

¿Debe un panel binacional, que examina una resolución en materia de cuotas antidumping o compensatorias, revisar la competencia de la autoridad que la dictó?

JORGE ADAME GODDARD

SUMARIO: I. Introducción. II. La misión del panel binacional establecido conforme al artículo 1904 del tratado: A. Materia de revisión; B. Criterio de revisión. III. ¿Debe un panel binacional examinar la competencia?: A. El tratado supone la competencia de las autoridades. B. El objetivo del sistema de revisión ante un panel binacional es asegurar el orden jurídico internacional en materia de comercio. C. Si los paneles revisan la competencia se exceden de sus facultades. D. La experiencia del primer panel habido en México confirma lo anterior. E. La definición y juicio de la competencia de los órganos de gobierno es un asunto interno, de orden público. F. Cuando menos, el panel que revise decisiones mexicanas (o canadienses) no debe revisar la competencia cuando se ha instalado por petición del gobierno estadounidense. IV. ¿Puede el panel revisar de oficio la competencia? V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Aparentemente se está planteando una cuestión que tiene una solución expresa en el texto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Dice su artículo 1904-3 que el panel aplicará: a) “los criterios de revisión señalados en el Anexo 1911” y b) los principios generales de derecho que podría aplicar un tribunal del país importador. El anexo 1911 dice (segundo párrafo) que los criterios de revisión son los que definen las leyes de cada uno de los países con las reformas que se les hagan. Hay así tres grupos de criterios de revisión: los que aplicará el panel que

revisa una resolución dictada en Canadá (los previstos en la sección 18.1(4) de la Federal Court Act), los que aplicará el panel que revisa una resolución dictada en Estados Unidos (previstos en la sección 516A(b)(1)(B) y la 516A(b)(1)(A) de la Tariff Act) y los que aplicará respecto de resoluciones dictadas en México (los mencionados en el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación). En las citadas leyes canadiense y mexicana se establece que un criterio de revisión es la incompetencia del funcionario o entidad que emitió la resolución.

Siguiendo una lógica formal en la interpretación del artículo 1904-3 que dice “El panel aplicará los criterios de revisión señalados en el anexo 1911” se puede concluir que el panel aplicará los criterios previstos en ese anexo, y si en las leyes citadas en tal anexo se dice que un criterio de revisión será la incompetencia del órgano que dictó la resolución, parece que no hay duda de que el panel binacional puede examinar la incompetencia de la autoridad cuando así lo pida el actor. Esta conclusión, aparentemente sin dificultades, llevaría sin embargo a una situación inequitativa, puesto que en las leyes de Canadá y México sí se menciona la incompetencia del órgano gubernamental como criterio de revisión, pero no así en la ley de Estados Unidos; esto tendría como consecuencia práctica que las resoluciones emitidas por los gobiernos de Canadá y México son más fácilmente impugnables que las emitidas por el gobierno de Estados Unidos. Este resultado inequitativo hace ver la necesidad de examinar la cuestión con más detalle y, sobre todo, atendiendo a los fines del tratado.

Ultimamente la cuestión se ha vuelto a plantear en México por efecto de la reforma del citado artículo 238 del Código Fiscal de la Federación que le añadió un párrafo que dice: “El Tribunal Fiscal de la Federación podrá hacer valer de oficio, por ser de orden público, la incompetencia de la autoridad para dictar la resolución impugnada...” Esta adición ha hecho que se pregunte si los paneles binacionales pueden examinar “de oficio” la competencia de la autoridad que dictó la resolución.

El presente trabajo pretende dar una respuesta a esas dos cuestiones: ¿puede, en general, un panel binacional examinar la competencia de la autoridad investigador? y si así fuera, ¿puede examinarla de oficio, es decir sin que medie petición de parte? Para dar estas respuestas, primero se analizan las disposiciones del tratado respecto de la misión y competencia que tienen los paneles binacionales establecidos para revisar las decisiones en materia de cuotas antidumping y compensatorias.

II. LA MISIÓN DEL PANEL BINACIONAL ESTABLECIDO CONFORME AL ARTÍCULO 1904 DEL TRATADO

El tratado señala con claridad (artículo 1904-2) que el panel se establece para que

revise, con base al¹ expediente administrativo, una resolución definitiva sobre cuotas antidumping y compensatorias emitida por una autoridad investigadora competente de una Parte importadora, para dictaminar si esa resolución estuvo de conformidad² con las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias de la Parte importadora.

El párrafo transcrito señala claramente dos cosas: a) que la materia a revisar es una resolución definitiva sobre cuotas compensatorias o antidumping y b) que el punto de vista o criterio de revisión general con que revisa es el de si tal resolución es conforme con las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias. Ambas cosas se examinarán en adelante con más detalle.

A. Materia de revisión

No hay duda de que los paneles binacionales que se establecen conforme al artículo 1904 del TLCAN tiene como misión examinar “las resoluciones definitivas sobre cuotas antidumping y compensatorias” que dicten los órganos gubernamentales de comercio de los tres países (artículo 1904-1).

Pero no es la intención del tratado que el panel haga una revisión exhaustiva de la resolución, puesto que establece expresamente (párrafo 14 del mismo artículo) que las reglas de procedimiento deberán establecer “limitaciones a la revisión arbitral por errores aducidos por las Partes [los Estados] o por los particulares”. Esta limitación es lo que hace viable que el proceso pueda concluirse, como dispone el mismo párrafo citado “dentro de los 315 días siguientes” a la fecha en que se inicie el procedimiento.

