

Las controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte

JORGE ADAME GODDARD

SUMARIO: I. Introducción. II. Controversias entre particulares: A. Controversias comerciales. B. Controversias en materia de propiedad intelectual. C. Controversias en materia laboral. D. Controversias en materia ambiental. III. Controversias entre un gobierno y un particular: A. Controversias por resoluciones aduaneras. B. Controversias por adopción de medidas de emergencia. C. Controversias por compras del sector público. D. Controversias en materia de inmigración. E. Controversias por competencia desleal (dumping) e imposición de cuotas compensatorias. F. Controversias por omisiones del gobierno en el cumplimiento de sus leyes ambientales. G. Controversias en materia de inversión. IV. Controversias entre estados: A. Controversias en materia de competencia desleal. B. Controversias por la aplicación e interpretación del tratado. C. Controversias por la aplicación o interpretación de los acuerdos de cooperación en materia laboral o ambiental.

I. INTRODUCCIÓN

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) contiene dos capítulos especiales sobre solución de controversias, el capítulo XIX, que se refiere a los litigios en materia de competencia desleal y cuotas compensatorias y el capítulo XX que se ocupa de los procedimientos para solución de las controversias que pueda dar lugar la ejecución o la interpretación del tratado. Pero no son las disposiciones de estos capítulos las únicas que se refieren a las controversias que pueden surgir por la aplicación del tratado. Leyendo progresivamente el capitulado del TLCAN pueden detectarse muchas otras disposiciones relativas a la solución de controversias a lo largo de seis de las ocho partes en que está dividido; sólo la

primera parte, referida a “aspectos generales”, y la última carecen de artículos que versen sobre solución de controversias.¹

Además, deben considerarse las disposiciones sobre solución de controversias previstas en los acuerdos complementarios del tratado, el Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte y el Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte). Los dos acuerdos de cooperación son instrumentos jurídicos formalmente autónomos, independientes del TLCAN, aunque son materialmente complementarios del mismo; pero dada su autonomía formal han de interpretarse jurídicamente por sí mismos y, en particular, sus disposiciones sobre solución de controversias no tienen que confundirse con las previstas en el tratado.²

En este trabajo se intenta sólo describir los tipos de controversias que pueden presentarse en el ámbito de aplicación del tratado y los acuerdos, sin profundizar en los diversos mecanismos que existen para solucionarlas,³ ni en los múltiples problemas que puede presentar su puesta en marcha. Se trata de proporcionar al lector un panorama completo de todos los conflictos que pueden surgir por la aplicación del tratado.

Los distintos tipos de controversias se presentan clasificándolos en tres categorías distintas, en razón de las partes que intervienen en ellas: controversias entre particulares (epígrafe II); controversias entre un gobierno y un particular, que puede ser nacional o extranjero (epígrafe III), y controversias entre dos o más estados (epígrafe IV). Respecto de cada controversia se precisará: 1) su materia, 2) la ley sustantiva aplicable, 3) la ley procesal y el foro competente, y 4) la decisión final y los recursos de impugnación.

Siguiendo con la idea que he presentado en otro trabajo⁴ de considerar que en el ámbito de aplicación de este tratado concurren tres estratos jurídicos diferenciados: el derecho nacional, el derecho internacional público y el derecho mercantil

1 Se pueden mencionar, en orden progresivo las siguientes disposiciones del tratado sobre solución de controversias: 316, 414, 510, 513, 706, 707, 722, 723, 803, 804, 913, 914, 1005, 1017, 1022, 1023, 1113, 1115-1138, 1211, 1412, 1414, 1415, 1501, 1601, 1606, 1714-1718, 1805, 1902-1905, 1907, 2003-2022.

2 Las disposiciones sobre solución de controversias del acuerdo de cooperación ambiental son: artículos 6, 7, 14, 15, 22-27, y la del acuerdo de cooperación laboral son: 4,5 y 27 a 39.

3 Sobre los mecanismos de solución de controversias previstos en el tratado, se han publicado en México varios artículos, entre otros: CISCOMANI, Francisco “TLC. Inversión y solución de controversias”, en *Ars Juris* 10 (México 1993); DÍAZ, Luis Miguel, “Los mecanismos para la solución de controversias del TLC”, en *Revista de investigaciones jurídicas* 17 (México 1993); LASTRA, José Manuel “Mecanismos para la solución de controversias laborales en el TLC” en *Revista jurídica jalisciense* 9 (México mayo-agosto 1994); PEREZNIETO CASTRO, Leonel “Algunos aspectos del sistema de solución de controversias en el tratado norteamericano de libre comercio”, en *Revista de relaciones internacionales* 58 (México abril-junio 1993); SIQUEIROS, José Luis “La solución de controversias en el marco del TLC”, en *Jurídica* 24 (México 1995); SERRANO MIGALLÓN, Fernando “Solución de controversias en el TLC de América del Norte”, en *Pemex Lex* 73-74 (México julio-agosto 1994). Y un volumen dedicado específicamente al tema, coordinado por WTIKER, Jorge *Resolución de controversias comerciales en América del Norte* (México UNAM 1994).

4 ADAME GODDARD, J. “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte en el orden jurídico mexicano” en *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte I* (México Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM 1993) 79-108.

internacional, podría decirse que las controversias entre particulares se rigen por el derecho mercantil internacional, que las controversias entre un gobierno y un particular se rigen primordialmente por el derecho nacional y que las controversias entre estados se rigen por el derecho internacional.

He hecho este trabajo tomando en cuenta, además del tratado y otros instrumentos internacionales, el derecho mexicano. El trabajo debería complementarse con el análisis de los derechos de los otros países miembros del tratado.

II. CONTROVERSIAS ENTRE PARTICULARES

El tratado contempla tres supuestos de controversias de este tipo: las controversias comerciales sobre productos agropecuarios (artículo 707), las controversias relativas a violaciones de derechos de propiedad intelectual (capítulo 17) y las controversias comerciales en general (artículo 2022). En realidad son sólo dos supuestos diferentes: las controversias comerciales, que incluyen las que versan sobre productos agropecuarios, y las controversias sobre propiedad intelectual.

A esas deben agregarse las contempladas por el acuerdo de cooperación ambiental, que derivan de denuncias presentadas por personas particulares, y las contempladas por el acuerdo de cooperación laboral, relativas a conflictos entre los agentes de las relaciones laborales.

A. Controversias comerciales

Son controversias que se plantean entre particulares (incluidos los gobiernos o entidades públicas cuando actúan como un particular) que están establecidos en dos estados diferentes.

1. Materia

La materia a que se refiere es el incumplimiento de un contrato internacional, casi siempre de un contrato de compraventa internacional.

2. Ley sustantiva aplicable

La ley sustantiva aplicable es la ley que rige el contrato, que puede ser la ley que las partes eligieron y definieron en el contrato, la ley que resulte aplicable en virtud

de las reglas de conflicto (o reglas del derecho internacional privado) o una costumbre o convención internacional aplicable a falta de acuerdo entre las partes.

Respectos de contratos de compraventa internacional, si no hay un acuerdo de aplicar otra ley específica,⁵ los regirá la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena 1980) que está en vigor en los tres países del área.⁶

Las controversias relativas al contrato de transporte marítimo de mercancías podrán regirse, a falta de acuerdo específico, por la Convención Internacional de Bruselas para la Unificación de ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque (Bruselas 1924), comúnmente conocida como “Reglas de la Haya”, con sus modificaciones: el Protocolo modificativo aprobado en Bruselas el año de 1968, conocido como “Reglas de Wisby” y el Protocolo aprobado también en Bruselas en 1979, que está en vigor en los tres países norteamericanos. Sobre esta materia y con una reglamentación más amplia y completa se aprobó el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (Hamburgo 1978) conocido como “Reglas de Hamburgo”, que fue firmado por México el 31 de marzo de 1978 sin haberlo todavía ratificado, pero al que no se han adherido Canadá ni Estados Unidos; entró en vigor en los 20 países que lo ratificaron el primero de noviembre de 1992.

Relacionado con el transporte de mercancías está el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en Comercio Internacional (Viena 1991), que prevé la responsabilidad que tienen estos empresarios por la pérdida o deterioro de las mercancías o por la demora en su entrega.⁷

Hay otras convenciones sobre relaciones crediticias privadas que podrían llegar a estar en vigor. México ya ratificó la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio y Pagarés Internacionales (Nueva York 1988), que fue promulgada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de enero de 1993, pero que sólo

⁵ Un acuerdo de aplicar un sistema legislativo en general, por ejemplo de aplicar “las leyes mexicanas” o las “leyes de Canadá” no se considera una derogación de la aplicación de la convención sobre compraventas, pues se entiende que ésta es la ley mexicana o la ley de Canadá aplicable a las compraventas internacionales. Tampoco es derogatoria una referencia menos general, pero que no hace todavía mención a una ley específica, como la que dice que se aplicarán las “leyes del Estado de Jalisco” o las “leyes del Estado de Nueva York”, porque la ley de esos estados aplicable a las compraventas internacionales es precisamente la convención. Si sería derogatoria la referencia que dijera, por ejemplo, que se aplicará el “código civil del Estado de Nuevo León”. Ver ADAME GODDARD, J. *El contrato de compraventa internacional* (UNAM-Mc Graw Hill México 1994) 59 ss.

⁶ Son convenciones complementarias de ésta: la Convención de Naciones Unidas sobre representación en la compraventa internacional de mercaderías (Ginebra 1983) que define los derechos y obligaciones que adquiere un comprador o vendedor cuando contrata con un representante de la otra parte, y la Convención sobre la prescripción en la compraventa internacional de mercaderías (Nueva York 1974) y el Protocolo por el que se enmienda la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Viena 1980). Estos instrumentos han sido ratificados por México, pero no por Estados Unidos ni Canadá.

⁷ El texto de este convenio puede verse, junto con una introducción de ABASCAL, José María en *Revista de Derecho Privado* 6 (septiembre-diciembre 1992) 627 ss.

ha sido aprobada, sin ratificación, por Canadá el 7 de diciembre de 1990 y por los Estados Unidos el 29 de junio de 1990;⁸ aunque todavía no entra en vigor, puede llegar a ser un documento muy importante para regular las relaciones crediticias. También podrían llegar a tener vigencia dos convenciones preparadas por UNIDROIT y conocidas como "convenciones de Ottawa": la Convención de UNIDROIT sobre el Arrendamiento Financiero Internacional y la Convención de UNIDROIT sobre Factoraje Internacional (ambas Ottawa 1988), que podrían servir para facilitar el otorgamiento de créditos con garantía en los bienes adquiridos o en cuentas por cobrar. Estas dos convenciones entraron en vigor el primero de marzo de 1995 entre los tres países que las han ratificado: Francia, Italia y Nigeria.⁹

Consideradas como costumbre internacional (*lex mercatoria*),¹⁰ también podrían regir sustantivamente los contratos internacionales en la zona norteamericana, las Reglas para la Interpretación de los Términos Comerciales Internacionales, conocidas como INCOTERMS, que definen el significado de expresiones usadas en el comercio internacional, tales como FOB, CIF, FCA y otras. De mayor alcance, dado su contenido, es el documento recientemente aprobado por UNIDROIT¹¹ denominado Principios sobre los Contratos Mercantiles Internacionales, que es una recopilación sistematizada de los principios, reglas y cláusulas contractuales más usadas en los contratos internacionales y en las decisiones arbitrales sobre los mismos.

