

EL T-MEC Y LA OMC: UN CASO DE FORUM SHOPPING

USMCA AND WTO: A CASE OF FORUM SHOPPING?

Rev. Boliv. de Derecho N° 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 688-705



Gerardo
Enrique LUPIÁN
MORFÍN

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de octubre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 30 de noviembre de 2021

RESUMEN: Entre las Partes del T-MEC, siendo también Miembros de la OMC, la elección del foro representará un problema cuando una controversia se planteé ante estos dos foros y resuelvan en diferentes sentidos, ya que, ¿cuál foro prevalecerá? ¿Aceptaría cualquiera de los foros la decisión del otro?

PALABRAS CLAVE: T-MEC; OMC; controversia; foro; decisión.

ABSTRACT: *Between the Parties of the USMCA, being also Members of the WTO, the choice of the forum will present a problem when a dispute is brought before these two forums and they rule in different directions, since which forum will prevail? Would either forum accept the decision of the other?*

KEY WORDS: *USMCA; WTO; dispute; forum; decision.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. ELECCIÓN DEL FORO.- III. CASOS DE FORUM SHOPPING.- 1. Salvaguardias sobre escobas.- 2. El caso de Jarabe de Maíz de Alta Fructuosa.- IV. COOPERACIÓN MUTUA Y CONSULTAS.- V. ESTABLECIMIENTO DE UN PANEL.- VI. ELECCIÓN Y REQUISITOS DE LOS PANELISTAS.- VII. LA TERCERA PARTE O TERCER PARTICIPANTE.- VIII. PRESENTACIÓN DE INFORMES PRELIMINARES.- IX. EL INFORME FINAL.- X. LA IMPLEMENTACIÓN.- XI. INCUMPLIMIENTO Y SUSPENSIÓN DE BENEFICIOS.- XII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La ausencia de jurisdicción imperativa para observar las obligaciones internacionales, no solo afecta a los sistemas regionales como el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá, (abreviadamente, T-MEC), sino también al sistema comercial de la Organización Mundial de Comercio, (abreviadamente, OMC).

Los sistemas de solución de controversias en los acuerdos regionales son, esencialmente los mismos. Con *esencialmente los mismos* me refiero a la instauración de paneles arbitrales *ad hoc*, que resuelven cada controversia en particular; esto después de haber pasado por una fase diplomática que muchas veces fracasa; acto seguido, el tribunal *ad hoc* emite una resolución, sin carácter vinculante y coercitiva, entre las partes en conflicto, ya que éstas tienen la facultad de atenerse a la resolución o no. En este último caso, pueden optar por llegar a una negociación totalmente diferente al informe del panel.

El presente trabajo versa sobre las normas del T-MEC relativas al sistema GATT/OMC que, en su caso ha de aplicar el mecanismo de solución de controversias regulado en su sección A, ya que será el más interesante desde una perspectiva teórica como práctica a la hora de analizar su relación con la OMC.

Cuando surja un problema entre las Partes del T-MEC, éste deberá procurar llegar a un acuerdo para que sea ventilado y solucionado, ya que existe el

I General Agreement on Tariffs and Trade.

• Gerardo Enrique Lupián Morfín

Licenciado en Derecho por la Universidad Panamericana Campus Guadalajara, México. Obtuvo el grado de Maestro en Derecho Corporativo por la Universidad de Guadalajara, México. Es Máster en Seguridad y Prevención y Doctor en Derecho Público Global por la Universidad Autónoma de Barcelona, España, programa de doctorado adaptado al Nuevo Marco del Espacio Europeo de Educación Superior (EEES). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores de México (SNI) Nivel I, Profesor de Tiempo Completo del Departamento de Ciencias Jurídicas y del Posgrado en Derecho de la Universidad de Guadalajara, México. Profesor de Cátedra del Departamento de Derecho del Tec de Monterrey Campus Guadalajara, México. Autor del Libro "El Contrato de Distribución Internacional y sus Figuras Afines", Tirant Lo Blanch, Guadalajara, 2020. Autor del Libro "La OMC y el TLCAN. Los mecanismos de apelación", Editorial Umbral, Guadalajara, 2015. Correo electrónico: gerardo.lupian@academicos.udg.mx.

compromiso de las Partes para intentar en todo momento, resolver la controversia mediante un arreglo satisfactorio y de mutuo acuerdo sobre la interpretación y aplicación del T-MEC, evitando así el uso del mecanismo correspondiente.

II. ELECCIÓN DEL FORO.

Debido a que México, EE.UU. y Canadá son miembros del T-MEC y de la OMC, se provoca una convergencia de normas jurídicas², por lo que se da la necesidad de que los socios comerciales elijan previamente en cuál de los dos foros desean resolver el conflicto, siendo éste un caso claro de *forum shopping*³. El concepto de *forum shopping* fue acuñado por primera vez en el entendimiento de 1979, que fue parte de los Acuerdos de la Ronda Tokio del GATT debido a la existencia de múltiples foros para la solución de controversias en materia comercial en el mundo.

