

MANZANAS ORIGINARIAS DE LOS ESTADOS UNIDOS, DECISIÓN DEL PANEL BINACIONAL DEL ARTÍCULO 1904 DEL TLCAN

*Carlos H. Reyes Díaz**

El 15 de octubre de 2009, el Panel Binacional constituido conforme al Artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), emitió su “Decisión en el caso de la revisión de la Resolución Final de la investigación antidumping sobre las importaciones de manzanas originarias de los Estados Unidos”¹. En esta Decisión se analizan tres reclamaciones principales y siete reclamaciones adicionales. Las reclamaciones principales fueron las siguientes: Primera, sobre la validez de la representación legal de los productores nacionales (UNIFRUT), de acuerdo con las normas jurídicas mexicanas. La segunda reclamación, fundamental en la controversia, fue motivada porque la autoridad investigadora mexicana utilizó varios períodos de investigación para determinar el daño causado a la rama de la producción nacional, refiriéndose en su análisis a información y datos extemporáneos. Por último, la tercera reclamación versa sobre el hecho de que la autoridad investigadora mexicana se excedió del plazo legal para emitir su decisión.

De las reclamaciones adicionales, deben destacarse las siguientes: primera, la Northwest Fruit Exporters (NFE, reclamantes) impugnó la solicitud de información que le hizo la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la Secretaría de Economía (UPCI) sobre sus costos de producción ante la falta de justificación por parte de los productores nacionales. Segunda, NFE alegó la violación del Acuerdo Antidumping y de la Ley de Comercio Exterior por la UPCI, al negar el acceso a información confidencial presentada por otras empresas partes de la NFE. Tercera, NFE reclamó a la UPCI no haber hecho visitas de verificación para constatar información y datos proporcionados por los productores nacionales, en concordancia con el artículo 175 del Reglamento de la Ley de Comercio Exterior. Cuarta, los reclamantes impugnaron que el margen de dumping establecido por la UPCI debió ser menor, y que la metodología de su cálculo violó la Ley de Comercio Exterior, su Reglamento y el Acuerdo Antidumping, además de que la demora en su decisión influyó para la determinación de ese margen de dumping. Quinta, otros reclamantes, la Unión Nacional de Comerciantes Importadores y Exportadores de Productos Agrícolas (UNCIEPA) argumentaron la violación al artículo 1902.1 del TLCAN por parte de la UPCI por no haber tomado en cuenta ciertos precedentes administrativos mexicanos. Sexta, la UNCIEPA impugnó la decisión de la UPCI que le impidió participar en el segundo procedimiento de investigación por no haberlo hecho en el primer procedimiento, lo que, a su juicio, violaba la ley mexicana y el Acuerdo Antidumping. Séptima, la UNCIEPA reclamó que la UPCI violó el artículo 9.3 del Acuerdo Antidumping porque el monto de la cuota compensatoria establecida excedió el margen calculado por la UPCI.

Es importante mencionar que este Panel se estableció para revisar la segunda decisión final de la UPCI que impuso cuotas compensatorias definitivas por la existencia de una práctica desleal de comercio. Este segundo procedimiento de investigación, a su vez, se realizó en cumplimiento a la resolución en amparo del Juez Noveno de Distrito, de fecha 14 de febrero de 2005. Esto indica que la UPCI, autoridad investigadora, llevó a cabo una investigación que fue revocada ante las instancias nacionales mexicanas. En una segunda investigación, que determinó nuevamente la existencia de dumping, daño y relación causal, se impuso otra vez una cuota compensatoria, y fue esta la decisión impugnada ante el mecanismo establecido por el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Capítulo XIX) que se analiza en este documento.