Cuando no haya una ley convenida por las partes ni sea aplicable algún tratado internacional, los contratos en la zona norteamericana se regirán por la ley nacional que resulte aplicable. Para determinar cuál es la ley nacional aplicable, podrá ser de mucha utilidad la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México 1994), que establece que a falta de acuerdo entre las partes será aplicable la ley del país que tenga los "vínculos más estrechos". Por ahora, esta convención fue firmada por, entre otros países, Canadá, Estados Unidos y México, pero no entrará en vigor sino hasta treinta días después de que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación (artículo 28). En tanto no entre en vigor, la definición del derecho aplicable deberá hacerse de conformidad con las reglas conflictuales de los países a los que pertenezcan las partes del contrato.

⁸ *Multilateral Treaties deposited with the General Secretary. Status as at 31 december 1991* (Nueva York 1992) 388.

⁹ Puede verse una traducción española de la convención sobre arrendamiento financiero internacional en *Revista de Derecho Privado* 13-15 (México 1994) 157 ss.

¹⁰ Es frecuente que los tribunales arbitrales comerciales tomen en cuenta la costumbre internacional, sin necesidad de que las partes la invoquen. En algunas convenciones internacionales, como la relativa a las compraventas internacionales, se establece la obligatoriedad de las costumbres internacionales (artículo 9), o la convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (artículo 10).

¹¹ Del cual se publican sus reglas, en versión española, en este número de la *Revista de Derecho Privado*.

3. Ley procesal y foro competente

La ley procesal aplicable será también, en principio, la que elijan las partes o la del foro que elijan las partes. Ordinariamente, cuando las partes determinan en su contrato cuál es la ley aplicable también eligen el foro competente. Si faltara esa elección, puede ser que las partes, en el momento en que se presenta el conflicto, decidan de común acuerdo remitir su controversia a un árbitro y en dicho acuerdo puede haber explícita o implícitamente una referencia a la ley procesal que regirá el procedimiento arbitral.

El tratado promueve que las controversias entre particulares se resuelvan por medio del arbitraje comercial. El artículo 2022 dice que los tres gobiernos promoverán el arbitraje comercial como medio para la solución de las controversias mercantiles internacionales que se susciten entre las empresas o personas particulares de los tres países.¹² Contempla además el establecimiento de un Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas (artículo 2022-4) encargado de hacer recomendaciones para la solución de controversias privadas, que podrá desempeñar un papel importante en la evolución hacia un derecho común norteamericano en materia contractual.

Respecto de las controversias que se den en relación con productos agropecuarios, establece (artículo 707) el “Comité Asesor en Materia de Controversias Comerciales Privadas sobre Productos Agropecuarios”, que deberá promover el establecimiento de mecanismos para la solución rápida de este tipo de controversias, entre los cuales, aunque no se dice expresamente, habrá de contarse el arbitraje comercial.

Cuando las partes opten por el arbitraje comercial, la ley procesal será también la que elijan las partes expresamente o implícitamente cuando eligen una determinada institución que lo administre, como la Cámara de Comercio Internacional, que tiene sus propias reglas procesales, o la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). Si las partes no eligen las reglas procesales, se aplicarán las del lugar donde se practique el arbitraje. Las leyes de procedimiento de arbitraje comercial de los tres países de Norteamérica tienen un contenido semejante pues derivan todas de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985), elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.¹³

Si no hubiera convenio arbitral, entonces la controversia tendría que plantearse ante el juez que resulte competente de acuerdo con las reglas de derecho internacional privado de los países a los que pertenecen las partes.

¹² Se incluyen las dependencias gubernamentales y las empresas paraestatales cuando actúan con carácter privado.

¹³ Al respecto puede verse el volumen *Commercial arbitration in the Americas* (México UNAM 1992) 49-152.

4. Decisión final y forma de ejecución

Si la controversia se lleva ante un árbitro, ésta se resuelve mediante el laudo arbitral que tiene prácticamente tanta fuerza ejecutiva como una sentencia.

El procedimiento de ejecución de los laudos arbitrales se regirá por distinta ley según que sea un laudo dictado en el país donde va a ser ejecutado o un laudo dictado en el extranjero. Cuando el laudo fue dictado en el país donde se pretende ejecutar, el procedimiento ejecutivo se regirá conforme a las disposiciones procesales nacionales. Cuando el laudo se dictó en el extranjero, se regirá la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York 1958), que está en vigor, en más de ochenta países, entre los que están los tres de Norteamérica. Esta convención, además de facilitar la ejecución de los laudos extranjeros, permitiendo su ejecución casi como si fueran una sentencia expedida por un juez nacional, fija condiciones que indirectamente regulan la validez de las cláusulas o convenios arbitrales. De contenido semejante es la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá 1975), que está en vigor en más de diez países americanos, entre ellos Estados Unidos y México.

Las controversias tramitadas ante los tribunales institucionales terminarán con una sentencia que deberá ser ejecutada conforme a las disposiciones procesales vigentes del país donde vaya a serlo. Para facilitar la ejecución de sentencias extranjeras se han aprobado en el ámbito americano dos convenciones: la Convención Interamericana sobre Eficacia Territorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Montevideo 1979), que señala los requisitos que debe cumplir una sentencia para que pueda ser ejecutada en el territorio de otro Estado parte de la convención, y la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras (La Paz 1984) que, complementando la anterior, señala cómo se cumple con el requisito de la competencia del juez que dicta una sentencia que se pretende ejecutar en el extranjero.¹⁴

B. Controversias en materia de propiedad intelectual

Las controversias que se presenten en esta materia son entre particulares, entre el titular de un derecho de propiedad intelectual y el presunto infractor de ese derecho.

De ellas se ocupa el capítulo 17 del tratado.¹⁵

¹⁴ El texto de ambas convenciones puede verse, así como una explicación sucinta de su contenido en PEREZNIETO Y CASTRO, L. *Derecho Internacional Privado* 3a. ed. (Harla México 1984).

¹⁵ No contempla el tratado controversias entre los titulares de derechos de propiedad intelectual y las autoridades administrativas, ya que esto no hace falta cubrirlo, pues se implica la obligación de un Estado de reconocer los derechos de propiedad intelectual registrados en los otros estados partes del tratado. El tratado obliga a dar trato nacional a los extranjeros, sin necesidad de que estos cumplan cualquier tipo de formalidad o registro (artículo 1703, especialmente párrafo 3).

1. Materia

La violación de algún derecho de propiedad industrial (artículo 1714-1). Por lo general, tal violación dará lugar a un procedimiento civil o administrativo, pero cuando se refiera a casos de “falsificación dolosa de marcas o de piratería de derechos de autor” dará lugar a un procedimiento penal (artículo 1717-1).

Se contempla también un procedimiento preventivo (artículo 1718) para evitar que se lleguen a importar o exportar mercancías que puedan lesionar tales derechos, de modo que en este caso la materia no son actos violatorios ya consumados sino la sospecha fundada de que puede haberlos. Los procedimientos para prevenir violaciones a estos derechos llevan a una decisión de carácter temporal que consiste en una orden de la autoridad aduanera para suspender la importación o exportación de mercancías que violen derechos de propiedad industrial (artículo 1718-1), que tiene vigencia por diez días y puede prorrogarse otros diez días más (artículo 1718-6). En ese tiempo, el interesado en la suspensión deberá iniciar un procedimiento para decidir sobre el fondo del asunto y el juez o autoridad correspondiente podrá ordenar que continúe la suspensión. Este procedimiento todavía no se regula en México y, de acuerdo con el anexo 1718.14 del tratado, lo hará en un plazo que no exceda tres años después de la fecha de firma del tratado.

2. Ley aplicable

El capítulo 17 del tratado contiene una serie de disposiciones de tipo sustantivo que definen los derechos de propiedad intelectual y la protección que cada Estado parte del tratado debe otorgar a los titulares de esos derechos (artículos 1702 a 1713) y otra de carácter adjetivo (artículos 1714 a 1718) que define reglas acerca de los procedimientos para defensa de los derechos de propiedad intelectual. Las dos series de reglas tienen una forma de vigencia distinta.¹⁶

Las reglas sustantivas se aplican directamente, de modo que rigen la existencia, otorgamiento y reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual, tal como lo dispone el párrafo del artículo 1701 del tratado, donde dice que “cada una de las Partes aplicará, cuando menos, este capítulo...” Pero añade el mismo texto que también se aplicarán las disposiciones sustantivas de estos otros tratados: el Convenio de Ginebra para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas (1971), Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas (1971), Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1967), Convenio Internacional para la

¹⁶ Sobre el problema de la aplicación de los tratados sobre propiedad intelectual, puede verse el ilustrativo trabajo de CADENA, Efrén “Aplicación de los tratados sobre propiedad industrial cuyas disposiciones tiene carácter autoejecutivo”, en *Revista de Derecho Privado* 16 (México enero-abril 1995).

Protección de las Obtenciones Vegetales (1978) y la Convención Internacional para la Protección de Nuevas Variedades de Plantas (1991).

Entonces, las controversias en materia de propiedad intelectual entre personas de la zona norteamericana se regirán, en cuanto al fondo, por el capítulo 17 del tratado y las disposiciones sustantivas de los otros tratados mencionados y, subsidiariamente, por la ley nacional correspondiente que, en principio, no debe contradecir lo previsto en el tratado.

3. Ley procesal y foro competente

Los tribunales competentes serán los del país donde se produzca la presunta violación de derechos de propiedad industrial. La ley procesal será la ley nacional propia del tribunal competente.

Las reglas adjetivas del capítulo 17 del tratado no se aplican directamente, sino que son indicaciones del contenido que han de tener las leyes sobre la materia de los países partes del tratado. Sobre esto el primer párrafo del artículo 1714 dice:

Cada una de las Partes garantizará, conforme a lo previsto en este artículo y en los artículos 1715 a 1718, que en su legislación interna se establezcan procedimientos de defensa de los derechos de propiedad intelectual que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acto que infrinja los derechos de propiedad comprendidos en este capítulo, incluyendo recursos expeditos para prevenir las infracciones y recursos que desalienten futuras infracciones.

La ley procesal correspondiente debe contener disposiciones que estén conformes con los artículos 1714 a 1718 del tratado, pero si sus disposiciones no se ajustaran al contenido de los artículos del tratado, de cualquier manera tiene que aplicarse como ley adjetiva para solucionar la controversia ya que es la ley procesal aplicable. La incongruencia con el tratado no la privaría de ser la ley procesal aplicable, pero sí podría dar lugar a que otro de los estados parte del tratado pudiera plantear una controversia por incumplimiento de la obligación (prevista en el artículo 1714-1) de garantizar una protección procesal a los titulares de derechos de propiedad intelectual concorde con lo previsto en los artículos 1715 a 1718; ésta sería una controversia, no entre particulares ni por infracciones a los derechos de propiedad intelectual, sino una controversia entre estados y por violación de los obligaciones derivadas del tratado, que se regiría por el capítulo veinte del mismo.

En la legislación mexicana, la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial¹⁷ establece un procedimiento para que pueda declararse la existencia de una infracción a los derechos de propiedad intelectual. Es el "procedimiento

¹⁷ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de junio de 1991 y reformada profusa y profundamente, en atención a las disposiciones del tratado, por decreto publicado el 2 de agosto de 1994.

de declaración administrativa”, previsto en los artículos 187 y siguientes de la mencionada ley, que se ventila ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial y que concluye imponiendo una sanción al infractor.