De este párrafo resulta una primera concreción de la materia que han de revisar los paneles binacionales: examina las resoluciones definitivas únicamente respecto de “los errores aducidos por las Partes o los particulares”. Esto indica que el panel no puede examinar más cuestiones que las planteadas expresamente por las partes en el proceso. Las Reglas de procedimiento del artículo 1904³ (en lo sucesivo reglas) confirman esta limitación: la regla 35-1-c-iii indica que “la revisión se limitará a los alegatos... comprendidos en las Reclamaciones presentadas ante el panel”.

Otra concreción de la materia es la relativa a la palabra “errores” que contiene el párrafo 14 del artículo 1904. Las reglas precisan que son “errores de hecho o de derecho... de la autoridad investigadora” (reglas 35-1-c-iii; 39-1 y 39-2). Quedan así excluidos los errores cometidos por otras entidades gubernamentales.

La expresión “errores de hecho o de derecho” es muy amplia. “Errores de hecho” comprende todos los relativos al conocimiento y valoración de los hechos,

¹ Debiera decir “con base en el expediente administrativo”.

² En vez de “estuvo de conformidad” debiera decir “se dictó de conformidad” o “fue conforme”.

³ Acordadas por los gobiernos de los tres países y publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de junio de 1994.

como podrían ser errores en cuanto a la determinación de los precios de origen o de importación, en cuanto a volumen de importaciones, al daño que se haya causado a la industria nacional, etcétera. “Errores de derecho” puede comprender cualquier incumplimiento de cualquier disposición jurídica, así como la indebida aplicación o interpretación de las leyes.

De este examen puede concluirse que la materia objeto de revisión por un panel binacional establecido conforme al artículo 1904 del TLCAN es: los errores de hecho o de derecho en que haya incurrido la autoridad investigadora al dictar una resolución definitiva y que hayan sido expresamente aducidos por las partes.

B. Criterio de revisión

1. Criterio general de revisión

El criterio general de revisión es, como ya se dijo, la conformidad de la resolución “con las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias de la Parte importadora” (artículo 1904-2). El contenido de esta afirmación la precisa el mismo párrafo del artículo 1904 señalando que por “disposiciones jurídicas” se entiende las “leyes, antecedentes legislativos, reglamentos, práctica administrativa y precedentes judiciales pertinentes”.

Debe tenerse en cuenta que el párrafo citado se refiere exclusivamente a las disposiciones jurídicas “en materia de cuotas antidumping y compensatorias” y no a disposiciones que versen sobre otras materias, e igualmente se refiere a las leyes, antecedentes, etcétera, “pertinentes”, es decir los relativos a esa materia.

No hay duda de que de todas estas “disposiciones jurídicas” las más importantes son las leyes sobre cuotas antidumping y compensatorias; los demás instrumentos que caben en la denominación “disposiciones jurídicas”, tales como los reglamentos, antecedentes legislativos, práctica administrativa y precedentes judiciales, no son más que fuentes explicatorias o interpretativas de esas leyes. Por lo anterior, me parece que puede decirse que el criterio general de la revisión por el panel es el de la conformidad de la resolución con la ley sobre cuotas antidumping y compensatorias, interpretada conjuntamente con las demás fuentes pertinentes.

El final del mismo párrafo hace una afirmación que apoya esa conclusión y aclara también la naturaleza de la revisión que hace el panel. Dice la frase final “Únicamente para los efectos de la revisión por el panel, tal como se dispone en este artículo, se incorporan a este Tratado las leyes sobre cuotas antidumping y compensatorias de las Partes con las reformas que ocasionalmente se les hagan”.

Debe notarse, en primer lugar, que se incorporan al tratado únicamente las leyes sobre cuotas antidumping y compensatorias y no las demás “disposiciones jurídicas”. Esta referencia exclusiva a las leyes hace ver que lo que interesa en la revisión

por el panel es la conformidad de la resolución impugnada con las leyes sobre la materia.

En segundo término debe considerarse el hecho de que se dispone que las leyes de la materia se incorporan al tratado, si bien de manera restringida a los efectos de la revisión por el panel. ¿Qué caso tiene hacer esta incorporación relativa de leyes nacionales a un tratado internacional? Me parece que la respuesta es que siendo el panel un órgano jurisdiccional de carácter internacional, por estar compuesto por miembros de diferente nacionalidad y por estar previsto y regulado por un tratado internacional, debe juzgar teniendo en cuenta no leyes nacionales, sino disposiciones internacionales. Al incorporarse las leyes nacionales de la materia al tratado, resulta que cuando el panel revisa la resolución aplica una ley internacional, que es la propia ley nacional incorporada al tratado, a diferencia de una instancia judicial nacional que aplicaría la ley de la materia simplemente como ley nacional. Esta incorporación de las leyes sobre la materia al tratado no es algo meramente formal, puesto que tiene consecuencias en cuanto a la interpretación que se haga de ellas, pero esto sería materia de otro trabajo.⁴ Lo que aquí importa destacar es que el panel, por ser órgano jurisdiccional internacional, no aplica leyes nacionales sino únicamente leyes internacionales y, en consecuencia, el panel no puede aplicar más que las leyes incorporadas al tratado y no cualquier otra ley del orden jurídico del Estado que emitió la resolución impugnada.