La elección del foro representará un problema cuando una controversia se plantee ante dos foros⁴ y éstos resuelvan en diferentes sentidos, ya que ¿Cuál foro prevalecería? ¿Aceptaría cualquiera de los foros la decisión del otro? La parte perjudicada en el foro de la OMC podría o no ejercer su derecho a apelar, no siendo el caso en el foro del T-MEC, en donde la parte perjudicada no tendría el derecho a acudir a una instancia de apelación por la ausencia de dicho órgano en el

- 2 *Lex specialis* es una frase latina que significa "ley relativa a la materia específica". Se trata de la máxima legal "lex specialis derogat legi generali". Esta doctrina se refiere a la interpretación de las leyes. Se puede aplicar la ley en ambos contextos nacionales e internacionales. La doctrina establece que una ley que regule una materia específica prevalece sobre una ley que sólo regula lo general. <http://definiciones.uslegal.com/lex-specialis/>. (Fecha de consulta el 24 de mayo de 2021). El T-MEC como el derecho de la OMC constituyen *lex specialis* cuando autorizan el establecimiento de contramedidas que afectan derechos de los particulares.
- 3 REYES DÍAZ, C.: *Comercio Internacional, jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales*, Porrúa, México, 2007, p. 134, 144. El "forum shopping" es un concepto propio del Derecho internacional privado. La persona que toma la iniciativa de una acción judicial puede verse tentada a elegir el tribunal en función de la ley que éste aplicará. La persona que inicia la acción puede verse tentada a elegir un foro no porque sea el más adecuado para conocer del litigio, sino porque las normas sobre conflictos de leyes que este tribunal utilizará llevarán a la aplicación de la ley que más le convenga http://ec.europa.eu/civiljustice/glossary/glossary_es.htm#ForumShop. (Fecha de consulta el 24 de mayo de 2021).
- 4 PETERSMANN señala, entre las causas más relevantes para la existencia de diversidad de foros comerciales, las siguientes:
 - 1.- La creciente cantidad y diversidad de diferencias entre los gobiernos en el marco de la OMC.
 - 2.- Pérdida gradual de la vigencia de las disposiciones transitorias de la OMC. Este razonamiento atiende a los apoyos otorgados temporalmente a los países menos avanzados; la terminación de estos privilegios cada día aumenta, por lo que las controversias sometidas a la OMC se incrementan.
 - 3.- Superposición de los acuerdos de la OMC respecto de otros acuerdos internacionales.
 - 4.- Creación de diversos tribunales en todo el mundo.
 - 5.- Creciente número de tribunales económicos regionales.
 - 6.- La existencia de tribunales de arbitraje internacional mixtos que otorgan acceso a las partes reclamantes privadas. La imposibilidad de productores, inversionistas y comerciantes privados para acudir a la OMC crea la necesidad de que sean ellos mismos los que tramiten y controlen su propio conflicto, sin la necesaria intervención de sus autoridades estatales. PETERSMANN ULRICH, E.: *La Proliferación y Fragmentación de los Mecanismos de Solución de Controversias en el Comercio Internacional: Los Procedimientos de Solución de Diferencias de la OMC y los Mecanismos de Solución Alternativa de Controversias*, en *Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales*, LACARTE, J. y GRANADOS, J., BID-INTAL, Buenos Aires, 2004, Pp. 274-280.

mecanismo de solución de controversias de dicho Tratado, limitándose al análisis que realice el panel⁵.

De acuerdo con el T-MEC, las controversias que surjan bajo las estipulaciones tanto de éste como de la OMC pueden solucionarse en cualquiera de los foros, a discreción del país reclamante⁶. Esta es la regla tradicional en el litigio nacional, así como en la solución de controversias internacionales⁷.

Asimismo, se establece una cláusula de “exclusión de foros”. Dicha cláusula prevé que una vez que la parte reclamante haya iniciado un procedimiento de solución de controversias conforme al Tratado o bien uno conforme a la OMC, el foro seleccionado será excluyente del otro, esto evitará el tener que atender la misma controversia en dos foros distintos y la eventual posibilidad de obtener dos decisiones contradictorias sobre el mismo asunto, como lo reconoce el art. 31.3 segundo párrafo del T-MEC.

En un contexto trilateral el TLCAN planteaba, que en el caso de una controversia que incluya a los tres países Miembros donde haya dos Partes reclamantes y una Parte demandada⁸, el tercer país cobraría gran importancia en el procedimiento. Si el país reclamante deseaba llevar un asunto ante la OMC, antes de hacerlo debería notificar su intención al tercer país, y si éste deseaba iniciar un procedimiento respecto al mismo asunto conforme al TLCAN, ambos entablarían consultas con el fin de convenir en un foro único⁹.

