

# LA IMPORTANCIA DEL TLCAN EN EL COMERCIO EXTERIOR DE MÉXICO. ALGUNOS ASPECTOS JURÍDICOS DE LAS SOLUCIONES A LAS CONTROVERSIAS DERIVADAS DE SU APLICACIÓN CONFORME A LOS CAPÍTULOS XIX Y XX<sup>1</sup>

*Rodolfo Cruz Miramontes<sup>2</sup>*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Breve reseña sobre las metas y la negociación del TLC*. 1. *La política comercial internacional de México*. 2. *Corresponde ahora ocuparnos del TLC*. III. *Los resultados del TLC: logros fundamentales*. IV. *Las controversias públicas y privadas y los mecanismos de solución en el TLC*. 1. *Andamiaje legal (Capítulo XVIII)*. 2. *Controversias entre las partes del TLCAN (Capítulo XX)*. 3. *Revisión de las resoluciones dictadas por las autoridades domésticas en casos de prácticas desleales. La actuación de los tribunales arbitrales ad hoc conforme al Capítulo XIX*. 4. *Conflictos derivados de inversiones (Capítulo XI)*. 5. *Servicios financieros e inversiones en materia de servicios financieros (Capítulo XIV)*.

## I. Introducción

Desde la aparición del hombre en este achatado planeta, ya que no es estrictamente redondo, una de las actividades fundamentales del hombre fue la de encontrar los satisfactores necesarios para lograr sobrevivir.

Dichos bienes, por lo tanto, fueron objeto de comercio en el sentido más sencillo de la palabra, ya que fueron objeto de intercambios.

---

<sup>1</sup> Ponencia presentada el día 15 de noviembre de 2000 en el Seminario Visión de América del Norte frente al Libre Comercio, celebrado con motivo del XXX aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana.

<sup>2</sup> Profesor de Derecho internacional público y de Derecho del comercio internacional. Coordinador del sector industrial en las negociaciones comerciales por la Coordinadora Empresarial en Comercio Internacional (COECE); de la Mesa de Solución de Controversias, para el TLC y de Prácticas Desleales para las Negociaciones con la Unión Europea.

Por ende la importancia del comercio como actividad inherente a la condición humana, resulta evidente.

Sin detenerme en ofrecer algún ejemplo común sobre este calificativo pues ustedes tendrán mejores, quiero simplemente recordarles que la conquista de América, a los ojos críticos de los teólogos españoles, tuvo como razón fundamental para justificarla, respetar un derecho natural y esencial del hombre para relacionarse con sus semejantes y por ende para transitar por el mundo y con ello intercambiar los satisfactores que mutuamente se requieren.

No fue, pues, contra lo supuesto, la evangelización de los aborígenes la razón justificante de la conquista sino el respeto al derecho inmanente del ser humano, al tránsito y a realizarse con sus semejantes, lo que defendieron los frailes juristas de la Escuela Hispana del Derecho de Gentes.<sup>3</sup>

## **II. Breve reseña sobre las metas y la negociación del TLC**

El desarrollo de este punto se apoyará en los siguientes enunciados:

1. Los rasgos distintivos de la política comercial de México.
2. Una visión breve de la génesis y negociación del TLC y de sus resultados.
3. Junto con ello, tocaremos necesariamente los efectos que conlleva una apertura comercial absoluta como la acordada.

### **1. LA POLÍTICA COMERCIAL INTERNACIONAL DE MÉXICO**

Nuestra historia, tan interesante y rica en personajes y acontecimientos, tiene un capítulo poco conocido que nos ilustra sobre lo que México ha significado en las relaciones comerciales, más allá de nuestras fronteras.

A efectos de ubicarnos recordaré que se puede considerar dicha presencia en los siguientes segmentos:

---

<sup>3</sup> Gómez Robledo, Antonio, *Relecciones del Estado de los indios y del derecho de la guerra*, Porrúa, México, 1974, pp. LXIII a LXV.

1. De la Colonia a la independencia.
2. De la independencia a la revolución.
3. Las dos guerras mundiales.
4. La reordenación del sector productivo interno y el comercio exterior.
5. El ingreso al GATT y los acuerdos comerciales continentales.
6. El TLC.

Por razones de geopolítica tendremos siempre una condicionante permanente en cualquier acción que se tome y es la presencia del vecino del norte que constituye, hasta ahora, el mercado integrado más grande del mundo junto con el de la Unión Europea.

Nuestras relaciones bilaterales de carácter comercial —contra lo que sería de suponerse— pocas veces han quedado ordenadas en acuerdos o tratados jurídicos.

Encontramos que con anterioridad al TLCAN sólo se habían suscrito en *160 años, dos tratados y cinco documentos* denominados “*Entendimientos*”, que no pasaron de ser declaraciones mutuas sobre temas de interés común, pero sin respetar las formalidades constitucionales para constituir propiamente tratados.<sup>4</sup>

Podemos afirmar que durante la Colonia y hasta principios del presente siglo, esto es, casi quinientos años, la política seguida por los gobiernos colonial e independiente fue francamente proteccionista, salvo momentos escasos de apertura aparecidos fundamentalmente a finales del siglo XVIII, pero no pasó a mayores.

Los aranceles y las alcabalas estuvieron presentes durante todo el siglo XIX y no será sino hasta la presencia de las guerras mundiales cuando nuestro país perciba otra situación.

En efecto, al tener Estados Unidos que dedicar parte de su producción industrial a la guerra, tuvo que descuidar algunas áreas domésticas, así como requerir ciertos insumos que no podía producir en volúmenes suficientes, abriéndose para México una oportunidad para atender esos nuevos requerimientos.

---

<sup>4</sup> Rodolfo Cruz Miramontes, “La reordenación económica mundial y el TLC de América del Norte”, *Revista de Derecho Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, núm. 6, septiembre, 1991, pp. 351 y 352, y mismo autor en: “El comercio exterior de México en la última década”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 29, 1999, pp. 160 y 161.

Particularmente la segunda conflagración —de 1939 a 1945— alen-  
tó establecer las bases de una industria nacional que al fin de la mis-  
ma, se consolidó.

Aún renuente nuestro país a sumarse a las acciones multilaterales  
que se convinieron en la posguerra, sobre todo a las contempladas en  
el Acuerdo General de Aranceles y de Comercio (GATT), pese a que  
estuvimos presentes en la Carta de La Habana (OIC, 1948), se conti-  
nuó manejando una postura proteccionista.

Empero, se buscaron modelos económicos sugeridos por organis-  
mos internacionales, tal como el llamado de sustitución de importa-  
ciones, fraguado por la CEPAL (Comisión Económica para América  
Latina), que respondieron con éxito durante los primeros años, pero  
acabaron dando signos de agotamiento.

Presiones internacionales, hechos diversos y la pertinencia de acep-  
tar cumplir cabalmente con el papel que debíamos tener en un entor-  
no cada vez más tendiente a la mayor interdependencia entre los  
países, llevaron a México a variar francamente el rumbo de su políti-  
ca comercial.

En 1986 ingresamos al GATT, después de un intento anterior (1979-  
1980), marcando así nuestra nueva vida y pasamos de ser proteccio-  
nistas a aperturistas.

Una vez más nos destacamos por ser pendulares, pues al año escaso  
de estar ya en este mundo del libre comercio, de manera unilateral,  
dejando de lado el mecanismo propio de las negociaciones comer-  
ciales, decidimos disminuir el tope arancelario promedio, convenido  
con el GATT, que era del 50% y nos fuimos a sólo un 20%, sin nada  
a cambio.

De alguna forma ya estábamos tomando acciones, desde algunos  
años antes del ingreso al GATT, que eran signos aperturistas como  
fueron los diversos acuerdos y entendimientos con los Estados Uni-  
dos y con otros países, al grado que para esas fechas existían 90  
tratados comerciales.

De ese momento en adelante se ha seguido una trayectoria de  
mercados abiertos, en donde se busca abatir barreras a nuestros pro-  
ductos, pero tenemos que hacer lo mismo con las nuestras.

El primer tratado de esta índole fue el celebrado con la República  
de Chile en septiembre de 1991 que recientemente —el pasado 17 de

abril de 1998— fue ampliado y convertido de uno de complementación económica en tratado de libre comercio.

Actualmente hemos terminado negociaciones de acuerdos, con 32 países, los que, o están en vigor, o entrarán en los próximos meses; ellos son: Canadá, Estados Unidos de América, Costa Rica, Colombia, Venezuela, Bolivia, Nicaragua, Uruguay, El Salvador, Honduras, Guatemala, la Unión Europea, compuesta por 15 países; Israel, el Acuerdo Europeo de Libre Comercio (EFTA) integrado por cuatro países.

Desde luego que el modelo a seguir es el multimencionado TLCAN (y no NAFTA, por ser éstas sus siglas en inglés), pues su amplitud y pretensión que rebasa los límites de un simple acuerdo para fijar una zona de libre comercio, así lo consigna.

## 2. CORRESPONDE AHORA OCUPARNOS DEL TLC

La primera cuestión a plantearnos es ¿por qué negociamos el TLC? La respuesta es compleja y para captarla debemos ubicarnos en retrospectiva, en el entorno nacional e internacional que existía cerca de 1985 y lo que se proyectaba para los siguientes años. Sólo enumeraré algunos hechos externos e internos.

### Externos

1. En 1985 se admitió el fracaso del sistema de la economía dirigida y la desaparición del sistema político que la sustentaba como tal.
2. Se dan a conocer el Libro Blanco y el Acta Única como instrumentos para establecer la Unión Europea, complementando a la Comunidad Económica Europea, lo que sucedería el día 1 de enero de 1993.
3. El desmembramiento de la URSS y la presencia de países independientes de Europa del Este, rivales lógicos en el mercado de capitales.
4. El proyecto incipiente del acuerdo norteamericano denominado de “Las Américas” (ALCA).
5. La consolidación de un mercado asiático y la de sus integrantes, denominados el tigre japonés y los demás felinos internos.

6. Un gobierno necesitado de legitimación.
7. Una fuerte deuda externa e interna.
8. Ausencia de suficientes fuentes de trabajo presentes y una creciente demanda futura.
9. Falta de inversiones productivas para crear infraestructura y tener tecnología de punta.