* Profesor de las materias Régimen Jurídico del Comercio Exterior y Solución de Controversias de Comercio Exterior en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ Decisión en el caso de la Revisión de la Resolución Final de la investigación antidumping sobre las importaciones de manzanas originarias de los Estados Unidos. Caso MEX-USA-2006-1904-02, del 15 de octubre de 2009, disponible en <http://registry.nafta-sec-alena.org/cmdocuments/aac0f58d-54c3-4117-b0ae-fdf2e282c360.pdf>

1. Representación legal

Estados Unidos, representado en esta controversia por la empresa reclamante NFE, impugnó el poder notarial del representante de los productores nacionales (en este caso, UNIFRUT), por no cumplir con las disposiciones del artículo 75, fracción II del Reglamento de la Ley de Comercio Exterior de México².

Los productores nacionales negaron la falta de formalidad del poder notarial y agregaron que, inclusive, cualquier deficiencia de esta naturaleza podría subsanarse en una etapa posterior del procedimiento.

El Panel observó que el tribunal mexicano que ordenó la reposición del procedimiento de investigación confirmó la personalidad del representante legal en una misma reclamación hecha por NFE en el anterior procedimiento. Por haber sido analizada previamente, el Panel confirmó lo resuelto por la UPCI.

En muchos procesos se argumenta la falta de personalidad de los representantes de las empresas. Los poderes otorgados carecen, en general, de formatos preestablecidos, y por ello pueden con mucha frecuencia existir dudas sobre las facultades de los representantes. Esta reclamación parecía innecesaria por haber sido resuelta en un procedimiento previo, aunque de haber trascendido hubiera echado abajo todo lo actuado con posterioridad. El Panel simplemente ratifica lo resuelto previamente por el tribunal mexicano.

2. Periodo de investigación utilizado por la UPCI

La autoridad investigadora nacional utilizó varios períodos de investigación, como se menciona a continuación:

- a) Resolución de inicio. Aunque no lo decía de manera expresa, la UPCI confirmó que utilizó el período del 1 de enero al 30 de junio de 1996.
- b) Resolución preliminar. Se utilizó el período original, es decir, para dumping, del 1 de enero al 30 de junio de 1996, y para daño, del 1 de enero de 1994 al 30 de junio de 1996. Sin embargo, la UPCI hizo una modificación en el párrafo 386 para que el periodo quedara, respecto a dumping, del 1 de enero de 2004 al 30 de junio de 2005, y para daño, del 1 de enero de 2002 al 30 de junio de 2005.
- c) Resolución final. La UPCI se basó en el período de enero a diciembre de 1996 y de enero de 2004 a junio de 2005 para dumping, daño y relación causal, de acuerdo con información proporcionada por los participantes.

El artículo 76 del Reglamento de la Ley de Comercio Exterior establece que el periodo de investigación para la determinación de prácticas desleales deberá ser de por lo menos seis meses anteriores al inicio de la investigación. Por su parte, el artículo 77 del mismo ordenamiento determina un periodo de investigación máximo de cinco años anteriores a la presentación de la solicitud para la evaluación del daño o amenaza de daño.

Los reclamantes argumentaron que los datos utilizados por la UPCI no eran contemporáneos ya que, en la mayoría de los casos, la información y datos tenían, por lo menos, ocho años de antigüedad. Es por ello que fue fundamental para el Panel verificar la validez de la información.

² El artículo 75, fracción II del Reglamento de la Ley de Comercio Exterior, se refiere a los documentos que deberán presentarse para solicitar el inicio de la investigación por prácticas desleales, que exige, entre otros requisitos: nombre o razón social y domicilio del promovente y, en su caso, de su representante, acompañado de los documentos que lo acrediten.

