

INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS SUPERIORES DE MONTERREY

EGAP GOBIERNO Y POLÍTICA PÚBLICA
CIUDAD DE MÉXICO

La incompatibilidad de la “*medida de transición*”, establecida por México a los productos de origen chino, en el marco legal, nacional e internacional



EGAP.
Gobierno y Política Pública
TECNOLÓGICO DE MONTERREY

Gilberto Almazán Elizondo



Proyecto de Investigación Aplicada

Maestría en Derecho Internacional



**TECNOLÓGICO
DE MONTERREY**

Biblioteca
Campus Ciudad de México

Asesor: Dra. Natividad Martínez Aguilar

Fecha de término de la tesina: Septiembre 2011

RESUMEN EJECUTIVO

El presente proyecto de investigación tiene por objeto señalar, la incompatibilidad de la “medida de transición”, tanto en el marco legal como internacional, teniendo como antecedente las cuotas compensatorias que México impuso a la República Popular China, antes que ésta formara parte de la Organización Mundial del Comercio.

Al momento de ingreso de China a la OMC, en el Anexo 7 del Protocolo de Adhesión, se estableció que las cuotas compensatorias estarían vigentes 7 años más, siendo importante recalcar, que el compromiso no consistía en eliminarlas, si no en que las cuotas compensatorias no podrían someterse a los métodos de solución de diferencias previstos en la OMC.

En esta guisa, y en vista que la Secretaría de Economía responsable de realizar los procedimientos *antidumping* conforme el marco legal de la OMC y nacional, se presume, no puso de conformidad con la referida legislación las medidas *antidumping* contenidas en el Anexo VII del Protocolo de Adhesión de China a la OMC, en consecuencia al término de los 7 años pactados, eliminó las cuotas compensatorias, y ante la incertidumbre de desproteger a ciertas industrias nacionales, creó la controvertida “medida de transición”, y se refiere como controvertida, toda vez que la medida en cuestión no se encuentra dispuesta ni en la Ley de Comercio Exterior, ni en ningún Acuerdo Multilateral de la OMC, esto es, no encuentra fundamento jurídico alguno.

MARCO TEÓRICO

El tema principal de este trabajo versa sobre la medida de transición creada en 2008, abordada desde un punto de vista estrictamente jurídico, en este sentido, y en vista que a la fecha no existen obras publicadas que hablen sobre el tema por ser un tema muy reciente y especializado, el análisis se centró en lo que dispone el marco legal e internacional.

A lo largo del trabajo, se analizan los Acuerdos Multilaterales de la OMC, en específico dos, que son los que sustentan las medidas antidumping y medidas compensatorias que son: el “Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994” y, el “Acuerdo Sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias”. Asimismo, y en el orden internacional, se analiza lo que es el Protocolo de Adhesión de la República China a la Organización Mundial del Comercio.

En el marco legal nacional, se estudian la Ley de Comercio Exterior y su Reglamento, y en lo que su momento fue el ordenamiento legal rector del comercio exterior, que es la Ley Reglamentaria del artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Tomando en cuenta, que la medida de transición surge a través de 3 publicaciones en el Diario Oficial de la Federación en 2008, se revisan dos Acuerdos, y un Decreto en cuestión.

Finalmente, se realiza el análisis de la primera sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno a determinar la constitucionalidad de la medida de transición, para lo cual, se analiza el artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos, a fin de determinar la jerarquía de leyes.

MARCO METODOLÓGICO

El planteamiento del trabajo surge en 2008, cuando se publica en el Diario Oficial de la Federación, la creación de la medida de transición, y la eliminación de las cuotas compensatorias impuestas a la importación de determinados productos de la República Popular China.

El análisis se realiza primero de manera descriptiva, dando un antecedente de cómo fue el proceso de adhesión de China a la OMC, y el contexto en que se ubicaban en ese momento México y China. Posteriormente, se hace un estudio de la legislación internacional y nacional, con la cual se le impusieron cuotas compensatorias a la República Popular China, antes de su ingreso a la Organización Mundial del Comercio.

En la parte medular del trabajo, se basa en la metodología analítica al realizar un análisis jurídico exhaustivo de los Acuerdos Multilaterales de la OMC, así como de la Ley de Comercio Exterior, a fin de demostrar los vicios de forma y fondo, tanto en la creación como en la aplicación de la medida de transición.

Finalmente, se estudia también de una manera analítica, la primera sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en torno a la constitucionalidad de la medida de transición, analizando dicha resolución, desde la óptica del rango jerárquico de los tratados, como lo son, los Acuerdos Multilaterales de la OMC, frente al Tratado suscrito por México y China, en materia de medidas de remedio comercial, que da origen a la medida de transición.

El presente trabajo, puede ser de utilidad, para especialistas en comercio exterior, abogados, litigantes, autoridades federales (Secretaría de Economía, Secretaría de Hacienda), profesores, Embajadas, Miembros de la Organización Mundial del Comercio, así como académicos interesados en temas de comercio internacional.

GLOSARIO

Cuota compensatoria.- Es definida en el artículo 63 de la Ley de Comercio Exterior como un “aprovechamiento”, que en realidad, es un término exclusivo de México para comprender indistintamente lo que es un derecho antidumping, o bien, un derecho compensatorio.

Dumping o discriminación de precios.- Consiste en la introducción de mercancías al territorio nacional a un precio inferior a su valor normal (artículo 30 de la Ley de Comercio Exterior).

Derechos antidumping.- Resultan imponibles cuando un país introduce productos en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, causando o amenazando causar daño a la producción nacional.

Derechos compensatorios.- Derecho especial percibido para neutralizar cualquier subvención concedida directa o indirectamente a la fabricación, producción o exportación de cualquier mercancía, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994.

Medida de transición.- Medida de restricción temporal creada por México, en contra de las importaciones chinas.

Práctica desleal.- Importación de mercancías en condición de discriminación de precios o de subvenciones en el país exportador, ya sea de origen o el de procedencia, que causen daño a una rama de producción nacional de mercancías idénticas o similares (artículo 28 de la Ley de Comercio Exterior).

CONTENIDO

Resumen ejecutivo

Marco Teórico

Marco Metodológico

Introducción

I. Antecedentes

1. Inclusión de México al GATT, y posterior evolución a la OMC
2. Principales textos jurídicos de la OMC
3. Ingreso de la República Popular China a la OMC
4. Protocolo de Adhesión de la República Popular China a la OMC

II. Inconsistencias en la creación e imposición de la medida de transición

1. Origen de la medida de transición
2. Medida de transición

III. Violación a las disposiciones nacionales e internacionales

IV. Análisis de la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre las medidas de transición, a partir del marco jurídico

Conclusiones

Fuentes de información

Anexos

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo inicia, analizando el momento en que la República Popular China se adhiere como Miembro de la Organización Mundial del Comercio en diciembre de 2001, ubicando el contexto en que venían desarrollándose las economías de México y China, destacando que para este tiempo, algunos sectores económicos importantes del país, ya resentían el impacto de las exportaciones chinas, por los bajos costos y la competitividad de las mismas.

Antes del ingreso de China a la Organización Mundial del Comercio (OMC), México le había impuesto “cuotas compensatorias” (derechos antidumping) a cerca de 1,000 productos chinos, con el objeto de proteger a la industria nacional, tales como: textiles, confecciones, calzado, químicos, bicicletas, juguetes, candados, herramientas, acero, entre otros. Estas cuotas compensatorias fueron impuestas, con diferentes marcos legales e internacionales, en vista que antes que la OMC se constituyera como la Organización que hoy conocemos (1995), su predecesor el GATT (*General Agreement on Tariff and Trade*), conocido en español como Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, se regía con un marco legal diferente.

En México, en 1986 el marco regulatorio en materia de comercio exterior, era la Ley Reglamentaria del artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en 1986, que a la postre, esta Ley fue abrogada en 1993, por la actual Ley de Comercio Exterior que conocemos; en esta tesitura se desprende, que algunas cuotas compensatorias fueron impuestas con la Ley Reglamentaria, y otras más, con la Ley de Comercio Exterior; mientras que en el marco internacional, durante el tiempo del GATT, la base legal en materia de medidas antidumping era el Código Antidumping, y ya en 1995 una vez conformada la OMC, los Acuerdos Multilaterales.

El que China formara parte de la OMC, representaba que todos los países Miembros, tenían que adecuar sus políticas a fin de que estas fueran recíprocas con este, y sobre todo, que estuvieran conformes bajo el marco legal de la Organización Mundial del Comercio.

El instrumento jurídico que formaliza el ingreso de China a la OMC, es el denominado, “Protocolo de Adhesión de la República Popular China a la OMC”, que bajo otros puntos, en el punto 17, se identifican las prohibiciones y restricciones que países Miembros de la OMC, le tenían impuestas de una manera incompatible con el Acuerdo de la OMC, mismas que debían ser eliminadas gradualmente, o bien, tratadas de conformidad con las condiciones y plazos convenidos, y es precisamente, que para el caso particular de México, se identifican el total de las cuotas compensatorias que le tenía impuestas.

Así las cosas, bajo este Protocolo de Adhesión, en el Anexo 7, se identifican todas las cuotas compensatorias que México le tenía impuestas a China, y se acuerda un plazo de reserva de 6 años, para que estas medidas puedan seguirse aplicando, sin tener que someterse a los Acuerdos Multilaterales de la OMC. Posiblemente el error que cometió México en esta parte, fue no identificar aquellas cuotas compensatorias que sí se habían establecido conforme el marco legal internacional y nacional vigente, a fin de no comprenderlas en este Anexo 7.

El plazo de reserva para México, transcurrió de diciembre de 2001 a diciembre de 2007, siendo que lo debió haber ocurrido en este lapso, es que la Secretaria de Economía adecuara las cuotas compensatorias al marco legal internacional vigente, situación que se presume no ocurrió, por lo cual, significaba que en 2007 ya no podía seguir aplicando las cuotas compensatorias.

Pero ante la necesidad de seguir protegiendo a industrias claves del país, México acudió con China a negociar una nueva medida de protección, misma que se convino a través de la firma de un Tratado, naciendo de este modo, una nueva figura denominada, **“medida de transición”**.

Lo controversial de esta medida y que se analiza detenidamente en este trabajo, es que no encuentra fundamento jurídico alguno, ni en la legislación nacional, ni en la legislación internacional, que dicho de otro modo, fue una invención por parte de las autoridades mexicanas, lo cual, detenta contra el espíritu de la OMC, de que existan reglas uniformes y claras en cuanto la reglamentación del comercio exterior.

De este modo, se analiza exhaustivamente las razones por las cuales se considera que es una medida ilegal, estudiando lo que señalan los Acuerdos Multilaterales de la OMC, como la Ley de Comercio Exterior, presentando en la última parte, una sentencia que dictó la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el particular, determinando a la medida de transición como constitucional; empero lo anterior, se hace un análisis de un elemento toral que la Corte dejó de estudiar al momento de dictaminar su sentencia, lo cual creemos, que de haberse revisado hubiera tenido un resultado completamente distinto.

CAPÍTULO 1

ANTECEDENTES

1. Inclusión de México al GATT, y posterior evolución a la OMC

México a través de su historia, ha adoptado distintos modelos de política comercial, los cuales han influenciado directamente en la manera de conducir el comercio exterior en el país; en este sentido, uno de los modelos más representativos, fue el conocido como “modelo de sustitución de importaciones” creado en la década de los 40a, siendo que continuó en los 50^a, teniendo como principal objetivo, como su nombre lo indica, el establecer barreras, a fin de evitar la importación de determinados productos.

Una vez que se demostró, que la política comercial del país no podía basarse en ensimismarse y crecer por sí mismo, décadas después, se identificó que la política comercial debía orientarse en torno en una apertura comercial. Es así, que en la década de los 80^a, México inició su más importante transformación de liberalización comercial, lo que lo convertiría a la postre, en el país que actualmente cuenta con mayor número de Tratados de Libre Comercio firmados en el mundo.

La etapa que significó la inclusión de México en la arena internacional, específicamente en el área económica y de comercio internacional, fue en 1986, con su ingreso al GATT, acrónimo de *General Agreement on Tariff and Trade*, conocido en español como Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio; Acuerdo que fue creado después de la 2^a Guerra Mundial en 1947, buscando como objetivo equilibrar la economía mundial, a través de elementos como la reducción de aranceles, y desgravación de barreras al comercio internacional.

Ahora bien, en búsqueda de dar mayor realce al GATT, con el propósito de constituirlo como una organización, siendo que en su momento solo se representaba una serie de textos jurídicos (Acuerdos) sin decisiones vinculantes para sus miembros, en 1995, a través del acuerdo denominado Acuerdo de Marrakech, el GATT transitó de un acuerdo provisional al principal organismo internacional de comercio, que hoy conocemos como Organización Mundial del Comercio (en adelante OMC).

2. Principales textos jurídicos de la OMC

La OMC está conformada por diversos textos jurídicos, destacando el que reviste mayor importancia, que es el “Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio”, en vista que constituye el marco y la base de la constitución de la OMC. En este sentido, bajo el artículo II, refiere que la OMC constituirá el marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus Miembros.

En esta tesitura, dispone el mismo artículo en cuestión, que los Acuerdos y los instrumentos jurídicos principales son los Anexos 1, 2 y 3 denominados “Acuerdos Comerciales Multilaterales”, que forman parte integrante del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, y son vinculantes para todos sus miembros, esto es, son obligatorios.

Para pronta referencia, los Anexos 1, 2 y 3, son los siguientes:

“Anexo 1

Anexo 1A Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías

- *Agricultura Medidas sanitarias y fitosanitarias*
- *Textiles y vestido*
- *Obstáculos técnicos al comercio*
- *Medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio (MIC)*
- *Antidumping (artículo VI del GATT de 1994)*
- *Valoración en aduana (artículo VII del GATT de 1994)*
- *Inspección previa a la expedición*
- *Normas de origen*
- *Trámite de licencias de importación*
- *Subvenciones y medidas compensatorias*
- *Salvaguardias*

Anexo 1B Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)

Anexo 1C Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)

Anexo 2 Entendimiento sobre Solución de Diferencias

Anexo 3 Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales”¹

Para materia del presente trabajo, nos enfocaremos en los Acuerdos comprendidos en el Anexo 1A, que prevé los Acuerdos Multilaterales, en particular, se revisará principal importancia en el Acuerdo Antidumping, así como en el Acuerdo de Subvenciones y medidas compensatorias.

