invitados que actuarán como panelistas en las controversias que surjan en el ámbito del propio capítulo.⁶⁸ La lista también debe incluir que en lo posible sean jueces o lo hayan sido. La selección de los árbitros o panelistas depende en buena medida del éxito del presente mecanismo.⁶⁹ Árbitros que deben tener experiencia, conocimientos teórico-prácticos y, desde luego, buena reputación.⁷⁰ Cabe destacar además que los panelistas se integran por individuos de los países involucrados en la controversia, de ahí que sean binacionales y no trinacionales.⁷¹

Las decisiones que adoptan los paneles son por mayoría, sobre las bases de los votos de todos los miembros del tribunal arbitral *ad hoc*, debiendo emitir un fallo, por escrito y motivado, junto con cualquier opinión disidente o coincidente de los panelistas.⁷²

Es importante tener presente que los panelistas están sujetos a un código de conducta establecido de conformidad con el artículo 1909 del

⁶⁵ 1o. de diciembre de 2005 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la LFPCA, cuyo artículo primero transitorio fijó su entrada en vigor en toda la República mexicana el 1o. de enero de 2006. El artículo segundo transitorio del mismo ordenamiento estableció que a partir de su entrada en vigor quedaban derogados el título VI del CFF y los artículos que comprenden del 197 al 263 del citado ordenamiento, por lo que las leyes que remitan a esos preceptos se entenderán referidos a los correspondientes de la LFPCA.

⁶⁶ Cruz Barney, Oscar, *Solución de controversias y antidumping...*, p. 164.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 144.

⁶⁸ TLCAN, anexo 1901.2(1).

⁶⁹ Cruz Barney, Oscar, *Solución de controversias y antidumping...*, *cit.*, p. 154.

⁷⁰ Veytia, Hernany, "Paneles y panelistas del capítulo XIX del TLCAN", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, México, núm. 2, abril de 1997, pp. 42-44.

⁷¹ Giesze, Craig R., *op. cit.*, p. 137.

⁷² TLCAN, anexo 1901.2(5).

TLCAN. Al respecto, si una parte implicada juzga que un panelista contraviene dicho código, se deberán llevar a cabo consultas, y si están de acuerdo, el panelista deberá ser removido y seleccionarse uno nuevo.⁷³

De acuerdo con las reglas, la revisión ante un tribunal arbitral *ad hoc* comienza el día de la presentación ante el secretariado implicado de la primera solicitud de revisión, y concluye el día en que surta efectos el aviso de terminación.⁷⁴ Dicha revisión se debe limitar a los alegatos de error de hecho o de derecho, incluyendo la declinatoria de competencia de la autoridad investigadora, comprendidos en las reclamaciones presentadas ante el tribunal arbitral *ad hoc* y a los medios de defensa, tanto adjetivos como sustantivos, invocados en la revisión correspondiente.⁷⁵

Cabe señalar que las Reglas establecen claramente la obligación que tienen los panelistas, de sujetarse al principio arbitral de congruencia, que exige que las pretensiones que se resuelvan en el laudo sean las mismas que fueron planteadas y debatidas durante el procedimiento arbitral. Gracias a este principio, un laudo no puede resolver pretensiones diversas a las planteadas por las partes; de lo contrario, excedería de sus facultades.⁷⁶

En cuanto a la resolución del laudo que dicte el tribunal arbitral *ad hoc*, ésta deberá ser obligatoria y definitiva, por lo que no admitirá recurso alguno. Así, tenemos que su cercanía con la figura del arbitraje es evidente.⁷⁷

Finalmente, cabe aclarar, como lo hace Jorge Huerta, que los medios de solución de controversias que rigen a México pueden considerarse de carácter multilateral, al pertenecer a la Organización Mundial de Comercio (“OMC”), y, por lo tanto, regirse por las reglas y procedimientos para la solución de controversias del Órgano de Solución de Diferencias (en lo sucesivo “OSD”) o bilateral al solicitar el establecimiento de paneles binacionales del artículo 1904 del TLCAN, en cuyo caso ambos procesos tienen sus propias jurisdicciones, para las cuales no existe regulación alguna de prohibir su concurrencia.⁷⁸

⁷³ TLCAN, anexo 1901.2(6).

⁷⁴ Cruz Barney, Oscar, *Solución de controversias y antidumping...*, *cit.*, p. 156.

⁷⁵ Regla 7 de las Reglas.

⁷⁶ Este principio se consagra en la parte III, F del Código de Conducta para los Procedimientos de Solución de Controversias de los Capítulos XIX y XX.

⁷⁷ Cruz Miramontes, Rodolfo y Cruz Barney, Oscar, *op. cit.*, p. 299.

⁷⁸ Huerta-Goldman, Jorge Alberto, *Mexico in the WTO and NAFTA Litigation International Trade Disputes*, Gran Bretaña, Kluwer Law International BV The Netherlands, 2010, p. XXI.

V. PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS DESLEALES DE COMERCIO ANTE LA UNIDAD DE PRÁCTICAS COMERCIALES INTERNACIONALES

La UPCI es el área especializada de la Secretaría para llevar a cabo investigaciones de prácticas desleales de comercio en México. Se creó, en el seno de la Dirección General de Servicios al Comercio Exterior, la Dirección de Cuotas Compensatorias, que se encargaría de los procedimientos antes señalados. En 1991, tal Dirección pasaría a ser la Dirección General de Prácticas Comerciales Internacionales, y en 1993 se le denominaría tal como actualmente la conocemos, ya con la LCE.⁷⁹ Dicha área se creó con objeto de aplicar instrumentos *antidumping* cuando éstos se justificaran, y previendo que dicho sistema se convirtiera en un obstáculo para los esfuerzos de lograr el libre de comercio que Mexico había asumido.⁸⁰

Cabe señalar que la UPCI surge en paralelo al proceso de apertura comercial, cuando en 1986 se publicó la Ley Reglamentaria del Artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el Reglamento contra Prácticas Desleales de Comercio Internacional, y con ello se estableció por primera vez en México un procedimiento administrativo para determinar la existencia de prácticas desleales de comercio y el monto de la cuota compensatoria para corregir las distorsiones causadas en el mercado.⁸¹

Ruperto Patiño sostiene que las investigaciones que lleva a cabo la UPCI formalmente se desahogan como procedimientos administrativos, pero debido a su carácter contradictorio y su tramitación contenciosa, “resultan ser actos materialmente jurisdiccionales que concluyen con una resolución por la que se define el derecho de cada una de las partes y se decide a cuál de ellas le asiste la razón jurídica resolviéndose así la contradicción”.⁸²

⁷⁹ Cruz Barney, Oscar, *Solución de controversias y antidumping...*, cit., pp. 52 y 53.

⁸⁰ Reyes de la Torre, Luz Elena y González G. Jorge, “Antidumping and Safeguards Measures in the Political Economy of Liberalization; The Mexican Case”, en Finger, J. Michael y Nogués Julio J., *Safeguards and Antidumping in Latin American Trade liberalization Fighting Fire with Fire*, The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, 2006, p. 217.

⁸¹ Cruz Barney, Oscar, *Solución de controversias y antidumping...*, cit., p. 52.

⁸² Patiño Manffer, Ruperto, “Recursos ordinarios y jurisdiccionales en materia de prácticas desleales de comercio internacional”, *Prácticas desleales de comercio internacional (antidumping)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, p. 356.

Desde su creación y hasta el 8 de mayo de 2015, la UPCI ha iniciado un total de trescientas dieciocho investigaciones, de las cuales doscientas noventa y una han sido por prácticas de *dumping*, veintitrés por subvenciones y cuatro para la imposición de medidas de salvaguarda. De dicho total, el 25% corresponde a investigaciones efectuadas sobre productos originarios de Estados Unidos y 2% sobre investigaciones de productos originarios de Canadá.⁸³

La investigación en comento puede iniciar de oficio o a petición de parte.⁸⁴ La solicitud de inicio se regula de acuerdo con el artículo 50 de la LCE, el cual establece que las organizaciones legalmente constituidas⁸⁵ y las personas físicas o morales productoras de mercancías idénticas o similares a aquellas que estén importando o pretendan importarse en condiciones de prácticas desleales de comercio internacionales son quienes están facultadas para solicitar el inicio de la investigación correspondiente.⁸⁶ Asimismo, las solicitantes deben ser representativas de la rama de producción nacional del producto idéntico o similar que se alega afectado y abarcar cuando menos un 25% de la misma,⁸⁷ o bien ser organizaciones legalmente constituidas que puedan representar legítimamente los intereses de sus agremiados, como es el caso de las cámaras industriales y de comercio. Al respecto, el artículo 40 de la LCE define que por “rama de producción nacional” debe entenderse al total de los productores nacionales de las mercancías idénticas o similares, o aquellos cuya producción conjunta constituya una proporción importante de la producción nacional total.⁸⁸

La investigación llevada a cabo por la Secretaría deberá abarcar un periodo que cubra por lo menos los seis meses anteriores al inicio de la

⁸³ Datos vigentes al 3 de octubre de 2014, disponible en <http://www.economia.gob.mx/comunidad-negocios/industria-y-comercio/upci/estadisticas>.

⁸⁴ Decreto por el que se Reforman y Adicionan Diversas Disposiciones de la Ley de Comercio Exterior, *Diario Oficial de la Federación*, 24 de enero de 2006.