El Panel tomó en cuenta, como una directriz útil para este caso, un informe del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (México, medidas antidumping definitivas sobre la carne de bovino y el arroz WT/DS295/AB/R, del 29 de noviembre de 2005), el cual definió los siguientes criterios³ para utilizar un período de investigación:

1. Que la antigüedad del período de investigación no es por sí misma una violación del artículo 3.1 del Acuerdo Antidumping. Para ello deben tomarse en cuenta otros elementos, como los siguientes.
2. Que sea propuesto por el solicitante.
3. Que se haya demostrado o no que hubiera problemas prácticos que exigieran la utilización de este período concreto de investigación.
4. Que se haya definido que no fuera posible actualizar la información.
5. Que se haya hecho o no algún intento por actualizar la información.
6. Que se haya dado alguna razón por la que no se recabara información más reciente.
7. No obstante todo lo anterior, un desfase de 15 meses puede suscitar serias dudas acerca de la existencia de un nexo suficientemente pertinente entre los datos relativos al período de investigación y el daño presente.

Este criterio utilizado por el Panel es una novedad en este mecanismo del TLCAN. Es sabido que para los paneles no hay obligación de tomar en cuenta precedentes de otros paneles del TLCAN, con mayor razón tampoco de aquellos de la OMC. Sin embargo, el Panel en este caso no utiliza un criterio del Órgano de Apelación de la OMC para otorgarle fuerza obligatoria en el caso de manzanas, sino sólo como una referencia que fortalece su argumento, sin que por ello se vulnere el mandato conferido en el artículo 1904.3 o en el Anexo 1911 del TLCAN⁴. Esta práctica de tomar en cuenta lo realizado por otro tribunal, aunque no se trate de cuestiones idénticas, contribuye a limitar el riesgo constante de enfrentar decisiones encontradas de diversos foros. Lo único que deberá cuidarse en todo momento es la pertinencia del criterio que se utilice como precedente para el caso concreto al que ha de aplicarse.

Respecto de la posibilidad de que la UPCI actualizara la información, el Panel revisó los fallos judiciales de los que derivó la Resolución Final de la UPCI y en ellos no encontró ninguna instrucción de adoptar algún período de investigación. Por lo tanto, la UPCI pudo haber modificado el período en cualquier etapa o terminar la investigación en la etapa preliminar si no hubiera encontrado elementos para probar la práctica desleal.

La determinación del período de investigación tiene, entre otros objetivos, la finalidad de comprobar la existencia de daño a la rama de la producción nacional. Nada le impide a la UPCI allegarse de toda la información pertinente para determinar la existencia de daño. Por el contrario, los artículos 41 fracción IV de la Ley de Comercio Exterior y 64 fracción IV del Reglamento de la Ley la facultan para recabar la información que considere pertinente, con la única obligación de “identificar dichos factores y explicar la importancia de los mismos en la determinación respectiva”⁵. En su decisión, el Panel no le confiere facultades adicionales a la UPCI sino que sólo ratifica aquello que los ordenamientos jurídicos nacionales disponen.

Por lo que se refiere al intento de la UPCI de actualizar la información, el Panel concluyó que la UPCI utilizó información no reciente porque carecía de datos actuales que soportaran su resolución y llenó dicho vacío con información y datos obtenidos en la investigación original, que tenían por lo menos ocho años de antigüedad.

³ Ver párrafo 39 de la Resolución y nota a pie de página número 10 de la misma. Las modificaciones incluidas son para aclarar la idea en este caso.

⁴ El Anexo 1911 (c) dice: “en el caso de México, el criterio establecido en el Artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, o cualquier ley que lo sustituya, basado solamente en el expediente”. En vista de que en enero de 2006 entró en vigor la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, el artículo 51 de la misma sustituyó al anterior artículo 238 del Código Fiscal.

⁵ Artículo 64, fracción IV del Reglamento de la Ley de Comercio Exterior.