Existe una diversidad de opciones existentes de foros para resolver las controversias, aunque no se mencione de forma clara la posibilidad de que dos o más foros conozcan de la misma causa y resuelvan en consecuencia, en lo que pudiera representar una contradicción de decisiones. Por lo tanto la concurrencia de foros debe proporcionarle a las partes en conflicto la posibilidad de elegir cuál foro es más conveniente para someter su disputa y su confianza para que dicho foro le resuelva su controversia, a sabiendas de que no por el hecho de poder elegir recaerá una solución favorable a sus intereses, pero teniendo la confianza de que sus mismos intereses estarán bien representados en dicho foro. La posibilidad

5 REYES DÍAZ, C.: *Comercio Internacional, jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales*, cit., p. 134.

6 Tanto el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos de América y Canadá (en adelante, ALC) (Art. 1801.2) como el TLCAN (Art. 2005(I)) y el T-MEC (Art. 31.3) incorporan la opción de elección de foro en relación con el GATT. En la etapa del ALC hubo casos resueltos por los paneles del GATT así como en el ALC: *Doc GATT DS/17/R, Import, Distribution and Sale of Certain Alcoholic Drinks by Provincial Marketing Agencies (16 de octubre de 1991)* y *Doc GATT DS/23/R, United States: Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages (16 de marzo de 1992)*.

7 GAINES SANFORD, E.: *Comments on Dispute Settlement Issues Under NAFTA*, *United States-Mexico Law Journal*, Albuquerque. The University of New Mexico School of Law, volume 1, number 1, 1993, p. 35).

8 El TLCAN no contemplaba la situación inversa, que existiera un reclamante y dos demandados.

9 ROJAS V, H.: *The Dispute Resolution Process Under NAFTA*, *United States-Mexico Law Journal*, Albuquerque, The University of New Mexico School of Law, volume 1, number 1, 1993, p 21.

de elección de foro no debe confundirse con la posibilidad que tengan las partes a buscar en varios foros a la vez para ver si en alguno de ellos la resolución les favorece¹⁰.

III. CASOS DE FORUM SHOPPING.

En la etapa del TLCAN y la OMC se produjeron una serie de casos muy interesantes de shopping fórum¹¹ en donde interactuaron dichos foros y que mencionaré a continuación.

I. Salvaguardias sobre escobas¹².

Constituyó el primer caso del TLCAN en que un Miembro solicitó un panel que resuelva una controversia aplicando ambos derechos. Es un caso en donde EE.UU. impuso medidas de salvaguardia sobre las escobas de mijo mexicanas. México después de haber solicitado consultas y tras acudir a la Comisión de Libre Comercio, (abreviadamente, CLC) suspendió, de conformidad al art. 802.6¹³, concesiones comerciales elevando el arancel para vinos de mesa y otras bebidas y productos.

De la misma manera México solicitó la constitución de un panel del capítulo XX y alegó ante el panel que EE.UU. violó el derecho del TLCAN como el de la OMC en materia de salvaguardias. México consideró que la Corte de Comercio Internacional estadounidense (abreviadamente, CCI) no ajustó su decisión a la definición de "producto similar" utilizada tanto en el TLCAN como en la OMC y por este motivo no incluyó en su análisis la industria de escobas de plástico; dicha omisión hizo que la CCI definiera incorrectamente el concepto de "industria nacional". México consideró que la diferencia podía dirimirse tanto en el foro del TLCAN como en el de la OMC. EE.UU. argumentó que el Panel del TLCAN no

10 REYES DÍAZ, C.: *Comercio Internacional, jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales...*, cit. pp. 154, 208, 209.

11 Los casos presentados en este capítulo son sólo algunos representativos que se han planteado ante paneles del TLCAN y Grupos Especiales de la OMC, pero no son todos los que se encuentran en dicha circunstancia.

12 USA-97-2008-01, caso de la medida de salvaguardia impuesta por los EE.UU. a las Escobas de mijo mexicanas. Informe final (30 de enero de 1998).

13 Art. 802: *Medidas globales*. "Las Partes conservan sus derechos y obligaciones conforme al Art. XIX del GATT o a cualquier otro acuerdo de salvaguardas suscrito al amparo del mismo, excepto los referentes a compensación o represalia y exclusión de una medida en cuanto sean incompatibles con las disposiciones de este art. Cualquier Parte que aplique una medida de emergencia conforme a aquellas disposiciones excluirá de la medida las importaciones de bienes de cada una de las otras Partes, a menos que...802.6: La Parte que aplique una medida de conformidad con este art. proporcionará a la Parte o Partes contra cuyo bien se haya aplicado una compensación mutuamente acordada de liberalización comercial, en forma de concesiones que tengan efectos comerciales sustancialmente equivalentes, o que lo sean respecto del valor de los gravámenes adicionales que se esperen de la medida. Si las Partes implicadas no pueden llegar a un acuerdo sobre la compensación, la Parte contra cuyo bien se aplique la medida podrá imponer medidas que tengan efectos comerciales sustancialmente equivalentes a los de la medida adoptada de conformidad con los párrafos 1 o 3".

tenía jurisdicción para conocer de reclamaciones basadas en obligaciones del art. XIX del GATT y del Acuerdo de Salvaguardas de la OMC porque el art. 802.I del TLCAN sólo incorpora el art. XIX del GATT de forma genérica, por dicho argumento, para EE.UU., el foro debió ser el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC. Sin embargo el panel evitó entrar en la cuestión de la aplicabilidad del derecho de la OMC y resolvió aplicando solamente el derecho del TLCAN de la siguiente manera:

“no era necesario resolver esta objeción preliminar, debido a que era posible resolver las cuestiones en controversia únicamente bajo el Tratado. Después de examinar en su totalidad las reclamaciones legales de México bajo tanto las medidas de salvaguarda de la OMC como las del TLCAN. El panel finalmente concluyó que la controversia podía resolverse con base en la disposición que se establece tanto en el Anexo 803.3 (12) del TLCAN como en el art. 3.I del Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC... ya que dichas disposiciones son substancialmente idénticas, la aplicación de la versión legal alcanzada de conformidad con el Anexo 803.3 (12) del TLCAN. El Panel eligió fundamentar su decisión en su integridad en el Anexo 803.3 (12), sin tomar en cuenta el art. 3.I del Código sobre Salvaguardas, por lo tanto fue innecesario que el Panel resolviera respecto a la objeción preliminar de los estadounidenses relativa a la jurisdicción que tiene el Panel de examinar las disposiciones de la OMC relacionadas con el art. 802 del TLCAN”¹⁴.

Tal y como afirma Zapatero, la resolución debería haber sido aplicando también el derecho de la OMC, citando al menos sus reglas reforzando sus argumentaciones jurídicas. Este caso es un ejemplo de cómo los mecanismos de controversias evitan aplicar derecho de otros acuerdos internacionales.

2. El caso de Jarabe de Maíz de Alta Fructuosa¹⁵.

Es uno de los más representativos, en donde México y EE.UU. acudieron a ambos foros. La

¹⁴ ZAPATERO, P.: *Derecho del Comercio Global*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2003, p. 252-258.

¹⁵ México - Investigación antidumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa procedente de los Estados Unidos (DS132) Reclamante: Estados Unidos. La medida en controversia fue la adopción de derechos antidumping por parte de México sobre importaciones de jarabe de maíz con alta concentración de fructosa de Estados Unidos. El Grupo Especial concluyó que México actuó en forma incompatible con el art. 3 del Acuerdo Antidumping por no haber realizado una determinación adecuada de la existencia de amenaza de daño. En cumplimiento de las recomendaciones del Órgano de Solución de Diferencias, México emitió una resolución final revisada. EE.UU. solicitó el establecimiento de un Grupo Especial de cumplimiento de conformidad con el art. 21.5 del ESD. En el procedimiento de cumplimiento, el Órgano de Apelación concluyó que la resolución revisada de México era incompatible con el art. 3 del Acuerdo Antidumping. Lo anterior debido a la insuficiente consideración de la repercusión de las importaciones objeto de dumping sobre la rama de producción nacional, y a la insuficiente consideración de los posibles efectos de un supuesto convenio de restricción en la determinación de la probabilidad de aumento sustancial. http://www.economia.gob.mx/swb/work/models/economia/Resource/433/1/images/Mexico-Jarabe_de_Maiz.pdf. (Fecha de consulta el 21 de mayo de 2021).

controversia inició en 1998, cuando la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la entonces Secretaría de Comercio y Fomento Industrial de México (actualmente, Secretaría de Economía), publicó la resolución final en la que se declaró la existencia de dumping por las importaciones estadounidenses a México de jarabe de maíz de alta fructuosa. En la presente controversia entre EE.UU. y México respecto a la aplicación de medidas antidumping sobre las importaciones del jarabe de maíz de los EE.UU., éstos atacaron las medidas mexicanas ante un Grupo Especial de la OMC y casi al mismo tiempo ante un Panel del TLCAN.

En ambos foros el conflicto se llevó hasta el fin, quienes emitieron resoluciones finales en sentido similar, pero es importante resaltar que el asunto nunca coincidió en ambos tribunales, sólo hubo alguna mención que se hizo del procedimiento del TLCAN en las actuaciones de la OMC, la cual no tuvo trascendencia ya que el Grupo Especial no las tomó en cuenta¹⁶. En el presente asunto el Panel del TLCAN aplicó la doctrina de cortesía, en la que un tribunal ejerce deferencia hacia otro y adopta sus determinaciones y conclusiones para evitar complicaciones¹⁷.

En el contexto del capítulo XIX del TLCAN, el Panel aplicó la ley nacional del país que ha aplicado una medida antidumping, mientras la ley aplicable ante el Grupo Especial de la OMC es el derecho de ésta. De la misma manera en el contexto del capítulo XX del TLCAN, la ley aplicable es el TLCAN, mientras que en el contexto del ESD, la ley aplicable es el derecho de la OMC¹⁸.

Es conveniente mencionar que la doctrina *res judicata* no se aplicó entre las decisiones de los Paneles del TLCAN y los Grupos Especiales de la OMC, ya que para que se pudiera haber aplicado dicha doctrina en los dos procedimientos tuvo que haber: a) las mismas partes, b) el mismo asunto y c) las mismas alegaciones jurídicas. En el presente caso al no aplicarse la misma ley para resolverlo, no se cumplió con el tercer requisito de la doctrina, aunque sean las mismas partes y el mismo asunto¹⁹.