⁸⁵ El artículo 136 del Reglamento de la Ley de Comercio Exterior (en lo sucesivo “RLCE”) señala que por organizaciones legalmente constituidas se entenderán a las cámaras, asociaciones, confederaciones, consejos o cualquiera otra agrupación de productores constituida conforme a las leyes mexicanas, que tengan por objeto la representación de los intereses de las personas físicas o morales dedicadas a la producción de las mercancías idénticas o similares.

⁸⁶ Cruz Barney, Oscar, *Solución de controversias y antidumping...*, *cit.*, p. 58.

⁸⁷ LCE, artículo 50.

⁸⁸ LCE, artículo 40.

investigación,⁸⁹ sobre las importaciones de mercancías idénticas o similares a las de la producción nacional que puedan resultar afectadas, periodo que podrá modificarse a juicio de la Secretaría por un lapso que abarque las importaciones realizadas con posterioridad al inicio de la investigación.⁹⁰

Es importante mencionar que se dicta una resolución preliminar dentro de los noventa días siguientes a la publicación de la resolución de inicio, mediante la cual se podrá:⁹¹ (i) determinar una cuota compensatoria provisional, previo el cumplimiento de las formalidades del procedimiento y siempre que hayan transcurrido por lo menos cuarenta y cinco días después de la publicación de la resolución de inicio, de la investigación en el *Diario Oficial de la Federación*; (ii) no imponer cuota compensatoria provisional y continuar con la investigación administrativa, o (iii) dar por concluida la investigación administrativa cuando no existan pruebas suficientes de la discriminación de precios o subvención, del daño alegado o de la relación causal entre ambos.

Por su parte, la resolución final o definitiva⁹² deberá dictarse dentro de un plazo de doscientos diez días contados a partir de la publicación de la resolución de inicio; en ella se podrá:⁹³ (i) imponer una cuota compensatoria definitiva; (ii) revocar la cuota compensatoria provisional, o (iii) declarar concluida la investigación sin imponer una cuota compensatoria.

Ante la resolución final se tienen tres opciones o posibles posturas:⁹⁴ (i) promover en términos de lo dispuesto por el artículo 94 de la LCE el recurso de revocación como medio ordinario de impugnación ante la misma UPCI, y de ahí al juicio de nulidad directo ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa⁹⁵ (antes Tribunal Fiscal de la Federación, en lo sucesivo, el “TFF”) y después la posibilidad de acudir al juicio de amparo; (ii) acudir a alguno de los mecanismos alternativos de solución de controversias previstos en los tratados en los que México sea parte, entre ellos el previsto en el capítulo XIX del TLCAN, o (iii) acatar la resolución final. Lo anterior, sin dejar de mencionar la posibilidad de que, ante una

⁸⁹ RLCE, artículo 76.

⁹⁰ Cruz Barney, Oscar, *Solución de controversias y antidumping...*, *cit.*, p. 62.

⁹¹ LCE, artículo 57.

⁹² En el anexo 1911 del TLCAN se le denomina “Resolución Definitiva”.

⁹³ LCE, artículo 58.

⁹⁴ Cruz Barney, Oscar, *Solución de controversias y antidumping...*, *cit.*, p. 119.

⁹⁵ LCE, artículo 95.

violación directa a los derechos consagrados en la Constitución, se acuda al juicio de amparo indirecto.⁹⁶

Cabe hacer notar que tanto la LCE como su Reglamento no prevén el supuesto en que una de las partes involucradas acuda al recurso interno y la otra al mecanismo alternativo de solución de controversias. Al respecto, Cruz Barney señala que

...en principio, si no está prohibido, entonces es posible, aunque de cualquier manera, por congruencia en las actuaciones, suele suceder que las partes en el procedimiento ante la Secretaría actúen coordinadamente; de ahí que se considere que al momento de que una de ellas elige el recurso interno o el medio alternativo, las demás deberán seguir la misma vía si deciden solicitar la revisión. En realidad se trata de una laguna de la Ley de Comercio Exterior. Cabría preguntarse qué sucedería en caso de que las resoluciones sean contradictorias: que una confirmara la resolución definitiva y otra revocara u ordenara su revocación.⁹⁷

VI. DECISIONES DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES *AD HOC* DEL ARTÍCULO 1904 DEL CAPÍTULO XIX

Desde la entrada en vigor del TLCAN y hasta la fecha se ha acudido ciento veintisiete veces al procedimiento de revisión previsto en el artículo 1904 del TLCAN, de las cuales diecinueve son impugnaciones en contra de resoluciones mexicanas emitidas por la UPCI. De estos diecinueve casos, trece han sido resueltos mediante una decisión final,⁹⁸ en tanto que los seis restantes terminaron por desistimiento de las partes involucradas.⁹⁹

Cabe señalar que de estos trece casos el tribunal arbitral *ad hoc* correspondiente (i) confirmó en tres ocasiones todos y cada uno de los términos

⁹⁶ Cruz Barney, Oscar, *Solución de controversias y antidumping...*, *cit.*, p. 119.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 121.