Podríamos enumerar otros factores adicionales, pero con los enlistados basta para entender que la situación era, desde el punto de vista económico, desfavorable.

Por ello el Presidente de la República solicitó del H. Senado convocar a un foro de consulta sobre las relaciones comerciales, a nivel nacional, que, iniciado a principios de abril de 1990, en la ciudad de México, continuara en Puebla, Mérida, Mazatlán, Monterrey y Guadalajara, habiendo rendido su informe final y las conclusiones correspondientes.

Bajo la núm. 28 encontramos que se recomienda “Negociar un Acuerdo de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, así como negociar otros de libre comercio con los países de la Comunidad Económica Europea y con los de la Asociación Europea de Libre Comercio.

A mediados del mes de julio siguiente, el secretario de Comercio y Fomento Industrial presentó en el seno del Consejo Coordinador Empresarial (CCE) un documento escueto pero claro, consignando las ventajas del posible Tratado, la situación comercial bilateral del momento recalando que desde hacía más de 100 años el 70% aproximadamente de nuestro comercio exterior era con los Estados Unidos y salvo las excepciones que ya consigné, no existía un acuerdo legal que las enmarcase.

De celebrarse, sería conforme las disposiciones del GATT y de la ALADI, pretendiendo alcanzarse unas metas muy claras, a saber:

1. Incrementar el comercio mediante la desgravación arancelaria total y la regulación técnica, objetiva y transparente de las no arancelarias.
2. Atraer inversiones productivas que necesariamente conllevarían tecnología de punta.

3. Asegurar un acceso al mercado norteamericano, firme y permanente.
4. Fortalecer y ampliar la competitividad de México.
5. Establecer un sistema de solución de controversias justo, claro y eficiente.

De esta manera se delimitó la finalidad del Tratado y desde luego se desglosaron cada uno de estos propósitos en fines derivados, pero no menos importantes.

A mediados de 1990 se planteó la interrogante de cómo llevar a cabo las negociaciones y por ende de la indispensable participación del sector privado mexicano, sin cuyo concurso activo, sería impensable lograr un buen tratado.

Las dificultades y los escollos a vencer eran múltiples e iban desde una natural desconfianza al sector público, la indolencia y falta de interés de los particulares al dejar de estar protegidos en lo que aún estuvieren, la ignorancia de todo este universo de temas a tratar, los costos que significaría la negociación y desde luego el temor a tratar con quien es mucho más fuerte y avezado, con quien compartimos una historia común, que arroja fracasos y pérdidas para México.

Dado que la situación era irreversible, hubo que actuar con diligencia, claridad y precisión.

Para ello se constituyó en el seno del CCE un foro de consulta y acción al que se denominó “*Coordinadora Empresarial para el Comercio Exterior*” (COECE) que no intentó ser más que eso.

Se nombró un coordinador general, como vocero único del sector privado, un director ejecutivo y un número mínimo de técnicos y secretarías.

Adicionalmente se contó con la ayuda externa del Centro de Estudios del Sector Privado, de entidades académicas como la UNAM, El Colegio de México y otras más.

Hubo necesidad de contratar asesores legales norteamericanos. Para conocer la opinión de todos los afectados —tarea nada fácil— fue indispensable armar las coordinaciones sectoriales y así se crearon las siguientes:

- Agropecuaria.
- Comercio y Servicios.

- Industrial.
- Banca.
- Seguros.
- Casas de Bolsa.

Al frente de cada una de ellas se designó un coordinador responsable, quien tuvo que establecer un mecanismo para conocer los puntos de vista de cada uno de los subsectores de su área.

Por razones meramente circunstanciales acepté ser coordinador del sector industrial, así como de la Mesa de Solución de Controversias.

Para llevar adelante la encomienda hubo necesidad primero de sensibilizar a los afectados, para lo cual, en mi sector, celebramos juntas explicativas con las cámaras y asociaciones miembros de la CONCAMIN (Confederación de Cámaras Industriales de los Estados Unidos Mexicanos) y luego celebramos reuniones similares en foros ampliados, en diversas ciudades como Tijuana, Puebla, Guadalajara, Monterrey, Saltillo, Chihuahua y otras, a las que acudimos en más de una ocasión.

La existencia de una Ley de Cámaras que obligaba a todos los actores del sector productivo y de servicios, a inscribirse en cámaras gremiales, facilitó enormemente la tarea; sin ella poco hubiéramos hecho.

Por ser de justicia debo consignar que ni en Estados Unidos ni en Canadá, tuvieron esta capacidad de organización y menos de acción.

Se elaboraron aproximadamente 174 monografías conforme a una matriz preparada entre COECE, CONCAMIN y SECOFI y con base en ellas, se llevaron a cabo negociaciones internas para definir las posiciones a seguir.

Fue una tarea muy compleja y hubo que rehacer varias veces los estudios, pues de inicio semejaban “Cartas a Santa Claus”; además, en su mayor parte, los afectados estaban a la defensiva y no estimaban las oportunidades que se les abrirían, por lo que fue necesario empujar duro para que fuesen agresivos.

Una vez concluida la tarea, que se complicó al solicitar Canadá se le incorporase a la negociación, lo que sucedió el 5 de febrero de 1991, en el mes de abril se concluyeron los trabajos preparatorios.

Hubo que esperar la autorización a su Presidente, por parte del congreso americano, del denominado “Fast Track” o vía rápida para

negociar conforme al sistema, por un lapso determinado de dos años y esto se logró el día 1 de mayo de 1991, por lo que se debía terminar la negociación, preparación de las leyes respectivas para lograr su aplicación y demás antes del día 1 de junio de 1993.

Formalmente el banderazo se dio el 12 de junio en Toronto, Canadá, por los secretarios de comercio de los tres países y se establecieron seis mesas de trabajo para discutir los siguientes temas:

1. Acceso a mercado.
2. Reglas de comercio.
3. Servicios.
4. Inversiones.
5. Propiedad intelectual.
6. Solución de controversias.

Cada uno de los mismos, salvo los tres últimos, se desglosaron en subtemas que fueron cambiando cuando fue menester, concluyendo con diecinueve en total.

Dado que el sector privado, pese a tener concluida su tarea, consideró indispensable estar presente en las negociaciones, pero no pudiendo hacerlo por impedirlo la ley, hubo que echar mano, una vez más, de la imaginación y así se creó el llamado “Cuarto de Junto”.

El propósito era estar siempre a la mano de los negociadores, conocer de los avances de la negociación y desahogar las consultas que tuviesen.

Afortunadamente las relaciones entre ambos sectores eran claras; las desconfianzas mutuas habían sido superadas y los negociadores se habían percatado que contar con el apoyo de prácticamente doscientos expertos en los diferentes temas a tratar donde había conocimiento, experiencia, capacidad y entrega, sin costo alguno, era un verdadero tesoro.

Así se aceptó la propuesta, para lo cual se conformaron mesas “espejo” por cada tema, integradas por seis expertos, sin perjuicio que su coordinador sectorial estuviese presente.

Durante quince meses el grupo se reunió cuantas veces fue necesario en Washington, D. C., Quebec, Toronto y en la ciudad de México.

Se vivieron momentos cargados de tensión, de preocupaciones y esperanzas, a veces de conflictos, pocos en verdad. Se trabajó con

gran disciplina y profesionalismo, se atendieron los temas conforme iban negociándose.

Hubo una reunión magna en Dallas, Texas, el 18 de febrero de 1992, a la que acudieron todos los relacionados institucionalmente con las diferentes mesas; su número sobrepasó a las doscientas personas y además los representantes de los medios de comunicación.

La coyuntura política norteamericana provocó que las negociaciones formalmente se cerraran el 12 de agosto de 1992, habiéndose elaborado el texto definitivo en los tres idiomas oficiales de los países miembros.

Los días 17 y 23 de noviembre de 1993 fue aprobado por las cámaras integrantes del congreso norteamericano, que fue el hueso duro de roer y en las mismas fechas por los respectivos poderes legislativos de los otros dos países, no sin provocar, en el caso de los Estados Unidos, constantes críticas y ataques sin razón y en todos los tonos, contra México.

### **III. Los resultados del TLC: logros fundamentales**

El resultado final ha sido un tratado muy extenso y ambicioso compuesto de veintidós capítulos en los que se reflejan los seis temas troncales y los diecinueve subtemas negociados.

Asimismo se acompañan anexos, apéndices, dos acuerdos paralelos y unas cartas laterales que por ahora son objeto de cuestionamiento, al grado que el día 17 de agosto de 2000, se pidiera la instalación de un Pánel conforme al Capítulo XX, pues su validez legal es nula.

De lo pretendido originalmente podemos decir que en lo general, se alcanzaron las metas en cuestión, pero su aplicación es lo que está ofreciendo problemas. Entre los resultados notables podemos consignar:

1. El periodo de desgravación es hasta de 15 años.
2. Las fracciones arancelarias comprendidas son todas las existentes, lo que lleva a cometer el grave error de calificar por algunos, al Tratado como “comprehensivo” cometiendo un barbarismo gramatical, pues se quiere decir que es universal o total en este aspecto.
3. Se consolidó la tasa “0” del SGP para las 4,300 fracciones arancelarias que gozaban de este trato al 1 de julio de 1991. Esto equivale casi al 40% del total arancelario.

4. El Acuerdo Textil Bilateral se dio por terminado.
5. Se logró un Capítulo sobre prácticas desleales, el XIX, similar al del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos (FTA).

El punto anteriormente mencionado será el centro de nuestra siguiente presentación, junto con una reseña de los mecanismos que tenemos para buscar resoluciones a los conflictos que surjan por la aplicación del Tratado.

#### **IV. Las controversias públicas y privadas y los mecanismos de solución en el TLC**

De inicio debemos precisar que a lo largo de este tratado trilateral, encontramos múltiples referencias a las posibles controversias que surjan a resultas de la aplicación, interpretación, aplicación deficiente o falta de ella, por parte de alguno de los miembros o partes del mismo.<sup>5</sup>

Asimismo, en algunas ocasiones, se trata de prevenir el conflicto, así como evitar llegar a los tribunales arbitrales que puedan establecerse.

Se alienta la utilización de mecanismos de solución de controversias diversos al arbitraje.

Podemos afirmar que el TLCAN contiene una estructura múltiple y diversa que se ocupa del tema en cuestión.

