
El Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, y la Solución de Controversias

María Elena Mansilla y Mejía*

Resumen

Es un trabajo en donde se analiza cómo se trata en realidad de un acuerdo y no de un tratado que, se debe principalmente a las circunstancias en que la Unión Europea decidió firmar ese compromiso y de lo que da cuenta de forma detallada.

Abstract

It is a paper work where is analyzed how it is an agreement in fact and not of a treaty that, it is mainly to the circumstances in that the European Union decided to sign that commitment and of what gives in a detailed way.

Consideraciones previas

El tema a desarrollar es el Acuerdo entre México y la Comunidad Europea y la solución de Controversias. Antes de abordarlo es necesario hacer algunas aclaraciones en torno a este documento.

México ha celebrado diversos tratados de libre comercio, sin embargo el que mayores controversias provocó fue el suscrito con Canadá y Estados Unidos.

Un poco antes de que el TLCAN entrara en vigor, y cuando toda la atención estaba fija en el Congreso de los Estados Unidos, la Comunidad Europea inició su acercamiento a México e hizo propuestas para llegar a un Acuerdo, fue así como surgieron las relaciones entre México y la Comunidad Europea que dieron lugar a la celebración del: Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros.

Antes de entrar al estudio del problema es necesario hacer tres aclaraciones:

1. Aclaraciones

- 1.1. México celebró un Acuerdo no Tratado de Libre Comercio.
Generalmente se alude al Tratado de Libre Comercio entre México y la Comunidad Europea, esto es un error, México celebró un Acuerdo de mayor complejidad y trascendencia de la que puede tener un tratado de carácter comercial.
- 1.2. Los documentos fundamentales son cuatro y no tres.
También se invocan tres documentos y en realidad son cuatro los documentos que lo integran.
- 1.3. Terminología del Acuerdo.
Una tercera aclaración es la relativa a la terminología, ésta es totalmente ajena a la jurídica; pese a que todo el procedimiento de solución de controversias, materialmente, respeta los principios jurídicos fundamentales, los con-

* Directora del Seminario de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho-UNAM. Miembro de Número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado.

ceptos empleados, sin duda fueron propuestos y aceptados por neófitos en el derecho.

1.1. México celebró un Acuerdo no un Tratado de Libre Comercio

Aun cuando para efectos terminológicos tratado y acuerdo significan lo mismo, atento a lo dispuesto en la Convención de Viena de 1969, de la que México es parte, pese a ello las diferencias se manifiestan de inmediato desde la denominación del acto celebrado.

“Acuerdo de Asociación Económica, concertación Política y Cooperación...”

Del enunciado anterior se desprenden claramente los tres objetivos que se pretenden.

Es acuerdo de Asociación Económica porque comprende aspectos relativos al comercio de bienes y servicios, movimientos de capitales, contratación pública, competencia, propiedad intelectual y finanzas.

Hay concertación política porque regula aspectos relativos a refugiados, derechos humanos y democracia.

La Cooperación ha sido acordada en 24 aspectos dentro de los cuales destacan: salud, pobreza, educación, explotación de recursos naturales, cultura, ciencia y tecnología, por nombrar sólo los más importantes.

De lo expuesto se concluye que el Acuerdo excede los límites de un tratado comercial.

Lo anterior no quiere decir que el Acuerdo carezca en absoluto del tinte de libre comercio, en efecto en este momento no existe como tal, pero existirá en un futuro y así lo determina el artículo 2 de la Decisión 2/2000¹ de Acuerdo Interino que dispone:

México y la Comunidad Europea establecerán una zona de libre comercio al término de un periodo de transición con una duración máxima de diez años a partir de la entrada en vigor de esta Decisión y conforme al artículo XXIV del GATT de 1994.

Al efecto, el artículo XXIV del GATT de 1994 establece:

Se entenderá por zona de libre comercio, un grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales se eliminan los derechos de aduana y de-

más reglamentaciones comerciales... con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de los Estados constitutivos de dicha zona.

En este orden de ideas la zona de libre comercio entre México y la Comunidad Europea quedará concluida pasados 10 años a partir del 1º. de julio del año 2000, fecha en que entró en vigor la Decisión 2/2000 del Acuerdo Interino.

La pregunta que surge es: ¿Qué pasará durante esos 10 años de transición entre el acuerdo celebrado y el establecimiento de la zona de libre comercio?

La respuesta la da el artículo 7 de la Decisión “1”² del Acuerdo Global cuyo punto tres determina:

A más tardar tres años después de la entrada en vigor de esta decisión el Consejo Conjunto adoptará una Decisión que disponga la eliminación en lo esencial de toda discriminación restante del comercio de servicios entre las partes en los sectores y modos de prestación amparados por este capítulo. Esa decisión deberá contener.

a) Una lista de compromisos en la que se establezca el nivel de liberalización que las partes acuerden otorgarse mutuamente al final del periodo de transición de 10 años contados a partir de la entrada en vigor de esta Decisión y

b) Un calendario de liberalización para cada una de las partes con el objeto de alcanzar al final del periodo de transición de 10 años el nivel de liberalización descrito en el inciso a.