Para evitar cualquier duda, el tratado precisa en concreto cuáles son esas leyes, señalando en el artículo 1911 que son las leyes que específicamente se mencionan en el anexo 1911; en este anexo, cada país señala cuál es su ley de esta materia; ahí se dice, en el caso de México, que es la Ley reglamentaria del artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de comercio exterior, así como “sus reformas y cualesquiera leyes sucesoras”. Tal ley reglamentaria del artículo 131 constitucional fue sustituida por una nueva Ley de comercio exterior, publicada el 27 de julio de 1993.

En conclusión, se puede decir que para el caso de paneles que revisen las resoluciones sobre cuotas antidumping y compensatorias dictadas en México, el criterio general de revisión del panel es examinar la conformidad de dicha resolución exclusivamente con la ley de comercio exterior y demás disposiciones jurídicas sobre la materia.

2. Criterios específicos de revisión

El tratado no se limita a señalar la legalidad como criterio general de revisión, sino que además precisa cuáles son los aspectos específicos de esa legalidad que debe

⁴ Por ejemplo, la ley “incorporada” al tratado se entiende que es una parte del tratado y, por lo tanto, debe interpretarse en el contexto del tratado, y de acuerdo con las reglas de interpretación de estos instrumentos internacionales.

examinar el panel. En su párrafo 3 del artículo 1904 señala que el panel binacional aplicará: a) “los criterios de revisión señalados en el Anexo 1911” y b) “los principios generales de derecho” que podría aplicar un tribunal del país importador.

Como ya se mencionó arriba, el anexo 1911 señala tres grupos de criterios de revisión, que se aplicarán según que la resolución haya sido dictada por el gobierno de Canadá, el de Estados Unidos o el de México.

No deja de llamar la atención que existan criterios de revisión diferentes según el origen de la resolución cuestionada. Esto se explica porque el motivo de establecer este sistema de paneles binacionales es “reemplazar” la revisión judicial interna con la revisión por el panel binacional (artículo 1904-1). Esto da un resultado un tanto confuso: un caso que ordinariamente estaba sometido a la jurisdicción nacional y que se resolvía conforme a las leyes nacionales, ahora está sometido a una jurisdicción internacional que tiene que aplicar leyes nacionales, las cuales se consideran incorporadas al tratado (artículo 1904-2). En mi opinión, este sistema de revisión ante un panel binacional deberá evolucionar en el sentido de convertirse en una jurisdicción plenamente internacional que aplica reglas procesales y sustantivas internacionales y comunes a todos los Estados; un paso importante hacia esa meta sería definir un solo cuerpo de criterios de revisión aplicables en todos los casos.⁵

Para una explicación completa de los criterios de revisión sería necesario comparar los tres cuerpos de criterios de revisión, señalando los criterios que son comunes en los tres países, los que son comunes en dos de ellos y los que son exclusivos de un país.⁶ Pero aquí me limitaré a analizar los establecidos por la ley mexicana.

El artículo 238 del Código Fiscal de la Federación dice que la resolución es parcial o totalmente ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes “causales”:

- I. Incompetencia del funcionario que la haya dictado u ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva dicha resolución.
- II. Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, que afecta las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso.
- III. Vicios del procedimiento que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada,
- IV. Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas,

⁵ Hay, de hecho, ya un criterio de revisión común establecido en las citadas *reglas*, que es el de la declinatoria de competencia. La regla 35-1-c-iii dice que entre los errores de hecho o de derecho se incluye la “declinatoria de competencia”; lo mismo la regla 39-1.

⁶ Por ejemplo, los tres países consideran la ausencia de fundamentación y motivación de la resolución, o el abuso en facultades discrecionales; pero sólo Canadá y México, consideran la competencia de la autoridad que dictó la resolución.

- V. Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades.

Estos “criterios de revisión” vienen a precisar los “errores de hecho o de derecho” que pueden ser alegables.

Los errores *de hecho* alegables son: a) inexistencia de los hechos que motivaron la resolución, y b) incorrecta apreciación de los mismos (fracción IV).

Los errores *de derecho* alegables son: a) incompetencia del funcionario o entidad que dictó o tramitó la resolución (fracción I); b) omisión de requisitos formales que haya trascendido al sentido de la resolución y especialmente la falta de motivación y fundamentación de la resolución (fracción II); c) existencia de vicios del procedimiento que hayan afectado la defensa del particular o hayan trascendido al sentido de la resolución (fracción III); d) que la resolución se haya dictado en contra de las disposiciones aplicables, es decir en contra de las disposiciones que se invocaron como fundamento, o sin aplicar otras disposiciones que debieron aplicarse (fracción IV), y e) que la resolución haya sido dictada abusando de facultades discrecionales.

Si se examinan conjuntamente estos posibles errores alegables, se tiene que casi todos ellos se refieren a errores que afectan el sentido de la resolución.

Es claro que los errores en cuanto a existencia o apreciación de los hechos tienen necesariamente una influencia en la decisión de imponer o no una cuota compensatoria o antidumping, ya que esta supone la existencia de dos hechos fundamentales: que exista discriminación de precios (dumping) o subsidios y que existe un daño, o amenaza de daño, a la producción nacional. Si hay un error en cuanto a la existencia o valoración de esos hechos, necesariamente se afecta el sentido de la resolución.