Sin duda alguna, la experiencia del Acuerdo de Libre Comercio celebrado entre Canadá y los Estados Unidos (FTA) ha prevenido de la conveniencia de ocuparse profusamente del asunto, aportando logros y deficiencias durante los años de aplicación directa y bilateral.

Se puede sostener que se ha logrado armar un conjunto original y algo sofisticado, numeroso y complejo, cuyo conocimiento es indispensable para atender y defender los intereses de México.

Si durante la negociación del TLCAN se estimó que se presentarían problemas, los hechos han confirmado y con creces la prevención, ofreciendo temas, planteando interrogantes, dudas y algunas lagunas que invitan a la reflexión y obligan a presentar soluciones,

---

<sup>5</sup> Rodolfo Cruz Miramontes, *El TLC: Controversias, soluciones y temas conexos*, McGraw Hill, México, 1997, p. 45.

no sólo con el propósito de mejorar el sistema sino de plantear en los futuros acuerdos internacionales de comercio en puerta, un sistema que sea útil, eficiente y expedito que no sólo busque respetar los postulados del libre comercio sino cuidar y cubrir con justicia, sobre todo con equidad, los intereses legítimos de la planta productiva nacional, evitando su sacrificio en aras de la vigencia rígida y ortodoxa de principios que solamente aprovechen a los intereses de los fuertes.

No es hora de desconocer las reglas de juego y los riesgos que se dan en el sistema de la apertura al libre comercio; lo que se debe buscar es la aplicación correcta de sus postulados tratando a cada quien conforme su condición particular.

La existencia de numerosos y cada vez más graves problemas sociales presentes en los países en vías de desarrollo, exigen que se revisen los postulados del libre comercio evitándose su aplicación a ultranza sin adaptarlos a la realidad de cada una de las partes de la relación.

En otras palabras, se deberán redefinir las metas y los propósitos del libre comercio, en donde se entienda que su presencia debe propiciar el bienestar general y no solamente su aceptación *per se* sin buscar sus efectos trascendentes.

Don Gonzalo Samaniego Bordiú, funcionario del Instituto Nacional de Industrias de España y de la U. E., opina sobre el particular lo siguiente:

Sin embargo, los problemas y las tensiones surgen en la práctica de estos preceptos. En efecto, gestionados por la comisión y en particular, por la Dirección General de la Competencia, estos preceptos tienden a ser aplicados de manera que los valores de libre competencia priman con mucho los objetivos legítimos del desarrollo regional o económico, o los objetivos de política industrial. Los casos son tratados sin tener en cuenta, a menudo, el problema social o local que se encuentra detrás de ellos, o se adoptan supuestas normas comunes cuya aplicación beneficia a las grandes empresas de los estados más desarrollados, en perjuicio de las empresas medianas y pequeñas de los estados menos desarrollados.

Más adelante ratifica más contundentemente su posición al sostener:

Esta visión de las políticas de desregulación y de la competencia, que exige la abstención de las políticas nacionales e incluso europeas, no puede ser

apoyada racionalmente y, en verdad, no está prevista en nuestro proceso de integración europea. Al contrario, tanto en los parámetros de nuestra política europea de la competencia, como en los demás parámetros del tratado, las políticas europeas de la competencia del desarrollo regional, la política industrial y las políticas de empleo y económica, se conciben con políticas todas ellas complementarias destinadas en último extremo a favorecer el desarrollo económico y social, la riqueza y el bienestar.

Por todo ello, aunque es imprescindible poner unas reglas de esta materia, conviene también recordar que la libre competencia no es objetivo en sí mismo, sino un marco de referencia en el que tienen cabida también y necesariamente otros objetivos legítimos.<sup>6</sup>

Estos comentarios llevan el propósito de ubicar debidamente el análisis que haremos a continuación, en donde insistiremos que la reglamentación de los litigios que surjan no se debe sólo a la búsqueda del orden sino a la aplicación con justicia de principios económicos de alcances sociales.

Sentado lo anterior, hay que consignar que existen al menos quince fórmulas en el texto del Tratado que se refieren al tema de los conflictos y controversias derivados del mismo.

Hemos dividido en anteriores ocasiones, para efectos de conocimiento y análisis, dichos procedimientos en *Generales* y *Especiales*.

Asimismo, hemos considerado a los acuerdos paralelos que, sin formar parte del texto del Tratado, surgieron a causa del mismo, contando también con su propio mecanismo de atención a los conflictos que en razón de los temas ambientales y laborales, puedan surgir. Así tenemos los siguientes:

#### A) Generales:

1. Disposiciones administrativas. Andamiaje legal (Cap. XVIII).
2. Disposiciones aplicables para la solución de los conflictos entre las partes (Cap. XX).
3. Disposiciones relativas a la revisión de las decisiones sobre las prácticas desleales (Cap. XIX).

---

<sup>6</sup> Samaniego Bordín, Gonzalo, “Efectos y límites de la competencia y de los regímenes de competencia”, Seminario organizado por el Centro de Formación para la Integración Regional, Piriápolis, Uruguay, 6 a 10 de marzo de 1998, pp. 47, 48 y 49.

- Pánel comprendido en el Artículo 1903.
  - Pánel sobre la revisión de las resoluciones nacionales en prácticas desleales (Art. 1904).
  - Comité de Impugnación Extraordinaria (Art. 1904, párrafo 13).
  - Comité Especial para salvaguardar la operación de los paneles (Art. 1905).
  - El Secretariado.
  - Definiciones de términos (Art. 1911).
4. El que conoce de problemas derivados del comercio leal y de los daños que eventualmente ocasiona (Cap. VIII).

B) Especiales para:

1. El sector agropecuario (Cap. VII).
2. Las inversiones (Cap. XI).
3. Los servicios financieros y la inversión en servicios financieros (Cap. XIV).
4. La entrada temporal de hombres de negocios (Cap. XVI).
5. La propiedad intelectual (Cap. XVII).
6. Otras opciones para la solución de controversias comerciales (Cap. XX).

C) Acuerdos paralelos:

1. El sector laboral.
2. La ecología y el ambiente.

Pasemos ahora a considerar los elementos más destacados de algunos de los mecanismos en cuestión.

1. ANDAMIAJE LEGAL (CAPÍTULO XVIII)

Los negociadores tuvieron la inquietud de establecer la aceptación y sometimiento a los principios fundamentales que se refieren a la publicidad de las disposiciones legales que pueden afectar al TLC, a las garantías fundamentales del debido proceso y a las de audiencia y legalidad.

Se establecen ciertos derechos para que las partes puedan solicitar información e inclusive formular observaciones, a los proyectos legislativos que les sean notificados y la obligación de dar respuesta oportuna y pronta a las mismas.

Estas obligaciones, particularmente las contenidas en el Artículo 1803, se vinculan estrechamente con las similares del Artículo 1902.2 y no dejan de presentar discrepancias.

Su validez constitucional es discutible, lo que desde el primer momento fue planteado por el grupo de abogados del sector privado, participantes activos del “Cuarto de Junto”, en la Mesa de revisión de textos.

Sin embargo, se consagraron y así aparecen en el Capítulo XVIII que viene a constituir un marco legal general dentro del que se darán la prevención y solución de las discrepancias que surjan originadas en el TLCAN (Artículo 1904, Capítulo XIX).

Dado que el TLC es un acuerdo internacional multilateral, está regido, de origen, por las normas universalmente aceptadas aplicables a los tratados, cualesquiera que sea su denominación.

La máxima codificación vigente es el Acuerdo de Viena de 1969 que entrara en vigor en 1980<sup>7</sup> del que tanto Canadá como México forman parte.<sup>8</sup>

Infortunadamente los Estados Unidos de América se han negado a formar parte del mismo y esto ha permitido que para este país, el TLCAN no sea un tratado sino un “acuerdo ejecutivo”, tal como ellos lo definen, lo que provoca una posición jurídica discriminatoria en contra de sus socios.

Lo anterior significa que en principio no les obliga de la misma manera que si fuese un tratado “Senatorial”.

La práctica norteamericana ha venido consagrando, para efectos internos, una distinción entre ambos tipos de convenciones internacionales, empezando desde la denominación siendo unos “tratados” los que aprueba el Senado y los otros “acuerdos ejecutivos” que no se sujetan a las disposiciones constitucionales sobre la materia.

En su origen fueron actos que el Poder Ejecutivo llevaba a cabo para poner fin a una guerra o conflicto bélico.

<sup>7</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 27 de enero de 1980.

<sup>8</sup> *Diario Oficial de la Federación*, 14 de febrero de 1975.

Luego se ocuparon de otras materias y desde 1974, se aceptó que lo relativo a las desgravaciones arancelarias pudiese ser negociado sin la aprobación senatorial, pero sujeto a la intervención del congreso mediante el mecanismo de la “vía rápida” o “Fast Track”.<sup>9</sup>

La negociación de temas de comercio internacional como son los aranceles, es materia exclusiva del Congreso de la Unión según lo previene el artículo 1, párrafo 8 de la Constitución de los Estados Unidos de América.

Por ende, se requiere autorización expresa para que el Ejecutivo se comprometa con terceros países a su modificación.

Siendo el comercio el motor de las relaciones internacionales de los Estados Unidos, la oportunidad es un elemento básico para aprovechar las ventajas ocasionales que se presentan por lo que estimaron los encargados de las mismas que el sistema de la aprobación del Senado era un ancla inconveniente pues a los legisladores les interesa más que sacar adelante un acuerdo, conservar su capacidad de ser reelectos.

Cuantas veces sea posible, lo que se consigue no debe afectar los intereses de sus representados.

Ésta es, a mi ver, la razón que explica el “Fast Track”, pero de ninguna manera les dota de fuerza obligatoria a sus compromisos y los estados contrapartes permanecen en desigualdad jurídica. Para su aplicación deberá instrumentarse una ley específica.<sup>10</sup>

## 2. CONTROVERSIAS ENTRE LAS PARTES DEL TLCAN (CAPÍTULO XX)

Pese a ello, se acepta que ante un caso de incumplimiento, o bien fuese defectuoso o tardío, se pusiese en marcha un procedimiento

---

<sup>9</sup> Ver mi artículo: “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y las denominadas Cartas Paralelas”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, núm. 1, 2001; y en “Entorno jurídico del TLC”, *Panorama jurídico del Tratado de Libre Comercio II*, Universidad Iberoamericana, 1993.