3. Ingreso de la República Popular China a la OMC

El artículo XII, punto 1), del ya referido Acuerdo por el que se establece la OMC, reglamenta la posibilidad de que otros Estados o territorios aduaneros, que disfruten de plena autonomía en la conducción de sus relaciones comerciales, y en las demás cuestiones tratadas en el Acuerdo por el que se establece la OMC, entre estos, los Acuerdos Multilaterales que la conforman, podrán adherirse en condiciones que habrá de convenir la Organización Mundial del Comercio.

En esta tesitura, es importante recordar que México al formar parte del GATT desde 1986, al conformarse la OMC en 1995, pasó en automático a ser parte integrante, siendo que con su ingreso, se comprometía a observar las reglas dispuestas en el marco de la OMC, mismo que como se mencionó, está conformado entre otros textos jurídicos, por los Acuerdos Multilaterales, que dan soporte legal a su funcionamiento, por lo cual, sus Miembros están obligados a cumplir, al ser estos vinculantes, amén de un principio internacional, que es el de *pacta sunt servanda* (“Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”)².

En 1995, cuando México y 122 países más ya formaban parte de la OMC, existía una gran potencia económica y comercial que aún no se adhería, la República Popular China, la cual se encontraba en trabajos de evaluación para adherirse, en vista que al ser una economía centralmente planificada, tendría que ceder parte importante de su soberanía para tener que alinearse a los requerimientos solicitados por la OMC, lo cual, le acarrearía

¹ http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm. Fuente consultada el 06 de junio de 2011.

² Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

una serie de obligaciones a fin de modificar ciertos esquemas de su política comercial, en cuanto transparencia y apertura.

China por otra parte, enfrentaba cada vez más, la imposición de medidas arancelarias y no arancelarias aplicadas por distintos países para frenar sus crecientes exportaciones, lo anterior, tomando en cuenta que al no ser un país integrante de la OMC, le podían ser aplicadas medidas y políticas no alineadas conforme lo dispuesto en los Acuerdos Multilaterales.

Uno de los principios más importantes en los que se sustenta la OMC, es el conocido como “nación más favorecida”, que se refiere a que los beneficios que otorgue un país miembro de la OMC a otro país, debe ser otorgado al resto de los países miembros.

Este principio de nación más favorecida, le resultaba por demás atractivo a la República Popular China, porque el convertirse en un país Miembro de la OMC, le garantizaría gozar de los beneficios que se otorgaban los países, amén, que cualquier medida y regulación no arancelaria que se le pretendiera aplicar, tendría ahora que emitirse acorde con los Acuerdos Multilaterales.

Así las cosas, el ingreso de China a la OMC, en su momento, causó mucha incertidumbre entre los Miembros, y México no fue la excepción, representaba un país con un crecimiento importante de sus exportaciones mundial, y un competidor directo respecto de las exportaciones a los Estados Unidos de América; esta situación, se agravó todavía más, ya que para el año 2000, las exportaciones de dicho país habían desplazado a ciertas industrias en México por los precios tan bajos que ofertaba los productos.

Tan solo por referir un ejemplo, un producto originario de México, es de la “flor de cempasúchil”, misma que es usada desde los tiempos prehispánicos y que actualmente constituye parte medular de una tradición nacional que es el “día de muertos”, en el terreno comercial, de 2000 a 2010, según reportes de la FAO (Food and Agriculture Organization), China se convirtió en el líder de la producción mundial con un porcentaje del 75%, desplazando a la industria nacional mexicana, que ahora ya no figura y se ha convertido en solo mero espectador. Y esta situación que ocurrió en esta industria nacional, se presentó en más industrias en la última década.

En tal virtud, antes del ingreso de China a la OMC, México había impuesto cuotas compensatorias (derechos *antidumping*)³ a diversas fracciones arancelarias de productos originarios de este país, entre los sectores más representativos se encontraban, el textil, confecciones, juguetes, acero, calzado, bicicletas, válvulas, químicos, candados y cerraduras, entre otros.

Para mayor claridad, se hace referencia que el término “cuota compensatoria” es exclusivo de México, siendo que en el concierto internacional, se conoce técnicamente como “medida antidumping”, o en su caso, “medida compensatoria” según la naturaleza de la práctica desleal, que puede ser en forma de dumping o subvención; en este tenor, la medida o derecho *antidumping* se aplica para contrarrestar una práctica de “dumping” (discriminación de precios), y la medida compensatoria, para contrarrestar una práctica de subvención, siendo que cualesquiera de estas dos medidas, en el país, son conocidas como “cuota compensatoria”, procedimiento que se detallará más adelante.

Se hace la precisión, que se puede hacer alusión de manera indistinta respecto de estos términos por ser similares, esto es, es correcto referirse como medida o derecho *antidumping*, o bien, como cuota compensatoria; situación que se observará a lo largo del presente trabajo.

Así tenemos, que el procedimiento para el establecimiento de cuotas compensatorias en la legislación nacional, se prevé en la Ley de Comercio Exterior (artículos 28 – 89) y en el Reglamento de la Ley de Comercio Exterior (artículos 37-176), ordenamientos legales, que no son más que una reproducción de lo que señalan 2 Acuerdos Multilaterales de la OMC, que son:

- ✦ El “*Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994*” y,
- ✦ El “*Acuerdo Sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias*”

³ El artículo VI del “Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio”, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de Agosto de 1986, se refiere a los derechos *antidumping* y derechos compensatorios, los cuales resultan impositivos cuando un país introduzca productos en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal, causando o amenazando causar daño a la producción nacional.

Bajo estos Acuerdos como en la Ley de Comercio Exterior, se establecen una serie de requisitos y obligaciones legales, que invariablemente deben observarse para el establecimiento de una cuota compensatoria.

Ahora bien, es importante señalar, que antes que se expidiera la Ley de Comercio Exterior y su Reglamento, el ordenamiento legal que regía el comercio exterior en México, era la “Ley reglamentaria del artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1986, que del artículo 7 al 19, ya preveía el concepto y el procedimiento para el establecimiento de la cuota compensatoria. En 1993 fue abrogada la Ley en cuestión, entrando en vigor, la Ley de Comercio Exterior.

Respecto la legislación internacional, antes de la conformación de la Organización Mundial del Comercio en 1995, esto es, en el tiempo del GATT, el cuerpo legal que contemplaba el concepto y la aplicación de medidas *antidumping*, era el Código *Antidumping*, que tuvo su origen en la Ronda de Kennedy (1962-1967), que a la postre, sentaría las bases para la conformación de los Acuerdos Multilaterales sobre la materia de la OMC.

Como se identifica, México mucho antes del ingreso de China a la OMC (2001), incluso antes que se expidiera la Ley de Comercio Exterior (1993), ya contaba con la facultad de imponer cuotas compensatorias, siendo que en la década de los noventa, le impuso diversas cuotas compensatorias a determinados productos chinos.

La Conferencia Ministerial de la OMC, con fecha 10 de noviembre de 2001, resolvió que la República Popular China se adhería a la OMC, en este sentido y para dimensionar la importancia de dicho acontecimiento, a continuación se cita a la letra, el comentario sobre el particular, del entonces Director General de la OMC, Mike Moore:

“Este es un momento histórico para la OMC, para China y para la cooperación económica internacional.

China es una de las economías de más rápido crecimiento del mundo, ha hecho enormes progresos en el último decenio para reducir la pobreza, gracias a un sistema económico cada vez más abierto al comercio y a la inversión extranjera. A partir de ahora su economía

se registrá por el sistema de la OMC basado en normas, lo que indudablemente fomentará la cooperación económica mundial”⁴ (subrayado del autor)

La incorporación de China a la OMC implicaba, entre otras cuestiones, que las cuotas compensatorias impuestas a este país, debían revisarse a fin de identificar si se encontraban conformes el marco legal internacional y nacional, recordando que antes que China formara parte de la OMC, le fueron impuestas ciertas medidas *antidumping*, siendo que dichas medidas, se habían establecido con fundamento en la Ley Reglamentaria del artículo 131 constitucional, por lo cual, debía observarse si el procedimiento que se había llevado a cabo en su momento para establecerlas, estaba conforme la actual Ley de Comercio Exterior, y Acuerdos Multilaterales de la OMC.

Otro punto a observar, es que México antes del ingreso a China a la OMC, no tenía la obligación, de que las cuotas compensatorias que le estableciera, estuvieran conforme al marco legal internacional, toda vez que los mecanismos contemplados, sólo son aplicables para países Miembros del GATT, situación que cambió en 2001 con su ingreso a la OMC, lo que representaba no sólo que China se tendría que regir por las normas establecidas, sino también, que todos los países Miembros, tendrían que adecuar sus políticas para China.

4. Protocolo de Adhesión de la República Popular China a la OMC

En el año 2001, eliminar todas las cuotas compensatorias impuestas a productos chinos, hubiera resultado un desastre para muchas industrias del país, toda vez que representaba desprotegerlas y que éstas compitieran a la par, contra la creciente industria de exportación china.

Pero esta situación no solo ocurría en México, sino también con otros países miembros de la OMC, de este modo, y a efecto de no desproteger los mercados nacionales de determinados países Miembros, se diseñó una serie de reservas al momento del ingreso de la China a la OMC, con la intención que los países que tuvieran impuestas regulaciones

⁴ www.wto.org/spanish/news_s/pres01_s/pr252_s.htm. Fuente consultada el 06 de junio de 2011.

a China, no conformes con lo dispuesto en los Acuerdos Multilaterales, fueran gradualmente adecuándolas; así las cosas, dichos compromisos y reservas, se establecieron en el “Protocolo de Adhesión de la República Popular China”.

El “Protocolo de Adhesión de la República Popular China” (en adelante Protocolo de Adhesión), fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 15 de agosto de 2007, a través del “Acuerdo por el que se da conocer el Protocolo de Adhesión de la República Popular China a la Organización Mundial del Comercio”; siendo que a continuación, se destacan las disposiciones más importantes para efectos del caso en estudio:

“PROTOCOLO DE ADHESIÓN DE LA REPÚBLICA POPULAR CHINA”

“Parte I. Disposiciones Generales

1. Normas Generales

1. En el momento de su adhesión, China se adherirá al Acuerdo sobre la OMC de conformidad con el artículo XII de dicho Acuerdo y, en consecuencia, pasará a ser miembro de la OMC.
2. El Acuerdo sobre la OMC al que se adherirá China será al Acuerdo sobre la OMC rectificado, enmendado o modificado de otra forma por los instrumentos jurídicos que hayan entrado en vigor antes de la fecha de la adhesión. El presente Protocolo, que comprenderá los compromisos mencionados en el párrafo 342 del informe del Grupo de Trabajo, formara parte integrante del Acuerdo sobre la OMC.

17. Reservas de los miembros de la OMC

Todas las prohibiciones, restricciones cuantitativas y demás medidas que mantengan los Miembros de la OMC contra las importaciones procedentes de China **de una manera incompatible con el acuerdo de la OMC**, están enumeradas en el anexo 7. **Todas estas prohibiciones, restricciones cuantitativas y demás medidas serán eliminadas gradualmente o tratadas de conformidad con las condiciones y plazos convenidos mutuamente que se detallan en dicho anexo.** (subrayado del autor)

ANEXO 7

RESERVAS PRESENTADAS POR LOS MIEMBROS DE LA OMC

México: Medidas antidumping mantenidas respecto de las importaciones procedentes de China.

No obstante toda otra disposición del presente Protocolo, durante los seis años siguientes a la adhesión de China las medidas actuales de México citadas a continuación no se someterán a las disposiciones del Acuerdo sobre la OMC ni a las disposiciones sobre medidas antidumping de este Protocolo.⁵

PRODUCTO	CLASIFICACIÓN ARANCELARIA
Bicicletas	8712.00.01
	8712.00.02
	8712.00.03
	8712.00.04
	8712.00.99
.....	
Velas	3406.00.01

Nota: Para mayor referencia, se presenta el cuadro completo en el **Anexo 1**

Tal como se observa en el dispositivo legal antes enunciado, en el punto 17 del Protocolo de Adhesión, se establecieron las reservas de los miembros de la OMC, identificando las prohibiciones y restricciones que determinados países tenían impuestas a los productos chinos de una manera incompatible con los Acuerdos de la OMC, de este modo, se fijaba el compromiso de eliminarlas gradualmente en los plazos convenidos.

⁵ Protocolo de Adhesión de la República Popular China

Para el caso específico de México, se identificaron las mercancías y fracciones arancelarias que se sujetaban a medidas *antidumping* (mismas que como se ha señalado, no todas se habían creado conforme a los procedimientos establecidos en los respectivos Acuerdos Multilaterales), conviniendo que durante los seis años siguientes a la adhesión de la República Popular China⁶, esto es, en diciembre de 2007, las medidas en materia de antidumping, o bien, cuotas compensatorias, no se sujetarían a las disposiciones del “Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994”, ni a las disposiciones sobre medidas *antidumping* del Protocolo de Adhesión.

⁶ La República Popular de China es formalmente miembro de la OMC a partir de 11 de diciembre de 2001, de conformidad con el punto 2), parte III, del Protocolo de Adhesión.

CAPÍTULO II

INCONSISTENCIAS EN LA CREACIÓN E IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE TRANSICIÓN

1. Origen de la medida de transición

Como consecuencia del compromiso internacional signado en el Protocolo de Adhesión de China a la OMC, México convino con la República Popular China que durante los seis años siguientes, las medidas antidumping identificadas en el Anexo 7 del Protocolo en cuestión, no se tendrían que someter a las disposiciones de la OMC, entendiéndose los Acuerdos Multilaterales, ni a ninguna otra disposición aplicable (Ley de Comercio Exterior).