Los errores de derecho casi todos tienen influencia en la resolución definitiva. La omisión de requisitos formales o la existencia de vicios en el procedimiento, únicamente son alegables si tienen influencia o trasciendan al sentido de la resolución definitiva. La contravención u omisión de las disposiciones aplicables también afecta el sentido de la resolución.

Pero hay otros errores que son alegables independientemente del contenido de la resolución y que son: la incompetencia del funcionario o entidad gubernamental que dictó la resolución, y el abuso de facultades discrecionales, que viene a ser una forma de incompetencia. En estos casos puede ser que se haya dado una resolución cuyo contenido sea perfectamente congruente con la realidad del caso y con las leyes aplicables y, sin embargo, es impugnabile por falta de competencia del órgano que la emitió.

Hay finalmente un error formal, que es la falta de fundamentación y motivación, que me parece debe entenderse que constituye una causa de nulidad independientemente de que haya trascendido o no al contenido de la resolución;⁷ lo

⁷ En la redacción de la fracción II se menciona primero la omisión de requisitos formales que trascienda al sentido de la resolución, y luego se añade otra causal: la falta de motivación o fundamentación, que no está limitada por la frase que exige que la omisión trascienda al sentido de la resolución.

grave de esta omisión es que dificulta mucho la defensa del particular, que tendrá que adivinar cuáles fueron los fundamentos legales y de hecho de la resolución.

III. ¿DEBE UN PANEL BINACIONAL EXAMINAR LA COMPETENCIA?

Tomando en cuenta la misión de estos paneles arriba examinada, me parece que éstos no deben, en ningún caso, examinar la incompetencia del funcionario o la entidad que dictó la resolución impugnada, pues ello, aunque pueda justificarse con una interpretación formal del texto del artículo 1904-3, va en contra de los fines del tratado y de la congruencia del sistema de solución de controversias previsto en el mismo, y contraviene el derecho mexicano. A continuación expongo mis argumentos.

A. El tratado supone la competencia de las autoridades

Un hecho que no debe pasarse por alto es que el artículo 1904 al referirse al órgano gubernamental que dicta una resolución impugnada siempre lo llama “la autoridad investigadora competente” (párrafos 4,7,8,14), lo que hace pensar que en la mente de los redactores del tratado estaba la idea de que no se revisaría la competencia de la autoridad, sino que ésta se suponía. Esto mismo hace pensar el hecho de que el panel, si no confirma la resolución impugnada, la devuelve a la instancia que la dictó para que ésta la modifique, lo cual supone que esa instancia es competente para dictar y modificar la resolución.

B. El objetivo del sistema de revisión ante un panel binacional es asegurar el orden jurídico internacional en materia de comercio

Uno de los objetivos del tratado es (artículo 102-b) “promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio”. Este objetivo se consigue, entre otros medios, estableciendo, en el capítulo XIX, un mecanismo jurisdiccional internacional que revise las decisiones definitivas de los gobiernos en materia de imposición de cuotas compensatorias o antidumping. Este mecanismo fue introducido en el acuerdo bilateral entre Canadá y Estados Unidos, a petición del gobierno canadiense que quería tener una seguridad de que las decisiones que tomara en esta materia el gobierno de Estados Unidos no fueran infundadamente proteccionistas o simplemente inspiradas por prejuicios nacionalistas. De ahí pasó luego al tratado trilateral.

La misión del panel es dictaminar si una resolución definitiva en materia de cuotas antidumping o compensatorias fue dictada “de conformidad con las dispo-

siciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias de la Parte importadora” (artículo 1904-2). Para despejar cualquier duda de que un órgano de jurisdicción internacional aplique leyes nacionales, el mismo párrafo del artículo 1904 añade que “para efectos de la revisión por el panel,... se incorporan a este Tratado las leyes sobre cuotas antidumping y compensatorias de las Partes, con las reformas que ocasionalmente se les hagan”.

Todas las leyes sobre cuotas antidumping y compensatorias tienen como objetivo precisar los casos en que puede limitarse el libre comercio internacional por razón de proteger los intereses nacionales. Constituyen así una pieza importante en la política de comercio exterior de cada país, que procura establecer un equilibrio entre los intereses de los productores nacionales y los intereses de los exportadores extranjeros (aunados con los importadores y posiblemente con los consumidores nacionales). La excesiva aplicación de cuotas compensatorias podría arruinar el libre comercio internacional; la falta de aplicación de las mismas podría arruinar la producción nacional.

Por esta importancia de la legislación en la materia, el tratado procura que las leyes de los tres países tengan un contenido semejante, disponiendo (artículo 1902-2-d) que deben respetar (no ser incompatible con) lo dispuesto en el GATT y sus acuerdos complementarios. Y para asegurar la aplicación objetiva de la misma, de modo que estén seguros los intereses de los exportadores frente al posible prejuicio nacionalista de los gobiernos en favor de los productores nacionales, estableció el sistema de revisión ante paneles binacionales.

El objetivo de este sistema de revisión es, en conclusión, asegurar la aplicación objetiva de las reglas del tratado en materias de cuotas antidumping y compensatorias, de modo que se consiga efectivamente el equilibrio o equidad entre los intereses de los exportadores extranjeros y los de los productores nacionales. Lo que importa es, por tanto, que el fondo de las decisiones sea conforme al derecho que señala condiciones y limitaciones para una zona internacional de libre comercio y que no sean injustificadamente proteccionistas o simplemente nacionalistas.