<sup>10</sup> *Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988*. (PL100-418 Art. 1102) 19 USC2902, Seccs. 1102, 1103, 1104 Y 1105). Véase John H. Jackson y otros, *Legal problems of international economic relations*, West Publishing Co., Usa, 1995, pp. 117, 118 y 119. The Law of Treaties as Applied by the Government of the United States of America, 1950, p. 222. Fisher, Louis, *American Constitutional Law*, McGraw Hill, Inc., Georgetown University, 1995, pp. 360 a 364.

de resolución al conflicto, que constituye el contenido del Capítulo XX.

Se iniciará mediante las consultas que el afectado lleve a cabo con su contraparte invitándola a remediar el incumplimiento; de no lograrlo en 30 días podrá acudir ante la Comisión del Libre Comercio (Artículos 2001, c, 2006, 1 y 2007 a), la que se reunirá dentro de un término perentorio de diez días para buscar, mediante cualquier mecanismo alternativo, resolver el conflicto en un plazo máximo de 30 días y si no lograrse éxito, el afectado estará en posibilidad de solicitar la formación de un tribunal de expertos o “Pánel”.

Dado que las partes son miembros de la OMC, el diferendo puede ventilarse en dicho foro o en el previsto en el TLC, quedando a voluntad del reclamante su selección, salvo las prevenciones contenidas en los párrafos 2, 3 y 4 del Art. 2005. Un foro excluye al otro.

Para ello se deberá conformar una lista de treinta miembros sugeridos por cada parte equitativamente, que al ser aceptados por todos, se convierte en una lista propuesta de hecho por cada una y por todas las partes (Art. 2009.1).

Con gran tino se estableció que lo importante de los expertos era su conocimiento y su experiencia, sin importar su nacionalidad.

El grupo de expertos que integren el Pánel, será de cinco y la forma de su selección será cruzada, eligiéndose de común acuerdo al presidente y luego a los demás integrantes.

En un término de 120 días se deberá pronunciar su opinión para lo cual se previenen dos etapas: la provisional y la definitiva.

Dada a conocer la primera, se podrá modificar la opinión a petición de parte si en los siguientes catorce días así lo sugiriesen, pero desde luego los expertos no están obligados a considerarlos.

La definitiva será pronunciada en los treinta días siguientes a la presentación de la preliminar dictada 90 días después de designado el último panelista y deberá contener cuando proceda, las recomendaciones para resolver el problema.

Estos términos no reflejan realmente el tiempo que un caso toma en su conocimiento, pues debemos de recordar los plazos de las fases de consulta y negociación, por lo que, conservadoramente, nos atrevemos a estimar 200 días de trámites.

En caso de que la recomendación no sea aceptada, la parte perjudicada que sufra menoscabo legítimo en sus intereses comerciales podrá tomar medidas retardatorias, de preferencia en los mismos sectores afectados.

De resultar excesivos, se podrá solicitar la reinstalación del Grupo de Expertos, quienes en sesenta días dictarán su opinión.

Al exponer públicamente este tema, con frecuencia los estudiantes me preguntan: ¿qué pasa si el obligado no cumple con la recomendación? Recordemos que sólo es eso y no un laudo obligatorio.

Dado que en el ámbito del derecho internacional público no existen medios de coerción para forzar el cumplimiento al rebelde, seguirá como tal.

Las únicas opciones serán entonces imponer medidas retardatorias mayores o denunciar el Tratado conforme se dispone en el Artículo 2205, con seis meses de anticipación, lo que significaría el fin del mismo para las partes involucradas, aun para Canadá y los Estados Unidos, pues el FTA quedó suspendido a raíz de la entrada en vigor del TLCAN.

¿Podría, sin embargo, considerarse la opción de acudir a la Corte Internacional de Justicia de La Haya?

Es una cuestión a considerar, pero la idea de repetir dos veces el tema de violaciones al TLCAN, pese a tener formalmente causas inmediatas y directas distintas: una, *No cumplir* con las obligaciones derivadas del TLCAN y otra, *No acatar las recomendaciones del "Pánel"*, lo hace difícil de aceptar.

Hasta ahora, afortunadamente los únicos casos presentados, han tenido un final apegado a derecho, como sucedió con el de las escobas de mijo procedentes de México, en donde el gobierno norteamericano aceptó tácitamente haber actuado ilegítimamente imponiendo medidas de salvaguarda haciendo de lado las disposiciones del Capítulo VIII del TLCAN.

El segundo fue planteado por el gobierno americano en contra de Canadá por la imposición de ciertos derechos aduaneros a productos agropecuarios. México participó como tercero.

Están en puerta dos casos: el de transporte carretero y el del azúcar.

El primero de ellos ya concluyó su quehacer y en fecha próxima se conocerá su resultado, esto es antes del fin de año y de siglo. El

fallo favoreció a México por unanimidad y fue dictado con posterioridad a la presentación de esta ponencia.

El segundo caso augura una situación ruidosa, pues ya se mencionó públicamente que el titular de la SECOFI incluirá el tema de unas llamadas “Cartas Paralelas” o “Cartas Técnicas”, que habiéndose firmado el día 3 de noviembre de 1993 por los entonces secretarios de Comercio de México y los Estados Unidos, se *pretende modificar por este procedimiento irregular y simplista*, el texto del Anexo 703.2 del TLC negociado y firmado por los poderes ejecutivos de Canadá, Estados Unidos y México sin ninguna base legal.

La posición del sector azucarero y fructosero norteamericanos resulta ilícita, contraria a toda norma del derecho internacional, que de aceptarse, pondría en riesgo la legitimidad del propio Tratado, tal como lo hemos analizado en el estudio que a propósito realicé (ver la mención en la nota de pie de página núm. 9).

En cambio la de la Cámara Nacional de las Industrias Azucarera y Alcoholera que hizo propio el dictamen legal que le formulé y la de nuestro gobierno que se hiciera pública recientemente en el foro idóneo, como fue durante el Seminario Anual de la American Sugar Alliance, celebrado en Sun Valley, Idaho, los días 11 y 12 de junio de 1998 son dignas de reconocimiento y apoyo por su manifiesto respeto al derecho internacional. Para mayores detalles me remito, como ya he sugerido, al estudio que formulé sobre el particular.

### 3. REVISIÓN DE LAS RESOLUCIONES DICTADAS POR LAS AUTORIDADES DOMÉSTICAS EN CASOS DE PRÁCTICAS DESLEALES. LA ACTUACIÓN DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES *AD HOC* CONFORME AL CAPÍTULO XIX

El respeto a la conservación y aplicación de las leyes nacionales en contra de las prácticas desleales de comercio, es principio consagrado expresamente en el TLCAN (Artículo 1902.2).

Se cambió así la posición adoptada en el FTA, pues conforme al mismo se suponía que Canadá y Estados Unidos a más tardar a los siete años de entrada en vigor (1989-1996) homologarían sus normas al respecto.

Este compromiso desapareció con las disposiciones en contrario del TLCAN.

Afortunadamente se conservó y mejoró el Capítulo 19 del FTA convirtiéndose en el Capítulo XIX del TLCAN.

De esta manera las partes interesadas tienen el derecho de optar por acudir a los recursos internos de revisión o al mecanismo de este capítulo.

De entrada consignaré que el Artículo 1904.1 establece una obligación de sustituir los sistemas nacionales por los del Tratado, pero esto no es así. Se conserva uno y se abre la posibilidad del otro.

Hemos intentado encontrar una explicación a esta contradicción y a ella nos remitimos (Nota 5, pp. 12 a 14).

Esperamos que la misma no oculte la intención de unificar en el futuro, en un espíritu integracionista a ultranza, las disposiciones actuales y crear un corpus juris único para las partes desconociendo nuestra inexperiencia relativa a estas instituciones ajenas a nuestra idiosincrasia.

Por este rumbo aparece también la pretensión canadiense eventualmente sostenida incomprensiblemente por nuestras autoridades, de sustituir dichas leyes por las de competencia.

Ya nos hemos ocupado del tema oponiéndonos a tal idea, como quedó constancia en el IV Foro Empresarial de las Américas en San José de Costa Rica el pasado mes de marzo de 1998.<sup>11</sup>

Si apenas nos iniciamos en estos avatares pagando el precio de nuestra inexperiencia y carencia de expertos nacionales, no queremos imaginarnos siquiera lo que sucedería con el cambio a disposiciones propias de países en donde ya opera la integración en pleno, con un mercado común exitoso y miembros relativamente similares.

Por ahora nos ocuparemos de la revisión de resoluciones dictadas por las autoridades nacionales que en México es la Unidad de Prácticas Desleales de SECOFI, en los Estados Unidos por el Department of Commerce y la United States Trade Representative (USTR); y en Canadá por el Canadian International Trade Tribunal (ITT) y la Commission of Customs and Revenue.

---

<sup>11</sup> “La regulación legal de las relaciones de competencia y las disposiciones contra las prácticas desleales de comercio”, Ponencia, IV Foro Empresarial de las Américas, San José de Costa Rica, 16 de marzo de 1998.

EL Capítulo XIX *in comento* comprende no sólo la revisión de las decisiones contra prácticas desleales sino de otros asuntos cuyo propósito es preservar el espíritu de las disposiciones que combaten las prácticas desleales señaladas o su concordancia con las correspondientes del GATT/OMC, así como proteger que tanto los páneles como su actuación y decisiones, sean siempre eficientes y apegados al marco jurídico que los estableció (Arts. 1902, 1903 y 1905).

En esta ocasión sólo nos referiremos al Artículo 1904 y nos detendremos brevemente en algunas resoluciones dictadas a su amparo, sobre todo en casos de interés para México.

Partiremos del hecho que nuestro país, por vez primera, en 1985, tuvo disposiciones regulatorias del dumping y de los subsidios no permitidos como correctos para el comercio internacional. La razón es clara, pues México ingresó al GATT como parte contratante hasta 1986.

Las instituciones fincadas en la búsqueda del lucro han sido ajenas a las políticas económicas y financieras del país. Desde la época colonial estuvo inmerso en una política cerrada, proteccionista salvo algunos periodos de excepción.