⁹⁸ Para efectos del presente trabajo, por decisión final deben entenderse todas las resoluciones emitidas por los tribunales arbitrales *ad hoc* constituidos al amparo del artículo 1904 del capítulo XIX del TLCAN, incluyendo sin limitar, en su caso, las decisiones finales de los informes de devolución.

⁹⁹ http://www.economia.gob.mx/files/comunidad_negocios/solucion_controversias/estado-estado/ilcan/Capitulo%20XIX/Revisiones_por_paneles_TLCAN_Capitulo_XIX.pdf. Cabe señalar que la Secretaría no ha actualizado dicho listado, ya que hace falta la decisión final del caso MEX-USA-2011-1904-01, cuya fecha de emisión fue el 10 de octubre de 2013.

y condiciones de las resoluciones impugnadas correspondientes, (ii) confirmó en parte la resolución impugnada y ordenó en cinco ocasiones la devolución del expediente administrativo, a fin de que la UPCI adoptara medidas no incompatibles con su decisión; (iii) devolvió en tres ocasiones sin confirmar término o condición alguna de la resolución impugnada; (iv) se declaró en una ocasión incompetente para conocer del asunto, y (v) dio en una ocasión por terminada la revisión sin entrar al fondo del asunto.¹⁰⁰

A continuación se hace referencia a cada una de las trece decisiones finales en comento, acompañadas alguna de éstas de comentarios y opiniones de expertos y tratadistas, iniciando con aquella cuya fecha de emisión es la más antigua, para continuar en orden cronológico hasta llegar a la más reciente, a saber:

1. *Decisión final del caso identificado como MEX-94-1904-02. Importaciones de placa de acero en hoja originarios y procedentes de los Estados Unidos de América*

Por lo que se refiere al caso identificado en el expediente en comento, las empresas estadounidenses Bethlehem Steel Corporation y U.S. Steel Group, una unidad de USX Corporation, en su carácter de reclamantes, presentaron el 1 de septiembre de 1994 ante la sección mexicana del Secretariado del TLCAN, una solicitud para revisión de un tribunal arbitral *ad hoc* respecto de la resolución del 1o. de septiembre de 1994, por virtud de la cual la UPCI impuso cuotas compensatorias a dichas empresas, al determinar la existencia de daño a la industria nacional como consecuencia directa de las importaciones de mercancías de placa de acero en hoja procedentes y originarias de los Estados Unidos de América en condiciones de discriminación de precios.

El 30 de agosto de 1995 los panelistas emitieron su decisión final, cuyos principales argumentos se centraron en:¹⁰¹ (i) definir el alcance del criterio de revisión del tribunal arbitral *ad hoc*, y (ii) analizar como causal de ilegalidad de la resolución impugnada la supuesta incompetencia de

¹⁰⁰ http://www.economia.gob.mx/files/comunidad_negocios/solucion_controversias/estado-estado/tlcan/Capitulo%20XIX/Revisiones_por_paneles_TLCAN_Capitulo_XIX.pdf.

¹⁰¹ Decisión final del caso MEX-94-1904-02, pp. 11-25.

funcionarios adscritos a ciertas unidades administrativas de la Secretaría. A continuación se hace referencia a cada uno de ellos.

A. *Criterio de revisión*

Como ya se ha mencionado, el criterio de revisión aplicable es aquel del país donde la investigación tuvo lugar y el tribunal arbitral *ad hoc* está obligado a seguir los principios generales de derecho que un tribunal de la parte importadora aplicaría para revisar una resolución de la autoridad investigadora competente, y conforme el anexo 1911, inciso c), del TLCAN, el criterio que se debe seguir en el caso de México era el contenido en ese entonces en el artículo 238 del CFF,¹⁰² o cualquier ley que lo sustituya, basado solamente en el expediente administrativo.

En este sentido, el principal cuestionamiento por resolver versó en analizar si el alcance del criterio de revisión del tribunal arbitral *ad hoc* comprendía la facultad de declarar la nulidad lisa y llana de la resolución impugnada, ya que de acuerdo con las reclamantes lo anterior se justificaba si se realizaba una interpretación amplia que comprendiera la inclusión de los artículos 237 y 239 del CFF, los cuales permiten declarar tal nulidad en caso de demostrar alguna de las causales de ilegalidad mencionadas en el artículo 238 del CFF.¹⁰³

Por su parte, la Autoridad Investigadora presentó dos principales argumentos en contra a tal postura. El primero se refiere a que en virtud de que el anexo 1911 del TLCAN hace referencia explícita a la aplicación exclusiva del artículo 238 del CFF, entonces se excluye la inclusión de otros pre-

¹⁰² La redacción original del artículo 238 del CFF señalaba que “Se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales: I. Incompetencia del funcionario que la haya dictado u ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva dicha resolución. II. Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, que afecte a las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso. III. Vicios del procedimiento que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada. IV. Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien si se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas. V. Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades”.