Debe tenerse en cuenta que una cosa es el orden jurídico del comercio internacional establecido en el tratado, lo cual es materia del derecho público internacional, y otra cosa es el orden de competencias de los gobiernos nacionales, lo cual es un asunto de derecho público interno. Si un órgano de gobierno incompetente impone una cuota compensatoria que respeta las reglas establecidas en el tratado (que remiten a la aplicación objetiva de la ley nacional antidumping) el orden jurídico del comercio internacional no se altera, pero sí se contraviene el orden jurídico interno. La cuestión que surge entonces no es una cuestión de orden internacional, sino eminentemente nacional, por lo que debe ser resuelta, no por órganos de jurisdicción internacional, como son los paneles binacionales, sino por los órganos de jurisdicción internos.

El examen de la competencia puede ser relevante en el derecho internacional público cuando se juzga la competencia de una entidad internacional como, por ejemplo, la Comisión de Libre Comercio, o incluso cuando se juzga la competencia de un panel binacional, y en esos casos sí es congruente que sea una jurisdicción

internacional la que examine la competencia; por eso el mismo tratado prevé que si un panel binacional actúa excediéndose de sus facultades, es decir sin competencia, se puede establecer un órgano internacional, denominado Comité de impugnación extraordinaria (artículo 1904-13 y su anexo), para que juzgue el caso.

Si se admite que la competencia de los órganos nacionales la revisen órganos de jurisdicción internacional se sienta un precedente grave de intervención jurídica de instancias internacionales en los asuntos internos. Es algo que iría en contra del principio de autodeterminación de los pueblos, que es uno de los principios tradicionales del derecho internacional público, y que ha sido pilar de la política exterior mexicana.

C. Si los paneles revisan la competencia se exceden de sus facultades

El panel binacional, como se explicó arriba, sólo debe juzgar de la conformidad de la resolución con la ley de cuotas compensatorias y antidumping y demás disposiciones jurídicas pertinente. En dicha ley no suele definirse la competencia del órgano encargado de imponerlas; ésta más bien viene establecida en las legislaciones orgánicas de la administración pública y, finalmente, en la constitución. Si el panel entra a revisar la competencia tiene que entrar al examen e interpretación de otras leyes nacionales, que no están “incorporadas” al tratado, y que no se refieren al derecho del comercio internacional.

A lo largo del capítulo XIX, y especialmente en el artículo 1904 está muy claro que el sistema de paneles binacionales se ha creado para asegurar que las resoluciones de imposición de cuotas sean conformes, no con todo el orden legal interno, sino exclusivamente con “las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias”. Por eso el párrafo 3 del artículo 1904 dispone que sólo esas leyes, y no todo el orden legal interno, se incorporan al tratado, y por eso mismo el artículo 1911 se encarga de definir lo que significa “ley antidumping” y “ley de cuotas compensatorias” y remite al anexo 1911 donde cada país señala cuál es su ley de esta materia.

Por consiguiente para definir con precisión las leyes que han de tener en cuenta los paneles binacionales ha de acudirse a las leyes definidas por cada país en el anexo 1911. Y como ésta es una definición expresa en el tratado debe interpretarse restrictivamente ya que la intención es definir con exactitud cuáles son esas leyes y no señalar un criterio general para poder concluir cuáles son.

Ciertamente, en el mismo anexo 1911, después de la definición específica de las leyes antidumping y compensatorias de cada país hay un párrafo que dice que serán consideradas además “las disposiciones de cualquier otra ley que prevea la revisión judicial de las resoluciones definitivas... o indique los criterios de revisión aplicables”. Este sí es un párrafo general pero se refiere también restrictivamente a un tipo de leyes: aquellas que prevean “la revisión judicial de las resoluciones definitivas”, es decir la que contenga algo relacionado con la revisión judicial (no

con la competencia del órgano encargado) o específicamente las que indiquen los criterios de revisión, las cuales son señaladas expresamente en el mismo anexo donde se define qué es “criterio de revisión”.

En conclusión, las únicas leyes que podrían ser consideradas por el panel, además de las leyes expresamente mencionadas en el anexo 1911 (leyes antidumping y sobre cuotas compensatorias y las que prevén los criterios de revisión) son las que digan algo acerca de la revisión judicial de las resoluciones sobre cuotas antidumping o compensatorias; ahora bien, siguiendo la línea de interpretación restrictiva del tratado, que concuerda perfectamente con un texto que procura definir con precisión todos sus términos,⁸ debe concluirse que esas leyes no son todo el cuerpo legal del que formen parte, sino exclusivamente los preceptos o artículos que dicen algo sobre la revisión judicial de tales resoluciones; si, por el contrario, se interpretara que se considera todo el cuerpo legal se ampliaría excesiva e innecesariamente la legislación aplicable, haciendo más difícil la labor del panel.