Esta concurrencia de foros no derivó en resoluciones contradictorias de la OMC como del TLCAN respecto de una misma causa, asimismo ninguno de los dos foros propusieron una solución a este problema.

16 REYES DÍAZ, C.: *Comercio Internacional, jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales...*, cit. p. 126.

17 Decisión final, Revisión de la Resolución Final de la Investigación Antidumping sobre las Importaciones de Jarabe de Maíz de Alta Fructuosa. Caso MEX-EE.UU. A-98-1904-1, el 3 de agosto de 2001. http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/español/Capitulo_19_del_TLCAN/Mexicanas/ma98010s.pdf, párrafos 372-389. (Fecha de consulta el 05 de octubre de 2020).

18 http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/CondonDiferenciasOMCyACR.pdf. (Fecha de consulta el 05 de mayo de 2021).

19 http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/CondonDiferenciasOMCyACR.pdf. (Fecha de consulta el 21 de mayo de 2021).

IV. COOPERACIÓN MUTUA Y CONSULTAS.

Un objetivo trascendental de los procedimientos de solución de controversias del T-MEC es la prevención o solución de todas las controversias mediante la cooperación mutua y las consultas.

En el caso en que las Partes no logren solucionar el asunto a través de consultas dentro de un breve plazo especificado, cualquiera de las Partes podrá solicitar por escrito que se reúna la CLC²⁰. Ésta se reunirá en los diez días siguientes a la entrega de la solicitud y procurará resolver la controversia. Como parte de los esfuerzos tendientes a resolver la controversia, la CLC podrá: 1) recurrir a asesores técnicos o crear grupos de trabajo o de expertos; 2) recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación o a otros procedimientos de solución de controversias, o 3) formular recomendaciones para apoyar a las Partes consultantes a lograr una solución amistosa²¹.

En la OMC, las consultas es uno de los medios más utilizados para la solución de diferencias²². El Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias de la OMC (abreviadamente, ESD) establece la obligación de realizar consultas antes de solicitar la constitución de un Grupo Especial²³.

V. ESTABLECIMIENTO DE UN PANEL.

Si la CLC no resuelve la controversia, cualquiera de las Partes consultantes puede solicitar que se integre un panel. Tras la recepción de la solicitud por escrito, la CLC analizará el asunto que sea objeto de la reclamación y tendrá la obligación de establecer un panel. En el T-MEC no se especifica un plazo para el establecimiento de dicho panel. En cuanto a la efectividad del proceso, en el T-MEC los retrasos excesivos en la constitución de los paneles en todos los casos, podrá suscitar la existencia de imperfecciones procesales muy importantes y significativas en el diseño del mecanismo, particularmente en lo referente a la aparente incapacidad de las Partes de acordar la pronta constitución de los paneles y el limitado grado de apoyo del Secretariado que proveen los tres gobiernos.

Si hay dos Partes contendientes, el panel arbitral se integra con cinco miembros y las partes contendientes procurarán decidir la designación del presidente del panel dentro de los 15 días de la entrega de la solicitud para el establecimiento del panel,

20 Art. 31.5 del T-MEC. Esta es una facultad que le compete sólo a las partes consultantes y no puede hacer uso de ella la parte que permaneció ajena a la controversia.

21 Art. 31.5.4 del T-MEC.

22 LUPÍAN MORFIN, G.: *La OMC y El TLCAN. Los mecanismos de apelación*, Umbral, Guadalajara, 2015, p. 51.

23 Art. 4.3 del ESD.

en caso de que las Partes no logren decidir la designación del presidente dentro de este plazo, la Parte contendiente, electa por sorteo, elegirá como presidente, dentro de cinco días, a un individuo que no sea ciudadano de esa Parte.

Dentro de los 15 días de la elección del presidente, cada Parte contendiente seleccionará dos panelistas que sean ciudadanos de la otra Parte contendiente. En el supuesto caso que una Parte contendiente no seleccione a sus panelistas dentro de ese plazo, dichos panelistas se seleccionarán por sorteo entre los Miembros de la lista quienes sean ciudadanos de la otra Parte contendiente.

En caso de que haya más de dos Partes contendientes, el panel arbitral se integrará con cinco Miembros y las Partes contendientes procurarán decidir la designación del presidente del panel dentro de los 15 días de la entrega de la solicitud para el establecimiento del panel y si las Partes no logran decidir la designación del presidente dentro de este plazo, la Parte o Partes del lado de la controversia electa por sorteo, elegirá dentro de 10 días un presidente, que no sea ciudadano de esa Parte o Partes.

Dentro de los 15 días de la elección del presidente, la Parte demandada seleccionará dos panelistas, uno de los cuales sea ciudadano de una Parte reclamante y el otro de los cuales sea ciudadano de otra Parte reclamante y las Partes reclamantes seleccionarán dos panelistas que sean ciudadanos de la Parte demandada.

Si una de las Partes contendientes no selecciona a un panelista dentro del plazo de los 15 días, ese panelista será electo por sorteo de conformidad con los criterios de ciudadanía del párrafo anterior.