Sin embargo, la historia del comercio exterior de México es muy rica e interesante, muy poco conocida lamentablemente, pero digna de ser difundida ahora más que nunca.

Al ingresar al GATT era indispensable contar con normas legales sobre las citadas prácticas por lo que se promulgó una ley con limitaciones y deficiencias de la que nos ocupamos en su oportunidad.<sup>12</sup>

En 1993 fue abrogada y sustituida por la Ley de Comercio Exterior siguiendo los lineamientos del GATT. Dicha Ley y su Reglamento de fecha 27 de julio y 23 de diciembre de 1993 respectivamente, constituyen el marco legal en el que se ventilan actualmente las investigaciones contra las prácticas desleales de comercio, formando parte también de dicho marco legal positivo, el Acuerdo de Aplicación del Artículo VI del GATT.

La autoridad encargada de conocer las denuncias contra las mismas, es la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (Secofi) a través de la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales (UPCI)

---

<sup>12</sup> Véase nuestro trabajo publicado en *La nueva ley sobre comercio exterior*, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Porrúa, México, 1987.

que resuelve sobre su procedencia e impone, en su caso, las cuotas compensatorias correspondientes.

Dichas cuotas están reguladas por el Código Fiscal de la Federación (CFF) y tienen el carácter de “aprovechamientos”, lo que ha sido cuestionado por algunos estudiosos en la materia, pero mientras el Artículo 4o. del CFF no cambie, deberán ser considerados como tales y no como “multas”, impuestos, derechos o como cualquier otra figura fiscal distinta (la LCE así las considera, en su Art. 63).

El proceso de investigación está definido con claridad en la Ley y en el Reglamento, admitiéndose toda clase de pruebas salvo las de confesión de la autoridad.

Sin embargo, no deja de presentar deficiencias, lagunas y contradicciones que se han ido detectando en los numerosos casos que han sido sustanciados.

En 1997 se realizó un esfuerzo conjunto entre las autoridades y el sector privado para preparar un proyecto de reformas a la ley que se formalizará en un próximo periodo de sesiones del Congreso de la Unión.

Resultó interesante recoger las experiencias que tanto los litigantes como los funcionarios encargados de aplicar la Ley presentaron.

El Grupo de Expertos fue coordinado por el Lic. Gilberto Vázquez Ahedo (†) de CONCAMIN-CEMAI y en el proyecto conjunto se han incorporado también las adecuaciones acordadas en la OMC, apegándose por ello particularmente al Acuerdo de Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994.

Hasta ahora, finales del año 2000, no se ha presentado la propuesta correspondiente al Poder Legislativo por razones que desconocemos.

La resolución final, que se pronuncia en un término máximo de 260 días, podrá ser impugnada mediante el recurso de Revocación (Art. 94 de la LCE) o acudiendo al mecanismo del Artículo 1904.1 del TLC.

La elección de uno de estos foros excluye al otro, lo que de inicio planteaba un conflicto de términos pues en el primero son 45 días y en otro sólo 30. Sin embargo, se resolvió el conflicto estableciendo en el Art. 98, párrafo i de la LCE que deberá correr primero el relativo al medio alternativo internacional y luego empezará el interno.

Para la constitución del Tribunal Arbitral *ad hoc* se deberá acudir a la lista de expertos integrada por 75 miembros propuesta de manera equitativa por los tres países partes del TLCAN (Anexo 1901.2).

Sin embargo, se permite que puedan ser sugeridos otros que no estén en la lista, en cuyo caso podrán ser recusados por el país de la contraparte sin expresión de causa, hasta en cuatro ocasiones.

Las condiciones que deben reunir los expertos se antojan no sólo difíciles de encontrar sino hasta ridículas, tal como ya lo hemos expresado cuando ha sido menester,<sup>13</sup> y su deficiencia explicable ha dado ya pie a que no estén operando los mal llamados páneles con la eficacia que debiera ser (Anexo 1901.2).

El trabajo o tarea que deberán llevar a cabo los cinco árbitros será de revisar si la decisión se dictó conforme a derecho y se derivará del análisis que se haga del expediente en cuestión (párrafo 2o. del Artículo 1904). Por lo tanto sólo se analizarán los temas ahí planteados y no otros.

Las normas que regulan la actuación de los “páneles” se han definido en las reglas de procedimiento que cada país promulgue, las que deberían estar en vigor desde el día 1 de enero de 1994, fecha en que el TLCAN empezó a operar, lo que no sucedió, pues las norteamericanas son del 23 de febrero de ese año y las nuestras del 20 de junio del mismo.

Con precisión, en el párrafo 2o. del Artículo 1904, se define cuál será el derecho aplicable, así como en el párrafo 3o., al invocarse los principios generales de derecho.

Se hace referencia también al Anexo 1911, en el que se explica lo que se entenderá por “criterio de revisión”, siendo en México el Artículo 238 del CFF.

Durante un término máximo de 315 días se sustanciará la revisión. Se inicia mediante la presentación de los memoriales de las partes y de la autoridad, los que permitirán la réplica por parte de los demandantes en un término perentorio de 10 días.

Las reglas de procedimiento son engorrosas, poco prácticas y a veces parecen elaboradas por quien nunca ha preparado un escrito legal. El principio elemental, al menos en nuestro derecho, de buscar

---

<sup>13</sup> *Op. cit.*, nota 5, p. 17.

la economía procesal, se ha dejado de lado y la cantidad de documentos, copias y anexos resulta excesiva. Los costos obviamente se elevan de forma innecesaria, lo que provoca que empresas de medianos recursos no puedan acceder a estos mecanismos. Es urgente una revisión y una simplificación de los procedimientos.

La resolución que dicte el Tribunal será un laudo obligatorio y podrá confirmar la resolución definitiva en revisión o devolverse a la autoridad para que modifique las partes deficientes y proceda en consecuencia.

Se le fijará un término para ello que no deberá ser superior al del procedimiento (260 días, Art. 59 de la LCE).

En 1994 se presentaron los primeros tres casos en contra de las resoluciones de SECOFI, cuyos laudos resultaron complejos y alguno con graves deficiencias.

En efecto, se tramitaron con alguna dilación los casos Mex-94-1904-01, 02 y 03, habiéndose dictado cronológicamente los laudos 02, 03 y 01 respectivamente.

El primero de ellos fue por ende el 02 y su contenido altamente discutido, habiendo sido analizado por diversos abogados.

Para el suscrito constituye una aberración jurídica pues cometió graves faltas y es de lamentarse que no haya sido objeto de la impugnación extraordinaria a que se refiere el párrafo 13 del Artículo 1904, lo sugerimos personalmente a la autoridad para corregir tan lamentable decisión que por ser la primera, fue histórica. Formulamos una opinión y un análisis, al cual nos remitimos.<sup>14</sup>

Las dos posteriores fueron mejores y la última, la 01, que se dictó por unanimidad, no sólo enmendó algunos errores sino se ocupó de la naturaleza jurídica de los supuestos paneles definiéndolos como tribunales arbitrales, los que desde un principio debieron denominarse así para evitar confusiones,<sup>15</sup> tal como fue sugerido por los

---

<sup>14</sup> Cruz Miramontes, Rodolfo, "Comentarios en torno a la Resolución pronunciada por el pánel establecido al amparo del Capítulo XIX del TLCAN, en el expediente Mex-94-1904-02, *Revista de Derecho Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, año 7, núm. 19, enero-abril 1996.

<sup>15</sup> Cruz Miramontes, Rodolfo, "Alegato presentado en la segunda audiencia celebrada en el pánel Mex 94-1904-01", *Revista de Derecho Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, año 8, núm. 22, enero-abril 1997. Ver asimismo *Diario Oficial de la Federación*, 8 de noviembre de 1996.

integrantes del “Cuarto de Junto”, en la Mesa de Revisión de Textos coordinada por el suscrito.

Al efectuar tal precisión se aceptó que por ser arbitrales deben observar ciertos principios propios entre los cuales están el de respetar la competencia de la autoridad *per se* y no ponerse a juzgar si la tiene o no, como se hizo en el caso 02, provocando con ello serios cuestionamientos.

Hasta ahora, afortunadamente, en todos los casos subsecuentes se ha confirmado la competencia, pese a que en mi opinión no debe de ocuparse de ella por no ser materia en esencia de un Tribunal Arbitral. Confiamos en que así sigan actuando los futuros tribunales *ad hoc*.

Cabe señalar que en los paneles constituidos contra las decisiones de las autoridades canadienses o norteamericanas, nunca se les ha ocurrido meterse en estos enredos.

Otro tema de gran polémica ha sido el de criterio de revisión, que también fue objeto de una interpretación equivocada por el Tribunal del caso 94-1904-02.

Siendo, como ya se dijo, clara la disposición del TLC, los panelistas se pusieron a interpretar lo que está dicho con meridiana claridad y llegaron a imaginar lo que los negociadores quisieron decir pero nunca dijeron (!) y ampliar así el Artículo 238 del CFF a los Artículos 237 y 239 del mismo, *lo que les llevó a resolver la nulidad de fallo en revisión*, lo que que está fuera totalmente de sus atribuciones.

Ya no se ha llegado a cometer tales desvaríos y se han respetado los términos del mismo.

En los años subsecuentes se han presentado, hasta el mes de julio de 2000, 66 casos: cuatro relativos al Capítulo XX y 62 al XIX; varios de ellos no han llegado a su fin por desistimiento de las partes y en los demás se han respetado los laudos, con una sola excepción. Para principios de 2002 se habían conocido 80 asuntos correspondiendo 76 al Capítulo XIX, 3 al Capítulo XX y 1 a la impugnación extraordinaria contemplada en el párrafo 13 del art. 1904. Debemos añadir a la estadística tres casos sujetos al Capítulo XI.

La excepción de cuenta es, desde luego, el 94-1924-02, pues se han presentado y tramitado demandas de amparo tanto contra el laudo en sí como contra su ejecución.

En nuestra opinión, expresada desde la negociación del TLC, el juicio de amparo no cabe contra el laudo, pues el Tribunal Arbitral no es autoridad; en cambio, puede enderezarse contra su cumplimiento por SECOFI, por tener dicho carácter.