Además, si el panel llegara a la conclusión de que el órgano que dictó la resolución es incompetente tiene que llegar a la consecuencia de que la resolución es nula. Esto lo pone en una disyuntiva que, en cualquier opción, le llevará a resultados contradictorios: o declara la nulidad de la resolución, con lo cual sobrepasa sus facultades, pues está claramente previsto en el artículo 1904-8 que el panel sólo puede “confirmar la resolución definitiva o devolverla a la instancia anterior”; o bien devuelve la resolución al órgano que la dictó para que él mismo la anule, lo cual es absurdo, puesto que a un órgano que ha sido juzgado como incompetente para dictar una resolución se le considerara competente para anularla; la resolución no puede ser anulada mas que por una instancia superior (judicial o administrativa) a la que emitió la resolución.

Pero aceptando que la propia autoridad que emitió la resolución la declarara nula, se tendría la consecuencia de que no se ha juzgado acerca del fondo del asunto, por lo que la cuestión podría volver a presentarse ante el órgano que fuera competente. De este modo, la decisión del panel no sería definitiva, sino solamente dilatoria, lo cual va en contra del mismo sistema de revisión establecido en el artículo 1904 del tratado.

D. La experiencia del primer panel habido en México confirma lo anterior

En el primer panel binacional celebrado en México, sobre las importaciones de productos de placa de acero en hoja de los Estados Unidos, se planteó el asunto de la

⁸ Este es un estilo patente en el tratado: tiene un capítulo (el segundo) sobre “definiciones generales” y casi en todos los capítulos tiene un artículo con “definiciones” y anexos que precisan su sentido. Ante un texto de esta naturaleza, es perfectamente razonable la aplicación del principio tradicional del *Common Law: statuta sunt stricte interpretanda*: las leyes deben interpretarse restrictivamente.

competencia de la autoridad que dictó la resolución impugnada. Este planteamiento hizo que el panel se extralimitara en su actuación.

En primer lugar, para poder decidir sobre la competencia de la autoridad, el panel tuvo que analizar la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la de la Secretaría de Comercio e incluso manuales de organización interna, así como preceptos constitucionales (artículos 14 y 16). Para justificar esto consideró que la expresión “disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping” comprendía todos los cuerpos legales internos que pudieran decir algo acerca de esa materia, incluso la misma constitución de la República, y no exclusivamente las leyes mencionadas en el tratado y los preceptos específicos sobre la materia. Con esta perspectiva llegó implícitamente a tratar los artículos 14 y 16 constitucionales como si fueran leyes en materia de cuotas antidumping y compensatorias y a invocarlos como fundamento de su decisión sobre la incompetencia del órgano que dictó la resolución. Esto es evidentemente un abuso,⁹ porque los paneles se han establecido para aplicar las leyes sobre cuotas antidumping y compensatorias y no para revisar la legalidad general y menos la constitucionalidad de los órganos de gobierno, lo cual es ciertamente materia propia y exclusiva del derecho interno y de la jurisdicción nacional.

Y además, habiendo llegado el panel a la conclusión de que la autoridad era incompetente,¹⁰ se imponía lógicamente la conclusión de que la resolución era nula, por lo que entonces también decidió anular la resolución, extralimitándose de lo prescrito en el artículo 1904-8 del tratado, que dice que la resolución del panel será en el sentido de confirmar la resolución o devolverla a la instancia anterior. Para justificar este exceso, adujo que el criterio de revisión previsto en el tratado era el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, que debía interpretarse en relación con los artículos 237 y 239 del mismo código, y como el artículo 239-II dice que la sentencia del tribunal podrá declarar la nulidad, se sintió facultado para declararla.

Me parece que por ninguna interpretación razonable puede entenderse que el declarar la nulidad sea un “criterio de revisión” y no un tipo de decisión, pero el panel tenía la necesidad de ser congruente: si la resolución había sido dictada por autoridad incompetente era lógicamente una resolución nula; se encontraba así ante la disyuntiva que se mencionó arriba: o anulaba la resolución, que fue lo que hizo, excediéndose de sus facultades, o la devolvía a la autoridad para que la anulara, lo cual es también absurdo pues la facultad de anular un acto es del tribunal, no de la autoridad que lo ejecuta.

⁹ Véanse las atinadas observaciones de LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, en “Comentario a la resolución del panel binacional sobre las importaciones de productos de placa de acero en hoja originarios y procedentes de los Estados Unidos de Norteamérica”, en *Revista de Derecho Privado* 18 (México sept.-dic. 1995) 243 s.

¹⁰ Conclusión aparentemente fundada, según opina VÁZQUES BENÍTEZ, Adrián, en “El caso del panel sobre el acero originario de los Estados Unidos de Norteamérica”, en *Revista de Derecho Privado* 18 (México sept.-dic. 1995) 262 ss.

Lo anterior confirma de una manera práctica que no debe considerarse la competencia de la autoridad como uno de los criterios de revisión que deben seguir los paneles binacionales, ya que es algo que los lleva a excederse de sus facultades.¹¹

E. La definición y juicio de la competencia de los órganos de gobierno es un asunto interno, de orden público

Ciertamente, en el orden interno debe controlarse la competencia de cada uno de los órganos de gobierno y de jurisdicción, con el objeto de preservar el llamado estado de derecho, pero esto es un asunto estrictamente nacional y que no tiene por qué ser juzgado por instancias internacionales.