VI. ELECCIÓN Y REQUISITOS DE LOS PANELISTAS.

Los árbitros tienen que ser seleccionados de una lista de 30 panelistas y es precisamente lo que el T-MEC prevé: se escogerán de una lista de árbitros. Los panelistas que integran deben ser electos mediante consenso de las Partes, por periodo de tres años, con la posibilidad de ser reelectos. Los miembros de las listas han de tener conocimientos especializados en derecho internacional, comercio internacional, en solución de controversias derivadas de tratados comerciales y serán elegidos en función de su objetividad, confiabilidad y buen juicio.

Para una controversia que surja conforme al Capítulo 23 (Laboral) y Capítulo 24 (Medio Ambiente), cada Parte contendiente seleccionará a un panelista de conformidad con los siguientes requisitos, además de aquéllos establecidos en el párrafo 2 del art. 31.8 del T-MEC. En una controversia que surja conforme al Capítulo 23 (Laboral), los panelistas distintos al presidente tendrán conocimiento

especializado o experiencia en derecho o práctica en materia laboral; y en una controversia que surja conforme al Capítulo 24 (Medio Ambiente), los panelistas distintos al presidente tendrán conocimiento especializado o experiencia en derecho o práctica en materia ambiental.

En controversias referentes a áreas especializadas de derecho que no son mencionadas en el párrafo anterior, las Partes contendientes deberían seleccionar panelistas que aseguren que el panel tenga el conocimiento especializado necesario. Durante las negociaciones del TLCAN se contempló la posibilidad de dos tipos de paneles, como lo prevé el ALC: paneles arbitrales y paneles de expertos, sin embargo se optó por la constitución de un solo tipo de paneles "los paneles arbitrales", los cuales, pese a su denominación, sólo están facultados para emitir recomendaciones. Arts. 1806 y 1807 del ALC respectivamente²⁴. La decisión de contemplar un solo tipo de paneles se basó en el hecho de que la existencia de dos tipos de paneles, uno que emite laudos y otro que emite recomendaciones, generalmente propicia el debilitamiento del último. Hubiera sido conveniente que el TLCAN contemplara y regulara el arbitraje, en el caso de que las partes de común acuerdo se sometieran a él. Así lo hace el GATT en su art. XXIII²⁵.

Para ser integrante de un panel, los candidatos de las listas deben completar una declaración inicial conforme a lo estipulado en el Código de Conducta del T-MEC, éste es fundamental para el proceso. El principio rector es que el candidato de la lista y miembro de un panel debe revelar cualquier interés, relación o asunto que pudiera afectar su integridad o imparcialidad o que pudiera crear apariencia de deshonestidad o parcialidad, por ende los panelistas y miembros de los comités del T-MEC no son árbitros permanentes, sino que se designan para un propósito específico. Un punto muy interesante de esta lista es que el T-MEC no especifica que los miembros de la misma sean ciudadanos de México, Canadá o EE.UU., por lo que se debe entender que pueden ser ciudadanos de cualquier país, inclusive de países no miembros del T-MEC²⁶.

El panel actúa conforme a las Reglas de Procedimiento para los Paneles (en adelante, Reglas), siempre que las Partes contendientes no acuerden otra cosa. En el T-MEC así como en las Reglas se prevén plazos específicos para cada fase

24 STEGER, D.: *El Tratado de Libre Comercio Canadá- Estados Unidos: abriendo nuevos caminos*, en *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio*, (coord. por J. WITKER), UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1992, p. 144. LEIR M, R.: *The Canada-U.S. Free Trade Agreement: New Directions in Dispute Settlement*, American Society of International Law. Proceedings of the 83er Annual Meeting, Chicago, April 5-8, 1989, p. 253.

25 WITKER, J.: *Panorama General de Controversias en el Comercio Internacional Contemporáneo*, en *Resolución de Controversias comerciales en América del Norte*, (coord. por J. WITKER), UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1997, p. 40.

26 CAMARILLO, O.: *El TLC y el Sistema de Resolución de Controversias (Capítulo XX)*, en el Seminario Internacional sobre Resolución de Controversias Comerciales en América del Norte, México D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, conferencia del 14 de octubre de 1993.

o instancia del procedimiento. Resulta positivo el establecimiento de plazos específicos debido a que hasta cierto punto se logrará judicializar en mayor medida el procedimiento, característica que hace que el mecanismo se acerque más a la técnica o método de resolver las controversias con apego a las normas a través de una resolución jurídica y menos al poder a través de una resolución política²⁷.

El panel iniciará el procedimiento señalando primero los términos de referencia, lo cual permitirá que la controversia se determine en forma precisa y por ende se trate precisamente²⁸.

La intervención del panel concluye con la emisión de un informe final. Dicho informe tiene la naturaleza de una recomendación ya que las Partes contendientes todavía tendrán que llegar a un acuerdo para la solución del conflicto²⁹. De no ponerse de acuerdo, y siempre que el panel haya resuelto a favor de la demandante o reclamante porque encontró que una medida es incompatible con las obligaciones del T-MEC o es causa de anulación o menoscabo de dicho país reclamante “podrá suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente a la Parte demandada, hasta el momento en que alcancen un acuerdo sobre la resolución de la controversia”³⁰.