La imposición al agresor de una sanción en el procedimiento administrativo, no impide que el titular de derechos inicie un juicio de orden civil, con el fin de obtener una indemnización adecuada por los daños y perjuicios causados. Tal procedimiento se realizará ante los jueces ordinarios y de conformidad con las leyes de procedimientos civiles.¹⁸ Sin embargo, la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial establece una regla (artículo 221 bis) para calcular la indemnización, que deberá ser atendida por los jueces civiles, según la cual la indemnización no será inferior al cuarenta por ciento del precio de venta al público de cada producto o cada servicio que implique violación a derechos de propiedad intelectual.

La reclamación de indemnización de daños y perjuicios, si las dos partes lo acuerdan, podrá resolverse mediante arbitraje, sea del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial,¹⁹ sea de otro árbitro privado,²⁰ y en ambos casos el procedimiento se regirá por las reglas de arbitraje dispuestas en el Código de Comercio.²¹

Si en el procedimiento de declaración administrativa se concluye que hubo una infracción que constituye un delito de los previstos en la misma ley sobre propiedad industrial (artículo 223), el ofendido podrá iniciar, además de la acción de indemnización del daño, una acción penal para que se castigue al agresor, ante los tribunales federales, que se regirá conforme al Código Federal de Procedimientos Penales.

4. Decisión final y recursos

El procedimiento administrativo puede dar lugar, mientras está en curso, a la adopción de alguna medida para evitar futuras violaciones de estos derechos (artículo 199 bis), como ordenar el retiro de circulación de mercancías que los infrinjan o la destrucción de utensilios usados para fabricarlos; pero concluye imponiendo una sanción que puede ser multa, clausura temporal o definitiva del establecimiento o arresto administrativo del infractor.

La Ley de Propiedad Industrial no señala algún recurso expreso contra la imposición de multas o la adopción de medidas preventivas, por lo que cabe impugnarla por el recurso general de revisión previsto en la Ley Federal de

¹⁸ En principio son competentes los jueces federales, pero se admite que, a elección del actor, lo sean también los del orden común (artículo 227 de la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial).

¹⁹ Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, art. 6-IX.

²⁰ *Ibid.*, art. 227 segundo párrafo.

²¹ Libro Cuarto, Título Quinto.

Procedimiento Administrativo (artículos 83 y ss) o mediante amparo administrativo ante el juez de distrito.²²

El procedimiento civil de indemnización concluirá con una sentencia por la que se condene al pago de una cantidad de dinero en concepto de indemnización. El procedimiento penal, por una sentencia que imponga alguna de las penas previstas en el artículo 224 de la Ley de Propiedad Industrial: de dos a seis años de prisión y multa de cien a diez mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal. Ambas sentencias son impugnables por las vías ordinarias.

C. CONTROVERSIAS EN MATERIA LABORAL

El Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte contempla las controversias que pueden suscitarse entre los diversos agentes laborales (trabajadores, sindicatos, patronos, empresas, o el gobierno en su calidad de patrón) respecto de la aplicación de la legislación laboral. No da reglas específicas para resolver o tratar estas controversias, pero sí señala los contenidos mínimos que deben tener las leyes laborales nacionales de los países partes para resolverlas.

Son controversias que plantean las “personas con interés jurídicamente reconocido conforme a su derecho interno” respecto de la aplicación de las leyes laborales y específicamente para hacer valer los derechos establecidos en ellas, así como en los contratos colectivos. Se resuelven de conformidad con el derecho nacional aplicable, y por medio de las instancias nacionales establecidas.

El acuerdo sólo establece (artículo 5) un mínimo de garantías procesales que deben cubrir los procedimientos respectivos, las que, en términos generales, cumple el derecho laboral mexicano. Pero la fijación de estos requisitos tiene un valor de mero consejo o recomendación, ya que el párrafo 8 del mismo artículo expresa-mente señala que las resoluciones en materia laboral dictadas por los tribunales competentes no se podrán revisar con el objeto de averiguar si cumplen o no con los términos del acuerdo.

D. CONTROVERSIAS EN MATERIA AMBIENTAL

El Acuerdo de Cooperación Ambiental que firmaron los tres países partes del TLCAN contempla controversias que pueden surgir por denuncias de personas respecto de violaciones a las leyes ambientales nacionales. No se trata en rigor de controversias entre particulares, porque lo que se ventile no es sólo un interés privado, sino un interés público, el equilibrio ecológico. Pero son controversias que pueden iniciar personas particulares en contra de otras personas particulares

²² Art. 114-II de la Ley de Amparo.

que supuestamente violan las leyes ambientales y que, eventualmente, pueden dar lugar a una controversia civil de indemnización de los daños causados por tales violaciones.²³

El acuerdo no rige directamente estas controversias sino que sólo establece (artículos 6 y 7) la obligación de los estados partes del tratado de admitir este tipo de denuncias y tramitarlas por medio de procedimientos que cumplan determinadas requisitos mínimos.

1. Materia

Son las violaciones a las leyes ambientales nacionales perpetradas por personas particulares, empresas u organismos públicos, denunciadas por personas u organismos no gubernamentales.

El acuerdo señala que pueden plantear estas controversias las personas que tengan “interés jurídicamente reconocido conforme a su derecho interno”. Conforme a la ley mexicana, la controversia la puede iniciar “toda persona”²⁴, es decir cualquier persona sin importar su nacionalidad, edad, sexo, ocupación o cualquier otra especificación; esto se explica, considerando que la ley mexicana considera que estas controversias son objeto de “denuncia popular”, por lo que basta sólo con identificar la persona que presenta la denuncia.²⁵

2. Ley aplicable

Se aplican las leyes nacionales de la materia, En México serían principalmente la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente,²⁶ así como sus tres reglamentos.²⁷

²³ También contempla controversias derivadas de las “omisiones” del gobierno en la aplicación de su ley ambiental, pero son estas controversias en las que el demandado es el propio gobierno y que se examinan abajo.

²⁴ Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, art. 189.

²⁵ *Ibid.*, art. 190.

²⁶ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de enero de 1988; no ha sido reformada.

²⁷ Son dos reglamentos de aplicación federal: el Reglamento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en materia de Prevención y Control de la Contaminación de la Atmósfera, y el Reglamento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en materia de Residuos Peligrosos; y un reglamento de aplicación local: el Reglamento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente para la Prevención y Control de la Contaminación Generada por los Vehículos Automotores que circulan por el Distrito Federal y los Municipios de su Zona Conurbada.

3. Foro competente y ley procesal

Son los órganos administrativos y judiciales establecidos en cada país, que resuelven de conformidad con sus propias leyes procesales. El artículo 7 de este acuerdo señala los requisitos mínimos que deben cumplir estos procedimientos, entre otros el de que por regla general sean procedimientos públicos

De acuerdo con la ley mexicana del equilibrio ecológico, las denuncias se presentan en primer lugar, ante las oficinas o representaciones estatales de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología o de la otras secretarías de Estado, según su competencia y , a falta de representaciones de las secretarías en el lugar, ante las autoridades municipales.

La controversia se rige según lo previsto en la misma Ley del Equilibrio Ecológico, especialmente los artículos 189 a 194.

4. Decisión final y recursos

La controversia debe tener como resultado, según el acuerdo: a) el pago de daños y perjuicios a los particulares; b) la imposición de sanciones, como multas, clausuras y otras; c) la adopción de medidas para asegurar el cumplimiento de las leyes, o d) la adopción de medidas precautorias (artículo 6-3).

De acuerdo con las leyes mexicanas, la Secretaría podrá (artículo 170) adoptar “medidas de seguridad”, tales como decomiso de materiales peligrosos, clausura temporal, parcial o total de fuentes contaminantes y otras. Además podrá imponer sanciones como multas, clausuras, arrestos o revocación de concesiones y otras (artículos 171 y 172).

La cuestión de pago de indemnización por daños causados, deberá tramitarse por los interesados a través de un juicio civil. La Secretaría sólo proporciona un dictamen técnico, con valor probatorio, sobre la existencia de los daños (artículo 194).

Contra la decisión de la Secretaría, procede el recurso de inconformidad, previsto en la misma ley (artículos 176 y ss.). Contra la decisión en este recurso, procede el juicio de amparo, ante el juez de distrito, de conformidad con el artículo 114-II de la Ley de Amparo.

III. CONTROVERSIAS ENTRE UN GOBIERNO Y UN PARTICULAR

Si bien el tratado no es una ley que en principio obligue o beneficie directamente a los particulares, en realidad sí los afecta indirectamente cuando los estados partes del tratado asumen la obligación internacional de comportarse de cierta manera respecto de las personas particulares, nacionales o extranjeras, en las materias cubiertas por el tratado. Por ejemplo, los estados se comprometen a dar determinado

trato aduanero a las mercancías procedentes de los países del área, lo cual implica que los exportadores o importadores de esos países tienen derecho a exigir que los estados partes del tratado actúen en la forma en que se han comprometido entre sí.

Este tipo de derechos que pueden llegar a tener los particulares, los derivan ellos, por lo general, no del tratado mismo, sino de las leyes nacionales que los estados han promulgado para hacer efectivos sus compromisos internacionales. Por ejemplo, los derechos que pueden tener un importador nacional o un exportador extranjero, frente a la autoridad aduanera que se niega a dar a sus mercancías el trato preferencial previsto en el tratado, derivan directamente de la ley nacional aduanera, cuyo contenido a su vez proviene de lo previsto en el tratado.

En el caso de que la Ley Aduanera contradijera el tratado, el particular afectado, nacional o extranjero,²⁸ de acuerdo con el derecho mexicano, podría plantear la cuestión, una vez agotado el recurso ante el Tribunal Fiscal de la Federación, en vía de amparo ante los tribunales colegiados, en virtud de que los tratados, de conformidad con el artículo 133 constitucional, son, junto con la constitución y otras leyes federales, la “ley suprema” de la república. Pero este derecho que tiene el particular de exigir a la autoridad el cumplimiento del tratado, no es un derecho que derive del tratado mismo, sino de la Constitución mexicana y de la Ley de Amparo.

En los casos en que los tribunales nacionales tengan que decidir sobre el alcance y aplicación de alguna regla del tratado, como sería en el caso en que un particular solicite amparo contra una decisión administrativa alegando que no respeta el contenido del tratado, deberá tenerse en cuenta el artículo 2020 del tratado, que dispone que si en un país se lleva a cabo un procedimiento judicial o administrativo (se entiende que es un litigio entre particulares o entre un particular y el gobierno de ese país) en el que esté implicada una cuestión de interpretación o aplicación del tratado, los países partes del tratado, si lo consideran pertinente o si el tribunal se los pide, podrán solicitar a la Comisión de Libre Comercio que emita una opinión al respecto o dar ellos mismos su opinión si la Comisión no lo hace.

En el mismo caso de una ley nacional que contradice el tratado, el particular extranjero también tendría la posibilidad de pedir a su gobierno que planteara una controversia, de conformidad con el capítulo 20, para que se juzgue si el gobierno que tiene en vigor tal Ley Aduanera viola o no sus obligaciones derivadas del tratado. Pero entonces se plantearía una controversia entre estados y no entre un particular y un Estado.