Resulta importante entender el espíritu de esta reserva, siendo que no significaba de ningún modo, que al término del plazo de 6 años debían eliminarse las cuotas compensatorias impuestas, y mucho menos, que en un futuro no pudieran aplicarse cuotas compensatorias a China, esto, tomando en cuenta que el mecanismo para el establecimiento de cuotas compensatorias, es un esquema previsto en los Acuerdos Multilaterales de la OMC, que cualquier Estado Miembro puede activarlo, en todo momento, cuando lo estime necesario (en caso de una presunta práctica de *dumping*, o bien, subvención).

En este sentido, recordemos como se señaló en el apartado de “Introducción” del presente trabajo, que México antes del ingreso de China a la OMC, le impuso diversas medidas *antidumping*, resultando que en el Anexo 7 del Protocolo en cuestión se identificaron las cuotas compensatorias incompatibles, sin embargo, se comprendió el universo de las cuotas compensatorias impuestas a China, sin importar si se hubieran establecido conforme la Ley Reglamentaria del artículo 131 Constitucional, o bien, bajo el marco legal de la Ley de Comercio Exterior, por lo cual, es importante destacar que no todas las cuotas compensatorias establecidas en contra de productos chinos, se desapegaban del marco regulatorio de la OMC, toda vez que parte de las cuotas compensatorias impuestas a China, habían sido establecidas conforme al marco legal vigente, esto es, la Ley de Comercio Exterior, en consecuencia con los Acuerdos Multilaterales de la OMC, no obstante que China aún no fuera Miembro.

Así las cosas, la reserva suscrita en el Anexo 7, se orientaba para que México, pudiera proteger a su producción nacional, y no tuviera que eliminar de forma inmediata aquellas medidas *antidumping*, que fueran incompatibles con el marco legal de la OMC.

En tal virtud se colige, que la situación que debió haber acontecido en este plazo de reserva de 6 años, es que la Secretaría de Economía, dependencia del Ejecutivo Federal encargada de conducir el comercio exterior del país, misma que tiene entre otras responsabilidades, la facultad y encomienda de aplicar medidas *antidumping*, debió haber revisado e iniciado en caso que así lo determinara, investigaciones *antidumping* de aquellos productos identificados en el Anexo 7, para que al término de los 6 años de reserva, estableciera las medidas *antidumping* correspondientes, ahora sí, conforme los procedimientos legales enmarcados en los Acuerdos Multilaterales de la OMC o Ley de Comercio Exterior.

La realidad es que en este plazo de reserva de 6 años, la Secretaría de Economía no realizó las funciones que le correspondía, siendo que no adecuó las medidas *antidumping* a los Acuerdos Multilaterales de la OMC, razón por la cual, el 11 de diciembre de 2007 **feneció** su plazo; especialistas sobre el tema señalan, que las cuotas compensatorias pudieron seguirse aplicando, y que en su momento, China activara los mecanismos de solución de controversias previstos en el marco legal de la OMC, pero lo cierto es que la Secretaría de Economía, no optó por esta salida, y ciertamente, sintió la responsabilidad de ya no poder seguir aplicando las cuotas compensatorias impuestas a China, lo que para determinados sectores nacionales, les era fundamental seguir contando con la protección de las cuotas compensatorias en su rama.

Es así, que la Secretaría de Economía se vio presionada por diversos frentes, a) en primera instancia, por la República Popular China, siendo que ésta exigía el cumplimiento de lo suscrito en el Anexo 7, bajo el principio de *pacta sunt servanda*, en el sentido que lo pactado se cumple, y ya no le podían ser aplicadas las cuotas compensatorias identificadas bajo el Anexo 7; b) otra presión a la que se veía sujeta la Secretaría, era con la producción nacional, ya que como se refirió anteriormente, todos, si no es que la mayoría de los sectores involucrados, exigían que se mantuviera la protección a través del establecimiento de las cuotas compensatorias; c) importadores, toda vez que ya contaban con la eliminación

de cuotas compensatorias, lo que les representaría poder importar la mercancía señalada en el multicitado Anexo 7, sin tener que cubrir la medida *antidumping*.

Bajo este contexto, algunos sectores involucrados, comentan que en este entonces, la Secretaría de Economía comenzó a realizar diversas acciones para tratar de remediar esta situación, siendo que por una parte, envió al Subsecretario del ramo a negociar a China, a fin de buscar una solución que beneficiara a México, con el propósito de no desproteger a las industrias involucradas del país; por otro lado, comenzó a llamar a algunos de los sectores relacionados con las mercancías previstas en el Anexo 7, exhortándolos a que se desistieran de ya no continuar con la aplicación de cuotas compensatorias de su sector.

Parte de este dicho, y en la versión oficial que corresponde, se documentó en el “Considerando” del Acuerdo por el que se implementa una medida de transición temporal sobre las importaciones de diversas mercancías originarias de la República Popular China, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de octubre de 2008, mismo que se abordará con mayor nivel de profundidad más adelante, sin embargo y para la parte que nos interesa, la Secretaría de Economía expuso lo siguiente:

“.....

Que entre agosto y diciembre de 2007 la Secretaría de Economía inició sendos procedimientos administrativos de revisión de las cuotas compensatorias que fueron reservadas, con objeto de determinar la necesidad de mantener las medidas a la luz de las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre la OMC, incluidos el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 y el Protocolo de Adhesión de China;

Que los seis años de la reserva contenida en el Protocolo de Adhesión de China concluyeron el 11 de diciembre de 2007, por lo que diversos sectores industriales hicieron patentes los riesgos que esto representa para la estabilidad de la planta productiva nacional y los empleos que genera;

Que los sectores involucrados representan el 9.5% del Producto Interno Bruto manufacturero nacional, y generan más de un millón de empleos;

Que, en estas circunstancias, México y China, en un ánimo de cooperación y con el objeto de desarrollar más su relación comercial bilateral, llevaron a cabo negociaciones con miras a atender la preocupación expresada por México en torno de su industria, en relación, especialmente, con un grupo de productos identificados por los propios sectores industriales, y la necesidad de contar con un plazo que les permitiera ajustarse a las nuevas condiciones de la competencia que los productos chinos representan; así como la exigencia

de China por tener certidumbre sobre la conclusión de la reserva contenida en el Protocolo de Adhesión de China y la eliminación de las cuotas compensatorias en una fecha precisa;

.....” (subrayado del autor)

En relación con lo anterior, se confirma lo señalado anteriormente, pero en dicho de la propia Secretaria; como se observa en el **octavo párrafo** antes citado, refiere que entre agosto y diciembre de 2007 se iniciaron sendos procedimientos administrativos de revisión de cuotas compensatorias, con el objeto de determinar la necesidad de mantener las medidas a la luz de las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre la OMC, por lo que se estima válido plantear, por qué se iniciaron sendos trabajos hasta agosto y diciembre de 2007, cuando la reserva inició en 2001, esto es, porque no llevar a cabo sendos trabajos en los años que transcurrió la reserva.

Asimismo, en el **noveno párrafo** también citado, invoca que en vista de la conclusión de la reserva, diversos sectores industriales hicieron patente los riesgos que esto representaba para la estabilidad de la planta productiva nacional y los empleos que generan, situación que confirma la necesidad que imperaba en la mayoría de los sectores de conservar una medida de protección en contra de las importaciones chinas, que finalmente como se verá más adelante, sólo se terminó protegiendo con la medida de transición, a sectores de importante peso político e importancia para el país.

En el **onceavo párrafo** antes aludido, se hace la precisión, que México y China en un ánimo de cooperación, llevaron a cabo negociaciones con miras a atender la preocupación expresada por México en torno de su industria, y la necesidad de contar con un plazo que les permitiera ajustarse a las nuevas condiciones de la competencia que los productos chinos representan; así las cosas, se deja por demás manifiesto, que la única parte interesada en negociar era México, y China en realidad, no ganaba ningún beneficio con dicha negociación y solo esperaba que México cumpliera con lo estipulado desde diciembre de 2001 bajo el Protocolo de Adhesión.

Un último punto a destacar de acorde con el **onceavo párrafo** del Considerando en cuestión, es que expresa que China se prestó a la negociación con México, porque medularmente estaba interesada y deseaba tener la certidumbre, sobre la conclusión de la

reserva contenida en el Protocolo de Adhesión de China, y requería conocer con precisión la fecha de eliminación de las cuotas compensatorias.

Se refiere, que derivado de las negociaciones que llevó a cabo el Subsecretario de Economía del ramo en China, se señala que no fueron de lo más placenteras en cuanto al trato recibido por parte de funcionarios chinos, siendo que China ya no tenía intenciones de negociar con México lo relativo al Anexo 7, ni así como ningún otro tipo de protección a sus sectores, toda vez que existía el compromiso de cumplirse lo pactado, para el 11 de diciembre de 2007. Pero finalmente, y con independencia de los motivos que orillaron a la República China a negociar con México, bajo una lectura muy llana que puede darse a los hechos, es que China concedió dos plazos de reserva para que el país pudiera seguir ajustando y protegiendo los sectores importantes del país en contra de las importaciones chinas, el primero, la reserva de 6 años contenida en el multicitado Anexo 7, y el segundo plazo de reserva, por llamarlo de algún modo, es la creación de la medida de transición, que se explicará más adelante.

Retomando el punto de vista de algunos especialistas, en cuanto se refiere, que México pudo haber continuado la aplicación de cuotas compensatorias después de la conclusión de la reserva y que China activara los mecanismos de solución de diferencias de la OMC, y que incluso en ese tiempo, México hubiera tenido oportunidad de activar mecanismos *antidumping*, lo cierto es, que la Secretaría de Economía concluido el plazo de reserva, todas sus acciones siempre fueron tendientes a eliminarlas. Posiblemente, en el fondo del asunto, sabían que no habían actuado con prontitud en el plazo de reserva.

Con independencia en cuanto analizar las estrategias que pudo haber llevado a cabo la Secretaría de Economía, en el sentido de continuar la aplicación de las cuotas compensatorias, o bien, eliminarlas al término de la reserva (como aconteció), se pueden identificar, algunos presuntos errores en los que incurrió la Secretaría de Economía:

1) Haber comprendido en el Anexo 7 del Protocolo de Adhesión de China a la OMC, todo el universo de cuotas compensatorias impuestas a China, sin haber distinguido, las establecidas conforme la Ley Reglamentaria del artículo 131 Constitucional, y las establecidas conforme el marco legal vigente, a fin de sólo incluir, las cuotas

compensatorias que no estuvieran conformes; 2) Esperar la reacción de China, una vez concluido el plazo de reserva, siendo que desde el momento que buscó la negociación, estaba reconociendo de algún modo, no se había dado cumplimiento a lo pactado.

Finalmente, del resultado de las negociaciones que llevó a cabo la Secretaría de Economía con la República Popular China y con los sectores involucrados, resultó que de la lista de productos y fracciones arancelarias del ya citado Anexo 7 del Protocolo de Adhesión, misma que se componía de alrededor 953 fracciones arancelarias, se determinó que 749 fracciones arancelarias ya no se sujetarían a ninguna medida de protección, mientras que 204 fracciones arancelarias, eran necesarias siguieran siendo protegidas de algún modo.

Se comenta por parte de las Cámaras, que la decisión de mantener protección a determinados sectores, finalmente se determinó con base en la importancia de estos, así como de la decisión y el peso político del sector involucrado, siendo que algunas desistieron por *mutuo proprio*, y otras más, cabildaron de manera importante, con la intención de continuar con protección bajo su sector, como fueron las industrias que terminaron cobijadas con la medida de transición, tales como juguetes, confección, textiles, calzado, entre otras.

2. Medida de transición

En el marco legal, el resultado de dichas negociaciones derivaron que el Secretario de Economía de ese momento (Gerardo Ruiz Mateos), convino con el Ministro de Comercio por parte del Gobierno de la República de China, el “Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Popular China en Materia de Medidas de Remedio Comercial”, firmado *ad-referendum* en la ciudad de Arequipa, Perú, el primero de junio de dos mil ocho, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de octubre de 2008, en el cual se decretó lo siguiente:

“... ”

FELIPE DE JESÚS CALDERÓN HINOJOSA, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes sabed:

Que la Cámara de Senadores del Honorable Congreso de la Unión, se ha servido dirigirme el siguiente

DECRETO

"LA CÁMARA DE SENADORES DEL HONORABLE CONGRESO DE LA UNIÓN, EN EJERCICIO DE LA FACULTAD QUE LE CONFIERE EL ARTÍCULO 76 FRACCIÓN I DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS,

DECRETA:

UNICO.- Se aprueba el Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Popular China en materia de medidas de remedio comercial, firmado en la ciudad de Arequipa, Perú, el primero de junio de dos mil ocho.

...."

En este mismo orden de ideas, el 13 de octubre de 2008, se publicó en el mismo órgano informativo, el "DECRETO Promulgatorio del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Popular China en materia de Medidas de Remedio Comercial, firmado en la ciudad de Arequipa, Perú, el primero de junio de dos mil ocho", mismo que en la parte que nos interesa, cita lo siguiente:

"Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Popular China en Materia de Medidas de Remedio Comercial"

"...

Artículo 1.- Finalización de las medidas antidumping.

Tomando en consideración el hecho que la reserva de México contenida en el Anexo 7 del Protocolo de Adhesión de China a la OMC ("Anexo 7"), concluyó su vigencia el 11 de diciembre de 2007, México eliminará todas las medidas antidumping mantenidas sobre importaciones de productos originarios de China clasificados en las fracciones arancelarias listadas en el Anexo 7, y no invocará las disposiciones del Anexo 7 en el futuro para imponer medidas antidumping sobre bienes originarios de China.