¹⁰³ Decisión final del caso MEX-94-1904-02, p. 28.

ceptos relacionados, como son los artículos 237 y 239 del CFF. El segundo y último hace referencia a que de conformidad con el artículo 1904, párrafo 8, del TLCAN, las facultades del tribunal arbitral *ad hoc* son limitadas, ya que sólo puede confirmar la resolución definitiva o devolverla a la instancia anterior, con el fin de que se adopten medidas no incompatibles con su decisión, a diferencia del TFF, que puede aplicar directamente lo dispuesto por el artículo 239 del CFF, que faculta a declarar, en ciertas situaciones, la nulidad lisa y llana de una resolución administrativa.¹⁰⁴

Desafortunadamente, el análisis del tribunal arbitral *ad hoc* se inclinó en concluir que era viable el realizar una interpretación amplia de dichos artículos y, por ende, asumió como facultad propia la de declarar la nulidad lisa y llana de la resolución impugnada. Asimismo, equiparó sus atribuciones con las del TFF, lo cual resulta inapropiado si partimos de la base de que cada uno de éstos tiene una naturaleza completamente distinta.

Adicionalmente, el tribunal arbitral *ad hoc* utilizó como precedente ciertas consideraciones que sobre el tema habían sido tratadas en los paneles constituidos al amparo del ALC, lo cual en nuestra opinión es un grave error de juicio, si partimos de la base de que los panelistas están obligados a aplicar el criterio de revisión y los principios generales de derecho del país respecto del cual se reclama una resolución, de manera que no cabe citar normatividad extranjera, y menos que ésta tenga el peso de precedente.

Cruz Barney comenta al respecto que

...no debió considerarse como precedente la experiencia de paneles norteamericanos-canadienses, y menos siendo el primer caso mexicano del TLCAN. Hacerlo así llevó al tribunal arbitral *ad hoc* a consultar leyes extranjeras como son la *Federal Court Act* y la *Special Import Measures Act* para estar en posibilidades de estudiar el artículo 238 del CFF.¹⁰⁵

Por su parte, Cruz Miramontes opina que la afirmación que hacen los panelistas sobre cuál debe ser el criterio de revisión carece de validez, ya que el anexo 1911 solamente invoca al artículo 238 del CFF. Además, reafirma que la ciencia de la interpretación jurídica denominada hermenéutica proporciona las reglas sobre el particular, siendo la primera que

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 25 y 26.

¹⁰⁵ Cruz Barney, Oscar, *Solución de controversias y antidumping...*, *cit.*, p. 235.

deberá acatarse la lectura textual de la norma, y salvo que su sentido sea confuso, deberá acudir a otras formas de interpretación.¹⁰⁶

En este mismo sentido, López Ayllón comenta que el tribunal arbitral *ad hoc* confunde dos elementos claramente diferenciados en el TLCAN, que son, por una parte, el criterio de revisión, que es el mismo que aplicaría el TFF, y por la otra, las consecuencias de la revisión, que no son idénticas a las de ese órgano.¹⁰⁷

B. Causal de ilegalidad por la supuesta incompetencia de funcionarios

El principal argumento de las reclamantes se centró en que los funcionarios adscritos tanto a la Dirección General de Prácticas Comerciales Internacionales como a la Dirección de Cuotas Compensatorias, unidades administrativas dependientes de la Secretaría, que tuvieron a su cargo el realizar la investigación y llevar a cabo visitas de verificación, carecían de competencia, al no estar prevista la existencia legal de dichas unidades administrativas en algún reglamento interior de la Secretaría, durante el periodo de investigación comprendido del 4 de diciembre de 1992 al 1o. de abril de 1993.¹⁰⁸

Por su parte, la Autoridad Investigadora argumentó al respecto que su existencia legal fue establecida en el Manual de Organización de 1988.¹⁰⁹

En opinión del tribunal arbitral *ad hoc*, dichos funcionarios carecieron de competencia, por las siguientes razones: (i) los manuales de organización no pueden crear ni otorgar competencia a las unidades administrativas, toda vez que éstos no son expedidos por el presidente de la República, sino por el secretario de Estado respectivo, y, por lo tanto, no son una expresión de la facultad reglamentaria otorgada al Ejecutivo por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; (ii) no existió mención alguna de la creación de dichas unidades en los reglamentos interiores de la

¹⁰⁶ Cruz Miramontes, Rodolfo, “Comentarios en torno a la resolución pronunciada por el panel establecido al amparo del capítulo XIX del TLCAN, en el expediente: MEX-94-1904-02”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 7, núm. 19, enero-abril de 1996, p. 173.

¹⁰⁷ López Ayllón, Sergio, “Comentario a la resolución del panel binacional sobre las importaciones de productos de placa de acero en hoja originarios y procedentes de los Estados Unidos de Norte América”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 6, núm. 18, septiembre-diciembre de 1995, p. 240.