Los exportadores extranjeros que se sintieran afectados por la decisión de un órgano de gobierno incompetente pueden acudir a los mecanismos internos de revisión para discutir la competencia del mismo. De hecho tienen esta oportunidad en el procedimiento que se sigue para decidir sobre la imposición de una cuota compensatoria, del cual se les notifica. Posteriormente podrían presentarla en el recurso de revisión, en el juicio ante el tribunal fiscal, y aun en juicio de amparo indirecto. De modo, que no puede decirse que quedan sin oportunidad de defenderse ante los excesos o desviaciones de los órganos de gobierno.

En el juicio acerca de la incompetencia de las entidades gubernamentales no hay motivo para recelar de un prejuicio nacionalista en contra de los exportadores, ya que es de interés nacional el que los órganos de gobierno se ajusten a la competencia definida, de modo que los exportadores que cuestionan la competencia del órgano gubernamental coadyuven indirectamente a la solución de un problema nacional.

Además, la falta de competencia o incompetencia se considera por el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, en su versión actual, como asunto de “orden público”.

Los asuntos de “orden público” son esencialmente asuntos internos, que deben resolverse por las instancias internas. Por esta razón, la ley mexicana sobre celebración de tratado dice en su artículo 9 que “El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos no reconocerá cualquier resolución de los órganos de decisión de los mecanismos internacionales para la solución de controversias... cuando esté de por medio la seguridad del Estado, el orden público o cualquier otro interés esencial de la Nación”. Esto quiere decir que los asuntos de orden público no los juzgan los tribunales o instancias internacionales, sino que son exclusivos de las instancias

¹¹ Otra crítica, en este mismo sentido, a la decisión del panel binacional, puede verse en CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo “Comentarios en torno a la resolución pronunciada por el panel establecido al amparo del capítulo XIX del TLCAN, en el expediente Mex.: 94-1904-02”, en *Revista de Derecho Privado* 19 (México enero-abril 1996).

nacionales, las cuales incluso pueden determinar que una decisión proveniente de una instancia internacional no es aplicable porque contradice el orden público.

En la tradición jurídica mexicana se ha considerado que el examen de la competencia de las autoridades es, finalmente, materia que examina la Suprema Corte de Justicia, con fundamento en el artículo 16 constitucional. De hecho, hay una abundante jurisprudencia de la corte al respecto. Dejar que sea un órgano de jurisdicción internacional el que decida sobre la competencia de los órganos de gobierno significaría sustraerle indebidamente competencia al máximo tribunal nacional.

F. Cuando menos, el panel que revise decisiones mexicanas (o canadienses) no debe revisar la competencia cuando se ha instalado por petición del gobierno estadounidense

Si los anteriores argumentos no se consideraran suficientes para superar una interpretación formalista del tratado, al menos quedaría otro argumento residual o subsidiario, que no tropieza con la interpretación formal del tratado, y es la invocación del principio de reciprocidad internacional.

Dice el tratado (artículo 1904-3) que el panel aplicará los criterios de revisión definidos por cada país en el anexo 1911 y también los “principios generales del derecho” que aplicaría el tribunal de la Parte importadora. Uno de esos principios, reconocido comúnmente y especialmente en la práctica internacional es el principio de reciprocidad internacional.

Este es uno de los principios que aplican los tribunales mexicanos y, de hecho está contemplado en la constitución mexicana, cuyo artículo 27 fracción primera, segundo párrafo, dice que el Estado podrá autorizar a los extranjeros a que adquieran bienes inmuebles en el Distrito Federal, considerando los “intereses públicos internos y los principios de reciprocidad”. La Ley sobre celebración de tratados es más específica cuando, refiriéndose a los mecanismos internacionales de solución de controversias, dice (artículo 8 frac. I) que deberán “otorgar a los mexicanos y extranjeros que sean parte en la controversia el mismo trato conforme al principio de reciprocidad internacional”.

Por el hecho de que se consideren tres series de criterios de revisión, una por cada país, resulta que las resoluciones de Canadá y México sí pueden ser impugnadas por incompetencia,¹² pero no así las de Estados Unidos. Pero aplicando el principio de reciprocidad internacional, que es uno de los principios generales de derecho mencionados en el artículo 1904-3, se debe concluir que las resoluciones mexicanas podrán ser impugnadas por causa de incompetencia por los exportadores canadienses, y viceversa, pero no por los exportadores estadounidenses, dado que

¹² Como ya se explicó arriba.

su país no acepta la impugnación de sus resoluciones por ese motivo; si los exportadores estadounidenses pudieran cuestionar la competencia de los órganos de gobierno mexicano, pero no lo pudieran hacer los mexicanos respecto de los órganos de gobierno estadounidenses, se estaría en una situación de desigualdad injustificada.

IV. ¿PUEDE EL PANEL REVISAR DE OFICIO LA COMPETENCIA?

Cuando fue aprobado y cuando entró en vigor el tratado, el citado artículo 238 frac. I señalaba como criterio de revisión simplemente la incompetencia del funcionario que dictó la resolución; pero en diciembre de 1995 se añadió un párrafo final al artículo que dice: “El Tribunal Fiscal de la Federación podrá hacer valer de oficio, por ser de orden público, la incompetencia de la autoridad para dictar la resolución impugnada...”

Ahora se ha presentado la cuestión si este último párrafo adicionada al artículo 236 debe ser o no aplicable a los paneles binacionales, es decir, si éstos deben examinar “de oficio” la competencia de la autoridad que dictó la resolución, toda vez que el artículo 1904-3 del tratado dice que el panel aplicará los criterios de revisión señalados en el Anexo 1911; y éste dice (segundo párrafo) que los criterios de revisión son los que definen las leyes, que luego señala, “con las reformas que introduzca la Parte pertinente”.