Artículo 2. Eliminación de las medidas antidumping

1. *México deberá, a más tardar el 15 de octubre de 2008, revocar las medidas antidumping mantenidas sobre bienes originarios de China clasificados en las fracciones arancelarias listados en los Anexos 1 y 2 de este Acuerdo a través de medidas que tengan efectos legales, tales como Decretos Presidenciales y Decretos Ministeriales.*
2. *Una vez revocadas las medidas del párrafo 1 de este artículo, en relación con los bienes originarios de China que se importen a México bajo las fracciones arancelarias listadas en el Anexo 1, **México podrá adoptar una medida de transición que deberá eliminarse progresivamente, tal como se indica en el Anexo 1 para cada fracción arancelaria, de modo que queden completamente eliminadas a más tardar el 11 de diciembre de 2011,** y la medida de transición no podrá ser prorrogada en circunstancia alguna.*

Del articulado anterior, se identifica que bajo el artículo 1º se señala la finalización de las medidas *antidumping*, en vista que se feneció el plazo establecido en el Anexo 7 del Protocolo de adhesión de China a la OMC. Por otra parte, en el numeral 1 del artículo 2, refiere a la letra, que a más tardar el 15 de octubre de 2008, México revocaría las medidas *antidumping* sobre bienes originarios de China.

Es importante manifestar que México procedió a revocar las medidas *antidumping* sobre bienes originarios de China hasta el 15 de octubre de 2008, ahora, recordando lo establecido en el Anexo 7, se había convenido que el plazo de reserva sería 6 años después de diciembre de 2001, esto es, en diciembre de 2007, sin embargo durante este periodo, la autoridad mexicana continuó aplicando las medidas *antidumping* a los productos originarios de China.

Ahora bien y por lo que hace el numeral 2 del aludido artículo, prevé que México podrá adoptar una “**medida de transición**”, en específico, para los productos y fracciones arancelarias citados en el Anexo 1 del Acuerdo en Materia de Medidas de Remedio Comercial, mismas que se irían eliminando de manera progresiva, a fin de que quedaran eliminadas completamente para el 11 de diciembre de 2011.

Para efectos de analizar la naturaleza jurídica de la medida de transición, este numeral 2 resulta fundamental, porque es el precepto legal que le da vida a esta controversial medida, lo que nos hace cuestionarnos, ¿qué es una medida de transición? ¿es un mecanismo legal contemplado bajo los Acuerdos Multilaterales de la OMC? o bien, ¿una disposición legal interna dispuesta en la Ley de Comercio Exterior? Al parecer, ninguna de estas interrogantes puede ser hasta el momento respondida, pero a través del presente trabajo se intentará dar respuesta a las mismas.

Lo que sí podemos afirmar hasta este momento, es que la “medida de transición” en definitiva, surgió derivado de las negociaciones que efectuó la Secretaría de Economía con China, y determinar por consiguiente, que está completamente relacionado con la reserva del Anexo 7 suscrito en el Protocolo de adhesión de China a la OMC.

Así las cosas, resulta preciso ahondar en el Anexo 1 y el Anexo 2 del Acuerdo en Materia de Medidas de Remedio Comercial, con la intención de ubicar los productos y fracciones arancelarias que comprende cada uno de estos; de este modo, a continuación se cita sólo un esbozo del Anexo 1 y 2, siendo que su reproducción total podrá consultarse en el Decreto antes aludido, que es el DECRETO Promulgatorio del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Popular China en materia de Medidas de Remedio Comercial, firmado en la ciudad de Arequipa, Perú, el primero de junio de dos mil ocho, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de octubre de 2008:

Anexo 1

No.	Código 2007	Descripción	Medida aplicable ad valorem (%)			
			2008	2009	2010	2011
1	2915.40.01	Ácidos mono- o dicloroacéticos y sus sales de sodio	90	85	80	75

2	2918.99.01	Ácido 2,4 - diclorofenoxiacético	90	85	80	75
.....						
204	9613.10.01	Encendedores de gas no recargables, de bolsillo	0.1232	0.1200	0.1150	0.1100

Anexo 2

No.	Código 2007	Descripción	Desgravación
1	2917.19.01	Fumarato ferroso	Inmediata
2	2918.14.01	Ácido cítrico	Inmediata
.....			
749	9505.10.99	Los demás	Inmediata

...”

Se identifica que bajo el Anexo 1, un listado de 204 productos, con su respectiva clasificación arancelaria, y precisamente este listado tiene relación directa con los que se negoció sería aplicada la “medida de transición”; ahora, estos productos no son más que una parte de los que se encontraban contemplados en el Anexo 7, y que de un análisis básico a los mismos, comprende sectores importantes del país, como lo son: químicos, calzado, juguetes, telas, confección, cerraduras, bicicletas, entre otros.

Por su parte, el Anexo 2 comprende un listado de 749 productos identificados con su clasificación arancelaria, los cuales, se ordena su inmediata desgravación; en este sentido, se identifica que se tratan de sectores de tanta importancia como los del Anexo 1 (químicos, telas, confecciones, calzado herramientas, candados, juguetes, bicicletas), sin embargo, y por diversas razones que pueden ir, desde falta de interés de estos sectores en continuar con protección, falta de pericia en el cabildeo, negación por parte China a que fueran cubiertos con protección, falta de relaciones públicas, entre otros, no fueron comprendidos para que les fuera aplicada la protección de la medida de transición.

Y estas razones son las que precisamente se ponen de manifiesto, porque resulta absurdo, que la suerte de que sectores hayan continuado o no con una medida de protección, atienda a criterios subjetivos, y no así, a mecanismos legales y económicos establecidos.

En cuanto a publicaciones de Acuerdos respecto de la medida de transición, se publicó un último Decreto con fecha 14 de octubre de 2008, bajo el nombre de “Acuerdo por el que se implementa una medida de transición temporal sobre las importaciones de diversas mercancías originarias de la República Popular China”, siendo que únicamente se destaca de este Acuerdo, la naturaleza jurídica que se le otorga a la medida de transición, catalogada como un “aprovechamiento”, esto, en términos del artículo 3º del Código Fiscal de la Federación, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de mayo de 2011, que para pronta referencia, se cita a continuación:

“Artículo 1.- Para los efectos de este Acuerdo se entiende por:

...

V. Medida de transición: la tasa ad valorem prevista en el Acuerdo entre México y China y establecida en el Anexo 1 del presente Acuerdo, que es un aprovechamiento en términos de lo dispuesto por el artículo 3 del Código Fiscal de la Federación.

....” (subrayado del autor)

En cuanto definir la medida de transición como aprovechamiento, en este trabajo, no se podrá analizar la naturaleza jurídica de ello, pero solo a manera de comentario, las cuotas compensatorias están equiparadas a los aprovechamientos en términos del artículo 63 de la Ley de Comercio Exterior, siendo que esta disposición siempre ha sido controvertida porque en términos del artículo 3 del Código Fiscal de la Federación, son aprovechamientos los ingresos que percibe el Estado por funciones de derecho público distintos de las contribuciones, definición que no termina de encuadrar jurídicamente la naturaleza de la cuota compensatoria como aprovechamiento.

Más aún, la medida de transición resulta más controversial para ser catalogada como aprovechamiento, porque no existe fundamento legal que así lo prevea en la Ley de Comercio Exterior, ni tampoco encuadra su la naturaleza jurídica, en términos del artículo 3º del Código Fiscal de la Federación; por último, la medida de transición, no se encuentra prevista en la Ley de Ingresos de la Federación, toda vez que en el Capítulo I (ingresos y el endeudamiento público), artículo 1º, rubro A, correspondiente a los ingresos del gobierno Federal, en la fracción VII se enlistan todos los aprovechamientos, siendo que en el numeral 16 aparece la cuota compensatoria, mientras que la medida de transición, no está prevista.

CAPÍTULO III

VIOLACIÓN A LAS DISPOSICIONES NACIONALES E INTERNACIONALES

1. La medida de transición, no se encuentra prevista en los Acuerdos Multilaterales de la Organización Mundial del Comercio, ni en la Ley de Comercio Exterior

Como se ha venido pormenorizando, la “medida de transición” se crea porque no se revisaron en su momento, las medidas *antidumping* establecidas en el Anexo 7 del Protocolo de adhesión de China, y ante la necesidad que se mantuvieran protegidos determinados sectores del país. Como se señaló, la única base legal a la que se hizo alusión en torno a la creación de la medida de transición, es que se trata de un aprovechamiento en términos del artículo 3° del Código Fiscal de la Federación.

Pero ahora bien, a fin de entender más a fondo las bases legales internacionales y nacionales sobre las cuales se creó la medida de transición, resulta necesario cuestionarnos y analizar algunos elementos medulares de la medida en cuestión, como son los siguientes:

- ✦ ¿En qué Acuerdo Multilateral de la OMC se encuentra normada?
- ✦ ¿En qué artículo(s) de la Ley de Comercio Exterior está dispuesta?
- ✦ ¿Surge como respuesta a una práctica desleal de comercio exterior?
- ✦ ¿Cuál es el procedimiento o proceso para su aplicación?
- ✦ ¿Su propósito es compensar una subvención, o bien, un *dumping*?
- ✦ ¿En qué ordenamiento y precepto legal, están contempladas las infracciones y sanciones, en caso de incumplimiento?

Con la intención de responder a la primera pregunta, relativa a conocer en qué Acuerdo Multilateral de la OMC se encuentra normada la medida de transición, se explicaba en la parte introductoria del presente trabajo, que la OMC está regida principalmente por una serie de Acuerdos y por los denominados Acuerdos Comerciales Multilaterales, siendo estos vinculantes y obligatorios para todos sus Miembros.

Cuando los países se adhieren a la OMC, se ven obligados a cumplir con las disposiciones enmarcadas, y por ningún motivo, pueden dejar de observar lo previsto en los Acuerdos Multilaterales de la OMC (salvo que se invoque lo dispuesto en el artículo XIII del Acuerdo por el que se establece la OMC, que no es el caso en particular), ni mucho menos, están en facultad de aplicar medidas que no estén previstas dentro de los instrumentos jurídicos previstos en la OMC,

Y se señala lo anterior, toda vez que de actualizarse esta situación, se caería en el absurdo de que cada país Miembro tuviera la condición de adoptar medidas en lo particular, lo cual, iría en contra del espíritu que vela la Organización Mundial del Comercio, en el sentido que existan procedimientos, políticas, medidas, entre otras cuestiones, que sean estándares y únicas para todos los países Miembros, lo que permite la transparencia y constituirse como el eje rector del comercio mundial.

Recordemos que precisamente esta situación, fue una de las razones fundamentales por las cuales China se adhirió a la OMC, ya que el formar Parte le garantizaba, entre otras cuestiones, que “únicamente” le fueran aplicadas disposiciones contempladas bajo el marco legal de la OMC.

De este modo, y si en 2008 México pretendía aplicar una nueva medida de restricción llamada “medida de transición”, resulta por demás evidente que dicha medida invariablemente tendría que estar de conformidad con los Acuerdos Multilaterales, ya que de lo contrario, se estarían actualizando vicios, como son los siguientes:

- ✦ Para China, el permitir la aplicación de una medida no contemplada conforme los Acuerdos de la OMC, implicaría una contradicción de las razones que finalmente la orillaron a adherirse a la Organización Mundial del Comercio, el ánimo que todas las políticas que se le aplicaran, en caso de proceder, estuvieran conforme los Acuerdos Multilaterales.

- ✚ Para México, implicaría, exhibirse en un mala posición internacional ante la OMC, ante China, amén de violar la normatividad internacional como son los Acuerdos Multilaterales, más la legislación nacional como la Ley de Comercio Exterior, esto, por adoptar una medida no contemplada en ordenamiento legal alguno.

- ✚ Finalmente, se actualizaría el supuesto que los dos países estarían violando de fondo el marco legal de la OMC, al aplicarse medidas unilaterales no previstas en los Acuerdos Multilaterales.

En virtud de todo lo anterior, resultaría imposible pensar que un país como México, con el mayor número de tratados de libre comercio en el mundo, y que propugna tanta libertad en el comercio, pudiera inventar una medida y aplicarla sin estar contemplada bajo ningún marco legal.

Son específicamente dos Acuerdos Multilaterales, los que contemplan el establecimiento de medidas como respuesta a prácticas desleales, que son, las medidas *antidumping* y derechos compensatorios, tal como se observa en el artículo 1º del Acuerdo *Antidumping*, así como en el artículo 10 del Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias, mismos que se citan a continuación, para pronta referencia:

“.....

Anexo 1A Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías

Antidumping (artículo VI del GATT de 1994)

Artículo 1

Sólo se aplicarán medidas antidumping en las circunstancias previstas en el artículo VI del GATT de 1994 y en virtud de investigaciones iniciadas⁷ y realizadas de conformidad con las disposiciones del presente Acuerdo. Las siguientes disposiciones regirán la aplicación

⁷ En el presente Acuerdo se entiende por "iniciación de una investigación" el trámite por el que un Miembro inicia o comienza formalmente una investigación según lo dispuesto en el artículo 5.

del artículo VI del GATT de 1994 siempre que se tomen medidas de conformidad con las leyes o reglamentos antidumping.

Subvenciones y medidas compensatorias

Artículo 10

Los Miembros tomarán todas las medidas necesarias para que la imposición de un derecho compensatorio⁸ sobre cualquier producto del territorio de cualquier Miembro importado en el territorio de otro Miembro esté en conformidad con las disposiciones del artículo VI del GATT de 1994 y con los términos del presente Acuerdo. Sólo podrán imponerse derechos compensatorios en virtud de una investigación iniciada⁹ y realizada de conformidad con las disposiciones del presente Acuerdo y del Acuerdo sobre la Agricultura.

.....” (subrayado del autor)

Con base en el articulado anterior, se identifica que el Acuerdo *Antidumping (artículo VI del GATT de 1994)*, en su artículo primero refiere que se podrán aplicar “medidas *antidumping*”, mientras que el artículo 10 del Acuerdo de Subvenciones y medidas compensatorias, establece que se podrán aplicar “derechos compensatorios”, esto es, los dos Acuerdos en mención, así como los respectivos preceptos legales, contemplan y prevén estos mecanismos legales que podrán ser aplicados por los países Miembros.