¹⁰⁸ Decisión final del caso MEX-94-1904-02, p. 66.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 96 y 97.

Secretaría expedidos en los años 1985, 1989 y 1993, y (iii) después de una búsqueda minuciosa no se encontró, ni la Autoridad Investigadora hizo referencia a alguna otra ley, reglamento, decreto o acuerdo presidencial en el que se mencionara la creación de tales unidades durante ese periodo.¹¹⁰

Por lo anterior, el tribunal arbitral *ad hoc* decidió no entrar al fondo de las demás argumentaciones de las partes y declaró la nulidad de la resolución impugnada, ordenando la devolución del expediente administrativo, así como la emisión de una nueva resolución en la que se declarara terminado el procedimiento respectivo.

En este sentido, es un gran desacierto por parte del tribunal arbitral *ad hoc* asumir como propias, facultades no previstas en el texto del TLCAN. Máxime, cuando la consecuencia directa de anular una resolución es dejar sin efecto el procedimiento de la investigación *per se* que le dio sustento, por lo que es inconsistente que el tribunal arbitral *ad hoc* declare nula una resolución y ordene al mismo tiempo emitir una nueva sobre un procedimiento que en estricto sentido dejó de surtir efectos como resultado de dicha nulidad.

De igual manera, Cruz Miramontes critica la actuación de los panelistas bajo el presente caso, al señalar como un exceso de poder el no tomar en cuenta que la Autoridad Investigadora forma parte de la Secretaría, y que ésta es la única dependencia autorizada para resolver sobre prácticas desleales y no una oficina o persona en concreto.¹¹¹

El 30 de octubre de 1995, después de una devolución, el tribunal arbitral *ad hoc* emitió un fallo final confirmando el informe de la Secretaría, en el que se eliminaron las cuotas originalmente impuestas por la Secretaría para las empresas estadounidenses.

2. *Decisión final del caso identificado como MEX-94-1904-03.*

Importaciones de poliestireno tipo cristal procedentes y originarias de Estados Unidos de América

En relación con este caso, la empresa estadounidense Muehlstein International, Ltd., en su carácter de reclamante, presentó el 9 de diciembre de 1994 ante la sección mexicana del Secretariado del TLCAN, una soli-

¹¹⁰ *Ibidem*, pp. 87-95.

¹¹¹ Cruz Miramontes, Rodolfo, “Comentarios en torno a la resolución...”, *cit.*, p. 178.

cidad para revisión de un tribunal arbitral *ad hoc* respecto de la resolución publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de noviembre de 1994, por virtud de la cual la UPCI determinó confirmar la resolución preliminar del procedimiento *antidumping*, que impuso cuotas compensatorias a dicha empresa, por las importaciones de poliestireno tipo cristal originarias de los Estados Unidos de América en condiciones de discriminación de precios.

El 12 de septiembre de 1996 el tribunal arbitral *ad hoc* emitió su decisión final, en virtud de la cual se confirmó la resolución impugnada, analizando las principales cuestiones: (i) criterio de revisión; (ii) cuestiones *antidumping*, y (iii) cuestiones sobre la competencia de la Autoridad Investigadora. A continuación se hace referencia a cada uno de ellos.

A. Criterio de revisión

Nuevamente, el alcance del criterio de revisión fue objeto de análisis del tribunal arbitral *ad hoc*, pero en esta ocasión el punto álgido fue desentrañar si el último párrafo del artículo 238 del CFE, reformado el 1o. de enero de 1996,¹¹² implicaba o no la facultad del tribunal arbitral *ad hoc* de conducir de oficio el análisis de la competencia de la Autoridad Investigadora.¹¹³

En este sentido, tanto la Autoridad Investigadora como la producción nacional argumentaron que revisar de oficio dicha competencia implicaba de entrada un exceso en las facultades del tribunal arbitral *ad hoc*, y que no estaba acorde con la regla 7 de las Reglas, en donde se establece que la revisión del tribunal arbitral *ad hoc* se limitará a: (i) los alegatos de error de hecho o de derecho, incluyendo la declinatoria de la competencia de la autoridad investigadora comprendida en las reclamaciones presentadas ante el panel binacional, y (ii) los medios de defensa tanto adjetivos como sustantivos, invocados en la revisión ante un panel binacional.

Al respecto, el tribunal arbitral *ad hoc* cometió el mismo error que su predecesor al analizar dicho punto controvertido a la luz de las considera-

¹¹² Al respecto, dicho párrafo adicionado señala que “El Tribunal podrá hacer valer de oficio, por ser de orden público, la incompetencia de la autoridad para dictar la resolución impugnada y la ausencia total de motivación y fundamentación”, forma parte del criterio de revisión aplicable”.