La demanda de amparo que fue planteada contra el laudo prosperó, pero fue sobreseída por estar pendiente la ejecución; la parte afectada interpuso el recurso de revisión y la Suprema Corte ejerció su facultad de atracción y resolvió confirmando en sus términos la sentencia recurrida.<sup>16</sup>

La importancia que tiene el Capítulo XIX para el sector exportador es muy grande; haberlo conseguido fue un éxito para México y no se ve con simpatía en los Estados Unidos en donde cada día tiene mayores opositores.

Quienes en nuestro país combaten la definitividad a los laudos en cuestión, sin darse cuenta, le están haciendo el juego a quienes se duelen de su existencia y se están convirtiendo en “amigos útiles”.

Basta recordar las discusiones que se presentaron durante el primer semestre de 1997, en los Estados Unidos, con motivo de la evaluación que del TLCAN hiciera el presidente norteamericano, en cumplimiento a las instrucciones de su congreso. Tres fueron los blancos principales de ataques: el tema de la pérdida de empleos, la contaminación y la aplicación del Capítulo XIX.

Para algunos estudiosos e informadores de opinión pública, haber conseguido dicho mecanismo de revisión constituye el mayor logro del Tratado.

Me resulta difícil de entender qué se obtiene al lograr que el juicio de amparo se acepte contra los laudos, si cabrá siempre la posibilidad de promoverlo contra su ejecución, aun en el caso en que se confirme la definitiva.

En cambio, si triunfa esta postura, se dará razón a quienes objetaron en Canadá y en los Estados Unidos extender el Capítulo XIX a México y no tendrá ningún efecto, tal y como sostuvimos los que estábamos en el “Cuarto de Junto”.

En efecto, y de conformidad con la jurisprudencia, opinamos que el juicio de amparo no cabe contra los laudos arbitrales y menos aun

---

<sup>16</sup> 4 de agosto de 1999. Amparo en revisión 208/99.

si quien los dicta es un tribunal internacional. Esto permitió superar las objeciones del momento y destrabar las negociaciones sobre el mismo.

En su oportunidad le indicamos a nuestros negociadores que los derechos de los nacionales quedaban perfectamente resguardados y protegidos, pues si alguno se consideraba afectado sin razón, podría interponer su demanda contra la ejecución del laudo por SECOFI.

El juez tercero de distrito en materia administrativa, que conoció de la demanda mencionada promovida por los exportadores en el caso 94-1904-02, pese a que en su larga sentencia da cabida a la demanda contra los laudos de los susodichos “páneles” la sobresee, como ya se dijo, porque debe interponerse contra su ejecución.

Como abogados que fuimos de la parte mexicana en el caso 94-1904-01, les hicimos ver a varios ministros de la Suprema Corte de Justicia, la trascendencia del caso y rebatimos la tesis de que debía darle cabida al amparo para proteger los intereses nacionales, pues precisamente en este primer caso, los quejosos eran los extranjeros en contra de los mexicanos.

El asunto reviste enorme importancia, sobre todo ahora que las relaciones bilaterales presentan un cariz de rispidez, como hace muchos años no tenían.

La única forma de tener solidez y respetabilidad en nuestras posiciones, es con estricto apego al derecho, dejando de lado cuestiones coyunturales.

Suponíamos que se impondría el buen criterio de la improcedencia del amparo en contra de los laudos arbitrales sustentados por la H. Suprema Corte de Justicia, pero no ha sido así, al haber confirmado, en sus términos, la sentencia en revisión, sin haber entrado a fondo y revocado la parte correspondiente que da cabida a la demanda contra los laudos.

Actualmente existe otro problema muy grave que se ha planteado en el Pánel de la fructosa ya citado (Mex-Usa-98-1904-01), cuando al mismo tiempo se ventila ante la OMC conforme al entendimiento de solución de diferencias, la misma queja en un Grupo Especial (WT/DS132/R), establecido a petición del gobierno americano.

En efecto, la causa jurídica es la misma: la resolución dictada por la SECOFI el día 23 de enero de 1998; los argumentos y los temas de

controversia son prácticamente iguales; los intereses son los mismos y el gobierno americano actuó a petición de la misma actora como es la Corn Refiners Ass., según lo expresó públicamente.<sup>17</sup>

Esto es, hay una igualdad de causa. Si bien es cierto que en el Capítulo XIX del TLC no hay una prevención de exclusión de foros como en el Cap. XX, es de elemental respeto aplicar los principios fundamentales que rigen todo procedimiento de evitar la duplicidad de juicios. Tanto la SECOFI como la CNIAA, hemos solicitado que el panel del Capítulo XIX dé por terminado el caso ante la pérdida de definitividad de la resolución que revisa, tal como lo previene el párrafo 2 del Art. 1904, toda vez que la autoridad mexicana aceptó cumplir con la recomendación del G. E. (*Diario Oficial* del 15 de mayo de 2000) y ya lo hizo (*Diario Oficial* del 20 de septiembre siguiente), lo que modificó a la citada resolución.

Aún no se pronuncia el panel, pero confiamos en que el buen juicio impere, pues de lo contrario se sancionaría una situación inusitada antijurídica y se abrirían las puertas a situaciones muy graves que cuestionarían la bondad y aun la existencia de los mecanismos del TLC. Un legítimo logro de México se pondría en jaque en nuestro perjuicio. Dictó ya su resolución el 24 de febrero de 2000 y México cumplió con las recomendaciones el día 20 de septiembre siguiente, pero el gobierno norteamericano, no estando conforme, promovió un nuevo panel llamado de vigilancia con base en el artículo 21.5 del E.S.D. quien a su vez se pronunció definitivamente el pasado 22 de octubre de 2001 (WT/DS132/AB/RW).

#### 4. CONFLICTOS DERIVADOS DE INVERSIONES (CAPÍTULO XI)

A partir de 1985, la demanda de inversiones en todo el mundo se agudizó. Al desmembrarse la URSS y aparecer así países independientes, con mano de obra calificada y con un nivel social, cultural y económico con cierta homogeneidad, la posibilidad de fortificar y ampliar sus industrias y su comercio, se ofreció a los inversionistas

---

<sup>17</sup> Charles Conner, Presidente de la Corn Refiners Ass., expresó la decisión de presionar para que su gobierno acudiese ante la OMC y defendiese su posición, *American Trade Mail*, p. 2, 8/11/2000.

de todo el mundo. Esta situación vino a sumarse a la que ya existía en otros países incluyendo al nuestro desde luego.

Por ello, una de las grandes metas del TLC para los intereses gubernamentales, es la de atraer fuertes inversiones productivas, más que capitales golondrinos, que generen empleos y ocupación a una población creciente, cada vez más joven y se eviten situaciones tan injustas y por ello riesgosas, como las que existen en otras áreas del mundo y que de alguna forma se hicieron presentes en Chiapas a partir de 1994.

Los inversionistas, como es lógico, buscan las mejores condiciones posibles que les brinden seguridad, certeza y los mayores rendimientos.

Conforme la opinión de nuestros negociadores en el tema, “se buscó crear un clima atractivo para el inversionista, conservar la exclusividad del Estado mexicano en las áreas estratégicas y otorgar a las nacionales el mismo trato que a los extranjeros”.<sup>18</sup>

Dado que el propósito del presente ensayo es ocuparnos de los mecanismos de solución de conflictos y su prevención, si fuese el caso, debemos evitar caer en la tentación de describir y reseñar los detalles, los problemas y las interrogantes que este capítulo presenta.

Quien tenga interés por adentrarse en el mismo, aparte de leer por supuesto el texto del Capítulo XI, le sugiero estudiar la parte correspondiente del análisis que el Lic. Fernando Vázquez Pando (Q.P.D.), y la maestra Loreta Ortiz Ahlf de Vázquez Pando elaboraron sobre los “*Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*”.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Heftye Etienne, Fernando, “El Capítulo de Inversión del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica”, *Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio II*.

<sup>19</sup> Fernando Vázquez Pando y Loreta Ortiz Ahlf, *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, Themis, México, 1994, pp. 97 a 114. Mencionaré también algunos otros trabajos, como son: Francisco Ciscomani Fraener, “Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Inversión y solución de controversias”, en *Ars Iuris*, Universidad Panamericana, núm. 10, México, 1993; José Luis Siqueiros, “La solución de controversias en el marco del TLCAN”, en *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 24-I, 1995, pp. 381 a 384; Lic. Jaime Álvarez Soberanis, “El régimen de las inversiones en el Tratado de Libre Comercio”, en *Revista Mexicana de Justicia*, núm. 4, 1993; Alan M. Rugman y Michael Gestrin, “Las cláusulas de inversión en

Dada la gran apertura que se dio en este sector, hubo de aceptarse un mecanismo propio para prevenir y, en su caso, resolver las controversias que surgiesen cuando un inversionista considere que se le está vulnerando algún derecho. Dicho sistema resultó complejo y se encierra en la Sección B del Capítulo XI del TLC.

Cabe advertir de inicio que se deja bien sentado que las disposiciones del mismo son ajenas a las disputas de carácter público que se ventilarán conforme lo previsto en el Capítulo XX, por lo que se refieren sólo a las que aparezcan entre un inversionista de una parte y otra que resulta receptora de los fondos (Art. 1115). Es de mencionarse que en este precepto se enuncian dos criterios:

1. Igualdad de trato a los inversionistas.
2. Respeto al principio de la reciprocidad internacional.

El sistema que será utilizado para resolver las diferencias que surjan es el del arbitraje, pero primero deberá acudirse a la consulta y a la negociación. En cuanto a las reglas del arbitraje, se abren tres opciones:

1. Las que privan en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI), del 18 de marzo de 1965.
2. El Mecanismo Complementario de la CIADI, que se aprobó por el Consejo Administrativo del CIADI en 1978, habiéndose publicado su Reglamento en junio de 1979 (CIADI/II).
3. Las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), del 15 de diciembre de 1976.

---

el TLC”, en *El TLC, un enfoque trinacional*, compilado por Steven Globerman y Michael Walker, FCE, México, 1994; Daniel M. Price, “Mayor substantive rules an investor-state dispute settlement”, en *The North American Free Trade Agreement*, Ed. Beatriz Boza, Usa, 1993; David Gantz, “Resolución de controversias en materia de inversiones extranjeras”, en *Resolución de controversias comerciales en América del Norte*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1994; Gabriel Martínez, “Inversión en el Tratado de Libre Comercio”, en *Lo negociado del TLC*; Michael Hart, “North American Trade and investment patterns”, en *A North American Free Trade Agreement*, Centre for Trade Policy and Law, Canadá, 1990.