Una interpretación literal de esas disposiciones del tratado llevaría a la conclusión de que efectivamente el panel binacional puede, “de oficio”, revisar la competencia.

Ya he expuesto arriba las razones por las que considero que el panel binacional no debe examinar la competencia, aun cuando la cuestión la hubiera aducido alguna de las partes. Las mismas razones excluyen que pueda examinar esa cuestión sin mediar petición de parte. Pero, suponiendo que se considerara que no son válidas dichas razones y que se admitiera, en general, que el panel puede examinar la competencia del órgano que dictó la resolución, hay otras razones específicas que excluyen que pueda examinar esta cuestión “de oficio”, sin mediar petición de parte.

Pero antes de examinar esas razones, es necesaria aclarar el sentido del párrafo añadido al citado artículo 238. Este párrafo otorga al Tribunal Fiscal una facultad de revisar de oficio la competencia, pero no le impone el deber de hacerlo. Ese es claramente el sentido de la expresión “podrá hacer valer de oficio... la incompetencia”. Por lo que si se considerara que este párrafo rige las actividades del panel binacional, su resultado no es que el panel deba revisar de oficio la incompetencia, sino que tiene la facultad de decidir si lo hace o lo excluye.

Los argumentos que a mi parecer excluyen la revisión de oficio de la cuestión de la competencia del funcionario son los siguientes:

1. Como se examinó arriba,¹³ está previsto en el artículo 1904 del tratado y en las reglas de procedimiento que el panel examina únicamente lo que señala el Estado actor y los particulares coadyuvantes en sus escritos de reclamación.
2. La naturaleza del panel como un tribunal arbitral exige que su misión se limite a lo encomendado por las partes, dentro del marco previsto en el tratado.

Este último argumento merece mayor explicación.

Los paneles binacionales que se establecen conforme al artículo 1904 del tratado son tribunales arbitrales y no órganos judiciales ni gubernamentales de ninguno de los Estados partes del tratado, ni son tampoco entidades de naturaleza paraestatal. No son por lo tanto órganos que tengan una potestad pública delegada, como la pueden tener los tribunales administrativos o los jueces ordinarios, en todos sus grados.

Son, en cambio, simplemente tribunales de árbitros particulares designados por los Estados para resolver un conflicto en particular, que ni siquiera tiene potestad para modificar la resolución impugnada, sino que simplemente opinan si estuvo bien emitida o si debe modificarse en determinado sentido.¹⁴ Su competencia para conocer del caso les viene por el consentimiento¹⁵ de las partes de someterse a su parecer, por lo que únicamente tienen competencia para conocer lo que las partes les piden que conozcan, dentro de la materia que el tratado prevé que conozcan.

Son también tribunales *ad hoc*, es decir establecidos para conocer específicamente de un caso y que se disuelven en cuanto concluyen la misión encomendada. Al concluir el caso, se expide un “aviso de terminación de la revisión ante el panel”, que tiene el efecto de liberar a los panelistas de su encargo.¹⁶ Este carácter transitorio de los paneles los hace que no sean aptos para tener una misión, aunque sea discrecional, de examinar de oficio alguna cuestión determinada, lo cual es más bien propio de un órgano estable al cual se le encomienda una labor permanente de control o vigilancia.

¹³ Ver II.A.

¹⁴ El artículo 1904-8 dice que el panel puede “confirmar la resolución definitiva o devolverla a la instancia anterior con el fin de que se adopten medidas no incompatibles con su decisión”. Es decir no puede el panel modificar la resolución ni anularla, sino simplemente opinar que estuvo bien emitida (es decir “confirmarla”) o que debe modificarse en determinado sentido (“devolverla... con el fin de que se adopten medidas no incompatibles con su decisión”).

¹⁵ La mera firma y ratificación del tratado implica el consentimiento, en general, de someter las diferencias sobre cuotas compensatorias a los paneles binacionales; la elección de los panelistas o árbitros implica el consentimiento de someterles una controversia actual. Algo semejante ocurre con las cláusulas arbitrales en los contratos privados: la firma del contrato con una cláusula arbitral implica el consentimiento de someter las controversias previstas en tal cláusula a la decisión de un árbitro, y la elección del árbitro implica el sometimiento a ese árbitro de una controversia actual.

¹⁶ Reglas 78 y 80.

V. CONCLUSIONES

A manera de síntesis, se enuncian aquí las conclusiones obtenidas a lo largo de este análisis:

- 1^ª La misión de los paneles binacionales establecidos conforme al artículo 1904 es la de examinar una resolución sobre cuotas antidumping o compensatorias, desde el punto de vista de su conformidad con la ley de cuotas antidumping o compensatorias y demás disposiciones jurídicas pertinentes, con el fin de confirmarla o devolverla a la instancia que la dictó para que la modifique en determinado sentido.
- 2^ª Esa misión excluye lógicamente que se revise la competencia del órgano que dictó la resolución, por ser ésta una cuestión que no interesa al orden jurídico del comercio internacional y ser, en cambio, una cuestión de orden interno y, en el caso mexicano, de orden público.
- 3^ª Por consecuencia tampoco puede admitirse la posibilidad de revisar la competencia de oficio, sin que medie petición de parte.