¹¹³ Decisión final del caso MEX-94-1904-03, p. 14.

ciones expuestas en un caso resuelto al amparo del ALC,¹¹⁴ en el cual se le permitió en esa ocasión al tribunal arbitral *ad hoc* no limitar sus facultades a dicha regla, siempre que las partes no fueran perjudicadas, tuvieran amplia oportunidad para ser oídas y se hubiera contado con toda la información necesaria para emitir una decisión informada.¹¹⁵

Con base en lo anterior, y debido a que el tribunal arbitral *ad hoc* aludió que efectivamente se cubrieron todas las condicionantes arriba mencionadas, se llegó a la conclusión de que el último párrafo del artículo 238 del CFF formaba parte del criterio de revisión aplicable.¹¹⁶ En este sentido, para Adame Goddard tal afirmación implicó una contradicción absoluta con la naturaleza del tribunal arbitral *ad hoc*, ya que su característica principal es que al no ser un órgano judicial no tiene potestad pública delegada, sino más bien su competencia le viene por consentimiento de las partes.¹¹⁷

Cabe señalar que el 30 de diciembre de 1996, es decir, a unos tres meses y medio aproximadamente de la emisión de la decisión final, se adicionó un último párrafo al artículo 238 del CFF, como reacción a tal inconsistencia, que cerró la puerta a futuras interpretaciones al prohibir expresamente a los órganos arbitrales o paneles binacionales, revisar de oficio las causales de ilegalidad, previstas en dicho artículo.¹¹⁸

B. Cuestiones antidumping

Las principales argumentaciones de la reclamante en relación con las cuestiones *antidumping* se centraron en analizar supuestas acciones ilegales que a su juicio la Autoridad Investigadora había cometido durante el procedimiento, relacionadas todas ellas con el alcance del criterio de re-

¹¹⁴ Expediente USA-92-1904-01. “*Certain Softwood Lumber Products From Canada*”.

¹¹⁵ Decisión Final del caso MEX-94-1904-03, pp. 59 y 60.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 14.

¹¹⁷ Adame Goddard Jorge, “¿Debe un panel binacional, que examina una resolución en materia de cuotas antidumping o compensatorias revisar la competencia de la autoridad que la dictó?”, *Revista de Derecho Privado*, México, año 7, núm. 20, mayo-agosto de 1996, p. 100.

¹¹⁸ Cruz Barney, Oscar, “El criterio de revisión y el derecho supletorio en los procedimientos de revisión de las resoluciones *antidumping* del capítulo XIX”, en Ferrer MacGregor, Eduardo y Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. XII, p. 679.

presentatividad, el cual a grandes rasgos se refiere al mecanismo utilizado por la Autoridad Investigadora para determinar si las ventas internas de un exportador, al ser “representativas”, son comparables con el precio de exportación.¹¹⁹ De esta manera, la reclamante precisó como acciones ilegales:¹²⁰ (i) el desechar información relevante sobre sus ventas internas, tomando en consideración la aplicación de un criterio de representatividad no previsto en la legislación mexicana aplicable;¹²¹ (ii) el fundamentar y motivar de forma insuficiente la resolución impugnada al no prever la definición de lo que debe entenderse por el término “representativo”, y (iii) haber determinado que la respuesta al cuestionario oficial estaba incompleta por no incluir datos sobre ventas a terceros países respecto a costos de producción.

Al respecto, el tribunal arbitral *ad hoc* concluyó como correcta la adopción por parte de la Autoridad Investigadora respecto al criterio de representatividad para determinar si el precio de las ventas internas de un exportador es comparable con el precio de exportación, debido principalmente a los siguientes razonamientos:¹²²

- a. Si bien no se encuentra reglamentada la facultad de la Autoridad Investigadora de fijar un criterio de representatividad para determinar si las ventas internas de un exportador son comparables con el precio de exportación, también lo es que una autoridad administrativa puede estar autorizada por la ley aplicable para actuar de forma discrecional a efecto de adoptar criterios o parámetros que sean relevantes o necesarios para realizar el mandato;
- b. De conformidad con el análisis en su conjunto de disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, la Autoridad Investigadora está legalmente facultada para conducir procedimientos administrativos *antidumping*, lo cual implica que para su debido despacho tiene facultades discrecionales, y
- c. La Autoridad Investigadora satisfizo los requisitos legales aplicables, al determinar que la respuesta de la reclamante estaba incompleta, tomando en consideración que cualquier participante

¹¹⁹ Decisión final del caso MEX-94-1904-03, p. 22.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 15.

¹²¹ *Ibidem*, p. 19.

¹²² *Ibidem*, pp. 32-34.

en una investigación *antidumping* está obligado a proporcionar en el cuestionario la información requerida en el plazo y la forma establecidos por la normatividad aplicable. Esto significa, entre otras cosas, que dicho participante tiene la responsabilidad de que la información que proporcione sea la adecuada, completa y pertinente, incluyendo solicitar, en su caso, la aclaración de palabras y términos desconocidos.