1.2. Los documentos fundamentales son cuatro y no tres

Se ha sostenido que son tres los documentos que fundan las relaciones entre México y la Comunidad Europea, tal concepción es errónea, ya que son cuatro los instrumentos básicos:

— Acuerdo Interino Sobre el Comercio y Cuestiones Relacionadas con el Comercio.³

— La Decisión 2/2000 del Consejo Conjunto del Acuerdo Interino Sobre el Comercio y Cuestiones Relacionadas con el Comercio.⁴

² Decisión del Consejo Conjunto del Acuerdo Global D.O., 26-VI-2000, Segunda Sección, p. 17 y ss.

³ D.O., 31-VIII-1998, p. 2 y ss.

⁴ D.O., 26-VI-2001, Segunda Sección, p. 58 y ss.

¹ Decisión 2/2000 del Acuerdo Interino D.O., 26-VI-2000, Segunda Sección, p. 58 y ss.

- El Acuerdo Global.⁵
- La Decisión “1” del Consejo Conjunto del Acuerdo Global.⁶

1.3. Terminología del Acuerdo

Los conceptos utilizados en el Acuerdo responden a una absoluta ignorancia del lenguaje jurídico. En tal sentido, a una queja por incumplimiento o violación del Acuerdo, se le llama Consulta; a la impugnación de las partes se le denomina observaciones.

A un informe se le llama Acta de Misión, a la resolución susceptible de impugnarse se le denomina informe preliminar y se le llama informe final a la resolución definitiva.

En cuanto a los diversos nombres de los documentos que forman el Acuerdo, es importante relacionarlos, ya que eso permitirá seguir y localizar la secuencia de las disposiciones.

En tal sentido están el Acuerdo Interino y el Acuerdo Global el primero se complementa con la Decisión 2/2000 y el Global con la Decisión 1, por lo que *mutatis, mutandi*, las Decisiones son a los Acuerdos lo que los reglamentos son a las leyes.

Existen también los Anexos referidos a los diferentes artículos, su función es aclarar y ampliar su contenido, por lo que los anexos reglamentan a los artículos.

A continuación están los Apéndices, y las Declaratorias Conjuntas emitidas por las dos partes del Acuerdo, a esto se suman las Notas Explicativas, cuyo objeto es interpretar y aplicar las disposiciones, o, llevar a efecto actos de administración, finalmente están las partidas, que se refieren a situaciones muy concretas del Acuerdo.

Sólo a manera de ejemplo en el Acuerdo se encuentra la siguiente referencia:

“Declaración Conjunta XI relativa a la nota 12.1 del Apéndice II (A) al Anexo III para las Partidas Ex. 8701, 8702 y 8704”.

2. Órganos del Acuerdo

A efecto de cumplir con los objetivos del Acuerdo las partes crearon tres clases de órganos:

- El Consejo Conjunto
- El Comité Conjunto
- Los Comités Especiales

⁵ D.O., 26-VI-2001, Segunda Sección, p. 1 y ss.

⁶ D.O., 26-VI-2001, Segunda Sección, p. 17 y ss.

2.1. Consejo Conjunto

Este es un órgano tripartito integrado por representantes, a nivel ministerial del gobierno de México, del Consejo de la Unión Europea y de la Comisión Europea.

Es necesario destacar que hay un desequilibrio debido a que la comunidad ostenta las dos terceras partes de la representación y México sólo una, lo que sin duda se manifestará en una situación débil, para México, en el momento de las decisiones.

El Consejo Conjunto tiene como atribuciones; supervisar y aplicar las normas del Acuerdo, al efecto se reunirá periódicamente y lo hará en forma extraordinaria cuando sea necesario analizar algún problema bilateral o internacional que afecte a las partes.

Este órgano tendrá un presidente que será alternativamente de México o de la Comunidad Europea.

En su actividad el Consejo Conjunto se regirá por un Reglamento, y, en su ejercicio emitirá Decisiones de naturaleza vinculante para los miembros del Acuerdo, también emitirá recomendaciones con el carácter de sugerencias.

2.2. Comité Conjunto

El objetivo de este segundo órgano es auxiliar al Consejo Conjunto, por lo tanto este puede delegarle funciones.

Su integración es también tripartita y por lo tanto desigual, tiene por objeto preparar las reuniones del Consejo Conjunto sus atribuciones se encontrarán en el Reglamento ya mencionado, que aún no existe.

2.3. Comités Especiales

Estos Comités tienen por objeto el estudio de problemas especiales.

Su organización y funciones se deberán estipular, también, en el Reglamento.

Podrá haber tantos Comités Especiales como asuntos especiales puedan surgir.

3. Solución de Controversias.

A nivel internacional existen diversos medios de solución de controversias, concretamente son dos:

- Pacíficos
- Jurídicos

3.1. Medios Pacíficos

Dentro de las pacíficas se ubican cuatro clases:

Buenos Oficios. Se reducen a inducir a las partes a reflexionar y propiciar que lleguen a un arreglo entre sí lo que significa que quien realiza el buen oficio únicamente allana el camino para la solución.

Conciliación. Esta es una intervención circunscrita a la negociación. Se destacan los puntos controvertidos y se exhorta a las partes a sostener pláticas sobre la base de evitar el crecimiento de la controversia.

Mediación. Existe aquí ya, una participación activa en la que, el mediador estudia el problema e interviene en las discusiones de las partes a fin de evitar un mal desenlace del conflicto.

Consulta. En esta vía, interviene la autoridad, estudia el problema y le da solución misma que puede o no ser acatada por las partes.