Esta condición, que requiere que el panel haya favorecido a la Parte demandante para que pueda proceder a suspender beneficios, tiene como consecuencia dotar de mayor fuerza e importancia a las resoluciones de los paneles y al régimen de solución de controversias en general³¹. Por lo tanto llego a la conclusión, de que en el T-MEC las resoluciones de los paneles tendrán como principal objetivo determinar la legitimidad de los reclamos del demandante, ya que de declararlos no legítimos no tendrá derecho a la compensación.

27 LEYCEGUI, B., FERNANDEZ, R.: *TLCAN ¿Socios Naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2000, México, D.F., p. 557.

28 Art. 31.7: Términos de Referencia del T-MEC. Se basó en el punto 5.1 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC que dice: “el mandato de los Grupos Especiales será el siguiente (...): Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes del Acuerdo General, el asunto sometido a las PARTES CONTRATANTES por (nombre de la parte contratante) en el documento DS (...) y formular conclusiones que ayuden a las PARTES CONTRATANTES a hacer recomendaciones o resolver sobre la cuestión, conforme a lo dispuesto en el art. XXIII.2.”

29 CRUZ, R.: *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos*, Mc Graw Hill, México, 1997, pp. 2-5. La trascendencia futura del informe es evidente pues aunque no sea de aplicación obligatoria en casos similares constituirá un precedente que será consultado en su oportunidad. En el caso del Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos de América y Canadá (abreviadamente ALC), el capítulo 18, art. 1806, sí estableció el recurso a “arbitraje vinculatorio” para resolver disputas sobre medidas de salvaguardia, así como para otros temas en la medida en que hubiera acuerdo entre las partes. El TLCAN, sin embargo, no incluyó este recurso a arbitraje vinculatorio.

30 Art. 31.19 del T-MEC.

31 Esto se debe a que a diferencia del Acuerdo de Libre Comercio entre EE.UU. y Canadá (ALC), de no favorecer el panel a la Parte demandante, y de no llegar a un acuerdo con su contraparte, ésta no podrá proceder unilateralmente a suspender beneficios.

VII. LA TERCERA PARTE O TERCER PARTICIPANTE.

Debido al contexto trilateral del T-MEC, éste contempla los derechos de la tercera Parte que no participa en una controversia como Parte contendiente para participar como tercero, en vista de que el panel va emitir juicios sobre la interpretación y aplicación del T-MEC, sí le interesa intervenir en ella como *amicus curiae*, esta calidad le otorga el derecho a presentar comunicaciones escritas u orales al panel y a recibir comunicaciones escritas de las Partes contendientes sin estar vinculado para la resolución que emita el panel. Para ello, deberá notificar a las Partes contendientes y a su Sección del Secretariado por escrito su intención de participar³². En este sentido, los procedimientos de solución de controversias establecidos en el T-MEC pueden garantizar a la tercera Parte más legitimación que la conferida a los terceros en la mayoría de los procedimientos de solución de diferencias incluidos ante la OMC.

VIII. PRESENTACIÓN DE INFORMES PRELIMINARES.

El panel presentará a las Partes contendientes un informe preliminar a más tardar 150 días siguientes al nombramiento del último panelista y deberá contener: conclusiones de hecho, determinación sobre si la medida impugnada es incompatible con las obligaciones del T-MEC o si causa su anulación o menoscabo³³. Según este Tratado, las Partes pueden hacer observaciones por escrito al panel sobre el informe preliminar, e incluso solicitar al panel reconsiderar su informe y llevar a cabo cualquier examen ulterior que considere pertinente³⁴.

IX. EL INFORME FINAL.

Debe realizarse dentro de los 30 días siguientes de haberse rendido el informe preliminar; a menos que las Partes contendientes decidan algo diferente.

X. LA IMPLEMENTACIÓN.

Los procedimientos generales de solución de controversias del T-MEC difieren de los de la OMC en un aspecto importante: la implementación. Éste puede ser un motivo por el cual los procedimientos del T-MEC puedan ser invocados tan ocasionalmente y las Partes prefieran recurrir al sistema de la OMC, a pesar de que las normas de aplicación contempladas en el ESD tienen varias lagunas y por lo tanto disten de ser perfectas.

32 Art. 31.14 del T-MEC.

33 Art. 31.17 del T-MEC.

34 Art. 31.17(4) del T-MEC.

De acuerdo al TLCAN, cuando un panel presentaba su informe final, “las partes contendientes procurarán llegar a un acuerdo sobre la solución de la controversia”³⁵, en el T-MEC son las Partes las que tendrán la última palabra. Deben de estar de acuerdo por consenso con la resolución de la controversia, pero no están necesariamente obligadas a acatar las determinaciones y recomendaciones del panel. Las Partes pueden convenir otra solución si así lo desean³⁶.

Hubiera sido de gran beneficio para las Partes, el haber encargado a la CLC vigilar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados para la solución de la controversia, como en el caso de la OMC, aunque el grado de presión será menor en el T-MEC al estar integrado sólo por tres países³⁷.