Cabe advertir que de los tres países signatarios del TLC sólo Estados Unidos es parte del CIADI.

Para iniciar un procedimiento arbitral deberán haber transcurrido al menos seis meses (Art. 1120) desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación (Condición Suspensiva), pero no después de tres años (Condición Resolutoria), (Arts. 1116, 2 y 1117.2).

Se exige asimismo que el consentimiento sea por escrito debiéndose observar lo dispuesto en el Capítulo II del CIADI y las reglas del Mecanismo Complementario; el Artículo II de la Convención de Nueva York y el Artículo I de la Convención Interamericana de Panamá de 1975 [Art. 1122, 2, C)].

Se previenen algunas normas que llaman la atención por su originalidad, como es el caso de la acumulación (Art. 1126) o de que la lista de 45 árbitros nombrados por consenso de las partes, son para actuar como presidentes del Tribunal Arbitral formado por sólo tres miembros, cuyo presidente en ningún caso deberá ser de la misma nacionalidad de las partes. Es de señalarse que esta condición sólo se menciona expresamente al facultar al secretario general para nombrarlo cuando las partes no lo hagan; por igualdad de razón estimó que en cualquier caso deberá observarse tal requisito.

Llama también la atención que al consignarse la obligación de que la aceptación de someter el diferendo al arbitraje, se invoque a la Convención Interamericana cuando no está comprendida entre los mecanismos de sometimiento del conflicto (Art. 1120).

Se estipula que los integrantes de la lista deberán ser expertos en derecho internacional y con vasta experiencia en inversiones, y se elegirán por consenso, esto es, por unanimidad y podrán ser nacionales de cualquier país (Art. 1124,4).

El *modus operandi* del Tribunal se regirá por las normas que escojan las partes de la baraja considerada y el derecho aplicable será el TLC y el derecho internacional (Art. 1131). Deberá acatar las interpretaciones que la Comisión haya formulado sobre alguna disposición del Tratado, por lo que cabría equipararla con la jurisprudencia obligatoria.

El laudo que se dicte será obligatorio y podrá considerar el pago de daños más los intereses pecuniarios, inclusive en el caso de la restitución de propiedad, pudiendo el Estado obligado, sin embargo, optar por lo primero.

En los Anexos 1120.1 y 1138.2 se establecen ciertas exclusiones de este Capítulo para Canadá y para México.

Por último, se ratifica el principio general de que la parte o el inversionista que acepte someterse al arbitraje, deberá renunciar a cualquier instancia a la que tenga derecho o dejar sin efecto la que esté tramitando (Art. 1121, 1.B y 2.B y 3).

### Comentarios

1. Este Capítulo XI, comprendido en la Quinta Parte del TLC, constituye, por las razones expuestas, uno de los más importantes, al referirse a uno de los objetivos (una vez más nos preguntamos por qué no se utilizó la nomenclatura más propia y denominar libros, capítulos, secciones, etcétera).
2. Este capítulo es sumamente importante y su complejidad requiere releerlo varias veces, así como a sus Anexos; me atrevería a decir que fundamentalmente a éstos.
3. La clasificación que se establece en el Art. 1101 de:
  - a) Inversionistas de otra parte.
  - b) Inversiones de inversionistas de otra parte realizadas en territorio de la parte.
  - c) En lo relativo a los Artículos 1106 y 1114, todas las inversiones en el territorio de la parte, merece un análisis detallado, minucioso y completo.
4. Por no ser propósito de este ensayo explorar estos temas, soslayamos abundar en ellos; merece, sin embargo, mencionar que uno de los grandes expertos en estos temas financieros y monetarios, el malogrado amigo Fernando Vázquez Pando (Q.P.D.), le dedica al Capítulo XI especial cuidado, en su obra, *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, y con su agudeza y sapiencia acostumbradas, formula observaciones interesantes.<sup>20</sup>

Consignamos que se establecieron en este Capítulo varias reservas y México lo hizo expresamente en los Anexos 1120.1 y 1138.2.

---

<sup>20</sup> *Op. cit.*, p. 73.

En el primer caso no se aceptará el arbitraje si se trata de una obligación establecida en la Sección “A” o en el Artículo 1503 (2), “Empresas de Estado, así como en los casos de monopolios y empresas de Estado 1503 (3).

En el otro supuesto se refiere a las disposiciones del Capítulo XX, Sección B, en relación con las decisiones de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, de tal manera que el mecanismo de solución de controversias ahí previsto no se aplicará a dichas resoluciones.

En opinión del Dr. Leonel Pereznieto Castro, la razón de tales reservas se funda en la existencia de la *Cláusula Calvo*, tan cara a México pues la experiencia histórica nos ha enseñado la necesidad de contar con ella.

Durante las negociaciones de esta Mesa insistimos en la pertinencia de aplicar la *Clausula Calvo*,<sup>21</sup> tanto por las razones dichas como por el hecho de que, de no hacerlo, se colocaría al nacional en una situación discriminada, pues el extranjero estaría facultado, en un caso concreto, a llevar un asunto a un pánel binacional en contra de una autoridad mexicana mas no el propio nacional. El autor mencionado líneas arriba sostiene:

Su actual posición, por tanto, debe interpretarse en un sentido político más que jurídico ya que el TLC significa, en sí mismo un paso demasiado audaz en la posición tradicional de México...<sup>22</sup>

Sin embargo, su aceptación significa el desconocimiento de los Artículos 15 y 27.1 de nuestra Constitución, lo que encierra una posible causa de ilegalidad.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Según mis notas al conocer el primer pre-proyecto de texto sobre inversiones que nos fue dado a conocer en el Cuarto de Junto instalado en Washington, D. C., el día 10 de enero de 1992, reiteramos nuestra postura de excluir del TLC las controversias sobre inversiones. Véase también mi comentario al que se refiere el periódico *El Nacional* del 3-VI-1992, enfatizando la pertinencia de respetar la Cláusula Calvo.

<sup>22</sup> 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*, núm. 23, 1994, p. 368.

<sup>23</sup> Sobre este tema, ver el análisis que el Dr. Luis Miguel Díaz y Antonio Garza elaboraron sobre el particular en “Los mecanismos para la solución de controversias del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 17, México, 1993, pp. 72 a 75.

En opinión personal considero que dadas las circunstancias hubo de aceptarse tal situación, pese a que en repetidas ocasiones les prevenimos de su inconveniencia.

Conviene esperar los acontecimientos en esta área de las relaciones financieras entre las partes y, si fuese el caso, modificar el texto de este Capítulo en lo concerniente si las decisiones de nuestros tribunales así lo resuelven.

No desconocemos la necesidad de contar con capital extranjero que se invierta en la creación de fuentes de trabajo y que sirva para aprovechar las ventajas derivadas del TLC.

Los recientes hechos confirman que la inversión llamada “golondrina” no es la mejor y puede ser, como aconteció, muy peligrosa.

## 5. SERVICIOS FINANCIEROS E INVERSIONES EN MATERIA DE SERVICIOS FINANCIEROS (CAPÍTULO XIV)

Tradicionalmente, el sector financiero mexicano se había conservado cerrado para los extranjeros y con frecuencia se insistía, en los centros mundiales de capitales, que nuestro gobierno debería abrirlo.<sup>24</sup>

La oportunidad se presentó al negociar el TLC y así el Capítulo XIV, denominado “Servicios Financieros”, se ocupa de la posibilidad de prestar servicios de esta naturaleza, de invertir en instituciones financieras y de participar del comercio transfronterizo. Dicho Capítulo se desglosa en cuatro grandes temas:

---

<sup>24</sup> Resulta interesante revisar las opiniones de algunos expertos vertidas previamente a las negociaciones; ver de Tomás Peñaloza Webb, “México ante la liberalización de los servicios financieros”, en *México ante el libre comercio con América del Norte*, Gustavo Vega C., coord., El Colegio de México, Universidad Tecnológica de México, 1991. Véase también: Javier Gavito e Ignacio Trigueros, “Los efectos del TLC sobre las entidades financieras”, en *Lo negociado del TLC...* Eileen P. Matthews, “Banking in the United States after NAFTA, any change?”; Antje Zaldivar, “Financial services in Mexico under NAFTA”; Kenth A. Palzer, “NAFTA financial services in a global context”, todos ellos en *The North American Free Trade Agreement*; Javier Gavito y otros, “Los servicios financieros y el Acuerdo de Libre Comercio: bancos y casas de bolsa”; Fernando Solís Soberón, “El sector asegurador ante el Tratado de Libre Comercio”, ambos en *México y el Tratado Trilateral de Libre Comercio. Impacto sectorial*, comp. Eduardo Andere y Georgina Kessel, ITAM, McGraw Hill, México, 1992.

1. Derecho de establecimiento de instituciones financieras.
2. El comercio transfronterizo.
3. Trato nacional.
4. Trato de nación más favorecida.<sup>25</sup>

El análisis cuidadoso y la valuación adecuada de los efectos de la aplicación de este capítulo requiere que tanto las autoridades hacendarias como las instituciones de crédito, estudien en detalle este capítulo y sus anexos, pues ciertamente la situación tradicional cambiará y no necesariamente en beneficio de los prestadores nacionales de estos servicios.

En contraste, los usuarios de los mismos esperan mejores condiciones de trato y de costo.

Durante las negociaciones, el “Cuarto de Junto” poco tuvo que hacer, ya que nuestras autoridades hacendarias manejaron con bastante independencia sus intervenciones, de tal manera que los méritos o deficiencias que arrojen los resultados finales, son de las mismas.

Sólo en lo concerniente a la solución de los conflictos, hubo oportunidad de sugerir algunas formulas, según lo expresamos en Dallas, durante la reunión, muy larga, que hubo en la última semana de febrero de 1992, en donde se revisaron exhaustivamente los proyectos de textos que se sometieron a nuestra opinión conforme un borrador denominado “Georgetown Composite”.

Se considera la prevención de conflictos a través de las consultas que se hagan las partes cuando consideren que una medida que tome una de ellas, puede afectar los servicios financieros (Art.1413).