De no ser aceptada o no cumplida una Consulta, se pasa a la vía jurídica, que se lleva a efecto a través del Arbitraje.

3.2. Medio jurídico

Agotados, sin éxito, los medios pacíficos de solución, sólo resta acudir a la única vía jurídica; el Arbitraje, en él las partes tendrán un verdadero juicio realizado ante un panel arbitral cuyos laudos son vinculantes.

Dentro del terreno de la solución de controversias, la "Declaración Conjunta XIV referente a medios alternativos para la solución de controversias" establece:

En la mayor medida posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y otros medios alternativos para la solución de controversias comerciales privadas entre particulares en la zona de libre comercio.⁷

Nótese que esta Declaración, si bien alude a medios alternativos, no los señala, y se limita a destacar que los conflictos a resolver serán los que surjan entre personas privadas, e insiste en señalar concretamente el arbitraje.

Lo anterior lleva a concluir que los medios alternativos de buenos oficios conciliación y mediación no los incluye por ser vías de solución aplicables sólo en las controversias entre Estados.

⁷ Compras del Sector Público D.O., 26-VI-2000, p. 71 y ss.

En atención a todo lo expuesto es necesario sentar lo siguiente:

El acuerdo sólo ofrece dos vías de solución de controversias, una pacífica: la Consulta y una jurídica: el Arbitraje.

4. Cada documento fundamental contempla soluciones

Como premisa mayor es necesario señalar que los cuatro documentos:

- El Acuerdo Interino
- El Acuerdo Global
- La Decisión 1 y
- La Decisión 2/2000

Aluden a la solución de controversias, sin embargo las vías a seguir se encuentran en las Decisiones 1 y 2/2000 del Acuerdo Global y del Acuerdo Interino respectivamente.

Es necesario recordar que, cronológicamente el primer documento fue el Acuerdo Interino cuya vigencia fue anterior a la del Acuerdo Global y fue abrogado y substituido por éste.

El Acuerdo Global se firmó en Bruselas el 8-XII-1998 y en Bruselas y Lisboa se firmaron la Decisión "1" del Acuerdo Global y la 2/2000 del Acuerdo Interino de las cuales entró en vigor la Decisión 2/2000 el 1-VII-2000 y la Decisión "1" del Acuerdo Global entró en vigor el 1-III-2001.

De la cronología anterior sólo puede deducirse una absoluta carencia de lógica debido a que el Acuerdo Interino pese a ser el primer documento tiene una Decisión 2/2000 que entra en vigor antes de la Decisión.

4.1. Solución de Controversias en el Acuerdo Interino

En este documento son tres las normas relativas a la solución de controversias: estas son los artículos 4, 12 y 17.

El artículo 12 determina:

El Consejo Conjunto establecerá un procedimiento específico para la solución de controversias, compatible con las disposiciones de la Organización Mundial del Comercio.

Nótese que el procedimiento que instaure el Consejo Conjunto será compatible, no igual o el mismo de la OMC.

El artículo 17 determina la existencia de dos procedimientos uno normal y otro urgente. El normal se llevará a efecto ante el Consejo Conjunto, quien después de la Consulta emitirá su resolución en 30 días.

El urgente será la consecuencia de la violación de elementos substanciales del Acuerdo de Cooperación en materia de Derechos Humanos o contra la democracia.

Otro supuesto de procedencia urgente es la denuncia contraria al Derecho Internacional.

Dado que es todo lo que la norma señala, se presume que se refiere a la denuncia del tratado, que debe ser presentada seis meses antes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 57 punto 2 del Acuerdo Global.

En el caso de violación a los elementos substanciales del Acuerdo denominado "urgencia especial" el artículo 58 segundo párrafo dispone:

"Si una de las partes considera que la otra Parte ha incumplido alguna de las obligaciones establecidas en el Acuerdo podrá adoptar las medidas apropiadas...."

El problema aquí, es determinar que se entiende por "medida apropiada". El mismo artículo 58 establece que son "...las medidas que menos perturben el funcionamiento del presente Acuerdo y al efecto el punto 3 del mismo dispositivo, complementa la interpretación al establecer:

"3. Las partes acuerdan que "las medidas apropiadas" ...serán medidas adoptadas de conformidad con el Derecho Internacional".

El párrafo tercero del mismo artículo añade:

"Se deberán escoger prioritariamente las medidas que menos perturben el funcionamiento del Acuerdo".

Estas medidas serán objeto de Consulta ante el Consejo Conjunto quien, ante la urgencia especial, deberá reunirse y resolver en 15 días. Cabe aquí, aclarar que el sólo incumplimiento de una de las partes ya alteró el buen funcionamiento del Acuerdo.

Es el incumplimiento por sí mismo el que provoca la alteración, y no las medidas, apropiadas que la parte lesionada pudiera adoptar ya que el objetivo de éstas sería restablecer el equilibrio entre las partes.

Acorde a lo expuesto, la redacción del artículo en estudio, es incorrecta debido a que confunde la causa con el efecto.

La causa del mal funcionamiento del Acuerdo será el incumplimiento y su efecto, será la toma de medidas que deben ser apropiadas para restablecer el equilibrio y el buen funcionamiento del Acuerdo.

En otras palabras el daño tiene como causa el incumplimiento del Acuerdo y las medidas sólo son el

efecto que restablecerá el equilibrio que debe existir entre las partes.