La UPCI no proporcionó razonamientos claros respecto a su elección del período de investigación, por lo que el Panel no tuvo más remedio que, mediante la aplicación del criterio del Órgano de Apelación antes mencionado, reconocer que la UPCI se excedió en sus facultades por utilizar información inadecuada para su análisis. Este fue uno de los argumentos de mayor fuerza para que el Panel decidiera de la manera en que lo hizo. El Panel concluyó que “un vacío de 8 años no puede constituir un nexo suficientemente pertinente”⁶ entre la información utilizada en el período de investigación y la determinación actualizada de dumping, daño y relación causal. Por ello, el Panel no tiene elementos para evaluar la Resolución Final hasta que la información se actualice con la información del nuevo período de investigación contemplado en el párrafo 386⁷ de la Resolución Preliminar. Por todo lo anterior, el Panel decidió devolver la resolución a la UPCI sin entrar en el análisis de la misma hasta que se actualizaran los datos.

La conclusión a la que llega el Panel se basó en la premisa de que no importaría que la UPCI hubiera tomado en cuenta un período largo de investigación si en el mismo hubiera un “nexo suficientemente pertinente” (como lo expresa el criterio del Órgano de Apelación antes referido) que vinculara los datos proporcionados. De esta manera, no quedó claro el razonamiento de la autoridad investigadora para tomar en cuenta el período que utilizó por ser excesivo e inadecuado para concluir la existencia de una práctica desleal. Por ello, el Panel no resuelve, sino que devuelve el caso para que la UPCI actualice la información conforme al nuevo período que es el que reflejaría una situación más real de daño a la rama de la producción nacional.

3. Plazo para publicar la Resolución Final

De acuerdo con NFE, la UPCI se excedió en el plazo para publicar la Resolución, que son 260 días conforme al artículo 59 de la Ley de Comercio Exterior. La UPCI admitió la demora respecto de lo dispuesto en la Ley (aunque la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó en 2007 que la Autoridad Investigadora puede excederse del período establecido por la Ley) pero reconoció que el Acuerdo Antidumping les otorga un plazo de hasta 18 meses⁸, además de que señaló que los reclamantes debían probar que dicha demora les había afectado.

El Panel consideró⁹ que el artículo 1904.2 del TLCAN remite a las normas internas de la Parte importadora, dentro de la que se encuentran las decisiones de la Suprema Corte. Por ello, no avala la reclamación y confirma la Resolución de la UPCI porque el plazo nunca excedió el otorgado por el Acuerdo Antidumping.

Es importante tener presente que el panel debe acatar el mandato que se le confiere de manera puntual y en ocasiones el alcance de las disposiciones del TLCAN no siempre son claras; el derecho interno mexicano será aplicable pero no todo el derecho ni en todos los casos, sino como lo dispone el artículo 1904.2, “...si esa resolución estuvo de conformidad con las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias de la Parte importadora. Para este efecto, las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias consisten en leyes, antecedentes legislativos, reglamentos, práctica administrativa y precedentes judiciales pertinentes...”. En este caso, el Panel, tomando las decisiones de la Corte como referencia, reafirma la congruencia del derecho mexicano con el Acuerdo Antidumping.

Algunas dudas que quedan pendientes son determinar si la Suprema Corte seguiría sosteniendo ese mismo criterio en el caso de que la UPCI se hubiera excedido del plazo establecido por el Acuerdo Antidumping. En este supuesto aparecen varias interrogantes: ¿podría la Suprema Corte mexicana otorgar mayores derechos que los que concede uno de los acuerdos abarcados de la OMC o el propio TLCAN? Y, por otro lado, ¿seguiría siendo adecuado el criterio del Órgano de Apelación antes referido para determinar la pertinencia del período utilizado?, es decir,

⁶ Decisión del Panel, párrafo 54.

⁷ Del 1 de enero de 2004 al 30 de junio de 2005 para dumping, y del 1 de enero de 2002 al 30 de junio de 2005 para daño.

⁸ Artículo 5.10 del Acuerdo Antidumping.

⁹ Decisión del Panel, párrafo 74.

¿seguiría siendo válido que la pertinencia de la información y de los datos sea suficiente para justificar un período de investigación mayor a los 18 meses? Por el momento, la respuesta no es clara.