Las controversias que se presenten por situaciones derivadas de la aplicación del mencionado Capítulo, serán resueltas conforme al Capítulo XX, Secc. 3. Sin embargo, se establecen ciertas modalidades para estos casos.

Así se deberá contar con una lista de hasta quince panelistas designados por consenso, la que será revisada cada tres años. Los requisitos son los mismos que para ser panelista del Capítulo XX (Art. 2001), pero además deberán tener experiencia en la práctica financiera.

---

<sup>25</sup> Artículos 1403, 1404, 1405 y 1406 respectivamente.

En caso de que el pánel falle en el sentido de que existen medidas incompatibles con el Tratado, el Estado afectado podrá suspender beneficios pero sólo en el sector financiero.

Cuando el problema sea en inversiones en materia de servicios financieros, contempladas en el Capítulo XI y el afectado estime que puede tratarse de una excepción, tal como se regula por el Art. 1410, podrá solicitarla, lo que suspenderá el conocimiento del caso y el Tribunal deberá remitir el asunto al “Comité de Servicios Financieros” (Art. 1412).

Este Comité deberá pronunciarse en un término de 60 días y su resolución será obligatoria y si no lo hace, se resolver  conforme al Capítulo XX, Art. 2008, a solicitud de la parte interesada.

Se previene que la parte consultada deberá acoger y considerar adecuadamente la consulta, según se desprende de una fórmula no muy feliz contenida en el Art. 1413, párrafo 1.

El resultado de las mismas deberá darse a conocer al Comité de Servicios Financieros que se establezca conforme al Art. 1412, en su Reunión Anual, el que deberá informar a la Comisión de Libre Comercio, creada según lo previene el Capítulo XX del TLC.

La información de cuenta es muy importante, toda vez que el Comité deberá intervenir, en su momento, en los procedimientos de solución de controversias a que se refiere el Art. 1415.

Dada la importancia de los servicios financieros, las partes consideraron pertinente elevar los conflictos de esta materia, al Capítulo XX, Sección B, en un apartado especial, ya que previenen una lista de quince panelistas que cuenten con las “...aptitudes y disposición necesarias para actuar como panelistas en materia de servicios financieros”. Dichos miembros deberán elegirse por consenso y durarán tres años en el desempeño de su cargo, al que podrán ser reelectos.

De resultar, en opinión del pánel, que las medidas financieras cuestionadas no son compatibles con el TLC, se facultará a la parte reclamante para que tome medidas retardatorias (no lo dice así el párrafo 5 del Art. 1414, pero eso se infiere) en el sector financiero si solamente éste es el afectado. *Si no sólo se lastimase éste sino otros*, la medida podrá tomarse en los servicios financieros afectados. O bien si afectan *otros que no sean los financieros*, no podrán afectarse éstos.

Al tocar el tema de las inversiones, hicimos mención que se considera de manera particular las que se hagan en materia de servicios financieros.

Se previene que si en un caso concreto al Tribunal (*sic*)<sup>26</sup> que conoce de un conflicto en inversiones, se le invoca la excepción prevista en el Art. 1410, deberá remitirlo al Comité para su *decisión*. Obviamente se refiere el precepto al previsto en el Art. 1412.

La importancia de la opinión del Comité es tal que el Tribunal no podrá proceder hasta conocerla.

Confirma esta observación el hecho de que la fracción 2 del citado Artículo 1415 establece que la decisión del Comité *será obligatoria*.

Pudiera suceder que el Comité no emitiera su fallo u opinión en un término de 60 días, en cuyo caso la parte afectada tendrá la facultad de invocar la instalación de un pánel “especial” de expertos, tal como lo previene el Art. 1414.

Es confusa aparentemente la redacción de estos preceptos, pero si consideramos que por Tribunal se deberá entender al que se refiere el Art. 1116 y por pánel al del Art. 1414, entenderemos que el procedimiento instaurado conforme al primero puede abrirse al invocarse por el interesado, las “excepciones” contenidas en el Art. 1410 y de no resolverse el asunto en el término de los 60 días, entonces se podrá ir al pánel arbitral especial, cuya opinión será obligatoria para el Tribunal (Art. 1415, párrafo 4o.).

## Comentarios

1. La interpretación de este Capítulo XIV en la parte concerniente a la solución de controversias no es fácil pues está entreverado con diversas disposiciones que se refieren tanto a las inversiones en servicios financieros (Cap. XI), como a los mecanismos de solución de controversias comprendidos en el Capítulo XX.

El esquema presenta un sistema, digamos, ordinario de solución de conflictos, descrito en el Artículo 1414, el cual se apoya

<sup>26</sup> Como se podrá apreciar, se usa como sinónimo el término tribunal a pánel, lo que confirma la razón en nuestra observación de utilizar sólo el término de tribunal por ser el correcto.

en el Capítulo XX y otro extraordinario cuando se trate de inversiones en servicios financieros.

En el segundo de los supuestos, el Tribunal Arbitral Establecido conforme al Art. 1123, esto es, compuesto por tres árbitros, se abstendrá de conocer el asunto si una de las partes invoca la excepción a que se refiere el Art. 1410 y deberá entrar en escena el Comité de Servicios Financieros creado con base en el Art. 1412.

La sustanciación del procedimiento ordinario, como lo hemos calificado, se llevará a cabo conforme lo previene el Capítulo XX, Secc. B, salvo que los panelistas o al menos su presidente deberá ser calificado, conforme lo previene el Art. 1414, párrafo 3o.

2. Debemos consignar un error en la versión oficial redactada en español que aparece en el Art. 1414, párrafo 2o. cuando establece que los panelistas “...se designarán por consenso y durarán tres años en su encargo, con posibilidad de ser ratificados” (*sic*).

En realidad lo que quiere decir es que pueden ser reelectos. Una vez más la premura en la redacción y en la adecuación de los términos legales del inglés al español, nos jugó una mala pasada.

En varias ocasiones el Grupo Asesor en la Redacción de los Textos Legales, manifestó su preocupación por esta falta de precisión y que se acogieron en muchos casos las observaciones pero no sucedió en éste en particular.<sup>27</sup>

3. La lista de los quince panelistas expertos en la práctica o en el derecho financiero se elegirá conforme las propuestas equitativas que formulen los tres países miembros del TLC.

Afirmamos lo anterior pues no se consigna así en forma expresa en el texto del Acuerdo, pero dado el criterio utilizado en los demás mecanismos para formar las listas, inferimos que aquí deberá suceder lo mismo.

Según la información que hemos recibido, se han planteado hasta la fecha cuatro casos derivados de la aplicación o más bien, de la deficiente aplicación según los demandantes de este Capítulo.

---

<sup>27</sup> El día 24 de septiembre de 1992 se llevó a cabo una reunión del Grupo con el jefe de la Unidad de Negociación del TLC y sus principales colaboradores para ratificarle nuestra preocupación y sugerirle algunas formas de trabajo.

Dos de ellos son en contra del gobierno mexicano y el tercero surgió entre una empresa norteamericana y el gobierno de Canadá, mismo que concluyó por transacción. Los que están en vigor son:

- Metalclad, como empresa que está construyendo un confinamiento de desechos tóxicos en Guadalcazar, San Luis Potosí.
- Dessona, que también está haciendo lo mismo en Naucalpan, Edo. de México.
- Acaverde, empresa recolectora de basura en Acapulco, Gro.

El 20 de noviembre de 2000 se notificó a las partes interesadas, el aviso de intención de iniciar un juicio arbitral conforme al Capítulo XI, Sección B por parte de un grupo de ciudadanos americanos al afectarse sus intereses en la ejecución de la orden dictada por la H. Suprema Corte de Justicia en el litigio entre el grupo Purúa Punta Banda y el ejido del poblado Coronel Esteban Cantú (oficio DGCJH54.06.243.01).

El primero de los mencionados, acaba de terminarse pues se dictó ya el laudo en contra de México y los otros dos, anteriores al citado, ya concluyeron con resoluciones favorables a México.

Resultará sumamente interesante conocer el desarrollo de dichos casos pues, como ya advertimos, las reglas y aplicación son bien complejas y requieren de verdaderos especialistas en la materia.

De los distintos casos sustanciados ante los tribunales *ad hoc*, se han considerado varios temas que se refieren al fondo de su quehacer, entre los cuales podemos enumerar algunos que nos parecen relevantes, pero sin desconocer que existen otros que bien se pueden incorporar a la lista. Éstos son:

1. Naturaleza jurídica de los paneles.
2. Competencia de los paneles.
  - a) Criterios aplicables.
  - b) Capacidad para examinar la legitimidad de la UPCI.
  - c) Alcance de los laudos: nulidad de la resolución.
  - d) Carácter de definitividad de las resoluciones.
3. Procedencia del amparo contra los laudos.
4. La representación ante los paneles: carácter de abogado.

5. Los abogados extranjeros.
6. La duplicidad de foros: OMC-TLC.

Las *conclusiones* que necesariamente debemos derivar de lo dicho sobre estos mecanismos son:

1. Los paneles han sido útiles.
2. Su importancia radica fundamentalmente en el hecho de haber abierto una opción que permite a los afectados, salir de la competencia y jurisdicción de las autoridades nacionales para revisar las resoluciones.
3. Sin embargo, su operación no ha sido la mejor y presentan deficiencias.
4. Dichas deficiencias son de dos órdenes:
  - a) Profesionales.
  - b) Procedimentales.
5. Por profesionales queremos señalar que los panelistas, pese a que han hecho su mejor esfuerzo, no han sido muy acertados en todos los casos.
6. Esta situación se puede mejorar mediante una preparación suficiente de quienes puedan fungir como árbitros en los mencionados mecanismos.
7. De cualquier manera consideramos que deben ser juristas en su mayoría, pues no basta sólo ser abogados o especialistas en comercio internacional.
8. En cuanto a las fallas de carácter procedimental, se requiere revisar las reglas buscando economía procesal y una mayor agilidad en las presentaciones escritas y en el desahogo de las audiencias e incidentes.
9. Pese a todo, sigo considerando en lo personal que lo mejor será establecer un Tribunal Permanente de Comercio Internacional que conozca de todos los casos derivados de los acuerdos comerciales, que dé seguridad y certeza en los juicios y en los juzgadores, y que ayude a formar árbitros y establezca secuencia en las resoluciones.