El Capítulo 31 del T-MEC indica que la resolución consistirá en la no ejecución o en la derogación de la medida violatoria con este Tratado o aunque no lo contravenga sea causa de anulación o menoscabo de los beneficios del mismo, pero también contempla la posibilidad de otorgar una compensación a falta de una resolución en ese sentido³⁸. También en este caso la Sección A de solución de controversias del T-MEC es similar al antiguo sistema de solución de diferencias del GATT y no es tan legalista como el de la OMC.

Según lo dispuesto en el T-MEC, no existe una obligación jurídica similar de que la Parte demandada deba acatar las determinaciones y recomendaciones del panel, y las Partes contendientes pueden acordar otra forma de solucionar la controversia, incluida la compensación como alternativa a la derogación de la medida disconforme.

XI. INCUMPLIMIENTO Y SUSPENSIÓN DE BENEFICIOS.

Si la Parte demandada no ha logrado un acuerdo con la Parte reclamante para solucionar la controversia dentro de los 45 días siguientes a la recepción del informe final del panel, la Parte reclamante podrá suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente a la disconformidad o la anulación o menoscabo hasta tanto se alcance un acuerdo sobre la resolución de la controversia. Dicha suspensión de beneficios es provisional, pues sólo tendrá lugar hasta que ambas Partes alcancen un acuerdo mutuo para solucionar la controversia³⁹.

35 Art. 31.18 del T-MEC.

36 LACARTE, J. Y GRANADOS, J.: *Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales...*, cit., BID-INTAL, Buenos Aires, 2004, p. 194.

37 El art. 19 del ESD regula la ejecución de las recomendaciones y resoluciones emitidas por los Grupos Especiales o por el Órgano de Apelación.

38 Art. 31.18(2) del T-MEC.

39 Art. 31.19 (1) del T-MEC.

Como se puede observar, la suspensión de beneficios queda dentro de la potestad de las Partes contendientes, debido a que en ocasiones habrá controversias en las que sólo participen dos países de los tres que son Miembros del T-MEC. Al igual que lo dispuesto en el ESD de la OMC, la Parte reclamante debe primero procurar suspender los beneficios en otros sectores si considera que no es factible ni eficaz suspenderlos en el mismo sector o sectores. También se podrá establecer un panel para que determine si es manifiestamente excesivo el nivel de los beneficios que una Parte haya suspendido⁴⁰.

XII. CONCLUSIONES.

Hasta el día de hoy no sabemos si el T-MEC será el marco más conveniente para resolver las controversias comerciales entre México, EE.UU. y Canadá, ya que en el pasado éstos acudieron más a resolver sus diferencias al foro la OMC que al TLCAN, porque éste tenía más defectos y debilidades.

En el futuro, México, EE.UU. y Canadá acudirán a resolver sus controversias al foro que brinde mejor seguimiento al proceso de implantación y ejecución, ya que éstos países tienen el derecho de usar el foro del T-MEC o el de la OMC, según las circunstancias.

40 Art. 31.19 (3) del T-MEC.

BIBLIOGRAFÍA

CAMARILLO, O.: *El TLC y el Sistema de Resolución de Controversias (Capítulo XX)*, en el Seminario Internacional sobre Resolución de Controversias Comerciales en América del Norte, México D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, conferencia del 14 de octubre de 1993.

CRUZ, R.: *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos*, Mc Graw Hill, México, 1997.

GAINES SANFORD, E.: *Comments on Dispute Settlement Issues Under NAFTA*, United States-Mexico Law Journal, Albuquerque. The University of New Mexico School of Law, volume I, number I, 1993.

LACARTE, J. Y GRANADOS, J.: *Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales*, BID-INTAL, Buenos Aires, 2004.

LEIR M, R.: *The Canada-U.S. Free Trade Agreement: New Directions in Dispute Settlement*, American Society of International Law. Proceedings of the 83er Annual Meeting, Chicago, April 5-8, 1989.

LEYCEGUI, B., FERNANDEZ, R.: *TLCAN ¿Socios Naturales? Cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2000, México, D.F.

LUPIÁN MORFÍN, G.: *La OMC y El TLCAN. Los mecanismos de apelación*, Umbral, Guadalajara, 2015.

REYES DÍAZ, C.: *Comercio Internacional, jurisdicción concurrente en materia de prácticas desleales*, Porrúa, México, 2007.

ROJAS V, H.: *The Dispute Resolution Process Under NAFTA*, United States-Mexico Law Journal, Albuquerque, The University of New Mexico School of Law, volume I, number I, 1993.

STEGER, D.: *El Tratado de Libre Comercio Canadá- Estados Unidos: abriendo nuevos caminos*, en *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio*, coordinador Jorge Witker, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992.

WITKER, J.: *Panorama General de Controversias en el Comercio Internacional Contemporáneo*, en *Resolución de Controversias comerciales en América del Norte*, (coord. por J. WITKER), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997

ZAPATERO, P.: *Derecho del Comercio Global*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2003.