Así las cosas, se hace la precisión que la medida antidumping, surge como una medida de respuesta ante un *dumping* (discriminación de precios), siendo que el derecho compensatorio tiene la naturaleza de contrarrestar prácticas de subvención, esto es, cada medida en su aplicación tiene una naturaleza distinta.

⁸ Se entiende por "derecho compensatorio" un derecho especial percibido para neutralizar cualquier subvención concedida directa o indirectamente a la fabricación, producción o exportación de cualquier mercancía, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994.

⁹ En el presente Acuerdo se entiende por "iniciación de una investigación" el trámite por el que un Miembro comienza formalmente una investigación según lo dispuesto en el artículo 11.

Resulta importante destacar en torno a los artículos señalados, que sólo podrán imponerse las medidas en cuestión (medidas *antidumping* y derechos compensatorios), previo efectuar una investigación, esto es, no se puede imponer a otro Miembro de manera inmediata alguna medida, si no que invariablemente debe mediarse un procedimiento de por medio, lo que garantiza transparencia en la aplicación de medidas, sobre todo por lo que hace, a permitir la garantía de audiencia de todas las partes involucradas, como lo son, proveedores, importadores, notificaciones a los países involucrados, entre otros.

Así entonces, y si la intención de México consistió en aplicar una medida denominada “medida de transición”, se desprende que por lo menos debía cumplir dos requisitos *sine qua non*: 1) Estar contemplada bajo un Acuerdo Multilateral, 2) Que previó a su imposición, mediara el inicio de una investigación.

De este modo, una vez revisados todos los Acuerdos Multilaterales integrantes de la OMC y después de analizar analíticamente los Acuerdos *Antidumping*, así como el de Subvenciones y Medidas Compensatorias, resulta que la medida de transición en cuestión, no está prevista por ningún ordenamiento legal.

A mayor abundamiento, revisando dicha medida en la Ley de Comercio Exterior, ordenamiento rector del comercio exterior en el país, encontramos el fundamento legal de la cuota compensatoria en el artículo 63, mas no así, de la “medida de transición”, esto es, no encontramos disposición alguna que refiera a este mecanismo-

De esta manera, si la medida de transición no se encuentra prevista bajo ningún ordenamiento internacional ni nacional, resulta por demás evidente, que tampoco se encuentra previsto un procedimiento de investigación para su establecimiento, por lo cual, resulta a todas luces que NO cumple con los dos requisitos indispensables para su establecimiento, primero, al no estar contenida bajo ningún Acuerdo Multilateral, y segundo, al haberse impuesto sin seguir un procedimiento de investigación.

En tal virtud, y de manera concluyente se afirma, que **la medida de transición, NO está prevista bajo ningún ordenamiento legal de carácter internacional ni nacional,** siendo una medida inventada e impuesta por México a ciertos productos de la República Popular China, sin estar de conformidad a los Acuerdos Multilaterales de la OMC.

2 Otras violaciones en el establecimiento de la medida de transición

a) La Secretaría de Economía, violó la garantía de audiencia, al imponer unilateralmente la medida de transición, sin mediar ningún procedimiento

En atención a los cuestionamientos planteados en la parte inicial de este capitulado, en específico, a la interrogante de conocer cuál es el procedimiento o proceso que se siguió para la aplicación de la medida transición, a continuación se expone lo siguiente.

En el marco nacional, tenemos que para determinar la existencia de las llamadas prácticas desleales de comercio internacional, el Gobierno Mexicano por conducto de la Secretaría de Economía es la dependencia facultada, de conformidad con en el artículo 5° fracción II y VII de la Ley de Comercio Exterior vigente, que para pronta referencia se transcribe a continuación:

“Artículo 5.- Son facultades de la Secretaría

...

II. Tramitar y resolver las investigaciones en materia de medidas de salvaguarda, así como imponer medidas que resulten de dichas investigaciones.

VII. Tramitar y resolver las investigaciones en materia de prácticas desleales de comercio internacional, así como determinar las cuotas compensatorias que resulten de dichas investigaciones.

...”

Como se ha venido señalando, la Secretaría de Economía se encontraba estrictamente obligada por disposición de Ley, en caso de que así se estimara procedente, a tramitar y resolver la investigación en materia de prácticas desleales de comercio internacional, en virtud de que el 11 de diciembre de 2007, venció la reserva contenida en el Anexo 7 del Protocolo de Adhesión de la Republica Popular de China a la Organización Mundial del Comercio, y no así, establecer de manera unilateral y desesperada, la llamada “medida de transición”,

Es en este escenario, y en estricta observancia de acuerdo al marco legal internacional y nacional, a fin de determinar la existencia de una práctica desleal de comercio internacional, o en su caso la imposición de alguna medida *antidumping* o derecho compensatorio (o medida de transición), en todo momento debe sustanciarse un procedimiento administrativo, tal como lo prevé la legislación nacional, en específico en el artículo 49 de la Ley de Comercio Exterior, que señala lo siguiente:

“Artículo 49.- Los procedimientos de investigación en materia de prácticas desleales de comercio internacional y de medidas de salvaguarda se iniciaran de oficio en circunstancias especiales cuando la Secretaría tenga pruebas suficientes de la discriminación de precios o de la subvenciones, del daño y de la relación causal; o a solicitud de parte, conforme a lo establecido en el artículo siguiente.

En los procedimientos de investigación a que se refiere este Título se integrará un expediente administrativo, conforme al cual se expedirán las resoluciones administrativas que correspondan”.

Derivado de la lectura que se efectúe al dispositivo legal expuesto, se advierte claramente que el legislador dispuso que los procedimientos administrativos en materia de prácticas desleales de comercio internacional (*dumping* y subvención), se podrán iniciar únicamente bajo dos hipótesis:

- A) En circunstancias especiales de oficio.** Cuando la Secretaría de Economía tenga pruebas suficientes de la discriminación de precios o de la subvención, del daño y de la relación causal; y
- B) En cualquier momento a petición de parte.** Conforme a los procedimientos reglamentados a partir del artículo de la Ley de Comercio Exterior Vigente.

Es de suma trascendencia enfatizar que, cuando se trata de un procedimiento administrativo de oficio en materia de prácticas desleales de comercio internacional, por disposición de Ley, se obliga a la Secretaría de Economía tener pruebas suficientes de la discriminación de precios o de la subvención, del daño y de la relación causal.

Respecto de los casos que se inician a petición de parte, la solicitud podrá ser presentada por organizaciones legalmente constituidas, personas físicas o morales productoras, en los términos que se señalan en el artículo 50 de la Ley de Comercio Exterior vigente.

En esta tesitura, en ambos casos (de oficio y a petición de parte), la Secretaría de Economía debe proceder de conformidad con lo señalado en el artículo 52 de la Ley de Comercio Exterior vigente, en cual establece:

“Artículo 52.- A partir de la presentación de la solicitud de la Secretaría deberá:

I. Dentro de un plazo de 25 días, aceptar la solicitud y declarar el inicio de la investigación a través de la resolución respectiva; o

II. Dentro de un plazo de 17 días requerir a la solicitante mayores elementos de prueba o datos los que deberán proporcionarse dentro de un plazo de 20 días contados a partir de la recepción de la prevención. De aportarse satisfactoriamente lo requerido, la Secretaría procederá conforme a lo dispuesto en la fracción anterior. Si no se proporciona en tiempo y forma los elementos y datos requeridos, se entenderá por abandonada la solicitud y se notificará personalmente al solicitante; o

III. Dentro de un plazo de 20 días, desechar la solicitud cuando no se cumpla con los requisitos establecidos en la legislación aplicable; a través de la resolución respectiva.

La Secretaría publicará la resolución correspondiente en el Diario Oficial de la Federación, salvo en el caso de desechamiento, y la notificará a las partes interesadas de que tenga conocimiento.”

De la interpretación al artículo anterior, se puede observar que cuando se inicia una investigación en materia de prácticas desleales de comercio internacional, ya sea de oficio o a petición de parte, la Secretaría de Economía cuenta con diversos plazos, entre los que encontramos el plazo para tener por aceptada la solicitud para efectuar prevenciones a las partes, para tener por abandonada, o desechada la misma; en esta guisa, es que a través de una “Resolución de Inicio”, se debe notificar personalmente a las partes de que se tenga conocimiento y publicarse en el Diario Oficial de la Federación, precisamente para que los productores nacionales, exportadores, importadores, personas morales extranjeras que tengan algún interés en la investigación o en la medida, comparezcan ante la autoridad investigadora, en este caso, ante la Secretaría de Economía, a manifestar lo que a su derecho convenga.

Así entonces, se identifica como es otorgada la garantía de audiencia a las partes interesadas para que manifiesten y presenten las pruebas que a su derecho convengan, situación que no aconteció con la “medida de transición”, en virtud de que nunca se solicitó la intervención de las partes interesadas, esto es, a los productores nacionales, importadores, exportadores, proveedores, entre otros, a fin de exponer y ofrecer sus argumentos, así como pruebas que a su derecho convinieran; sino que por el contrario, se impuso de manera inmediata, sin mediar ningún procedimiento, violentando así entre otras cuestiones fundamentales, la garantía de audiencia a las partes interesadas, dejándolos en estado de indefensión, al no ser oídos ni vencidos en juicio, si no que de forma unilateral se impuso la medida en cuestión, para 204 productos señalados en el Anexo 1 del Acuerdo en materia de Medidas de Remedio Comercial.

Cabe recordar que la garantía de audiencia es una de las garantías más trascendentales dentro de nuestro sistema de derecho, en vista que implica la principal defensa de que dispone todo gobernado frente a los actos del Estado que tiendan a privarlo de cualquiera de sus derechos e intereses, y que básicamente consiste en que debe darse la oportunidad gobernado de defenderse con alegatos y ofrecer las pruebas, previos al acto de autoridad.

Así las cosas, es de señalarse que la “Resolución de Inicio”, la “Resolución Preliminar” y, la “Resolución Final”, se notifican a las partes interesadas de que se tenga conocimiento, y se publican en el Diario Oficial de la Federación, esto con la intención de que todas las partes interesadas tengan conocimiento del estado que va llevando a cabo la investigación del producto, así como la conclusión de la misma; empero lo anterior, no resulta óbice advertir que ninguno de estos pasos se observaron por parte de la autoridad responsable a la hora de determinar la existencia y aplicación de la llamada “medida de transición”, siendo que en ningún momento ventiló un procedimiento de investigación para los 204 productos que sujetó a medida de transición.

b) No se funda jurídicamente, porque solo 204 productos, quedaron sujetos a medida de transición

Haciendo referencia a lo señalado en el Capítulo 2, punto 1 del presente trabajo, se hacía alusión al origen por el cual se creó la medida de transición; de este modo, se mencionaba, la presión a la que se vio sujeta la Secretaría de Economía, primero, con la República Popular China, siendo que ya no le podía seguir aplicando las medidas *antidumping* por haber fenecido el plazo de reserva de 7 años; y por otra parte, la de los productores nacionales que le demandaban la continuación de protección a fin de no desproteger sus sectores; así luego, se explicaba que entre otras acciones, la Secretaría comenzó a llamar y cabildear con los diversos sectores a fin de determinar si era de su interés continuar con medidas de protección, y fue precisamente derivado de esta negociación (siendo clave factor el peso e importancia de los sectores), que se determinaron las fracciones arancelarias o productos, que finalmente quedaron cubiertos con la controversial medida de transición.

En este orden de ideas, y con el propósito de abordar este punto desde un aspecto jurídico, y no quede sólo en dichos esta afirmación, tenemos que el incipiente fundamento del referido “Anexo 1”, lo encontramos en el multicitado artículo 2, punto 2, del “Decreto por el que se promulga el Acuerdo en materia de medidas de remedio comercial”, en el cual se establece lo siguiente:

“Artículo 2...

- 2 Una vez revocadas las medidas del párrafo 1 de este artículo, en relación con los bienes originarios de China que se importen a México bajo las fracciones arancelarias listadas en el Anexo 1, México podrá adoptar una medida de transición que deberá eliminarse progresivamente, tal como se indica en el Anexo 1 para cada fracción arancelaria, de modo que queden completamente eliminadas a más tardar el 11 de diciembre de 2011, y la medida de transición no podrá ser prorrogada en circunstancia alguna.*

...”

De la simple lectura al artículo anterior, se identifica que la autoridad responsable en ningún momento invoca el fundamento jurídico o la exposición de motivos, por que determinó colocar en el “Anexo 1”, 204 productos, sujetándolos a la medida de transición; mientras que en el “Anexo 2” ubicó un total de 749, mismos que quedaron desgravados de manera inmediata el 15 de octubre de 2008.

Lo anterior, tomando en cuenta, que si del universo de las fracciones arancelarias comprendidas en el Anexo 7 del Protocolo de Adhesión se trataban de medidas *antidumping*, el Gobierno debió ubicar en el mismo supuesto jurídico a todos los productos, esto es, ser eliminados en su totalidad sin que persistiera ninguna medida de restricción; o bien, si su intención era continuar con una protección a determinados sectores, debió sustanciar para tal efecto un procedimiento enmarcado en ley para determinar que las fracciones arancelarias señaladas en el Anexo 1 seguían representando un daño o amenaza de daño a la planta productiva nacional.

c) La Secretaría de Economía, adolece de falta de fundamentación y motivación, al no determinar si la medida de transición, tiene la naturaleza jurídica de contrarrestar una práctica de dumping o subvención

De conformidad con los procedimientos previstos por la OMC y la Ley de Comercio Exterior, en el caso de derechos antidumping o compensatorios (únicas medidas distintas al arancel que permiten gravar a las fracciones arancelarias conforme los Acuerdos de la OMC y la Ley de Comercio Exterior) la determinación de los porcentajes a los que se sujetan las fracciones arancelarias, se determinan con bases económicas razonables, tal como se refiere a continuación.

El artículo 62 de la Ley de Comercio Exterior, a la letra señala lo siguiente:

“Artículo 62. Corresponde a la Secretaría determinar las cuotas compensatorias, las cuales serán equivalentes, en el caso de discriminación de precios, a la diferencia entre el valor normal y el precio de exportación; y en el caso de subvenciones, al monto del beneficio.

