

Un vistazo a los mecanismos de solución de controversias en el T-MEC

POR FRANCISCO LÓPEZ GONZÁLEZ(*)

Sumario: I. Introducción.- II. TLCAN: el peor pacto comercial jamás firmado.- III. El T-MEC a vuelapluma.- IV. Solución de Controversias en T-MEC.- V. Conclusiones.- VI. Bibliografía.

Resumen: a 26 años de la creación de una zona de libre comercio en América del Norte, el T-MEC está llamado a sustituir las reglas que permitieron la consolidación de un bloque comercial regional que parecía sólido y bien apreciado por los tres países que lo conformaban. La llamada nacionalista de Trump que puso a “América primero” trajo, después de una sufrida negociación, un pacto más restrictivo a favor de Estados Unidos de América y menos conveniente para Canadá y México. Si bien los mecanismos de solución de diferencias de este T-MEC abrevan de la experiencia del TLCAN, existen características que los hacen particulares y novedosos. El razonamiento inductivo lleva a prever que serán la gran válvula de despresurización del régimen comercial recién reformulado.

Palabras claves: T-MEC - solución de controversias comerciales - paneles T-MEC

A look at the Dispute Settlement Mechanisms in the USMCA

Abstract: 26 years after the creation of a free trade zone in North America, the USCMA comes to replace the rules that allowed the consolidation of a regional trade bloc that seemed solid and well appreciated by the three countries that made it up. Trump's nationalist call that put “America first” brought, after a long negotiation,

(*) Prof. del Programa de Posgrado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

a more restrictive pact in favor of the United States of America and less convenient for Canada and Mexico. Although the dispute settlement mechanisms of this T-MEC draw on the NAFTA experience, there are characteristics that make them particular and novel. Inductive reasoning leads us to foresee that they will be the great valve of depressurization of the newly reformulated commercial regime.

Keywords: USMCA - commercial dispute settlement - USMCA panels

I. Introducción

Cuando los Estados celebran tratados de cualquier naturaleza, en medio de los apretones de manos, los abrazos y el champaña, nadie quiere siquiera pensar en los problemas que pudieran presentarse durante la vigencia de esos instrumentos o derivar de ellos. No obstante, algo en lo que, por lo general, en meses previos los Estados han puesto mucha atención es en las disposiciones que crean medios para arreglar diferendos, pues saben que, a la postre, estos serán el antídoto contra la denuncia de tales tratados, al tiempo que los dotará de previsibilidad y certeza jurídica.

En el caso del Tratado entre México, Estados Unidos de América y Canadá, también conocido en español como T-MEC, los mecanismos de solución de controversias fueron un tema de intensa negociación entre los Estados contratantes, principalmente por la postura del gobierno de Trump que, al inicio, se negó a incluir uno específico para casos de dumping y subsidios, al tiempo en que pretendía modificaciones mayores tanto al mecanismo relativo a inversiones como al general.

Afortunadamente, las posiciones de Canadá y México prevalecieron, por lo que los textos definitivos del T-MEC, que fueron aprobados por los tres países y entraron en vigor el primero de julio de 2020, sí contienen un importante entramado para el arreglo de diferencias tanto Estado-Estado, como particular *vis-à-vis* Estado.

La pretensión de este trabajo es explicar la forma en que deben funcionar los mecanismos de solución de controversias del T-MEC y demostrar que, aunque las variaciones respecto de los mecanismos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) no son tan grandes, si son significativas. Así, lo primero que haré será destacar las razones que llevaron a la negociación y firma del T-MEC; posteriormente esbozaré el contenido del propio tratado y su intempestivo protocolo modificatorio. Por último, repasaré los mecanismos de solución de diferencias previstos en los capítulos 10, 14 y 31 del T-MEC, así como el de la Carta Paralela sobre Solución de Controversias en el Sector Automotriz.

II. TLCAN: el peor pacto comercial jamás firmado

La creación, en los años noventa, de una zona de libre comercio entre México, Canadá y Estados Unidos de América no fue una empresa sencilla. Ante la disparidad entre las economías involucradas, se antoja como primer impulso de los tres países determinar las razones de la conveniencia de un mercado zonal y cómo empatar los intereses en juego.

Vale recordar que, en esa época, México era un agente nuevo en el comercio internacional. Como lo destaca Lustig (1998), después de largos años de una férrea visión económica hacia adentro que privilegió el modelo de sustitución de importaciones, apenas en 1986, México emprendió el camino hacia el libre mercado con su adhesión al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). Tres años después, el orbe atestiguaría sucesos que, entre otras cosas, tendrían como consecuencia en el mediano plazo un giro radical en las relaciones internacionales. Esto, según Zabludsky (2014), llevaría al presidente Carlos Salinas de Gortari a plantearse, durante el segundo año de su mandato, la importancia de negociar un tratado de libre comercio a efecto de que México no se quedara a la zaga de los inminentes cambios mundiales. Salinas no se equivocó; como lo apunta Engel (2018), poco después del halagüeño 1989, el mundo parecería nuevo.