La regla general es, pues, que los particulares no reciben derechos directamente del tratado. En concordancia con esta regla, su artículo 2021 dispone que ninguno

²⁸ FIX ZAMUDIO, Héctor en su comentario al artículo primero constitucional (*Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada* 6a. ed. [UNAM México 1994] 2-4) señala que la constitución otorga los derechos fundamentales, y consecuentemente el juicio de amparo contra su violación, a todas las personas, sin distinción de nacionalidad, por lo que cabría aceptar que los exportadores extranjeros tendrían acceso al amparo en contra de una resolución que los perjudica de la autoridad aduanera mexicana que obra de conformidad con la ley nacional pero contradiciendo el tratado.

de los gobiernos podrá otorgar, en su legislación interna, derecho de acción contra otro de los gobiernos parte del tratado, con fundamento en que ése ha actuado en contra de lo previsto en el tratado; de modo que, por ejemplo, el gobierno mexicano no puede dar una ley que permita que algún particular pueda iniciar una controversia contra el gobierno de Canadá porque no ha cumplido el tratado.

Sin embargo, en un caso específico, el tratado da derecho de acción a los particulares: en el caso de los inversionistas extranjeros, que pueden demandar directamente al Estado que no cumple las reglas de inversión extranjera previstas en el tratado.²⁹ En este caso, parece que el particular tiene un derecho de acción en contra del Estado derivado directamente del tratado, pero no es así, pues si el Estado que ha sido demandado y condenado por un laudo arbitral, no cumple el laudo, entonces el caso se transforma en una controversia entre estados, que se rige por lo dispuesto en el capítulo 20 del tratado, en la que el Estado del inversionista extranjero reclamará el incumplimiento del laudo arbitral. Esto indica que la obligación de cumplir el laudo, la tiene el Estado, no frente al particular, sino frente a los otros estados parte del Tratado.

Algo semejante ocurre en el caso de los fabricantes o exportadores afectados por la imposición de una cuota compensatoria, quienes, aunque no pueden demandar directamente al gobierno responsable, sí tienen derecho de exigir a su gobierno que demande al Estado que impuso la cuota compensatoria, tal como lo dispone el párrafo 5 del artículo 1904,³⁰ pero esta controversia, aunque se inicia a petición de un particular, se transforme también en una controversia entre estados.³¹

En adelante se presentan los distintos tipos de controversias que se pueden dar entre un particular y un Estado parte del tratado. Cabe distinguir, de acuerdo con lo arriba expuesto, dos categorías de conflictos: la de aquellos que, aunque se refieren a materias cubiertas por el tratado, se resuelven de conformidad con la ley nacional y por medio de instancias administrativas o judiciales también nacionales, y la de conflictos que se resuelven directamente por las reglas del tratado, de acuerdo con un procedimiento previsto en el mismo y a través de árbitros privados independientes del Estado en cuestión. Las únicas controversias de este último tipo que contempla el tratado son las que se plantean entre un inversionista extranjero y el Estado que recibió la inversión.

Las controversias que se resuelven conforme a la ley nacional son, en general, controversias entre las autoridades administrativas de uno de los estados partes del tratado y personas particulares (empresas o personas físicas) nacionales o extranjeras (pero de algún otro de los estados partes del tratado), que se plantean como consecuencia de la aplicación, por alguna autoridad administrativa, de alguna de

²⁹ Ver abajo III B.

³⁰ Textualmente dice: "Una Parte [se entiende un Estado parte del tratado] podrá solicitar, por iniciativa propia, que un panel revise una resolución definitiva [se entiende, por la que se impone una cuota compensatoria o antidumping], y deberá asimismo solicitarlo a petición de una persona que de otro modo, conforme al derecho de la Parte importadora, estaría legitimada para iniciar procedimientos internos de revisión judicial de la misma resolución definitiva".

³¹ Ver abajo IV A.

las leyes nacionales que rigen aspectos previstos en el tratado. La novedad que tienen estas controversias respecto de las que resuelven ordinariamente los tribunales administrativos es doble: a) que la ley que se aplica ha de respetar disposiciones específicas del tratado y b) que en estas controversias pueden ser demandantes, en contra de alguna autoridad administrativa nacional, personas particulares extranjeras de alguno de los países del tratado.

El tratado contiene un capítulo, el capítulo 18, con disposiciones sobre la publicación, aplicación y notificación de las leyes, reglamentos, procedimientos y resoluciones administrativas que se refieran a materias cubiertas por el tratado. Los artículos 1804 y 1805 establecen disposiciones específicas respecto de los procedimientos administrativos, que son reglas que, en principio, los estados partes del tratado deben respetar en todo procedimiento administrativo respecto de materias comprendidas en el tratado. Además, en otros capítulos, el tratado contiene reglas para algunos procedimientos administrativos en especial.

En general, el artículo 1804 dispone que en todo procedimiento administrativo en el que se apliquen leyes, reglamentos o disposiciones administrativas de carácter general que afecten a personas originarias de algún otro país parte del tratado, se les debe notificar del inicio del procedimiento (párrafo *a* del mismo artículo) y darles oportunidad para presentar pruebas y alegatos, siempre que lo permita así el interés público, antes de que se tome una resolución definitiva (párrafo *b*).

El artículo 1805 se refiere a los recursos para impugnar una resolución administrativa definitiva. Dice (párrafo 1), que cada uno de los estados partes establecerá tribunales y procedimientos judiciales o administrativos para la pronta revisión de decisiones administrativas relacionadas con los asuntos previstos en el tratado, que en el procedimiento de revisión las partes tendrán oportunidad de defender su posición y que el procedimiento concluirá con una resolución fundada en las pruebas y promociones presentadas (párrafo 2).

Pero en cada controversia hay reglas específicas que llevan a cabo esos lineamientos generales previstos en el capítulo 18. En adelante se examinarán cada una de estas controversias. Se presentan, en primer lugar, las controversias que se resuelven de conformidad con la ley nacional y de acuerdo con el orden en que aparecen en el tratado (epígrafes A-F) y después las controversias sobre inversión que se resuelven de conformidad con el tratado (epígrafe G).

A. Controversias por resoluciones aduaneras

Los beneficios aduaneros que recibirán las mercancías de los países partes del tratado están condicionados a que las mercancías sean realmente de procedencia norteamericana, lo cual se acredita, ordinariamente, mediante el certificado de origen expedido por el productor o el exportador. La aduana del país a donde se importarán las mercancías puede verificar si efectivamente las mercancías son de esa procedencia, de acuerdo con las reglas de origen previstas en el capítulo cuarto

del tratado y, en consecuencia, negar el trato preferencial si concluye que las mercancías no son de ese origen. Las resoluciones que tomen las aduanas en estos casos podrán lógicamente ser impugnadas por los importadores nacionales, pero el artículo 510 del tratado prevé que también puedan impugnarlas, con los mismos recursos que los importadores, los exportadores o fabricantes extranjeros afectados.

1. Materia

La materia de estas controversias serán las resoluciones aduaneras de determinación de origen, determinaciones de marcado de país de origen y resoluciones anticipadas (artículo 510 del tratado).

Las controversias se plantean entre un particular, que puede ser el importador nacional o el exportador extranjero, y la autoridad aduanera.

2. Ley sustantiva

La controversia se resolverá, en principio, conforme la ley nacional de la aduana que dicta la resolución. En México sería la Ley Aduanera y sus respectivos reglamentos y el Código Fiscal de la Federación, como norma supletoria.

En caso de que las disposiciones de la Ley Aduanera no concordaran con el tratado, serían aplicables directamente las disposiciones de los capítulos tercero, cuarto y quinto del tratado, ya que el tratado, de conformidad con el artículo 133 constitucional y su interpretación jurisprudencial, es ley nacional de mayor jerarquía que la Ley Aduanera.

Para evitar incongruencias de las leyes con el tratado, el artículo 511-1 prescribe que los estados partes deberán publicar leyes y reglamentos de contenido uniforme para aplicar las disposiciones de esos capítulos del tratado, y el artículo 513 establece un Grupo de Trabajo sobre Reglas de Origen, que supervisará la aplicación de los capítulos 4 y 5, así como de varias disposiciones del capítulo 3 y que procurará, por medio de un subgrupo especial sobre aduanas, llegar a acuerdos sobre la interpretación, aplicación y administración uniforme de dichos capítulos. Los países llegaron a un acuerdo acerca de las "reglamentaciones uniformes referentes a la interpretación, aplicación y administración de los capítulos III, IV y V del Tratado", cuyo contenido incorporó la Secretaría de Hacienda de México en la "Resolución que establece las reglas de carácter general relativas a la aplicación de las disposiciones en materia aduanera del Tratado de Libre Comercio de América del Norte".³² Posteriormente los países llegaron a un nuevo acuerdo sobre el

³² Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre de 1993. Posteriormente se

contenido de tales reglamentaciones uniformes,³³ y la Secretaría de Hacienda de México emitió una nueva resolución,³⁴ del mismo nombre, que deja sin efectos la anterior. En consecuencia, las controversias en materia aduanera deben resolverse teniendo en cuenta, en primer lugar, el contenido de estas resoluciones y posteriormente la Ley Aduanera.

3. Foro competente y ley procesal

La controversia se plantea ante las instancias administrativas y judiciales del país de la aduana que dictó la resolución; de acuerdo con el artículo 510-2, puede plantearse, al menos, en dos niveles: ante una instancia administrativa superior a la autoridad responsable de la resolución impugnada, y posteriormente ante una instancia judicial o cuasijudicial.

En México, el artículo 94 fracciones I y II de la Ley de Comercio Exterior, señala que procede el recurso administrativo de revocación por resoluciones relativas a marcado de país de origen o certificación de origen. El recurso administrativo se interpone ante la Secretaría de Hacienda y se rige por el artículo 95 de la citada ley, así como por los artículos respectivos del Código Fiscal de la Federación.³⁵

4. Decisión final y recursos

El objeto de este recurso, de conformidad con el artículo 95 de la Ley de Comercio Exterior es revocar, modificar o confirmar la resolución aduanera.³⁶

publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, el 7 de enero de 1994, un acuerdo dirigido a todas las autoridades aduaneras que establece las reglas para hacer el marcado de país de origen.

³³ Su contenido fue publicado en el *Diario Oficial* el 15 de septiembre de 1995 con el nombre de "Reglamentaciones uniformes referentes a la interpretación, aplicación y administración de los capítulos III, IV y V del Tratado".

³⁴ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación de la Federación* el 15 de septiembre de 1995.

³⁵ Especialmente el Título Quinto, "de los procedimientos administrativos", arts. 116-150. Cabe preguntar si es aplicable en estos casos la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de agosto de 1994): el artículo 1 de esta ley señala que no es aplicable a ciertas materias administrativas como responsabilidad de funcionarios públicos o competencia económica, entre otras, pero no excluye la materia de comercio; pero el artículo 2 dice que esta ley se aplica "supletoriamente", es decir en defecto de leyes y recursos administrativos especiales, por lo que cabe concluir que no se aplica respecto de recursos contra decisiones de marcado de país de origen que están expresamente contemplados en la Ley de Comercio Exterior.

³⁶ Sin embargo confróntese con lo que dicen el Código Fiscal de la Federación (artículo 133), que la resolución final podrá: a) desechar el recurso por improcedente, b) confirmar la resolución impugnada; c) mandar reponer el procedimiento administrativo, de modo que en esa instancia se resuelva acerca de la resolución impugnada; d) dejar sin efectos la resolución impugnada; e) modificarla o f) dictar una nueva resolución.

Una vez agotado el recurso administrativo de revocación, se puede impugnar la resolución por medio de juicio ante la Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación, de conformidad con lo prescrito en el artículo 239 bis del citado código.