4. Reclamaciones adicionales

a) Petición de información a exportadores

NFE sostuvo que la UPCI no debió solicitarle información sobre costos de producción porque ésta sólo puede solicitarse cuando los productores nacionales lo justifican, lo que no sucedió en este caso.

El Panel reconoció que la UPCI tenía razón al argumentar que la Ley de Comercio Exterior en sus artículos 54 y 82 le otorgan la facultad de pedir toda la información que considere relevante, por lo que confirmó la Resolución Final en este aspecto.

La opinión del Panel es congruente con la premisa de que la autoridad investigadora debe allegarse de toda la información y datos posibles para resolver “con la mayor información disponible a su alcance”. Es una reclamación accesorio de los reclamantes que no atacó el fondo del asunto pero tampoco fue determinante en el resultado.

b) Acceso a información confidencial

NFE dijo que la UPCI violó la Ley y el Acuerdo Antidumping al negar el acceso a información confidencial presentada por otros miembros de NFE y que constaba en el expediente administrativo de la autoridad investigadora nacional. La razón fue que simplemente no consideró relevante el acceso de NFE a una parte del expediente porque “tal información es de compañías que persiguen el mismo fin, esto es, la conclusión de la investigación sin la imposición de cuotas compensatorias”¹⁰.

El Panel no consideró justificada la negativa de la UPCI, ya que existe un mecanismo estricto para otorgar acceso al expediente confidencial al que la UPCI tuvo que apegarse y no lo hizo así, por lo que violó los artículos 6.2 del Acuerdo Antidumping y 80 de la Ley de Comercio Exterior.

La Secretaría de Economía estableció la clasificación de su información mucho antes que entrara en vigor la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental mexicana. Al existir archivos con información pública, con información comercial reservada y confidenciales, la UPCI tiene un mecanismo para dar acceso a la información a las partes del expediente. Esta facultad, resuelve el Panel, no puede interpretarse a la inversa, es decir, como una atribución para rechazar el acceso a la misma sin restricciones o sin proporcionar una justificación suficiente.

c) Visitas de verificación

Los reclamantes (NFE) argumentaron violaciones de la UPCI al Acuerdo Antidumping por no haber hecho una visita de verificación para examinar la información presentada por los productores nacionales, como lo dispone el Reglamento de la Ley de Comercio Exterior.

El Panel consideró que la UPCI tenía razón al argumentar que el artículo 175 del Reglamento de la Ley de Comercio Exterior la faculta para realizar dichas visitas, pero en ningún momento se establece como una obligación para la autoridad mexicana realizarlas, por lo que el Panel confirmó la Resolución Final en este punto.

¹⁰ Véase el párrafo 85 de la Decisión.

Si la UPCI consideró que la información derivada de una visita de verificación no le hubiera aportado datos importantes para complementar su análisis, no tenía porqué realizarla. Es una atribución antes que una carga legal para la autoridad investigadora nacional.

d) Margen de dumping

NFE reclamó que el margen de dumping debió ser menor del que consideró la UPCI, violando con ello la Ley, su Reglamento y el Acuerdo Antidumping. Como un argumento adicional, los reclamantes sostuvieron que una consecuencia de la demora en la decisión de la UPCI debió determinar un margen inferior de dumping.

El Panel consideró que la UPCI mantuvo cuotas compensatorias provisionales durante más de un año sin justificar la extensión, en contra de lo dispuesto por el artículo 7.4 del Acuerdo Antidumping, cuyo plazo mayor es de nueve meses¹¹. No obstante, esta decisión es independiente de la solicitud de los reclamantes para la disminución del margen de dumping. Para el Panel, el incumplimiento de su obligación no repercute en el aumento o disminución del margen de dumping, y es por esta razón que confirmó la Resolución Final de la autoridad investigadora en este aspecto.