Otro comentario que procede es el siguiente: sí el Acuerdo permite a las partes tomar medidas apropiadas, las autoriza a hacerse justicia por propia mano, aun cuando posteriormente esto se corrija mediante la integración del Consejo Conjunto, la Consulta de las Partes, y, la resolución que al respecto se emita.

Por otro lado, debe reflexionarse sobre el supuesto de que, sí una medida apropiada, no es lo suficientemente fuerte como para hacer reaccionar a la parte incumplida, será difícil restablecer el equilibrio, la igualdad que deben tener las partes y en consecuencia el buen funcionamiento del Acuerdo.

4.2. Decisión 2/2000 del Acuerdo Interino

Mutatis, Mutandi, la naturaleza jurídica de la Decisión 2/2000, es la de un reglamento al Acuerdo Interino. En tal sentido, las normas relativas a la Solución de Controversias son los artículos 30, y 41 a 47 de la Decisión cuyo fundamento es el artículo 12 del Acuerdo Interno que establece:

El Consejo Conjunto decidirá sobre el establecimiento de un procedimiento específico para solución de controversias comerciales y relacionadas con el comercio, compatibles con las disposiciones pertinentes de la OMC en la materia...

Es claro que esta norma no resuelve el problema de la solución de controversias, ni lo remite a la OMC, sólo se limita a declarar que las normas que tengan por objeto solucionar controversias deberán ser compatibles con las estipuladas por la OMC.

Los dispositivos que se avocan a resolver el problema de solucionar las controversias son los artículos 30 y 41 a 47 de la Decisión 2/2000.

Es pertinente aclarar que la Decisión también se denomina:

"Decisión del Consejo Conjunto del Acuerdo Interino Sobre Comercio y Cuestiones Relacionadas con el Comercio".

De acuerdo con su título la Decisión 2/2000 regula tres aspectos fundamentales:

- En el comercial: Compras del sector público.
- En competencia: Mecanismos de cooperación y
- En propiedad intelectual: Mecanismos de consulta.

4.2.1. Compras del sector público

En este rubro, el artículo 30 establece los medios de impugnación, que pueden interponerse en las compras del sector público entre el proveedor y el comprador, relación en la cual evidentemente el comprador es un órgano gubernamental.

Este es un punto delicado por tratarse de una controversia entre una institución pública y un proveedor.

El procedimiento a seguir en este caso, es la consulta con la entidad contratante. Cada parte invocará su propio derecho y se comunicarán sus derechos y procedimientos domésticos.

Como es obvio, el intercambio de información no resuelve la controversia, por lo que es necesario seguir un procedimiento concreto. Ante tal necesidad, se sobreentiende que la parte emisora de la licitación será la que determine el procedimiento de impugnación.

El procedimiento a seguir deberá cumplir los requisitos mínimos de legalidad, en tal sentido deberán satisfacerse la garantía de audiencia, el derecho a la representación y el acceso a los documentos. Las actuaciones serán públicas y toda decisión deberá estar fundada por escrito. Deben admitirse pruebas y la autoridad revisora deberá tener toda la documentación a fin de contar con los elementos que le permitan resolver correctamente.

Un aspecto muy importante radica en que, por ser generalmente un procedimiento arbitral el que se sigue, se garantiza la posibilidad de acudir a la autoridad judicial, a través del artículo 30 que dispone:

Las impugnaciones serán atendidas por una autoridad revisora independiente e imparcial que no tenga interés en el resultado de la compra y cuyos miembros sean ajenos a influencias externas durante todo el periodo de su mandato. Las actuaciones de una autoridad revisora distinta a un Tribunal, deberán estar sujetas a revisión judicial...

En apoyo a lo anterior el punto, *6 in fine*, del artículo 30 ratifica lo expuesto al establecer:

“Nada de lo dispuesto en este párrafo afectará el derecho de los proveedores interesados de recurrir a la revisión judicial”.

Con base en los puntos 6 y 7 transcritos se puede concluir que si la parte lesionada lo desea tendrá siempre expedite la vía judicial.

En las compras del sector público es muy importante determinar el derecho aplicable y la autoridad competente dado que habría un contrato entre un Estado y un particular.

El artículo 30, al respecto, no es lo suficientemente claro, sin embargo de su redacción se puede concluir que se aplicará el derecho de la entidad contratante y será competente la autoridad de la misma entidad, esto en el supuesto de seguirse la vía judicial.

En tal sentido y a efecto de confirmar lo anterior el párrafo “1” del Art. 30 restablece:

En caso de que un proveedor presente una reclamación, sobre la existencia de una infracción del presente título⁸ en el contexto de una compra, la Parte interesada le alentará a que trate de encontrar una solución a su reclamación mediante consultas con la entidad contratante. En tal supuesto la entidad contratante examinará de manera imparcial y en tiempo oportuno las reclamaciones, sin perjuicio de la posibilidad de obtener medidas correctivas de conformidad con el sistema de impugnación.

De lo expuesto se concluye que, el único objeto de que la entidad contratante examine las reclamaciones es rectificar su conducta a fin de no continuar con el incumplimiento o la violación. Desde luego este procedimiento sólo puede ser considerado como vía pacífica ya que se basa en una consulta.

El mismo artículo 30 corrobora el análisis realizado al exponer:

Cada parte contará con procedimientos, no discriminatorios, oportunos, transparentes y eficaces que permitan a los proveedores impugnar presuntas infracciones a este título, que se produzcan en el contexto de una compra en la que tengan o hayan tenido interés.