De acuerdo con el artículo 158 de la Ley de Amparo, la parte afectada por la decisión del Tribunal Fiscal podría impugnarla por vía de amparo directo ante los tribunales colegiados. En cuyo caso, la ley procesal sería la misma Ley de Amparo. Como el artículo 510-1 del tratado dice que los estados otorgarán a los exportadores extranjeros “sustancialmente los mismos derechos de revisión e impugnación previstos para los importadores en su territorio”, cabe considerar que los exportadores también podrían pedir el amparo directo contra las sentencias del Tribunal Fiscal de la Federación sobre esta materia.

B. Controversias por adopción de medidas de emergencia

El capítulo 8 se ocupa de las medidas de emergencia que pueden adoptar los estados para la protección de su industria nacional, cuando las importaciones de una mercancía originaria de la región del tratado alcanzan tal cantidad que constituyen un daño serio o una amenaza de daño serio para la industria nacional productora de esas mercancías. Las medidas de emergencia son medidas arancelarias, consistentes en suspender la reducción futura de aranceles, en aumentar los aranceles de tales mercancías o en restricciones cuantitativas que fijan un límite máximo a las importaciones que pueden hacerse.

La adopción de una de estas medidas lesiona los intereses de los importadores y los consumidores nacionales (y también los intereses de los fabricantes y exportadores extranjeros) pero favorece los intereses de los productores nacionales. Por eso, para tomar una de estas medidas es necesario cumplir un procedimiento administrativo que se propone como una controversia entre los productores nacionales y la autoridad administrativa, por un lado, y los importadores y consumidores nacionales por el otro, y en la que, de acuerdo con el artículo 1804, podría notificarse a los fabricantes o exportadores extranjeros³⁷ del inicio del procedimiento y darles oportunidad de defender sus intereses.

Como la imposición de la medida constituye finalmente un impedimento al libre comercio, el tratado define en su capítulo 8 los casos en que un Estado puede adoptar una medida de emergencia, las líneas generales del procedimiento que debe seguirse para adoptarla y el contenido que puede tener; si un Estado adoptara una de estas medidas, en contravención con lo prescrito en el tratado, el estado afectado

³⁷ No parece necesario notificar a los fabricantes o exportadores extranjeros del inicio de uno de estos procedimientos, porque tal obligación sólo se prevé (artículo 1804) para los procedimientos que lleven a la imposición de medidas de aplicación general. Para la defensa de los productores extranjeros, el artículo 804 dispone que la adopción de una de estas medidas, y no su mera proposición, permite que el Estado del productor afectado plantee una controversia contra el Estado que adopta la medida, de conformidad con el capítulo 20 del tratado.

podría plantear una controversia contra el que tomó la medida que se resolvería por el procedimiento previsto en el capítulo 20.

1. Materia

La materia de la controversia es determinar si las importaciones de ciertas mercancías, por razón de su elevado valor, constituyen un daño o una amenaza de daño a la industria nacional.

2. Ley aplicable

La ley nacional de comercio exterior, su contenido, debe respetar lo prescrito en el tratado. El artículo 801 establece que los estados partes podrán adoptar una medida de emergencia, sólo en los casos previstos en el párrafo 1 de ese artículo y con las condiciones y limitaciones previstas en su párrafo 2.

En México, la ley aplicable es la Ley de Comercio Exterior,³⁸ especialmente su título sexto (artículos 45-48) donde se refiere a estas medidas llamándolas “medidas de salvaguarda”, así como su reglamento, especialmente el título V (artículos 70-74), que versa sobre estas medidas.

3. Foro competente y ley procesal

La controversia se ventila ante la autoridad administrativa de comercio exterior de cada Estado, y de conformidad con los procedimientos previstos en la ley de comercio exterior respectiva, que debe contener las reglas previstas en el anexo 803.3 del tratado, en las que se contempla lo relativo al inicio del procedimiento, la notificación —que debe ser publicada en el periódico oficial—, la audiencia, la valoración de las pruebas y la resolución final.

En México, se inicia ante la Secretaría de Comercio, de conformidad con el título VII de la citada Ley de Comercio Exterior, que se refiere específicamente a los procedimientos en materia de competencia desleal y medidas de salvaguarda

³⁸ Su nombre completo es Ley Reglamentaria del Artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Comercio Exterior. Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de julio de 1993, y modificada por el decreto que reforma, adiciona y deroga diversas leyes relacionadas con el TLCAN, publicado en el mismo diario el 22 de diciembre de 1993. La mención de ser una “ley reglamentaria” de un artículo constitucional le da una jerarquía superior respecto de otras leyes federales.

(especialmente artículos 49-56 y 75-89), y el reglamento de la misma ley, especialmente su título VII (artículos 118-134).

4. Decisión final y recursos

La decisión final consistirá en la adopción de una de estas medidas que, de conformidad con la ley mexicana, podrá ser un arancel, la exigencia de permisos para la importación o la definición de cupos máximos (artículo 45, Ley de Comercio Exterior). La medida será aplicada por las autoridades aduaneras.

No se prevé, ni en el tratado ni en la ley mexicana de comercio exterior, un recurso para los particulares afectados en contra de la decisión de la autoridad de comercio de adoptar o no adoptar una medida de emergencia.³⁹

Sin embargo, la resolución por la que se adopta una medida de emergencia podría impugnarse por vía de amparo administrativo ante un juez de distrito,⁴⁰ o podría impugnarse por vía del recurso administrativo de revisión, de conformidad con lo previsto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.⁴¹

Por otra parte, la adopción de una medida de emergencia —no su denegación— podrá ser impugnada por el Estado afectado, si se hizo en contravención con lo previsto en el capítulo 8 del tratado, por medio de los procedimientos previstos en el capítulo 20, pero no así la mera proposición de adoptar una medida de este tipo (artículo 804).

Y conforme al derecho mexicano, la adopción de una medida de emergencia que se hiciera en contra del tratado, aunque fuera conforme con la ley, podría impugnarse por el particular afectado, nacional o extranjero, por vía de amparo.

C. Controversias por compras del sector público

El capítulo 10 titulado “Compras del sector público” regula el procedimiento al que deben ajustarse las entidades públicas para hacer sus adquisiciones de bienes y servicios. El objetivo es regular la participación que pueden tener los proveedores extranjeros de los países partes del tratado. La regla general es que los proveedores extranjeros deben tener el mismo trato que los proveedores nacionales, y que las compras del sector público deben realizarse conforme al procedimiento previsto en el mismo capítulo.

Cuando las compras se realizan sin sujeción al procedimiento establecido, los proveedores afectados, nacionales o extranjeros, pueden plantear una controversia

³⁹ La Ley de Comercio Exterior contempla en su artículo 94 la procedencia del recurso de revocación en varios casos, pero en ninguno se refiere a la decisión relativa a medidas de emergencia.

⁴⁰ De acuerdo con el artículo 114-II de la Ley de Amparo.

⁴¹ Arts. 83 y ss.

ante la autoridad administrativa correspondiente, demandando a la entidad pública por no haber respetado el procedimiento de adjudicación de contratos previsto en la legislación respectiva.

Pero el capítulo también contempla otro tipo de controversias, que son las que pueden plantearse entre los estados partes del tratado, porque uno de ellos deniegue a un proveedor de otro los beneficios previstos en este capítulo (artículo 1005), porque modifique la lista de bienes o servicios (la “cobertura”) cuya compra está sujeta a las disposiciones de este capítulo o (artículo 1022-5), o porque enajene alguna de las entidades públicas cuyas compras deben regirse por el capítulo 10 (artículo 1023-3; las entidades están nombradas en la lista incluida en el anexo 1001); en estos casos, los otros países podrán plantear una controversia entre estados que deberá resolverse de conformidad con lo previsto en el capítulo 20.

1. Materia

El incumplimiento de “cualquier aspecto del proceso” de licitación (artículo 1017-1-a), por parte de alguna entidad pública que haya hecho una convocatoria a sus proveedores para adjudicar un contrato de compra de bienes (una compraventa en sentido estricto), de “compra”⁴² de servicios (es decir un contrato de prestación de servicios) o de “compra” de servicios de construcción (es decir un contrato de obra) (artículo 1001). La controversia se propone entre el proveedor concursante (nacional o extranjero) y la entidad pública ante la autoridad administrativa revisora correspondiente.

2. Ley aplicable

La controversia se dirime de conformidad con lo prescrito en la ley nacional que rija las compras del sector público. En el caso de México, es la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de noviembre de 1993, cuyo contenido está inspirado en las disposiciones del capítulo 10 del tratado.

Pero el contenido de esa ley debe respetar lo previsto en el capítulo 10 del tratado, que tiene al respecto una reglamentación detallada. De lo contrario, podría plantearse una controversia entre estados, de conformidad con lo previsto en el capítulo 20.

⁴² Es de notar la falta de técnica jurídica en un documento de tanta trascendencia económica, como lo es este tratado, cuando habla de “compras” de servicios, artículo 1001.

3. Foro competente y ley procesal

La revisión de los procedimientos para adjudicación de contratos debe hacerse según el tratado, en primer término, ante la misma entidad administrativa que abrió la licitación, pero además ante una autoridad administrativa independiente de la entidad en cuestión (artículo 1017-1-c y -g).

En México se prevé en la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas la posibilidad de plantear la inconformidad ante la misma entidad pública que convocó la licitación, y también ante la Secretaría de la Contraloría General de la Federación;⁴³ la inconformidad se tramita de acuerdo con lo previsto en los artículos 95 a 98 de la misma ley.

4. Resolución final y recursos

El tratado dice que la autoridad revisora resuelve dando una recomendación (que “generalmente” debe observarse, artículo 1017-1-l) a la entidad pública respecto de cómo debe proceder en la adjudicación del contrato en el caso concreto, sea señalando el modo como debe evaluar las ofertas, sea indicando que debe adjudicar el contrato o iniciar una nueva licitación, etcétera (artículo 1017-1-k). Además puede hacerle recomendaciones de carácter general para casos futuros. La decisión no tiene por lo tanto carácter coactivo para la entidad pública demandada.

De conformidad con la ley mexicana (artículo 97), la resolución que emite la Contraloría como resultado de la inconformidad será en el sentido de anular parcial o totalmente el procedimiento de adjudicación o declarar improcedente la inconformidad. Esto va más lejos de lo que pide el tratado, que sólo contempla una recomendación de cómo resolver la adjudicación y no la anulación parcial o total de la licitación, y no impide que la autoridad revisora fije recomendaciones que la entidad que pretende comprar debe seguir si no quiere que sus procedimientos de licitación sean anulados.

La resolución puede combatirse por el recurso de revocación, que se presenta ante la misma Contraloría, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley de Adquisiciones del Sector Público. La resolución que se dicte en el recurso de revocación será en el sentido de tener como no hecha la decisión que se haya tomado respecto de la inconformidad o de confirmarla.

Conforme al derecho mexicano, la cuestión podría luego ser planteada por vía de amparo administrativo, ante los jueces de distrito.⁴⁴

⁴³ Artículo 95 primero y segundo párrafos de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.

⁴⁴ Art. 114-II de la Ley de Amparo.

D. Controversias en materia de inmigración

El capítulo 16 establece reglas para facilitar la inmigración temporal de personas de negocios. Los estados partes del tratado se obligan a desarrollar, aplicar e interpretar estas reglas de manera común (artículo 1602). Este capítulo no prevé, como los arriba analizados, los medios de impugnación que podrán tener las personas a las que se les niegue infundadamente su ingreso al país en calidad de "personas de negocios", sino que simplemente supone (artículo 1606-1-b) que debe haber recursos administrativos a su disposición, que deberán resolver definitivamente en el plazo de un año, contado a partir del inicio del procedimiento (artículo 1606-2). Pero, de acuerdo con la regla general prevista en el artículo 1805, se entiende que cada Estado debe establecer tribunales administrativos, cuasijudiciales o judiciales para la revisión de las decisiones en esta materia.