Los reclamantes confunden las reclamaciones con sus resultados. Para el Panel, la determinación del margen de dumping es resultado de una ecuación correspondiente a un período determinado, que no fluctúa en razón de la demora o la rapidez de los procedimientos por parte de la autoridad investigadora.

e) Práctica administrativa

La Unión Nacional de Comerciantes Importadores y Exportadores de Productos Agrícolas (UNCIEPA) sostuvo que la UPCI violó el artículo 1902.1 del TLCAN¹² por no tomar en cuenta ciertos precedentes administrativos mexicanos.

El Panel decidió no entrar en el análisis de esta cuestión, es decir, no concluyó que la UPCI tuviera la obligación o no de tomar en cuenta los precedentes administrativos. El Panel no se pronunció sobre este tema, aunque dejó claro que “esta decisión no debe interpretarse como un precedente en relación con reclamaciones relacionadas con la práctica administrativa o con respecto a si una autoridad investigadora debe seguir o estar obligada por dicha práctica en un caso particular”¹³.

El artículo 1902.1 otorga la facultad a las Partes del TLCAN para “reservarse el derecho” – con la libertad que el concepto concede – de aplicar sus disposiciones jurídicas, entre las que se encuentra la práctica administrativa. Aquí existe una laguna del mecanismo del Capítulo XIX del TLCAN sobre el concepto, la procedencia y el peso de la práctica administrativa como elemento de análisis del Panel. La negativa del Panel en este caso para resolver sobre la procedencia o no de los precedentes citados, parece obedecer a un error de los litigantes en cuanto a la mención expresa de dichas prácticas y el contexto por el que el Panel, a juicio de los propios litigantes, debería haber resuelto.

El Panel, en su decisión, parece dejar en claro que la autoridad investigadora deberá, en un posterior análisis, ponderar nuevamente la información que se le presente – cuando se trate de información más completa, suficiente, no como sucedió en este caso – y, eventualmente, decidir la

¹¹ Artículo 7.4 del Acuerdo Antidumping: “Las medidas provisionales se aplicarán por el período más breve posible, que no podrá exceder de cuatro meses, o, por decisión de la autoridad competente, a petición de exportadores que representen un porcentaje significativo del comercio de que se trate, por un período que no excederá de seis meses. Cuando las autoridades, en el curso de una investigación, examinen si bastaría un derecho inferior al margen de dumping para eliminar el daño, esos períodos podrán ser de seis y nueve meses respectivamente”.

¹² Artículo 1902.1 del TLCAN: “Cada una de las Partes se reserva el derecho de aplicar sus disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias a los bienes que se importen de territorio de cualquiera de las otras Partes. Se consideran disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias, según corresponda en cada Parte, las leyes pertinentes, los antecedentes legislativos, los reglamentos, la práctica administrativa y los precedentes judiciales”.

¹³ Ver párrafo 113 de la Resolución del Panel.

pertinencia o no de citar la práctica administrativa como una fuente certera y útil para el caso concreto.

La importancia de esta decisión radica en que, por una parte, el Panel deja constancia de la importancia de resolver esta cuestión, pero al no contar con elementos suficientes para definirla jurídicamente, le transmite el mensaje a la autoridad investigadora de que este tema sigue y seguirá sin definirse hasta que se cuente con información más adecuada y suficiente para elaborar un criterio definitivo.

f) Participación de UNCIEPA en el procedimiento

La UNCIEPA fue impedida por la UPCI para participar en el segundo procedimiento de investigación con el argumento de que éste se realizó para dar cumplimiento a una decisión de los tribunales mexicanos y, como la UNCIEPA no participó en el procedimiento previo, no tenía razones para participar en el segundo procedimiento. UNCIEPA argumentó que la decisión de la UPCI violó la Ley de Comercio Exterior y el Acuerdo Antidumping.

El Panel consideró que no existe ninguna disposición que faculte a la UPCI para excluir del proceso de investigación a importadores por tratarse de un procedimiento de “cumplimiento” de una resolución judicial. Por lo mismo, se considera que la UPCI violó los artículos 51 y 53 de la Ley de Comercio Exterior, 164 del Reglamento de la Ley y 6.1 del Acuerdo Antidumping.