Esta norma permite entrever que el proveedor deberá conocer el derecho de la entidad que contrata a fin de estar en aptitud de invocarla, por lo que puede decirse que el derecho aplicable será el del Estado que emite la licitación.

El punto 3 del artículo 30 insiste en que:

“Cada parte especificará por escrito y pondrá a disposición general sus procedimientos de impugnación”.

⁸ Anexo XV D.O., 26-VI-2000, Décima Sección, p. 116.

El único objetivo de la norma transcrita, es dar seguridad jurídica al proveedor de que, ante la necesidad de impugnar la conducta de la entidad con la que trató, existe un derecho que lo tutela.

Finalmente el punto 5 establece:

“Podrá exigirse al proveedor interesado que inicie el procedimiento de impugnación y notifique la impugnación a la entidad contratante...”.

Esta exigencia al proveedor de impugnar, puede ser un plazo para la preclusión de su derecho de acción, o un medio de evitar una posible corrupción, lo cual podría confirmarse con lo establecido en el punto 8 que dispone:

Los procedimientos de impugnación preverán:

a) Medidas provisionales expeditas para corregir las infracciones... y para preservar las oportunidades comerciales. Estas medidas podrán tener por efecto la suspensión del proceso de compra. Sin embargo los procedimientos podrán prever la posibilidad de que, al decidir si deben aplicarse esas medidas, se tomen en cuenta las consecuencias adversas sobre intereses afectados que deban prevalecer, incluido el interés público. En tales circunstancias deberá justificarse por escrito la falta de acción.

Cabe considerar que: sí se exige al proveedor que ejerza su acción y si éste, atento al interés público no lo hace y ante tal abstención tiene la obligación de justificarla, ésto sólo lleva a concluir que se trata de evitar alguna negociación que conlleve una práctica de corrupción, ya que resulta inverosímil que el proveedor se abstenga de ejercer su acción si fue lesionado por el incumplimiento de la parte contratante.

Ante el supuesto de que el proveedor ejerza su acción caben dos posibilidades:

- La rectificación de la infracción o
- El término del conflicto mediante la reparación del daño.

4.2.2. Mecanismos de Cooperación en Materia de Competencia

En materia de competencia la Decisión 2/2000 instaura mecanismos de cooperación a fin de evitar actividades monopólicas. Al efecto el artículo 39 remite al Anexo XV⁹ referido al artículo 39 que determina:

Las partes se comprometen a aplicar sus respectivas leyes en materia de competencia de modo que se evite que los beneficios de la Decisión sean disminuidos o anulados por actividades anticompetitivas.

El mecanismo de cooperación en materia de competencia tiende a prevenir conflictos, a tal efecto las partes deben coordinarse y cooperar en la aplicación de sus leyes de competencia en consecuencia, México se obliga a evitar prácticas monopólicas, absolutas y relativas y la Comunidad Europea, a su vez, se obliga a vigilar los acuerdos entre las empresas, sus asociaciones y prácticas concertadas a fin de evitar posiciones dominantes y concentraciones.

En cumplimiento del mecanismo de cooperación, las partes deben notificarse los respectivos cambios legislativos, las restricciones legales, el mercado relevante de los productos o servicios, los plazos de resolución y las medidas a tomar.

Asimismo deben proporcionarse mutuamente, la jurisprudencia, doctrinas y estudios que al respecto, se realicen en cada país.

Como una óptima cooperación, las partes deben llevar a cabo reuniones tanto de manera informal como institucional y organizar seminarios de difusión.

4.2.3. Mecanismos de consulta en materia de propiedad intelectual

El artículo 41 de la Decisión 2/2000 regula los mecanismos de consulta que deben seguirse ante un conflicto de propiedad intelectual. Con tal fin se constituye un Comité Especial Sobre Asuntos de Propiedad Industrial.

El Comité se debe integrar por representantes de las partes, y debe reunirse dentro de los 30 días siguientes a la presentación de la solicitud.

La función del Comité, es resolver satisfactoriamente para las partes, los conflictos que hubieren surgido en la protección de la propiedad intelectual.

Cabe aclarar que el concepto protección incluye todo problema suscitado por la disponibilidad, adquisición, alcance, mantenimiento y observancia de los derechos de propiedad intelectual, así como por todo lo que afecte al uso de los mismos derechos.

A lo anterior cabe añadir que México y la Comunidad Europea, además de las vías propuestas en materia de propiedad intelectual, invocan los compromisos ad-

⁹ Anexo XV D.O., 26-VI-2000, Décima Sección, p. 116.

quiridos con motivo de la celebración de las Convenciones Multilaterales y bilaterales sobre esta materia.

5. Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros

Es éste el documento principal, se le denomina también Acuerdo Global, se firmó en Bruselas el 8 de diciembre de 1997, entró en vigor el 1º. de octubre del año 2000 y abrogó al Acuerdo Interino que así lo establece en su artículo 16.

En cuanto al Acuerdo Global omite hacer referencia a la abrogación, en los artículos transitorios.

El Acuerdo menciona la solución de controversias en los artículos: 10, 12, 50 y 58.

En el artículo 10 se establece la obligación, a cargo del Consejo Conjunto, de crear procedimientos legales transparentes y procedimientos de impugnación claros.