1. Materia

La controversia se plantea entre un extranjero que desea ingresar en calidad de persona de negocios y la autoridad migratoria que le niega el ingreso.

2. Ley aplicable

Se aplica la ley nacional de población, que debe respetar los contenidos previstos, principalmente, en el artículo 1603 y en el anexo 1603 del tratado.

En México, se aplica en principio la Ley General de Población⁴⁵ y su Reglamento.⁴⁶ Pero para regular el ingreso de las personas agentes de negocios, tal como está previsto en el tratado, se expidieron unas "Reglas sobre el ingreso temporal de personas de negocios".⁴⁷

3. Foro competente y ley procesal

Los define la ley nacional.

En México, la Secretaría de Gobernación puede negar la entrada al país a los extranjeros en los casos previstos en el artículo 37 de la Ley General de Población. Ante esta negativa, podrá interponerse el recurso de revisión ante alguna autoridad

⁴⁵ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de enero de 1974.

⁴⁶ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de agosto de 1992.

⁴⁷ Publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de mayo de 1994.

superior (subsecretario o secretario) de la propia Secretaría, de conformidad con lo previsto en el reglamento de la citada ley (artículos 155 y ss.).

4. Resolución final y recursos

El recurso administrativo concluye con la confirmación, revocación o modificación de la decisión recurrida o la reposición del procedimiento (artículo 161 del reglamento).

Contra esta decisión podría pedirse el amparo administrativo, de conformidad con el artículo 114-II de la Ley de Amparo.

Si la negativa a recibir temporalmente a personas de negocios es una “práctica recurrente”, entonces podría plantearse una controversia entre estados de conformidad con lo dispuesto en el capítulo 20 del tratado (artículo 1606).

E. Controversias por competencia desleal (*dumping*) e imposición de cuotas compensatorias

Este tratado no establece reglas sustantivas acerca del contenido que han de respetar las leyes de cada país respecto de la competencia desleal (*dumping*), sino que refiere a las normas del GATT —ahora OMC— y de sus acuerdos complementarias conocidos como “Código Antidumping” y “Código de Subsidios”. De modo, que son estos otros tratados los que han de tenerse en cuenta, también por disposición del mismo TLCAN, en este tipo de controversias.

Sin embargo, el capítulo 19 del TLCAN establece un procedimiento para revisión de las decisiones de las autoridades de comercio exterior que imponen cuotas antidumping o cuotas compensatorias, cuando la controversia se plantea como conflicto entre estados. La controversia la inicia el Estado del exportador o fabricante afectado en contra del Estado que ha tomado una resolución definitiva, y si bien es una controversia entre estados, puede haberse planteado por petición del particular afectado, quien conforme al artículo 1904-5 puede exigir a su Estado que promueva la controversia. En este supuesto, se trata de una controversia que es originalmente un conflicto entre un Estado y un exportador o fabricante extranjero, pero que se transforma, a petición del particular afectado en una controversia entre estados.

Pero antes del conflicto que puede plantearse por la imposición de una cuota compensatoria, debe considerarse la controversia que se plantea entre los exportadores extranjeros y los fabricantes nacionales y que da lugar a la imposición de una cuota compensatoria.

1. Materia

Controversias entre los importadores nacionales junto con los fabricantes y exportadores extranjeros, por una parte, en contra de los productores nacionales, cuando se importan mercancías en condiciones de competencia desleal y en un volumen tal que haya causado daño o amenace causar daño a la producción nacional de esas mercancías.

Aun cuando la controversia se planteara exclusivamente entre los importadores nacionales y los productores nacionales, sería necesario, de acuerdo con el artículo 1804, notificar a los exportadores o fabricantes extranjeros (párrafo *a*) y darles oportunidad de presentar su defensa (párrafo *b*).

2. Ley aplicable

La ley nacional de comercio exterior, que debe respetar los objetivos del tratado (1902-2-d-ii) y los contenidos definidos en el capítulo respectivo de la OMC (antes GATT) y sus códigos antidumping y de subsidios. La ley mexicana correspondiente es la Ley de comercio exterior,⁴⁸ especialmente su título V (artículos 28-48), así como su reglamento, en particular su título IV (artículos 37-69).

3. Foro competente y ley procesal

Los previstos en la misma ley nacional de comercio exterior.

En el derecho mexicano, la controversia se plantea ante la Secretaría de Comercio, y de conformidad con el procedimiento previsto en la citada Ley de Comercio Exterior (artículos 49-74).

4. Resolución final y recursos

En el procedimiento administrativo hay primero una decisión preliminar por la que se decide: a) imponer una cuota compensatoria provisional; b) no imponer la cuota provisional pero continuar la investigación, o c) dar por concluida la investigación; luego viene la resolución definitiva por la que: a) se impone una cuota definitiva; b) se revoca la cuota provisional, o c) se declara concluida la investigación sin imponer cuota alguna.

⁴⁸ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de julio de 1993, y reformada por decreto publicado el 22 de diciembre del mismo año, en vista de la inminente entrada en vigor del tratado.

La decisión de la autoridad administrativa de imponer o no imponer la cuota compensatoria puede ser revisada, a elección del actor,⁴⁹ por las instancias nacionales o por medio de un panel binacional establecido de conformidad con lo previsto en el capítulo 19 del tratado.

Si se opta por las instancias nacionales, la controversia se mantiene como un conflicto entre un particular y la autoridad administrativa, regido primordialmente por el derecho nacional y que resolverán las instancias nacionales. En México, procede el recurso de revocación, conforme a los artículos 94 y siguientes de la Ley de Comercio Exterior, que debe interponerse ante la Secretaría de Hacienda, en caso de que se recuse la decisión de imponer una cuota definitiva, o ante la Secretaría de Comercio en los demás casos. El recurso se tramita de conformidad con lo establecido en dicha ley y en el Código Fiscal de la Federación (artículos 116 y ss.). El objeto del recurso es revocar, confirmar o modificar la decisión impugnada.⁵⁰ La resolución que se dicte al resolver el recurso puede ser nuevamente impugnada ahora ante la Sala Superior del Tribunal Fiscal.⁵¹ Y la decisión de ésta por vía de amparo directo ante los tribunales colegiados, de conformidad con la Ley de Amparo (artículo 158).

Si se opta por el panel binacional, el conflicto se vuelve una controversia entre estados,⁵² regida por el derecho internacional que resolverán instancias internacionales. Las decisiones cuya revisión puede llevarse ante un panel arbitral conforme a los procedimientos previstos en el capítulo 19 son decisiones “definitivas” (artículo 1904-1), las cuales se enumeran taxativamente en el anexo 1911, por lo que otro tipo de resoluciones pueden ser impugnadas por las vías ordinarias. Además, la impugnación de una de esas decisiones definitivas ante un panel arbitral sólo la puede hacer el Estado del exportador o fabricante afectado y dentro de un plazo determinado (30 días), por lo que si el Estado no quiere hacer la impugnación o no la hace a tiempo, el fabricante o exportador afectado podrá impugnarla por los medios previstos en la legislación nacional (artículo 1904-12).

F. Controversias por omisiones del gobierno en el cumplimiento de sus leyes ambientales

Por otro lado, el acuerdo establece también una especie de procedimiento (artículos 14 y 15) por el que cualquier persona u organización no gubernamental (sin especificar si es nacional o extranjera) puede solicitar al Secretariado de la Comisión para la Cooperación Ambiental que, cumplidos ciertos requisitos, elabore un

⁴⁹ Art. 97 de la Ley de Comercio Exterior y art. 1904-5 del tratado.

⁵⁰ Art. 95 de la Ley de Comercio Exterior.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Ver abajo IV A 2.

informe o “expediente de hechos” acerca de si algún gobierno está incurriendo en “omisiones” en la aplicación de su legislación ambiental.

1. Materia

Controversias respecto de “omisiones” de algún gobierno en el cumplimiento de su legislación ambiental. La controversia la inician personas particulares u organismos no gubernamentales en contra de algún gobierno.

2. Ley aplicable

Las leyes nacionales en materia ambiental del gobierno demandado.

3. Foro competente y ley procesal

La demanda se plantea ante el Secretariado de la Comisión para la Cooperación ambiental; el proceso se desahoga de acuerdo con los artículos 14 y 15 de este acuerdo. Una vez que se presenta la petición del interesado, el Secretariado pide al gobierno involucrado que dé una respuesta y, recibida ésta, el Secretariado elabora un “expediente de hechos”.

4. Resolución final y recursos

La decisión final es un “expediente de hechos”, que debe ser presentado al consejo (órgano de la Comisión para la Cooperación Ambiental). Si el consejo lo aprueba, mediante voto de las dos terceras partes de sus miembros, el expediente puede ser puesto a disposición del público.

Se trata entonces de una decisión que no tiene carácter vinculativo pero que puede constituir un importante medio de presión política y diplomática. Además de que puede servir de fundamento para iniciar una controversia entre estados acerca de si existe una “pauta persistente de omisiones” en el cumplimiento de la ley ambiental, de conformidad con el artículo 22, que deberá resolverse por medio de un panel binacional.⁵³

⁵³ Ver abajo IV C 1.

G. Controversias en materia de inversión

El capítulo 11 del tratado se refiere íntegramente a la inversión extranjera. En su sección A (artículos 1101 a 1114) se definen las reglas sobre el trato que cada Estado ha de dar a los inversionistas extranjeros. En su sección B (artículos 1115 a 1138) se establecen las reglas para la solución de controversias entre los inversionistas extranjeros y los estados que reciben la inversión.

1. Materia

Es una controversia que se plantea entre un inversionista extranjero, persona física o empresa, y el Estado que recibió la inversión, para decidir si el Estado ha violado alguna de las reglas establecidas en la sección A del capítulo 11 del tratado directamente, o indirectamente por medio de empresas públicas (artículos 1503-2 y 1502-3-a).

2. Ley aplicable

La ley aplicable es el mismo tratado, concretamente la sección A del capítulo 11 (artículos 1101 a 1114), así como otras reglas de derecho internacional que resulten aplicables. Expresamente lo dice el artículo 1131-1: “Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional”; añade (párrafo 2) que las interpretaciones del tratado que formule la Comisión de Libre Comercio serán obligatorias para el tribunal que conozca de estos casos.

En México, para mayor seguridad de los inversionistas se han reformado las leyes que regulan la inversión extranjera⁵⁴ con el fin de que su contenido sea congruente con lo previsto en este capítulo del tratado.

3. Foro competente y ley procesal

El procedimiento se seguirá, a elección del inversionista, conforma a las reglas del Convenio sobre arreglos de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados (Washington 1965) (por las reglas del convenio mismo

⁵⁴ La Ley de Expropiación fue reformada el 22 de diciembre de 1993 y el 27 de diciembre del mismo año se publicó una nueva Ley de Inversión Extranjera.

si el inversionista es de un Estado que es parte del convenio y lo mismo el Estado demandado, o por el mecanismo complementario de ese convenio cuando uno de los dos estados no es parte del convenio) o por las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), aprobadas por la asamblea general de la ONU en 1976. Y además serán aplicables, en cualquier caso, las disposiciones del tratado previstas en la sección B del capítulo once del tratado.

El caso se resuelve ante un tribunal arbitral, integrado ordinariamente por tres árbitros privados; cada uno de los contendientes elige un árbitro, y entre los dos árbitros designados eligen al tercero, que será el presidente del tribunal.