La decisión del Panel sujeta el aparente criterio de la UPCI a parámetros jurídicos que permiten, en el fondo, salvaguardar el mecanismo ante posibles arbitrariedades o decisiones discrecionales de la autoridad nacional. Debe tenerse presente que en México opera el principio de que lo que no está expresamente permitido para las autoridades, se entiende como prohibido; no así para los particulares, para quienes lo que no está expresamente prohibido, se entiende como permitido.

g) Cálculo y pago de cuotas compensatorias

UNCIEPA afirma que la UPCI violó el artículo 9.3 del Acuerdo Antidumping¹⁴ porque el monto de la cuota compensatoria establecida excede al margen calculado por la UPCI.

El Panel en su análisis resalta que UNCIEPA no combate el margen de dumping establecido por la UPCI, sino el método establecido por la aduana mexicana para determinar el monto de la cuota. Sin embargo, el Panel reconoce su falta de competencia para conocer sobre este asunto, ya que las cuotas establecidas por la Ley Aduanera mexicana no son materia de revisión de un Panel, pues no constituyen disposiciones en las que un tribunal “podría basarse (...) para revisar una resolución definitiva”, según el artículo 1904.2 del TLCAN. Por lo tanto, el Panel no se pronunció sobre este tema.

Este es otro ejemplo de las limitaciones de competencia de los paneles, circunstancia que no ocurre en impugnaciones efectuadas por la vía nacional mexicana, ya que el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa tiene facultades para revisar acciones tanto de la Secretaría de Economía como de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Los paneles no tienen la posibilidad de apartarse del mandato y del criterio de revisión establecido en el TLCAN, y cualquier criterio que rebase ese mandato se consideraría como un exceso en sus atribuciones. Esto debilita el mecanismo frente a la instancia nacional, y en cierta medida, respecto de la OMC porque los Acuerdos Abarcados son más exhaustivos.

¹⁴ Artículo 9.3: “La cuantía del derecho antidumping no excederá del margen de dumping establecido de conformidad con el artículo 2”.

5. Orden del Panel

- a) El Panel devuelve el asunto a la UPCI para que adopte medidas no incompatibles con su decisión, como lo dispone el artículo 1904.8 del TLCAN, pero lo hace dando instrucciones para que la UPCI emita una nueva determinación en la que se compruebe la práctica desleal de dumping, daño y relación causal. No obstante, ésta debe basarse exclusivamente en información correspondiente al período de investigación utilizado por la UPCI en su Resolución Preliminar, es decir, del 1 de enero de 2004 al 30 de junio de 2005 para el dumping, y del 1 de enero de 2002 al 30 de junio de 2005.
- b) A esta decisión, el Panel agregó los siguientes requisitos que deberá cumplir la UPCI¹⁵:
 - a. Basar su determinación sólo en información y datos del expediente.
 - b. Justificar si llega a utilizar información y datos no correspondientes al período establecido.
 - c. Justificar si decide incluir a productores que también son importadores de la mercancía de importación.
 - d. Proporcionar el porcentaje de la rama de producción nacional que tomó en cuenta para su análisis, en caso de encontrar un daño efectivo a la producción nacional.
- c) El informe de devolución tendrá ser presentado por la UPCI dentro de los 60 días siguientes a la fecha de la decisión del Panel.

6. Cuestiones jurídicas que están por resolverse en asuntos futuros

El presente caso da señales claras de lo complicada que puede volverse una investigación para determinar la existencia de prácticas desleales, así como los diversos mecanismos actuales para resolver controversias, tanto a escala nacional, como en una de las variantes internacionales como es el TLCAN.

Una decisión como la de este caso tomó más de una década desde el inicio de la investigación. Ésta puede ser una de las razones por las cuales en los últimos años han disminuido de manera significativa los procedimientos de investigación en México, con la consecuente reducción de la solicitud de establecimiento de paneles bajo el Capítulo XIX del TLCAN.