El artículo 12, relativo a la propiedad intelectual, industrial y comercial, impone al Consejo Conjunto, decidir sobre la creación de:

a) Un mecanismo de consulta con miras a alcanzar soluciones mutuamente satisfactorias en caso de dificultades en la protección de la propiedad intelectual.

b) Las medidas específicas que deberán adoptarse para alcanzar el objetivo establecido en el apartado 1, tomando en cuenta, en particular las convenciones multilaterales relevantes sobre propiedad intelectual.

Respecto al artículo 50 únicamente establece:

El Consejo Conjunto decidirá sobre el establecimiento de un procedimiento específico para la solución de controversias comerciales y relacionadas con el comercio, compatible con las disposiciones pertinentes de la OMC en la materia.

La última norma del Acuerdo Global relativa a las controversias es el artículo 58 que establece exactamente lo mismo que el Acuerdo Interino respecto al incumplimiento de una de las partes, supuesto ante el cual deberá convocarse al Consejo Conjunto que, en situación normal, deberá reunirse en 30 días y emitir una resolución.

De surgir un caso de urgencia especial, deberá darse la solución en 15 días, con la aceptación de que la parte

reclamante podrá tomar medidas apropiadas, que serán aquellas adoptadas conforme al Derecho Internacional.

De lo anterior se concluye que el Acuerdo Global no da una vía clara de solución de controversias y establece lo mismo que el Acuerdo Interino, lo cual es lógico en atención a que el Acuerdo Global substituyó al Acuerdo Interino.

6. Decisión "1" del Consejo Conjunto

La Decisión "1" inició su vigencia el 1º. de marzo del 2001, su fundamento es el artículo 50 del Acuerdo Global, y su normatividad sí contempla la solución de controversias de los artículos 38 a 43.

Estos dispositivos comprenden los dos medios de solución, el pacífico de la consulta y el jurídico del arbitraje.

Cabe aclarar que la Decisión 2/2000 contempla, al igual que la Decisión 1, el procedimiento arbitral y que ambos se complementan, por lo tanto aquí se fusionarán ambas normatividades.

En este orden de ideas se seguirá el método utilizado hasta el momento, consistente en analizar norma por norma armonizándolas con las Reglas Modelo de Procedimiento contenidas en el Anexo III y a estos documentos se aumentará el Código de Conducta aplicable a los árbitros.¹⁰

Antes de entrar al análisis de las disposiciones anteriores es necesario conocer el artículo 37 y las cuatro excepciones en las que la normatividad, en la solución de controversias, es diferente.

6.1. Excepciones a la integración de un panel arbitral regulado por la Decisión "1" del Acuerdo Global

Las excepciones las enuncia el artículo 37 y se encuentran concretamente, en las normas: 9.2, 31.2, 34 y 36.

El artículo 9 se refiere al reconocimiento mutuo que debe darse entre las partes respecto de las licencias y de los requisitos que las partes establezcan, a fin de que los prestadores de servicios cumplan con los respectivos criterios. Esto, deberá establecerse en un Acuerdo

¹⁰ Anexo III al artículo 43 de la Decisión "1" del Consejo Conjunto, D.O., 26-VI-2000, Segunda Sección, p. 51 y ss.

que emita el Consejo Conjunto tres años después de iniciada la vigencia de la Decisión "1".

El artículo 9.2. contiene la primera excepción.

Los acuerdos deberán estar de conformidad con las disposiciones pertinentes de la OMC y en particular con el artículo VII del Acuerdo General Sobre Comercio, por lo tanto no le es aplicable la Decisión.

La segunda excepción se encuentra en el artículo 31.2 de la Decisión, relativa a las "Dificultades en la Balanza de Pagos".

Debido a que, la parte 2 del artículo 31 sería incomprendible sin la "1" se transcribirá completo el artículo 31, a fin de que la excepción se perciba con toda claridad y precisión.

"Artículo 31. Dificultades en la Balanza de Pagos".

Cuando México o uno o más Estados Miembros enfrenten dificultades fundamentales de balanza de pagos, o una amenaza inminente de la misma, México, o la Comunidad o el Estado Miembro de que se trate, según sea el caso, podrá adoptar medidas restrictivas con respecto a pagos, incluyendo transferencias de montos por concepto de la liquidación total o parcial de la inversión directa. Tales medidas deberán ser equitativas, no discriminatorias, de buena fe, de duración limitada y no irán más allá de lo que sea necesario para remediar la situación de la balanza de pagos.

México, o la Comunidad o el Estado Miembro de que se trate, según sea el caso, informará a la otra parte sin demora y presentará, lo más pronto posible, un calendario para su eliminación. Dichas medidas deberán ser tomadas de acuerdo con otras obligaciones internacionales de la parte de que se trate incluyendo aquellas al amparo del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC y los artículos constitutivos del Fondo Monetario Internacional.

La tercera excepción se encuentra en el artículo 34 y se refiere a los: "Compromisos Internacionales Sobre Inversión".

La Comunidad y sus Estados miembros en el ámbito de sus respectivas competencias y México, recuerdan sus compromisos internacionales en materia de inversión y especialmente los Códigos de liberalización y el instrumento de trato nacional de la OCDE.

La cuarta excepción es la contenida en el artículo 36 relativo a la: "propiedad intelectual".