Las cuotas compensatorias podrán ser menores al margen de discriminación de precios o al monto de la subvención siempre y cuando sean suficientes para desalentar la importación mercancías en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional.”

Se interpreta de la lectura del primer párrafo del artículo 62 de la Ley de Comercio Exterior, que a fin de determinar el porcentaje de una cuota compensatoria es necesario hacer la distinción si el porcentaje se establecerá para contrarrestar una discriminación de precios (dumping), o bien una subvención, entendiéndose por esto, que el porcentaje de una cuota compensatoria se fija con base en elementos objetivos, es decir, para el caso de discriminación de precios se establece con base en la diferencia entre el valor normal y el precio de exportación, lo cual permitirá que las mercancías importadas bajo discriminación de precios una vez que se aplique este porcentaje a su ingreso al país, ocasionará que las mercancías de la rama de la producción nacional similar, estén en posición de competir en condiciones similares.

En esta misma tesitura, para el caso de mercancías que ingresan al país de manera subvencionadas, resulta por demás señalar que el porcentaje de la cuota compensatoria no se establecerá por la diferencia entre el valor normal y de exportación en vista que esta medida no contrarrestaría los efectos que está causando la subvención en cuestión, motivo por el cual, la cuota compensatoria debe fijarse en términos del monto de la subvención.

Así las cosas, se determina que la imposición de los porcentajes de las cuotas compensatorias se establecen de la siguiente manera: a) primero, analizando cuál es la medida que se quiere contrarrestar, es decir, una subvención, una discriminación de precios, b) segundo, se establece la cuantía partiendo que con ésta se desalentarán las importaciones, esto es, una vez aplicado el porcentaje de la cuota compensatoria permitirá a la rama de la producción nacional afectada competir en condiciones similares respecto de la mercancía que se importa bajo prácticas de subvención, o bien, a través de discriminación de precios, según sea el caso.

A mayor abundamiento, a continuación se señala lo que dispone sobre el particular, el Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias, así como el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio 1994.

“Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias”

“Artículo 19. Establecimiento y percepción de los derechos compensatorios.

19.1 Si, después de haberse desplegado esfuerzos razonables para llevar a término las consultas, un Miembro formula una determinación definitiva de la existencia de subvención y de su cuantía y del hecho de que, por efecto de la subvención, las importaciones subvencionadas están causando daño, podrá imponer un derecho compensatorio con arreglo a las disposiciones del presente artículo, a menos que se retire la subvención o subvenciones.

19.2 La decisión de establecer o no un derecho compensatorio en los casos en que se han cumplido todos los requisitos para su establecimiento, y la decisión de fijar la cuantía del derecho compensatorio en un nivel igual o inferior a la cuantía de la subvención, habrán de adoptarlas las autoridades del Miembro importador. Es deseable que el

establecimiento del derecho sea facultativo en el territorio de todos los Miembros, que el derecho sea inferior a la cuantía total de la subvención si ese derecho inferior basta para eliminar el daño a la rama de producción nacional, y que se establezca un procedimiento que permita a la autoridad competente tener debidamente en cuenta las representaciones formuladas por las partes nacionales interesadas cuyos intereses puedan ser perjudicados por la imposición de un derecho compensatorio.

19.3 Cuando se haya establecido un derecho compensatorio con respecto a un producto, ese derecho se percibirá en la cuantía apropiada en cada caso y sin discriminación sobre las importaciones de ese producto, cualquiera que sea su procedencia, declaradas subvencionadas y causantes de daño, a excepción de las importaciones procedentes de fuentes que hayan renunciado a la concesión de las subvenciones en cuestión o de las que se hayan aceptado compromisos en virtud de lo establecido en el presente Acuerdo. Todo exportador cuyas exportaciones estén sujetas a un derecho compensatorio definitivo pero que no haya sido objeto de investigación por motivos que no sean la negativa a cooperar tendrá derecho a que se efectúe rápidamente un examen para que la autoridad investigadora fije con prontitud un tipo de derecho compensatorio individual para él.

19.4 No se percibirá sobre ningún producto importado un derecho compensatorio que sea superior a la cuantía de la subvención que se haya concluido existe, calculada por unidad del producto subvencionado y exportado.”

“Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994”

“Artículo 9. Establecimiento y percepción de derechos antidumping

9.1 La decisión de establecer o no un derecho antidumping en los casos en que se han cumplido todos los requisitos para su establecimiento, y la decisión de fijar la cuantía del derecho antidumping en un nivel igual o inferior a la totalidad del margen de dumping, habrán de adoptarlas las autoridades del Miembro importador. Es deseable que el establecimiento del derecho sea facultativo en el territorio de todos los Miembros y que el derecho sea inferior al margen si ese derecho inferior basta para eliminar el daño a la rama de producción nacional.

9.2 Cuando se haya establecido un derecho antidumping con respecto a un producto, ese derecho se percibirá en la cuantía apropiada en cada caso y sin discriminación sobre

las importaciones de ese producto, cualquiera que sea su procedencia, declaradas objeto de dumping y causantes de daño, a excepción de las importaciones procedentes de fuentes de las que se hayan aceptado compromisos en materia de precios en virtud de lo establecido en el presente Acuerdo. Las autoridades designarán al proveedor o proveedores del producto de que se trate. Sin embargo, si estuviesen implicados varios proveedores pertenecientes a un mismo país y resultase imposible en la práctica designar a todos ellos, las autoridades podrán designar al país proveedor de que se trate. Si estuviesen implicados varios proveedores pertenecientes a más de un país, las autoridades podrán designar a todos los proveedores implicados o, en caso de que esto sea impracticable, todos los países proveedores implicados.

9.3 *La cuantía del derecho antidumping no excederá del margen de dumping establecido de conformidad con el artículo 2.*

...”

Se desprende tanto del artículo 9.1, como del artículo 19.1, que primeramente debe establecerse la naturaleza de la medida a contrarrestar, es decir, determinar si se trata de una subvención o de un margen *antidumping*, cuestión que no actualiza de ningún modo la “medida de transición”, en vista que se desconoce la naturaleza jurídica de la misma, por lo cual, la cuantía del porcentaje establecido para los 204 productos resulta ilegal.

Asimismo, el artículo 9.1 y 19.2 refieren que es deseable que el derecho que se imponga sea inferior a la cuantía total de la subvención o del margen *antidumping*, siempre que ese derecho inferior baste para eliminar el daño a la rama de la producción nacional, en este sentido, el artículo 9.3 define que la cuantía del derecho *antidumping* no excederá del margen *dumping* establecido; así las cosas, se pone en evidencia la falta de fundamentación y motivación de la medida de transición, para efectos de determinar si el porcentaje fijado para los 204 productos previstos en el referido “Anexo 1”, es el óptimo a fin de desalentar las importaciones bajo discriminación de precios, bajo prácticas de subvención, o bien, cualesquiera sea la práctica desleal a contrarrestar.

No resulta óbice señalar nuevamente, que el artículo 19.2 menciona que debe establecerse un procedimiento que permita a la autoridad competente tener debidamente en cuenta las representaciones formuladas por las partes nacionales interesadas cuyos intereses puedan ser perjudicados por la imposición de un derecho compensatorio, situación que como ya se ha señalado, no se realizó.

Finalmente, el artículo 64 de la Ley de Comercio Exterior, invoca lo siguiente:

“Artículo 64. La Secretaría calculará márgenes individuales de discriminación de precios o de subvenciones para aquellas productoras extranjeras que aporten la información suficiente para ello; dichos márgenes individuales servirán de base para la determinación de cuotas compensatorias específicas.

La Secretaría determinará una cuota compensatoria con base en el margen de discriminación de precios o de subvenciones más alto obtenido con base en los hechos de que se tenga conocimiento, en los siguientes casos:

Cuando los productores no comparezcan en la investigación; o

Cuando los productores no presenten la información requerida en tiempo y forma, entorpezcan significativamente la investigación, o presenten información o pruebas incompletas, incorrectas o que no provengan de sus registros contables, lo cual no permita la determinación de un margen individual de discriminación de precios o de subvenciones;
o

Cuando los productores no hayan realizado exportaciones del producto objeto de investigación durante el período investigado.

...”

El artículo en cita señala, que la Secretaría de Economía podrá calcular márgenes individuales de discriminación de precios o de subvenciones para aquellos productores extranjeros que aporten la información suficiente para ello; asimismo, menciona que se podrá determinar una cuota compensatoria con base en el margen de discriminación de precios o subvenciones más alto obtenido con base en los hechos de que se tenga conocimiento, cuando los productores no comparezcan en la investigación, no presenten la

información requerida en tiempo y forma, así como cuando no hayan realizado exportaciones del producto objeto de investigación durante el período investigado.

En este sentido resulta importante destacar del artículo en cuestión, en relación con el artículo 9.2 del Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 y el artículo 19.3 del Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias, que la autoridad podrá imponer márgenes individuales de discriminación de precios o subvenciones para aquellos productores que aporten información suficiente, es decir, no se aplicará un porcentaje de cuota compensatoria general, siempre y cuando no existiera una negativa por parte de éstos a cooperar, en el entendido que existen diversos productores de un país que están exportando al país la mercancía afectada, por lo cual, podría resultar que no todos estuvieran ingresando mercancía bajo discriminación de precios o subvencionadas, o bien, éstos lo estarían realizando en grados distintos, motivo por el cual, en caso que los productores presenten pruebas se les calculará un margen individual en vista que cada caso resulta particular.

El artículo 19.3 refiere que todo exportador cuyas exportaciones estén sujetas a un derecho compensatorio definitivo que no haya sido objeto de investigación por motivos que no sean la negativa a cooperar, tendrá derecho a que se efectúe rápidamente un examen para que la autoridad investigadora fije con prontitud un tipo de derecho compensatorio individual; así las cosas, se observa que los porcentajes determinados en la medida de transición para los 204 productos, son generales para todos los exportadores, y esto no es más que un reflejo que al no estar prevista esta medida, ni el procedimiento para su imposición, pues resulta por demás evidente que no se analizaron las operaciones de los proveedores chinos.

En términos generales, resulta concluyente que no se llevó a cabo ningún tipo de análisis económico o jurídico, para la determinación de esta medida impositiva, unilateral e ilegal.

Asimismo, de una lectura al “Anexo 1” del “Decreto por el que se promulga el Acuerdo en materia de medidas de remedio comercial”, se identifica que los porcentajes fijados por la autoridad en relación con las fracciones arancelarias contenidas en el referido anexo, oscilan entre el 90% al 130% para 2008. En este tenor, se insiste que no se fundamenta ni motiva con base en qué elementos se fijaron los porcentajes de la medida de transición para todas las fracciones arancelarias, por solo mencionar un ejemplo, no se explica por qué las cerraduras clasificadas bajo la fracción arancelaria 8301.40.01 se sujetan en 2008 a un porcentaje de 100%, mientras que la fracción arancelaria 2915.40.01 se sujeta a una medida transitoria del 90%, esto es, no existe ningún soporte económico para el establecimiento de los porcentajes establecidos para los 204 productos sujetos a la medida de transición.

En virtud de todo lo anterior, se concluye lo siguiente en torno a la medida de transición:

(a) No se determina si la práctica a contrarrestar se trata de una subvención o discriminación de precios;

(b) El porcentaje de la cuantía que determina carece de elementos fundados que permitan establecer si con dicha imposición se desalentarán las importaciones permitiendo a la industria nacional competir en condiciones similares; finalmente,

(c) No se llevó a cabo ningún estudio económico ni jurídico, para la imposición de la medida de transición;

(d) No se realizó un análisis individual de los productores (exportadores), estableciendo un mismo porcentaje para todas las importaciones.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DICTADA POR LA SUPREMA CORTE DE LA JUSTICIA DE LA NACIÓN, SOBRE LAS MEDIDAS DE TRANSICIÓN A PARTIR DEL MARCO JURÍDICO

En atención a la publicación del Decreto por el que se promulga el Acuerdo en materia de medidas de remedio comercial, resultó por demás controversial en el ámbito aduanero, tanto para importadores, exportadores, productores nacionales, gremio aduanal y autoridades, por las razones que se han venido exponiendo, entre otras, porque la medida de transición no encuentra luz jurídica en ningún ordenamiento legal, esto es, no está llamado en los Acuerdos de la OMC, ni en la Ley de Comercio Exterior; se terminó tipificando como un aprovechamiento sin ningún sustento legal que lo apoye; en la parte aduanera, no se prevén multas ni sanciones por este concepto; se estableció un periodo de desgravación a 4 años sin ninguna razón de ser; se desconoce si su naturaleza jurídica es contrarrestar una discriminación de precios (*dumping*), o bien, una subvención; del mismo modo, se establecieron porcentajes sin fundamento legal, esto es, por qué una mercancía tendría que pagar un 100% y no 150% o 10%, y más aún, tomando en cuenta que no se conoce el monto a contrarrestar o compensar; se establecieron porcentajes generales para todos los proveedores, sin llevar a cabo un análisis individual; y por último, no se llamó a las partes interesadas a comparecer en su establecimiento (garantía de audiencia).

Ahora bien, y si estas situaciones fueron de conocimiento entre los especialistas de comercio exterior del país, resulta pertinente analizar, cuáles fueron sus reacciones ante la creación e imposición de la medida en cuestión.

Los sectores interesados, entre estos, Cámaras, Asociaciones, importadores, el gremio aduanal, entre otros, se reunieron y analizaron jurídicamente esta nueva medida, siendo que se preveía que al momento de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, se promovieran diversos amparos reclamando su inconstitucionalidad, empero lo anterior, el 14 de octubre de 2008 cuando se publicó el “Acuerdo por el que se implementa una medida de transición temporal sobre las importaciones de diversas mercancías originarias de la República Popular China”, no se promovieron los amparos que se esperaban, y por el contrario, fueron muy escasas las demandas que se presentaron sobre el particular.