La decisión del Panel tiene características de incidental porque no resuelve el fondo del asunto, lo cual de ninguna manera es atribuible al Panel que, no está de más decirlo, se apejó a las disposiciones del Capítulo XIX y a las Reglas de Procedimiento del Artículo 1904 del TLCAN. Sin embargo, queda pendiente resolver la procedencia y el peso específico de los precedentes administrativos en los análisis de paneles del TLCAN.

La autoridad investigadora mexicana, la UPCI, obtuvo reveses claros y contundentes por sus fallos en la determinación de prácticas desleales y la imposición de cuotas compensatorias a empresas exportadoras e importadoras de manzanas estadounidenses. Primero, por los tribunales mexicanos, luego por el Panel del Capítulo XIX del TLCAN, al devolver la decisión para su rectificación. Permanece como objeto de reflexión la existencia y pertinencia de diversas instancias por las que puede combatirse una resolución administrativa que determina la existencia de prácticas desleales e impone cuotas compensatorias. No puede pasar desapercibida la comparación de ambos procedimientos, el nacional y el internacional y, eventualmente, la posible contradicción de criterios de ambos tribunales.

Por lo que respecta al Panel binacional, sigue siendo un gran problema el procedimiento para su conformación. Es lamentable que habiéndose constituido en julio de 2007, comenzara sus actuaciones hasta agosto de 2008. La falta de mecanismos ágiles para la designación de panelistas y

¹⁵ Orden del Panel, pág. 30.

de procedimientos expeditos para suplir sus ausencias, sea por la razón que sea, vuelve al mecanismo del Capítulo XIX demasiado lento, gravoso y perjudicial para las empresas que buscan una salida pronta a sus conflictos. Es por ello que el mecanismo similar de la OMC le ha aventajado tanto en estos más de 15 años de vigencia. Es algo en lo que deben trabajar los negociadores de los tres países para corregir estos errores.

El hecho de que el Panel haya citado precedentes del Órgano de Apelación de la OMC, además de novedoso, parece adecuado. Sin embargo, en terrenos eminentemente jurídicos, no queda clara su trascendencia. En la actualidad, parece poco menos que imposible que la OMC, tanto los grupos especiales como el Órgano de Apelación, citen criterios de un panel del TLCAN y que ello además sea aprobado por el Órgano de Solución de Diferencias. Esto lleva a preguntar si con la cita de precedentes de la OMC se creará la costumbre o, acaso, debería crearse la costumbre de que los tribunales derivados de Acuerdos Comerciales Regionales remitan a precedentes multilaterales de la OMC, aunque sólo sirvan de guías, porque es claro que por ningún motivo podrían considerarse obligatorios.

No cabe duda de que, en la medida en que los diversos foros internacionales que tienen facultad para resolver controversias comerciales, armonizaran sus criterios o, al menos, concedieran cierto reconocimiento y validez a las decisiones de sus pares, disminuirían los riesgos de posibles choques de jurisdicciones.

7. Lo más reciente

El pasado 25 de febrero de 2010, la Secretaría de Economía emitió la Resolución por la que se da cumplimiento a la Decisión Final del Panel, misma que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de marzo del mismo año.

En esta Resolución, la UPCI resolvió (esencialmente) lo siguiente¹⁶:

“Se eliminan las cuotas compensatorias definitivas impuestas a las importaciones de manzanas de mesa de las variedades red delicious y sus mutaciones y golden delicious, originarias de los Estados Unidos de América” (énfasis añadido).

Aunque la autoridad investigadora pudo haber realizado una nueva investigación con las directrices recomendadas por el Panel, con la eliminación de la cuota compensatoria se logra el objetivo perseguido por los reclamantes.

¹⁶ Párrafo 125 de la Resolución publicada en el Diario Oficial de la Federación, 2 de marzo de 2010.