Artículo 36. *Convenciones multilaterales sobre propiedad intelectual.*

1. México, por una parte, y la Comunidad y sus Estados Miembros, por la otra, confirman sus obligaciones derivadas de las siguientes convenciones multilaterales:

a) el Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC, 1994);

b) el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (acta de Estocolmo, 1967);

c) el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971);

d) la Convención Internacional sobre las Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (Roma, 1961); y

e) el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (Washington 1970, enmendado en 1979 y modificado en 1984).

2. Las Partes confirman la importancia que le otorgan a las obligaciones derivadas de la Convención Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, 1978 (Convención UPOV 1978), o la Convención Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, 1991 (Convención UPOV 1991).

3. A la entrada en vigor de esta Decisión, México y los Estados Miembros de la Comunidad se habrán adherido al Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas (Ginebra 1977, y enmendado en 1979).

4. Dentro de los tres años siguientes a la entrada en vigor de esta Decisión, México y los Estados Miembros de la Comunidad se habrán adherido al Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del depósito de microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes (1977, modificado en 1980).

5. Las partes harán todo su esfuerzo para completar, a la brevedad posible, los procedimientos necesarios para su adhesión a las siguientes convenciones multilaterales:

a) el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor (Ginebra, 1996); y

b) el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (Ginebra, 1997).

En síntesis las excepciones de la Decisión "1" del Acuerdo Global son cuatro.

7. Solución de Controversias en la Decisión "1" del Acuerdo Global

La solución de controversias en la Decisión "1" abarca los artículos 38 a 43; éste último tiene un anexo bajo el Título "Reglas Modelo del Procedimiento" en ellas se contemplan el medio pacífico y el jurídico.

7.1. Consulta

Ante un conflicto, el paso inicial es acudir a la consulta, para ello, las partes presentan su solicitud al Comité Conjunto en la que pide su integración, a fin de que conozca el conflicto y resuelva sobre él.

El Comité debe reunirse dentro de los 30 días siguientes de presentada la solicitud, una vez integrado conocerá, estudiará y dará una solución al problema.

Desde el punto de vista material, la consulta es la queja expuesta por una de las partes con la petición de que se estudie y se resuelva sobre un conflicto.

El Comité debe emitir su resolución a la mayor brevedad posible, en la decisión se especificarán las medidas que deban adoptarse y el plazo para satisfacerlas.

Ante el incumplimiento, de la parte sancionada, dentro de los siguientes 15 días de emitida la resolución, o de 45 a partir de la presentación de la solicitud, la parte dañada podrá solicitar el inicio del arbitraje.

La instalación de un panel arbitral también lo puede solicitar la persona que fue sancionada por la resolución que recayó a la consulta

8. Árbitros

El arbitraje como vía jurídica de solución de controversias, sólo puede llevarse a efecto a través de los árbitros, razón por la cuál esta figura es fundamental.

El árbitro es un juez, especial elegido por las partes en atención a dos cualidades:

- Conocimientos, y
- Probidad

Atento a tal necesidad, el Acuerdo contiene un Código de Conducta¹¹ que todo árbitro deberá cumplir. Al efecto el artículo establece:

Todo candidato, árbitro o ex-árbitro evitará ser deshonesto y parecer deshonesto, y guardará un alto nivel de conducta, de tal manera que sean preservadas la integridad e imparcialidad del sistema de solución de controversias.¹²

En cumplimiento de tan alta investidura un árbitro debe:

- Ser y parecer honesto
- Imparcial
- Independiente
- Justo
- Diligente
- De amplios conocimientos y
- Actuar a título personal

En cumplimiento de lo anterior, todo árbitro está sujeto a causas de excusa y de recusación, bien por amistad o parentesco con las partes o por interés en el conflicto en consecuencia deberá excusarse si se encuentra en cualquiera de los supuestos señalados y las partes podrán recusarlo si se enteran de su incapacidad para ser árbitro.

En su función, el árbitro debe ser discreto y guardar el secreto profesional, debe abstenerse de tener contacto personal con una parte sin la presencia de la otra, o discutir el problema con ellas, en ausencia de los demás árbitros además asumirá el compromiso de disponibilidad a efecto de cumplir con la totalidad de los requisitos del arbitraje.

9. Arbitraje

9.1. Principios

El arbitraje como vía jurídica de solución de conflictos es un medio, flexible, rápido y expedito; que debe someterse a un mínimo de reglas procesales y principios jurídicos indispensables para la certeza y seguridad jurídica de las partes, sin embargo tales requisitos no impiden que constantemente se recurra al principio de autonomía de la voluntad de los contendientes, siempre que se mantenga su igualdad y equilibrio en el procedimiento, tanto en la designación de los árbitros como el procedimiento arbitral.

¹¹ Código de Conducta. Apéndice I del Anexo III, D.O., 26-VI-2001, Segunda Sección, p. 55 y ss.

¹² Punto "1" del Código de Conducta, D.O., 26-VI-2001, Segunda Sección, p. 55 *in fine*.

9.2. Elección de los árbitros

A elección de las partes, se puede llevar a efecto un arbitraje en el que domine el principio de autonomía de la voluntad o bien, en ejercicio de esa misma libertad, las partes pueden decidir adoptar las Reglas Modelo de Arbitraje del Anexo III, referido al artículo 43.¹³

Frente a esta libertad de las partes, el mismo artículo 43, en violación de la seguridad jurídica, dispone que el Comité Conjunto podrá modificar las reglas modelo de procedimiento.