4. Resolución final y recursos

La decisión final consiste en un laudo en el que se puede absolver o condenar al Estado parte del Tratado. En caso de que el laudo condene al Estado sólo podrá condenarlo al pago de los daños pecuniarios causados, más los intereses correspondientes, o a la restitución de propiedades que hubiera expropiado indebidamente, lo cual podrá ser sustituido por pago pecuniario más intereses. También se puede, si las reglas procesales lo permiten, condenar al pago de los gastos del juicio (artículo 1135).

Los estados parte del tratado se comprometen a cumplir los laudos que se dicten en su contra (artículo 1136-4), pero si no lo hacen en el momento debido, el Estado del inversionista afectado puede iniciar una nueva controversia en contra del Estado que no cumple el laudo, que se ventilará conforme al capítulo 20 del tratado.

Conforme al derecho mexicano, el inversionista afectado también podría, por su cuenta, pedir amparo por el acto del gobierno federal consistente en la desobediencia del laudo arbitral, lo cual implica un incumplimiento de las obligaciones derivadas del tratado.

IV. CONTROVERSIAS ENTRE ESTADOS

Las controversias entre estados son las controversias propiamente internacionales en que los dos contendientes son estados, que se resuelven con base en el derecho internacional y por tribunales internacionales, independientes de las partes.

El tratado contempla básicamente dos controversias de este tipo: las que se refieren a decisiones o legislación en materia de competencia desleal y cuotas compensatorias, y que se tratan específicamente en el capítulo 19, y las que se refieren a cualquier otro problema derivado de la interpretación o aplicación del tratado, y que están reguladas en el capítulo 20.

A. Controversias en materia de competencia desleal

De las controversias en materia de competencia desleal y cuotas compensatorias se ocupa exclusivamente el capítulo 19. En esta materia puede haber controversias que se planteen entre un particular y un Estado, como se vio arriba (III A 5). Las controversias entre estados pueden ser de dos tipos: 1) por revisión de la legislación sobre competencia desleal, y 2) por revisión de resoluciones definitivas en materia de cuotas compensatorias o antidumping.

1. Por revisión de la ley sobre competencia desleal

a) Materia

El capítulo 19 establece que cada país publicará una legislación especializada sobre competencia desleal y cuotas compensatorias, que debe respetar ciertos contenidos previstos en el tratado (artículo 1902). Si un país aprueba una legislación o reforma legislativa que no respeta esos contenidos, los otros países partes, en cuanto se les aplique esa legislación, podrán plantear una controversia (artículo 1903).

b) Ley aplicable

Cuando la controversia se refiere al contenido de alguna legislación nacional sobre competencia desleal o cuotas compensatorias, la controversia versará sobre si dicha legislación es congruente o no con lo previsto en el artículo 1902 del tratado. Este artículo, a su vez, remite a lo dispuesto en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), al Acuerdo sobre la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercios (Código Antidumping) y al Acuerdo para la Interpretación y Aplicación de los Artículos VI, XVI y XXIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (Código de Subsidios), así como a las disposiciones de los acuerdos sucesores del GATT, es decir las disposiciones respectivas de la OMC.

c) Foro competente y ley procesal

La controversia se plantea ante un panel arbitral, compuesto por árbitros de los dos países en litigio. La elección de los árbitros, así como el desarrollo del proceso, se

rige por lo dispuesto en el mismo tratado. Concretamente, la integración de los paneles se hace de conformidad con el anexo 1901.2 del tratado.

El procedimiento se rige por el artículo 1903 y el anexo 1903.2.

d) Decisión final y recursos

Cuando la controversia se refiere a una reforma legislativa, el panel concluye emitiendo una “opinión declarativa” en el sentido de si la ley en cuestión contradice o no las disposiciones del tratado; en caso de que opine que la ley contradice el tratado, el panel puede proponer modificaciones a esa ley. Emitida la opinión, el Estado que no esté de acuerdo con ella podrá pedir al mismo panel que la revise, el cual, la reconsiderará y emitirá una opinión definitiva (Anexo 1903.2, párrafos 3 y 4).

Si la opinión del panel es que se reforme la ley, los estados partes de la contienda realizarán consultas para hacer una propuesta de reformas a la legislación en cuestión; si las reformas no son aprobadas en un plazo de nueve meses, posteriores al momento en que se convino la propuesta de reformas, el Estado que fungió como actor en la controversia podrá adoptar medidas administrativas o legislativas para compensar las desventajas que le produce la legislación de la otra parte o bien denunciar el tratado (artículo 1903-3-b).

2. Por revisión de resoluciones definitivas en materia de cuotas compensatorias o antidumping

a) Materia

También contempla este capítulo que se puede plantear una controversia por causa de una decisión definitiva sobre cuotas antidumping o compensatorias tomada por cualquiera de los estados partes del tratado y en contra de algún particular. El Estado del particular afectado puede plantear la controversia por iniciativa propia o bien a petición de aquél; de hecho cada uno de los estados parte asume la obligación de plantear la controversia cuando se lo pide el particular afectado que tendría derecho, conforme a la legislación interna del país importador, a pedir una revisión judicial sobre tal decisión. Pero en todo caso se plantea como una controversia entre estados.

b) Ley aplicable

Si la controversia es sobre una decisión definitiva en materia de cuotas antidumping o compensatorias, la revisión se hará en el sentido de si la decisión respeta la ley nacional del país que tomó la decisión. Es decir, la controversia versará sobre si la autoridad de comercio exterior que tomó la decisión ha respetado o no su propia legislación.

c) Foro competente y ley procesal

La controversia se plantea ante un panel arbitral binacional, integrado de conformidad con lo dispuesto en el anexo 1901.2. El procedimiento se rige por el artículo 1904 y las reglas de procedimiento definidas posteriormente por los estados partes del tratado y que, en el caso de México fueron publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de junio de 1994.

d) Resolución final y recursos

Si la controversia consiste en la revisión de una resolución definitiva en materia de cuotas compensatorias o antidumping, la decisión del panel puede ser confirmar la resolución o devolverla a la autoridad que la emitió con el fin de que la modifique (artículo 1904.8). El fallo del panel se considera "obligatorio" para los estados contendientes (párrafo 9 del mismo artículo) y definitivo, sin posibilidad de ser revisado por ninguna autoridad judicial nacional. Pero el fallo puede ser impugnado, cuando ha habido una causa grave, por el Estado afectado y ante un "comité de impugnación extraordinaria", que habrá de proceder de conformidad con el anexo 1904.13 y con las reglas especiales acordadas por los estados para estos comités,⁵⁵ y que podrá confirmar el fallo del primero panel, o devolvérselo para que haga modificaciones o anularlo.

Si el Estado demandado no ejecuta el fallo del panel, el Estado demandante podrá pedir que se inicie un periodo de consultas entre ambos para acordar una solución, y si no la consiguen, el Estado demandante podrá pedir la integración de un comité especial, que funcionará de acuerdo con las reglas del anexo 1905.6. La decisión de este comité será en el sentido de confirmar o rechazar que el Estado demandado no ha cumplido el fallo del panel; si lo confirma, se abrirá un nuevo periodo de consultas entre los estados para llegar a una solución y si no la consiguen, el Estado demandante podrá suspender, respecto del Estado demandado, la aplica-

⁵⁵ Publicadas en México en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de junio de 1994.

ción del sistema de revisión de resoluciones definitivas previsto en el artículo 1904 o la aplicación de beneficios derivados del tratado en compensación por los daños causados con la resolución impugnada (artículo 1905-7 y 8).

B. Controversias por la aplicación e interpretación del tratado

El capítulo 20, denominado “disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias” establece un procedimiento general para la solución de todo tipo de controversias que se den entre los países partes respecto de la aplicación e interpretación del tratado, que se aplica si no hay alguna otra disposición expresa en el tratado.

El procedimiento previsto en el capítulo 20 es una opción alternativa para solucionar este tipo de conflictos pues se prevé (artículo 2005) que las partes pueden elegir entre este procedimiento y el previsto en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).⁵⁶

En términos generales, se trata de un procedimiento que se inicia después de que las partes hayan intentado solucionar sus diferencias por medio de consultas recíprocas. El procedimiento comienza (artículo 2007) cuando se solicita la intervención de la Comisión de Libre Comercio para que actúe como mediadora; si no se consigue de esta manera el arreglo, se podrá pedir (artículo 2008 y ss.) la integración de un panel arbitral, compuesto con cinco árbitros originarios de los diversos países involucrados, que concluirá emitiendo un informe final (artículo 2017) en el que indicará si el acto o medida impugnado es o no incompatible con el tratado.

1. Materia

Se trata (artículo 2004) de controversias entre estados relativas, en general, a: a) “la aplicación o a la interpretación” del tratado, b) a la definición de si una “medida”⁵⁷ de un Estado, vigente o en proyecto, es incompatible con el tratado, y c) a la decisión de si una “medida” de un Estado, aunque no sea incompatible con el tratado, puede causar a otro la anulación o menoscabo (anexo 2004) de los beneficios que podrían razonablemente esperarse de la aplicación de las disposiciones del tratado sobre comercio de bienes (capítulos 3,4,5 7 y 8 pues queda expresamente exceptuado el capítulo 6 relativo a energía y petroquímica básica),

⁵⁶ En el acto final que aprobó el establecimiento de la Organización Mundial de Comercio (OMC) no se contienen modificaciones al procedimiento de solución de controversias previsto en el GATT, sino tan sólo la indicación de que deberán revisarse las reglas de este procedimiento.

⁵⁷ Por “medida”, el tratado entiende: “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica” (artículo 201-1).

de las relativas a normalización (capítulo 9), comercio transfronterizo de servicios (capítulo 12) y a propiedad intelectual (capítulo 17).

Como se ve, se trata de una materia muy amplia que en principio cubre cualquier controversia entre estados derivada del tratado que no tenga un mecanismo específico de solución, es decir excepto las controversias sobre competencia desleal, que se resuelven de conformidad con el capítulo 19, y las relativas a inversión extranjera, en cuanto se planteen como controversias entre el inversionista y el Estado receptor, en cuyo caso se resuelven de conformidad con el capítulo 11.