La pregunta que resulta conveniente analizar, es: ¿por qué los importadores no reaccionaron ante esta nueva medida? La lectura que puede darse a esta situación, es que finalmente como los importadores no comercializaban las mercancías sujetas a cuota compensatoria comprendidas en el Anexo 7 del Protocolo, esto, en vista de los altos porcentajes a los que estaban sujetas las fracciones arancelarias (cumpliendo su cometido, de ser disuasivas más que recaudatorias), no se interesaron; algunos otros, por falta de conocimiento del tema; y otros tantos, prefirieron continuar con sus operaciones normales, siendo que por lo imprevisto de la medida, implicaba buscar proveedores de nuevos artículos que no se importaban, acercarse a abogados para que les promovieran un amparo, sin la seguridad que al término de alrededor dos años, pudieran tener éxito y hacer uso de su amparo. Pocos reaccionaron ante esta medida, a fin de reclamara su inconstitucionalidad, no obstante, que existían elementos para inconformarse.

El primer amparo que se promovió respecto de la medida de transición, incluso antes de que se publicara en el DOF (señalándose como acto reclamado, actos futuros inciertos), fue el amparo no. 1472/2008, promovido por una empresa de producción nacional de prendas de vestir, donde medularmente controvertía, que la eliminación de las cuotas compensatorias de su sector, pondría en riesgo a la producción nacional de su rama al dejarlos desprotegidos, siendo que el procedimiento para la eliminación de cuota compensatoria, debía cumplir el procedimiento enmarcado por ministerio de ley previsto en el artículo 70 de la Ley de Comercio Exterior, que consiste, en realizar una revisión anual o quinquenal de la cuota compensatoria para determinar su continuación o conclusión, lo cual, no aconteció con la cuota compensatoria de su sector, esto, al pretenderse eliminar de forma inmediata.

Así las cosas, se demostró la ilegalidad en cuanto hacia eliminar de manera inmediata la cuota compensatoria de su industria, lo que derivó que la Justicia de la Unión, amparara al quejoso. Con lo anterior se demuestra, que la medida de transición no solo trajo descontento a los importadores, sino también a productores y Cámaras nacionales, esto, al dejarlos descobijados sin ninguna medida de protección.

Amén, aún los sectores e industrias que quedaron protegidos con la medida de transición, no quedaron del todo satisfechos, porque sabían que era una medida que podía contravenirse de ilegal, además de considerar, que los procedimientos que se habían establecido para determinar las cuotas compensatorias de su sector, resultaban adecuadas porque habían sido establecidas conforme el marco legal vigente de los Acuerdos Multilaterales de la OMC y la Ley de Comercio Exterior, y en su caso, hubieran preferido que China denunciara las cuotas de su sector a través de paneles ante la OMC, como ya se ha expuesto.

Por otra parte y por lo que hace a los importadores, de los escasos amparos que se promovieron, alegaron medularmente, las cuestiones que se han pormenorizado a lo largo de este trabajo, en relación con la violación de la garantía de audiencia, que la medida de transición no es un mecanismo previsto en la legislación nacional e internacional, que no se fundó ni motivó que la medida de transición tuviera la naturaleza jurídica de aprovechamiento, entre otros agravios.

El primer amparo en llegar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por parte de los importadores, fue el amparo no. 2014/2008 (R.A. 286/2009), siendo que el 13 de enero de 2010, la Segunda Sala de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación, conoció del asunto; solo a manera de apunte, cabe señalar respecto de la sesión pública que se llevó a cabo para discutir el tema en estudio, la Ministra Olga Sánchez, comentó, que por tratarse de un tema de tratados internacionales, hubiera sido conveniente sesionarlo en Pleno, y no en Sala, como ocurrió.

La Segunda Sala resolvió fundamentalmente el asunto de mérito, con el siguiente argumento (o al menos, en la parte de jerarquía de leyes, que es la que nos interesa), mismo que obra en la página 231 de la sentencia en cuestión, que para pronta referencia, se cita a la letra:

“Se afirma que el concepto de violación analizado resulta infundado porque si bien la medida de transición establecida en el Acuerdo reclamado no constituye un impuesto o un derecho, ello no implica que no resulte inconstitucional por no estar prevista en las leyes que menciona ya que se

encuentra establecida en el Acuerdo entre el Gobierno de la República Popular China en materia de Medidas de Remedio Comercial, que en un tratado internacional que conforme al artículo 133 constitucional se ubica jerárquicamente por debajo de la propia Constitución y por encima de las leyes generales, federales y locales, según lo determinó el Pleno de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, Abril de 2007, página 6, que indica:

“TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. *La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario “pacta sunt servanda”, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.*

.....”

El Alto Tribunal, fundó su sentencia señalando la constitucionalidad del Tratado que firmó China y México, aludiendo que el titular de la Secretaría de Economía, en su carácter de plenipotenciario del Estado mexicano, lo firmó y suscribió de manera adecuada, refiriendo, que el Acuerdo firmado con la República Popular China, fue ratificado por el Senado de la República, lo que no lo hace violatorio.

Así entonces, la Corte parte de la premisa que en vista que la medida de transición se encuentra establecida en un tratado internacional, firmado por México y China, que en términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se ubica jerárquicamente por debajo de ella y por encima de las leyes generales, federales y locales, por lo cual, resulta constitucional.

En otras palabras, la Corte determina que en vista que el Tratado suscrito por México y China se encuentra por encima de la Ley de Comercio Exterior, así como del resto de la legislación federal, aún cuando la medida de transición no se encuentre prevista, no resulta violatoria porque está fundada en un orden superior, como lo es un Tratado.

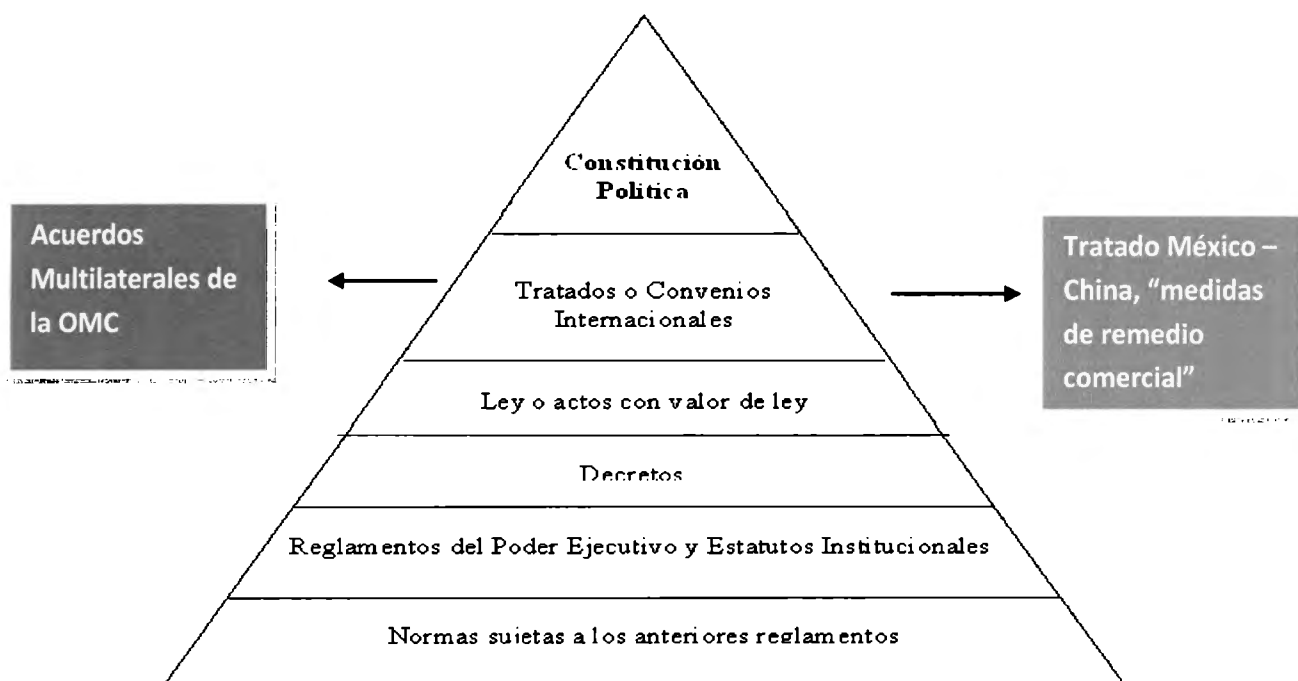
En esta guisa, pareciera que de este análisis efectuado por la Corte, resulta concluyente, y que la medida de transición, en efecto, encuentra fundamento legal teniendo como origen el Tratado firmado por México y China, y que por consiguiente, no obstante que no se encuentre prevista en la legislación nacional, resulta legal y adecuada su creación y aplicación.

Ciertamente, resultaría presuntuoso señalar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no cumplió con el principio de exhaustividad en el presente asunto, a fin de poder allegarse de una correcta interpretación en cuanto hace a la constitucionalidad de la medida de transición, sin embargo, lo cierto es que así fue; y se afirma esto, porque tal como determinó la Corte, la “medida de transición” al nacer de un Tratado suscrito entre México y la República Popular China, se encuentra por encima de las Leyes Federales, como lo es la Ley de Comercio Exterior, pero lo que pasó por alto la SCJN, y resulta un elemento neural para el análisis del tema en estudio y que de haberlo tomado en cuenta, hubiera cambiado el sentido de su resolución, es que omitió hacer el análisis de los “Acuerdos Multilaterales de la OMC”, específicamente, del “*Acuerdo Relativo a la Aplicación del*

Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994” y, el Acuerdo Sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias”, que como señalamos en la parte inicial del trabajo, forman parte integrante de la Organización Mundial del Comercio, organismo que constituye un Tratado Multilateral, y que por consiguiente, al menos se encontraría en el mismo rango o jerarquía que el Tratado firmado por México y China, en materia de medidas de remedio comercial.

Así entonces, se pone de manifiesto, como la Suprema Corte obvió el análisis de un elemento toral, a fin de determinar la constitucionalidad de la medida de transición, toda vez que solo tomó como referencia, el Tratado suscrito por México y China, ubicándolo jerárquicamente por encima de las Leyes Federales, pero en ningún momento, tuvo el reparo de analizar los Acuerdos Multilaterales de la OMC, que se ubican jerárquicamente en el mismo nivel que el Tratado México China.

Para pronta referencia, a continuación se ilustra un diagrama, de la pirámide de Hans Kelsen, en cuanto hace la jerarquía de las normas, destacando el nivel jerárquico normativo donde se ubican los Acuerdos Multilaterales de la OMC, y el Tratado de México – China, en materia de medidas de remedio comercial (medidas de transición):



Del diagrama anterior, coincidimos en ubicar jerárquicamente, a la Constitución por encima de los Tratados, así como ubicar los Tratados por encima de las Leyes Federales, esto, con el ánimo de no generar más incertidumbre en cuanto estudiar la jerarquía que guardan de las Leyes Reglamentarias, como es el caso de la Ley de Comercio Exterior.

Sin embargo, en la parte que disentimos de manera categórica, es en la omisión que tuvo la Corte al no haber analizado los Acuerdos Multilaterales de la OMC, porque éstos se encuentran en el mismo rango constitucional que el Tratado de México – China, porque se trata de un Tratado Multilateral.

Ahora bien, y sí el Alto Tribunal hubiera analizado correctamente los Acuerdos Multilaterales de la OMC, hubiera tenido que analizar por consiguiente otra serie de supuestos, como el hecho que un Tratado de igual jerarquía, prohíbe la creación e imposición, de mecanismos no previstos, porque esta situación daría lugar, a que los países integrantes de la OMC, suscribieran Acuerdos bilaterales, a fin de no cumplir lo pactado en el marco legal de la Organización, lo que quebrantaría el espíritu de las bases legales que constituyen el comercio internacional.

Otra cuestión que obvió estudiar la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es determinar qué Tratado era superior, esto es, si el de la OMC, o bien, el Tratado de México – China; para una mayor comprensión del tema, a continuación se cita el siguiente texto del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, acerca de un análisis de la jerarquía normativa de Leyes y Tratados:

“.....la principal cuestión sería determinar si hay tratados jerárquicamente inferiores-superiores a otros....”

Para evidenciar este punto es preciso recordar algunas distinciones sobre los tratados: a) Por el número de partes firmantes, son bilaterales o multilaterales; b) Por el proceso de su aplicación, son auto-aplicativos o hetero-aplicativos; y c) Por su materia, cubren una amplia gama de materias, incluidos el comercio y los derechos humanos. Con relación a estos últimos, cabe advertir que aun cuando sería difícil conformar una lista jerárquica de tratados, no es imposible per se.

Asimismo, los tratados de comercio pueden ser aprobados como meros acuerdos, como en el caso de Estados Unidos de América, por el presidente y por mayorías simples en ambas cámaras del congreso, en lugar de por el voto de las dos terceras partes del Senado, requerida para tener el estatus de tratado. De igual forma, los tratados multilaterales —o internacionales— están y deben estar por encima de los bilaterales —o regionales—, porque implican un compromiso mayor ante la comunidad internacional; y los tratados auto-aplicativos están y deben estar por encima de los hetero-aplicativos, porque no requieren de ningún procedimiento legislativo posterior.

Por lo tanto, consideramos que la Suprema Corte debe revisar su criterio y adoptar un estándar múltiple que distinga los alcances, procedimientos de aplicación y sus materias, así como la forma de su aprobación para completar la jerarquía normativa.....”¹⁰ (subrayado del autor)

En virtud de lo anterior, abre la posibilidad de contemplar que pueda existir distintos niveles jerárquicos dentro de los Tratados, lo cual, resulta muy comprensible, por ejemplo, analizando el caso de la OMC, respecto del Tratado México – China, algunas cuestiones medulares que resaltan, son las siguientes:

- a) La OMC, es un tratado multilateral, que como refiere la lectura en cita, debiera estar por encima de los Tratados bilaterales, porque implican un compromiso mayor ante la comunidad internacional.
- b) La OMC, regula todas las áreas del comercio internacional, por lo cual, a través de un Tratado bilateral, no se pueden pactar mecanismos contrarios a lo establecido a la OMC, y más aún, cuando el origen de esta medida se está creando a partir de un incumplimiento nacido en el seno de la propia Organización Mundial del Comercio.