C. *Cuestiones sobre competencia de la Autoridad Investigadora*

Las argumentaciones de la reclamante en relación con la falta de competencia de la Autoridad Investigadora fueron similares a las analizadas en el caso anterior; sin embargo, en esta ocasión el tribunal arbitral *ad hoc* disintió de su predecesor confirmando la resolución de la Autoridad Investigadora, al considerar que “sin el menor género de dudas, actuó en el caso una autoridad investigadora competente, lo cual resulta particularmente de claridad meridiana, en tratándose de la emisión o dictado de la resolución definitiva”, confirmando de esta forma la resolución de la Autoridad Investigadora.¹²³ Añadió al respecto que conforme a las disposiciones del TLCAN, así como en la normatividad aplicable nacional, la competencia de la Autoridad Investigadora se presume, y por lo tanto, existe *prima facie*.¹²⁴

Al respecto, consideramos como un acierto el que los panelistas reconocieran la presunción de la competencia de la Autoridad Investigadora, ya que va acorde con la intención de los socios firmantes del TLCAN, de aceptar desde su inicio como autoridad competente para el caso de México, aquella que se designe dentro de la Secretaría o la que suceda según lo dispuesto en el anexo 1911 del TLCAN.

Al respecto, Adame Goddard señala que si se admite que la competencia de los órganos nacionales la revisen órganos de jurisdicción internacional, se sienta un precedente grave de intervención jurídica de instancias internacionales en los asuntos internos.¹²⁵

¹²³ Cruz Barney, Oscar, *Solución de controversias y antidumping...*, *cit.*, p. 238.

¹²⁴ Decisión final del caso MEX-94-1904-03, p. 67.

¹²⁵ Adame Goddard, Jorge, “¿Debe un panel binacional, que examina...”, *cit.*, pp. 92-94.

3. *Decisión final del caso identificado como MEX-96-1904-03. Importaciones de lámina rolada en caliente originarias y procedentes de Canadá*

El 29 de enero de 1996 las empresas Dofasco, Inc., Stelco Inc. y Algom Steel Inc., por conducto de su representante común, requirieron ante la sección mexicana del Secretariado del TLCAN una solicitud para revisión de un tribunal arbitral *ad hoc* respecto de la resolución final publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 30 de diciembre de 1995, por virtud de la cual la UPCI impuso cuotas compensatorias al determinar la existencia de daño a la industria nacional como consecuencia directa de las importaciones de lámina rolada en caliente, originarias de Canadá.

El 16 de junio de 1997, el tribunal arbitral *ad hoc* emitió su decisión final, en virtud de la cual ordenó la devolución del expediente administrativo, a fin de que se redujera el margen de *dumping* impuesto en la resolución impugnada, analizando principalmente las siguientes cuestiones:¹²⁶ (i) el alcance del criterio de revisión y competencia de la Autoridad Investigadora, y (ii) los factores necesarios para comprobar la existencia de daño.

Por lo que hace al inciso (i), cabe destacar que por primera vez el tribunal arbitral *ad hoc* afirmó su naturaleza como un mecanismo alterno de solución de controversias.¹²⁷ Asimismo, disintió en las opiniones de sus predecesores, en el sentido de que no reconoció como facultad propia la de anular resoluciones emitidas por la Autoridad Investigadora, y en cambio enfatizó que sus decisiones no pueden ser consideradas como precedentes.¹²⁸

Por lo que hace a la competencia de la Autoridad Investigadora, las reclamaciones de las partes versaron sobre la existencia legal o no de la Dirección General Adjunta Técnica Jurídica de la Secretaría, tomando en consideración argumentos señalados en las decisiones finales anteriores. Sin embargo, en este caso el tribunal arbitral *ad hoc* concluye que ésta efectivamente fue creada legalmente al contemplarse su existencia en el artículo 14 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y ratificada por el artículo 8o. del Reglamento Interior de la Secretaría.¹²⁹

¹²⁶ Decisión Final del caso MEX-96-1904-03.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 15.

¹²⁸ *Idem*.

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 19-26.

Asimismo, el tribunal arbitral *ad hoc* estimó que no existieron suficientes elementos para acreditar el daño, máxime cuando la Secretaría fue omisa al no demostrar con pruebas suficientes que obraran en el expediente administrativo el que las importaciones de lámina rolada en caliente procedentes de Canadá representaran durante el periodo de investigación una cantidad suficiente para justificar no indagar más respecto a que éstas se habían importado bajo condiciones de discriminación de precios, ocasionando un daño a los productores nacionales por dichas importaciones,¹³⁰ razón por la cual se devolvió el expediente administrativo, cuyo resultado fue una reducción en el margen de *dumping* establecido.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 37.