A fin de iniciar el procedimiento arbitral, cualquiera de las partes puede presentar la solicitud para la integración del panel.

El panel se integra por tres árbitros, cada parte designa a uno y propone tres candidatos para la presidencia.

Dentro de los 15 días siguientes a la designación de los árbitros, las partes deben designar al presidente si no llegan a un acuerdo, se hará un sorteo entre los seis candidatos.

9.3. Integración del panel

El panel se integra en el momento en que se designa al presidente.

El panel puede ser administrado por las partes o por una institución, esto se determina en la reunión que debe llevarse a efecto dentro de los 15 días siguientes a la integración del panel.

En la misma reunión deben fijarse los honorarios a cubrir a los miembros del panel, honorarios que generalmente son señalados en concordancia con los establecidos por la OMC.

9.4. Acta de misión

20 días después de integrado el panel las partes deben presentar el Acta de Misión. Este es un documento que materialmente tiene la naturaleza jurídica de un informe en el que las partes explican el conflicto y las normas violadas.

9.5. Procedimiento

Cinco días después de presentada el Acta de Misión, tiempo que daría un total de 25 días de haberse insta-

lado el panel, la parte reclamante debe presentar su escrito inicial o demanda, la respuesta o contestación debe presentarse veinte días después.

9.5.1. Audiencia

A través de la audiencia se aplica el principio de inmediatez, por el que los árbitros tendrán un contacto directo con las partes.

El momento, día y hora de la celebración de la audiencia la fija el presidente, de acuerdo con las partes y los árbitros.

El lugar de celebración será México si el reclamante es europeo, y será Bruselas si es mexicano.

A la audiencia pueden concurrir los asesores, los representantes, personal administrativo, traductores y estenógrafos.

En el desarrollo de la audiencia el actor presentará sus alegatos, el demandado le seguirá y habrá réplica y duplica.

Los árbitros pueden hacer los interrogatorios que consideren necesarios a fin de esclarecer la verdad.

Las partes disponen de cinco días para hacer observaciones y de 10 para presentar escritos complementarios. Pueden presentar pruebas y estarán sujetas al principio de que quien afirma debe probar.

Ante el surgimiento de un incidente, se suspenden los plazos, que naturalmente se reanudarán resuelto el conflicto incidental.

9.5.2. Resolución

Concluido el procedimiento arbitral, el panel emitirá un informe preliminar respecto del cual las partes disponen de 15 días para hacer observaciones, ante las cuales el panel podrá modificar o confirmar su resolución y emitir en esos términos, el informe final.

De lo anterior se concluye que el informe provisional, y ésta es otra desviación del lenguaje jurídico, tiene la naturaleza jurídica de una sentencia susceptible de impugnación por las partes a través de las observaciones, a las que sigue la emisión del informe final que, bajo la terminología jurídica, se le denominaría sentencia definitiva.

9.5.3. Cumplimiento del informe final

El panel arbitral señala un plazo de 30 días para el cumplimiento de la resolución, sin embargo las partes en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad

¹³ Apéndice I, D.O., 26-VI-2001, Segunda Sección, p. 55 y ss.

pueden acordar un plazo razonable para su cumplimiento.

Para la determinación de lo que sería un plazo razonable, las partes pueden acudir en Consulta al Consejo Conjunto.

9.5.4. Suspensión de beneficios

En el supuesto de no cumplirse el informe final, voluntariamente, o de no llegar las partes a un acuerdo respecto a él o en cuanto a la determinación del plazo razonable, la parte dañada podrá suspender los beneficios que otorga, lo que deberá notificar a su contraparte con 60 días de anticipación.

La parte que pretende suspender los beneficios puede acudir, en consulta previas, ante el Comité Conjunto, mientras este no resuelva, no podrá llevarse a efecto la suspensión de beneficios.

Una vez resuelta o decidida la procedencia de la suspensión de los beneficios, ésta deberá realizarse en área o sector similar al afectado, salvo que ello no sea posible, en cuyo caso la parte reclamante suspenderá los beneficios en el sector que considere conveniente.

La suspensión debe ser temporal, sólo deberá permanecer, mientras la parte que violó el acuerdo, continúe en el incumplimiento, ya que una vez cumplido el informe final, o llegadas las partes a un acuerdo, la suspensión debe concluir.

9.5.5. Convención de Naciones Unidas sobre Ejecución de Sentencias Arbitrales de 1958.

A manera de corolario, cabe señalar que en la Declaración Conjunta XIV, las partes de Acuerdo Global establecen:

Las partes confirman la importancia que le otorgan a la Convención de las Naciones Unidas Sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958.

De esta Declaración Conjunta se puede deducir el sometimiento de las partes a las normas de la Convención, pero ello será, al menos para México, sólo en el aspecto privado, ya que respecto a la intervención del sector público, México hizo la siguiente reserva:

México:

Los Estados Unidos Mexicanos declaran, con fundamento en el Art. 1 de la Convención que ésta no se aplicará a aquellos contratos a celebrarse por el Estado, sus entidades y organismos estatales, en los que actúa como ente soberano con potestad de derecho público, cuando la legislación mexicana prevenga la aplicación exclusiva del derecho nacional.¹⁴

¹⁴ Cit. por Pereznieta Castro, Leonel y Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho Internacional Privado, Parte Especial*. SNE, Oxford University Press, México, 2000, p. 647.