Algunos de los campos específicos en que pueden presentarse este tipo de controversias son los siguientes:

i) Cobro de aranceles, o imposición de restricciones a las importaciones o exportaciones, (capítulo 3); como órgano para prevenir las controversias sobre estos puntos o para hacer consultas para resolverlas sin necesidad de decisión del panel se instala el Comité de Comercio de Bienes (artículo 316).

ii) Conflictos relacionados con la aplicación de las reglas de origen (capítulo 4), con los procedimientos aduaneros relativos a la certificación de origen, verificación del mismo o resoluciones anticipadas al respecto (capítulo 5), así como la elaboración y aplicación en los tres países de legislación uniforme que respete los contenidos definidos en los capítulos 4 y 5 del tratado (artículo 511). Como órgano con funciones, entre otras, de prevenir y solucionar informalmente las controversias se establece el Grupo de Trabajo sobre Reglas de Origen, que supervisará la aplicación de los capítulos 4 y 5, así como de varias disposiciones del capítulo 3 y que procurará, por medio de un subgrupo especial sobre aduanas, llegar a acuerdos sobre la interpretación, aplicación y administración uniforme de dichos capítulos.

iii) Comercio de bienes agropecuarios. El capítulo 7 se refiere, en su "sección A", al comercio de bienes agropecuarios y, en su "sección B", a las medidas fitosanitarias. Establece (artículo 706) la constitución de un Comité de Comercio Agropecuario, que vigile el cumplimiento de las disposiciones de la sección A y que sea un foro en que las partes puedan hacerse consultas para resolver los problemas que deriven de su aplicación.

iv) Establecimiento de medidas fitosanitarias; la sección B del capítulo 7 establece (artículo 722) un "Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias" que tendrá, entre otras funciones, la de facilitar consultas entre los gobiernos relativas a problemas derivados de la aplicación e interpretación de las disposiciones de esta sección; estas consultas valen como parte del procedimiento previsto en el capítulo 20 (artículo 723-5).

v) Adopción de medidas de emergencia por algún Estado para proteger su economía. El artículo 803, reglamentado en el anexo 803.3, dispone los procedimientos que cada Estado debe definir en su legislación interna para que se pueda establecer una medida de emergencia, así como los procedimientos para revisar o impugnar las decisiones en esta materia; el derecho de iniciar un procedimiento de este tipo o de impugnar una decisión resultado del mismo se concede a las personas o entidades que determine la legislación interna de cada país (párrafo 1 del Anexo 803.3). La adopción por un gobierno de una medida de emergencia puede dar lugar

a la instalación de un panel arbitral, según lo previsto en el capítulo 20, pero no así la mera proposición de adoptarla (artículo 804).

vi) Adopción o aplicación de normas de calidad. Respecto de la materia de normalización, el artículo 913 establece un “Comité de Medidas Relativas a Normalización” que tendrá, entre otras funciones, la de constituir un foro donde los estados partes del tratado puedan discutir y tratar de solucionar las controversias relativas a esta materia. Las consultas que se hagan ante este comité pueden ser preparatorias de un procedimiento de solución de controversias conforme al capítulo 20 (artículo 914-3).

vii) Denegación de los beneficios relativos a compras del sector público a un proveedor extranjero de un Estado parte del tratado, por considerarse que se trata de una empresa controlada por personas que son ciudadanos de estados que no son partes del tratado (artículo 1005).

viii) Modificación por un Estado de la lista de bienes y servicios, cuya compra o contratación por entidades del sector público debe regirse por las disposiciones del tratado, si no hizo las compensaciones adecuadas para no dañar los intereses de los proveedores de los otros países partes del tratado (artículo 1022-5).

ix) Enajenación de alguna entidad del sector público incluida en la lista de entidades cuyas compras deben regirse por lo dispuesto en el tratado, si se considera que la entidad sigue estando bajo control público (artículo 1023-3).

x) Denegación de beneficios a un inversionista extranjero. Se contempla que los estados partes pueden denegar los beneficios previstos en el tratado en el caso de que el inversionista sea una empresa constituida conforme a la ley de otro de los países partes pero que en realidad sea controlada por personas o empresas que son de un Estado que no es parte del tratado (artículo 1113). Si la denegación de beneficios no se hizo en la forma prevista o no está justificada, se puede iniciar una controversia entre estados.

xi) Desobediencia de un Estado a un laudo arbitral dictado en contra suya en un procedimiento promovido por un inversionista extranjero, de conformidad con lo previsto en el capítulo 11 (artículo 1136-5).

xii) Denegación de los beneficios relativos al comercio de servicios, cuando se considere que el prestador de servicios es una empresa que es propiedad de o está controlada por personas de un país que no es parte del tratado y que no realiza actividades importantes en el país parte bajo cuyas leyes está constituida (artículo 1211).

xiii) Controversias relativas a servicios financieros. El capítulo 14 del tratado, que se refiere íntegramente a los servicios financieros, establece un “Comité de Servicios Financieros” (artículo 1412) que, entre otras funciones tendrá la de participar en los procedimientos de solución de controversias y promover las consultas entre los países partes respecto de problemas surgidos en la aplicación o interpretación de este capítulo. Contempla dos tipos de controversias: las que surjan entre inversionistas en el campo de servicios financieros y los gobiernos que reciben la inversión, las cuales se resolverán de conformidad con el procedimiento previsto en el capítulo 11 (artículo 1415), y las que surjan entre dos o más gobiernos de los

países partes del tratado, las cuales se resolverán conforme a las disposiciones del capítulo 20 más las reglas específicas previstas en este capítulo (artículo 1414).

xiv) Negativa a la inmigración temporal de personas de negocios. Si un gobierno, en contravención con las disposiciones del capítulo 16 del tratado, niega la entrada temporal a personas de negocios, ellas podrán acudir a los recursos administrativos previstos en la legislación interna (artículo 1606-1-b); pero si la negativa constituye una práctica recurrente, podrá plantearse una controversia entre estados, que se resolverá conforme al procedimiento previsto en el capítulo 20 (artículo 1601).

xv) Suspensión de beneficios por un Estado, a consecuencia de que otro no ha cumplido las recomendaciones hechas por un panel arbitral, en un procedimiento seguido de conformidad con el capítulo 20. Si la suspensión de beneficios parece exagerada a la parte que debe cumplir las recomendaciones, podrá pedir la instalación de un nuevo panel arbitral que juzgue exclusivamente esta cuestión (artículo 2019-3).

Son éstas algunas de las materias específicas, que están expresamente previstas en el tratado, sobre las que pueden versar las controversias entre estados, que habrán de resolverse de conformidad con el procedimiento previsto en el capítulo 20. Pero, evidentemente, puede haber controversias que versen sobre otras cuestiones y que, por virtud de la disposición general del artículo 2004, habrán de resolverse conforme a tal procedimiento.

Sin embargo existe una disposición (artículo 1501) que expresamente excluye de este procedimiento las controversias relativas a la política de cada Estado respecto de competencia, monopolios y empresas del Estado (capítulo 15). Estas controversias deberán resolverse mediante consultas entre los países, pero sin poder acudir a los mecanismos previstos en el capítulo 20, es decir no podrán pedir ni la intervención de la Comisión de Libre Comercio ni el establecimiento de algún panel arbitral. Es claro que el objetivo de esta restricción es no vulnerar la capacidad de decisión de los estados en esta materia.

2. Ley aplicable

La controversia se resuelve en cuanto al fondo aplicando las disposiciones pertinentes del tratado de libre comercio. Eventualmente podrán ser aplicables, según dispone el artículo 103, las disposiciones del tratado que establece la OMC (antes GATT), o las disposiciones de los tratados específicos en materia ambiental, señalados en el artículo 104 y el anexo 104.1.

3. Ley procesal y foro competente

El actor (artículo 2005) puede elegir entre el foro y el procedimiento previsto en el capítulo 20 del tratado o el foro y el procedimiento previsto en el GATT.⁵⁸ Sin embargo el actor no tiene esta alternativa, sino que tiene que someter la controversia al foro y procedimiento previstos en el capítulo 20, en los siguientes casos: si en la controversia interviene un tercer Estado que pide que se resuelva de conformidad con ese capítulo (párrafo 2 del artículo 2005), si la controversia se rige por otros tratados en materia ambiental y la parte demandada pide que se siga el procedimiento previsto en el capítulo 20 (párrafo 3 del mismo artículo), o si la controversia se refiere a medidas fitosanitarias o medidas sobre normalización que tengan que ver con la protección de la vida o salud humana, animal o vegetal, siempre que la parte demandada pida que se aplique el procedimiento previsto en el capítulo 20 (párrafo 4 del mismo artículo).

Si resulta aplicable el capítulo 20 del tratado, la ley procesal será el mismo capítulo, junto con las “Reglas Modelo de Procedimiento” que deberá establecer la Comisión de Libre Comercio, de conformidad con el artículo 2012.⁵⁹ Sin embargo, las partes pueden acordar otras reglas de procedimiento (artículo 2012-2).

El foro competente sería un panel de cinco árbitros, que deberá integrarse según lo dispuesto en el artículo 2011. Cada parte deberá escoger dos árbitros que sean ciudadanos de la otra parte contendiente. El presidente del panel lo deberán elegir los contendientes de común acuerdo, y si no logran el consenso, una de las partes, elegida por sorteo, lo designará, con la limitación de que no sea ciudadano suyo.

Si resulta aplicable el GATT, entonces el foro competente será el mecanismo previsto en ese tratado, así como en sus acuerdos complementarios.

4. Decisión final y recursos

De conformidad con el capítulo 20, el panel deberá rendir un “informe preliminar”, en el que presente sus conclusiones respecto de los hechos de la controversia, la opinión de si la medida impugnada es incompatible con el tratado, y las recomendaciones para solucionar la controversia (artículo 2016). Las partes podrán hacer observaciones a este informe. Después de 320 días de la presentación del informe preliminar, el panel deberá emitir un “informe final” que deberá ser comunicado

⁵⁸ La OMC no tiene todavía reglas y mecanismos propios sobre solución de controversias, por lo que siguen en vigor los previstos en el GATT. No obstante existe la intención de modificar y revistar estos mecanismos, tal como lo establece la “Decisión sobre aplicación y examen del entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias”, contenido en el Acta Final de la Ronda de Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre de 1994.

⁵⁹ Hasta donde conozco, dichas reglas no se han publicado todavía (al menos, no en el *Diario Oficial de la Federación*, antes del 1 de julio de 1995).

confidencialmente por las partes a la Comisión de Libre Comercio, la cual, si lo considera conveniente, podrá publicarlo (artículo 2017).

Rendido el informe, las partes contendientes procurarán, de común acuerdo, solucionar la controversia, de conformidad con las recomendaciones del panel. Por lo general se procurará que se suspenda la ejecución o se derogue la medida cuestionada. Si la parte demandada no llega a un acuerdo con la parte reclamante para solucionar la controversia, ésta podrá suspender el otorgamiento de algunos de los beneficios (artículo 2019) previstos en el tratado a la parte demandada.⁶⁰

C. Controversias por la aplicación o interpretación de los acuerdos de cooperación en materia laboral o ambiental

1. Controversias en materia ambiental

El Acuerdo de Cooperación Ambiental establece en su quinta parte (artículos 22 a 27) un procedimiento para solución de controversias. La controversia se refiere a si uno de los países ha tenido “una pauta persistente de omisiones” en la aplicación de su propia legislación ambiental. Primero se intenta resolverla mediante consultas recíprocas entre los países partes; si no logran ponerse de acuerdo, puede iniciarse un procedimiento, solicitando la reunión del Consejo de la Comisión para la Cooperación Ambiental para que actúe como mediador (artículo 23). Si tampoco así se alcanza una solución, el mismo Consejo pedirá la integración de un panel arbitral (artículo 24) que concluirá emitiendo un informe final que determine si el gobierno demandado ha incurrido o no en una “pauta persistente de omisiones” en el cumplimiento de su legislación ambiental (artículo 32).

2. Controversias en materia laboral

Por su parte, el acuerdo de cooperación laboral tiene disposiciones muy semejantes para la solución de controversias. Estas también contemplan, por una parte, las controversias que versan sobre si un gobierno ha incurrido en “una pauta persistente de omisiones” pero respecto del cumplimiento de su ley laboral (artículo 27), que procuran resolverse, primero, mediante consultas entre las partes y luego con la mediación del Consejo de la Comisión para la Cooperación Laboral y, finalmente y a falta de acuerdo, por medio de un panel arbitral que concluye presentando un informe final sobre la existencia o no de esa pauta de comportamiento negligente.

⁶⁰ Si la suspensión de beneficios parece exagerada a la parte afectada, ésta podrá pedir la instalación de un panel arbitral, que procederá de conformidad con lo previsto en este capítulo 20.