Por otra parte, y en cuanto hace analizar la jerarquía de los dos Tratados en mención, que en primera instancia como se señaló, se ubican en el mismo nivel jerárquico, no se pasa por alto lo que señala la doctrina en cuanto lo que es una “antinomía”, definiéndola como un conflicto entre dos leyes, presentándose cuando

¹⁰ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/13/cj/cj7.htm>. Fuente consultada el 06 de junio de 2011.

en el ordenamiento legal existen dos o más normas que regulan de modo diferente una misma situación¹¹. Así las cosas, los doctrinarios proponen tres reglas fundamentales para resolverlas, que son: a) el criterio cronológico (*lex posterior derogat prior*); b) el criterio jerárquico (*lex superior derogat inferior*); c) criterio de especialidad (*lex specialis derogat generalis*).

Empero lo anterior, se estima que la cuestión de las medidas de transición no puede ser resuelto a través de alguna de estas tres reglas fundamentales, porque en estricto sentido, los Acuerdos Multilaterales respecto del Tratado México – China que crea la medida de transición, no es una cuestión de antinomia donde se actualice un choque de normas, simplemente porque en los Acuerdos Multilaterales no está prevista la medida de transición, y por esto, se considera que no puede corregirse bajo el criterio cronológico, jerárquico, o bien, de especialidad.

A mayor abundamiento, el criterio jerárquico no apoyaría para resolver el problema en cuestión, porque estamos hablando de dos Tratados ubicados en un mismo nivel; por otra parte, el criterio cronológico tampoco ayuda, porque no sería dable señalar, que el Tratado México – China, derogue a los Acuerdos Multilaterales de la OMC, máxime que los dos cuerpos normativos fueron creados por así decirlo, por dos cuerpos legislativos (OMC y México – China); por último, se estima que la medida de transición no puede catalogarse como un norma especial, en vista que se desconoce el objeto que está regulando, esto es, se desconoce si su intención es contrarrestar un dumping o una subvención; pero suponiendo sin conceder que se tratara de una norma especial, los Acuerdos Multilaterales también son normas especiales, mismos que regulan los mecanismos que se pueden activar e imponer en caso de prácticas desleales, que son: derecho antidumping o derechos compensatorios.

¹¹ MUÑOZ ROCHA, CARLO I, *Teoría del Derecho*, Oxford, México 2006, Pág. 294-295.

Así las cosas, se considera que los tres criterios doctrinarios para resolver antinomias no apoyan para el caso en particular, máxime si se considera, que no se actualiza si quiera la antinomia, porque no se trata de un choque de cuerpos normativos, siendo que la medida de transición no se encuentra prevista en ningún cuerpo nacional e internacional, como se ha venido sosteniendo.

Además de que estaba obligada la Suprema Corte a realizar el análisis en cuestión, se pone en evidencia que no tomó en cuenta estos elementos medulares al momento de dictar su sentencia; amén, de que habría sido provechoso examinar el estudio sobre el Tratado que debía prevalecer.

Esto, en vista que los temas de actualidad que resuelve la Corte, se constriñen en determinar la jerarquía constitucional de la Constitución sobre los Tratados, conforme al artículo 133 constitucional, pero no así, determinar la jerarquía de dos Tratados que se contraponen, y mucho menos, realizar el estudio del nivel jerárquico que guarda una Ley Reglamentaria, como es el caso de la Ley de Comercio Exterior, la cual, al regular el supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 131 de la CPEUM, se estima se encontraría por encima de cualquier Tratado como es el caso del Tratado de medidas de remedio comercial firmado entre China y México.

Sin embargo y en cuanto lo analizado en este trabajo, ha quedado claramente demostrado, que la medida de transición, no es prevista bajo ningún Acuerdo Multilateral de la OMC, siendo que estos forman partes de un Tratado Multilateral firmado por México desde 1995, previendo temas específicos o especiales, como son la imposición de medidas antidumping y medidas compensatorias, únicos mecanismos a la luz internacional y nacional.

CONCLUSIONES

Como se ha expuesto a lo largo del trabajo, se presume que se violentaron diversas disposiciones tanto del orden nacional como del internacional, en la imposición de la medida de transición, siendo que la Secretaría de Economía falló en muchas cuestiones de forma y de fondo.

Una cuestión de forma que se estima obvió, es que al momento del ingreso de China a la OMC, en específico, cuando se determinaron las medidas de restricción que no estaban conforme a los Acuerdos Multilaterales, fue incluir el universo de las cuotas compensatorias impuestas a China, porque no todas las cuotas compensatorias se debieron haber incluido en la famosa reserva del Anexo 7, en vista que muchas se habían establecido correctamente, de acorde a los Acuerdos Multilaterales de la OMC, así como la Ley de Comercio Exterior.

Asimismo, con independencia de analizar si en el periodo de reserva de 6 años, la Secretaría de Economía llevó a cabo o no las acciones pertinentes para adecuar las cuotas compensatorias, lo cierto es que al momento de la conclusión de la reserva, todas las acciones que realizó, dieron la lectura que NO había hecho el trabajo que correspondía, al ir a negociar con China una nueva medida de protección.

Los elementos aportados a largo del documento, hacen resaltar las inconsistencias legales en la adopción de esta medida de transición, la cual, se demostró que no se encuentra prevista en ningún ordenamiento de carácter nacional o internacional; asimismo, fue un mecanismo que se trató de catalogar con el espíritu de una cuota compensatoria, sin serlo, y como un aprovechamiento, sin que tampoco encuadre su naturaleza como tal.

En atención a la sentencia emitida por la SCJN, en el sentido de confirmar la constitucionalidad de la medida de transición, podría considerarse como un triunfo y como una validación de que el trabajo que llevó a cabo la Secretaría de Economía fue correcto, toda vez que una medida no prevista en el marco legal de la OMC ni en la Ley de Comercio Exterior, fue avalada como constitucional, esto considerando además, que salió bien librada con la producción nacional al mantener la restricción de las importaciones de algunos productos chinos.

Empero lo anterior, de toda esta situación que envolvió a la controvertida medida de transición, arroja varias lecciones: a) el que la Secretaría de Economía, hubiera comprendido en el Anexo 7 del Protocolo de Adhesión, todas las cuotas compensatorias que le tenía impuestas, cuando parte de este universo de cuotas compensatorias, sí se encontraban de acuerdo al marco legal de la OMC; b) el letargo de la Secretaría de Economía en no reaccionar en un periodo de seis años, siendo que debió haber iniciado investigaciones para la imposición de cuotas compensatorias, de acuerdo con el marco legal internacional y nacional; c) la reacción de la Secretaría de Economía, una vez concluido el periodo de reserva fue precipitado, siendo que en el momento de ir a negociar a China, estaba dejando por sentado, que no había hecho su trabajo; d) una estrategia que pudo haber seguido la Secretaría de Economía a la conclusión del periodo de reserva, era esperar que China activara los paneles ante la OMC, a fin de ver qué cuotas compensatorias en todo caso, no estaban conformes con los Acuerdos Multilaterales; e) y el error más grave en que incurrió la Secretaría, fue inventar e imponer una nueva medida no prevista en la OMC ni en la Ley de Comercio Exterior.

México es el país con mayor número de tratados comerciales firmados en el mundo, y desde 1986 que ingresó al GATT, propugna por una economía de libre comercio, por lo cual, resulta incongruente que por otra parte, adopte medidas proteccionistas, ni siquiera previstas. El espíritu de ser Miembro de la OMC, es saber que todos los países siguen reglas y procedimientos definidos, es por esto que resulta ilógico que México junto con China, hayan adoptado medidas no previstas dentro del marco jurídico internacional.

Ahora bien, y aún cuando la SCJN confirmó la constitucionalidad de la medida de transición, esta determinación no termina de convencer, ni justifica todos los vicios en torno a esta medida, al mismo tiempo, que deja insatisfechos a muchas partes, como son a: importadores, exportadores, gremio aduanal, productores, sectores, Cámaras y Asociaciones, entre otros.

Parte de la enseñanza que nos deja esta experiencia, es que las dependencias encargadas de la conducción del comercio exterior en México, deben llevar a cabo un plan de acción, donde estructuren y proyecten los temas a atender en corto, mediano y largo plazo, para que no se vuelvan a presentar situaciones como esta.

A más de dos años que ha estado operando la medida de transición, y casi a seis meses de que concluya su vigencia (2012), se estima que es un excelente momento para que los actores de comercio exterior involucrados, comiencen a revisar las fracciones arancelarias sujetas a medida de transición; la Secretaría de Economía, en conjunto con los sectores productivos nacionales, pueden empezar a analizar, y en su caso, a activar procedimientos de cuotas compensatorias conforme los procedimientos enmarcados en la OMC y la Ley de Comercio Exterior respecto de aquellos productos que estén siendo objeto de daño o amenaza de daño de importaciones chinas; y para los importadores, estudiar estos productos sujetos a medida de transición, para cuando llegue el momento de su conclusión, en su caso, estén en posibilidad de importarlos, esperando que ahora sí se cumpla con lo pactado, en el sentido de concluir la medida de transición al término de los 4 años, esperando que no se vuelva a presentar una situación de inventar una medida proteccionista, en un futuro.

FUENTES DE INFORMACIÓN

- ✚ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- ✚ Ley de Comercio Exterior
- ✚ Reglamento de la Ley de Comercio Exterior
- ✚ Ley Aduanera
- ✚ Ley Reglamentaria del artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- ✚ Código Fiscal de la Federación
- ✚ Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Popular China en materia de medidas de remedio comercial, firmado en la ciudad de Arequipa, Perú, el primero de junio de dos mil ocho
- ✚ Decreto Promulgatorio del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Popular China en materia de Medidas de Remedio Comercial, firmado en la ciudad de Arequipa, Perú, el primero de junio de dos mil ocho”, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de octubre de 2008
- ✚ Acuerdo por el que se implementa una medida de transición temporal sobre las importaciones de diversas mercancías originarias de la República Popular China, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de octubre de 2008.
- ✚ Sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo no. 2014/2008 (R.A. 286/2009)
- ✚ Protocolo de Adhesión de la República Popular China a la OMC, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 15 de agosto de 2007
- ✚ Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994
- ✚ Acuerdo Sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias
- ✚ MUÑOZ ROCHA, CARLO I., Teoría del Derecho, Oxford, México 2006
- ✚ www.economia.gob.mx
- ✚ www.wto.org
- ✚ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/13/cj/cj7.htm>

ANEXOS

Anexo 1. Tabla del Anexo 7 del Protocolo de adhesión de China a la OMC

“ANEXO 7

RESERVAS PRESENTADAS POR LOS MIEMBROS DE LA OMC

México: Medidas antidumping mantenidas respecto de las importaciones procedentes de China

No obstante toda otra disposición del presente Protocolo, durante los seis años siguientes a la adhesión de China las medidas actuales de México citadas a continuación no se someterán a las disposiciones del Acuerdo sobre la OMC ni a las disposiciones sobre medidas antidumping de este Protocolo.

PRODUCTO	CLASIFICACIÓN ARANCELARIA
Bicicletas	8712.00.01 8712.00.02 8712.00.03 8712.00.04 8712.00.99
Calzado y sus partes	56 líneas arancelarias de las partidas 6401, 6402, 6403, 6404, 6405
Candados de latón	8301.10.01
Coches para el transporte de niños	8715.00.01
Cerraduras de pomo y perilla	8301.40.01
Conexiones de hierro maleable	7307.19.02 7307.19.03 7307.19.99 7307.99.99
Encendedores de bolsillo no recargables, de gas	9613.10.01
Fluorita	2529.22.01
Furazolidona	2934.90.01
Herramientas	48 líneas arancelarias de las partidas 8201, 8203, 8204, 8205, 8206

PRODUCTO	CLASIFICACIÓN ARANCELARIA
Textiles (hilados y tejidos de fibras artificiales y sintéticas)	403 líneas arancelarias de las partidas 3005 5204, 5205, 5206, 5207, 5208, 5209, 5210, 5211, 5212, 5307, 5308, 5309, 5310, 5311 5401, 5402, 5404, 5407, 5408, 5501, 5506, 5508, 5509, 5510, 5511, 5512, 5513, 5514, 5515, 5516 5803, 5911
Juguetes	21 líneas arancelarias de las partidas 9501, 9502, 9503, 9504, 9505, 9506
Lápices	9609.10.01
Neumáticos y cámaras para bicicleta	4011.50.01 4013.20.01
Máquinas, aparatos, material eléctrico y sus partes	78 líneas arancelarias de las partidas 8501, 8502, 8503, 8504, 8506, 8507, 8509, 8511, 8512, 8513, 8515, 8516, 8517, 8518, 8519, 8520, 8523, 8525, 8527, 8529, 8531, 8532, 8533, 8536, 8537, 8544
Paratién metálico	3808.10.99
Prendas de vestir	415 líneas arancelarias de las partidas 6101, 6102, 6103, 6104, 6105, 6106, 6107, 6108, 6109, 6110, 6111, 6112, 6113, 6114, 6115, 6116, 6117, 6201, 6202, 6203, 6204, 6205, 6206, 6207, 6208, 6209, 6210, 6211, 6212, 6213, 6214, 6215, 6216, 6217, 6301, 6302, 6303, 6304, 6305, 6306, 6307, 6308, 6309, 6310,
Productos químicos orgánicos	258 líneas arancelarias de las partidas 2901, 2902, 2903, 2904, 2905, 2906, 2907, 2909, 2910, 2911, 2912, 2914, 2915, 2916, 2917, 2918, 2919, 2920, 2921, 2922, 2923, 2924, 2925, 2926, 2927
Vajillas y piezas sueltas de cerámica y porcelana	6911.10.01 6912.00.01
Válvulas de hierro o acero	8481.20.01 8481.20.04 8481.20.99 8481.30.04 8481.30.99 8481.80.04 8481.80.18 8481.80.20 8481.80.24
Velas	3406.00.01

.....”