Como lo indican Bello y Holmer (1993), para Estados Unidos de América la negociación de un tratado de libre comercio representaba la oportunidad de expandir las ventas hacia México de sus empresas exportadoras y mejorar la competitividad internacional al permitir que, sin las distorsiones que implican las barreras arancelarias y las restricciones a las inversiones extranjeras, pudieran establecerse donde les fuera más rentable económicamente. Además, era una respuesta estratégica al fortalecimiento de las Comunidades Europeas derivado del Single European Act y la más contundente integración de Europa, que se negociaba en Maastricht.

Por su parte, los objetivos de México eran los de aumentar las exportaciones con el fin de generar las divisas necesarias para modernizar la planta productiva nacional; alcanzar cierta competitividad en la producción de bienes y servicios que le permitiera la creación de empleos y la elevación de los niveles salariales mexicanos; aprovechar economías de escalas en función del mercado zonal; propiciar economías de especialización en las que México tuviera ventajas comparativas, aprovechar opciones tecnológicas que permitieran el desarrollo de nuevas inversiones productivas; y pugnar por establecer entre los tres países, reglas clara y comunes para resolver las controversias comerciales para impedir aplicación de medidas unilaterales. Claro, para lograr tales objetivos fue necesario modernizar el sistema jurídico mexicano, lo que, como lo apunta Malpica de Lamadrid (1995), resultó en la emisión de más de 550 disposiciones jurídicas, entre ellas,

la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la expedición del Reglamento para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Ley Extranjera, la Ley de instituciones de crédito, la Ley de fomento y protección a la propiedad industrial, Ley de inversiones extranjeras, la Ley de comercio exterior, la Ley Federal de metrología y Normalización, La Ley de nacionalidad, la Ley Federal de competencia económica, la Ley aduanera y el Código Fiscal de la Federación, entre otras.

En cuanto a Canadá, su propósito era ampliar los alcances del tratado de libre comercio que desde 1988 tenía con Estados Unidos de América y tener acceso al mercado mexicano en los mismos términos que su socio comercial.

Así, el anuncio tripartito de la intención de negociar tuvo lugar el 5 de febrero de 1991 y apenas unos meses después, en junio de ese año, las negociaciones comenzaron. Nada fue sencillo, pues diversos grupos de poder en Estados Unidos, como el sindicato de transportistas o Teamsters y los sindicatos de la industria automotriz, hicieron uso de la retórica nacionalista más encendida para impedir acuerdos o imponer sus puntos de vista.

El resultado llegó el 17 de diciembre de 1992, cuando los tres países firmaron el TLCAN; sin embargo, debido a que el Partido Republicano de Bush había perdido las elecciones en los primeros días de noviembre de aquel año y que el demócrata Bill Clinton juraría como presidente en enero de 1993, las partes decidieron abrir negociaciones para un par de adenda que al tiempo, en el transcurso de ese 1993, se convertirían en el Acuerdo de Cooperación Laboral y el Acuerdo de Cooperación Ambiental entre el Gobierno de Canadá, el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos.

Finalmente, el TLCAN entró en vigor el 1º de enero de 1994, compuesto de 22 capítulos más el par de acuerdos mencionados, con un mercado de 360 millones de personas en aquella época y desde entonces sus bondades y desventajas han sido objeto de debate permanente entre defensores y detractores.

Con motivo de su vigésimo aniversario, Esquivel (2014) señaló que —desde la perspectiva mexicana— había al menos dos formas de evaluarlo: por sus objetivos inmediatos y por sus objetivos finales. Por sus objetivos inmediatos, TLCAN había sido exitoso, México había logrado expandir su comercio internacional y atraer más inversión extranjera directa. Por los objetivos finales era un fracaso, no se había contenido la migración hacia el norte, de hecho, en poco más de dos décadas desde su entrada en vigor había aumentado en 150% hacia Estados Unidos de América, no se había logrado una integración de las tres economías, no se habían mejorado los salarios de los trabajadores mexicanos y la pobreza no se había erradicado.

Para Rubio (2015, p. 14): “Más allá de su (enorme) impacto económico, la verdadera trascendencia del TLC fue su carácter excepcional en la vida pública mexicana (...). Pero su excepcionalidad radica en que el gobierno aceptó límites a su capacidad de acción frente a esos inversionistas (...)”.

Ahora bien, desde la perspectiva estadounidense, Hufbauer, Cimino y Moran (2014) destacan que múltiples aspectos negativos que sus compatriotas adjudican al TLCAN, como la reducción de los salarios en la industria manufacturera, son discutibles y no necesariamente ciertos. De hecho, el TLCAN ha representado rentabilidad tanto económica como política para Estados Unidos de América, lo que puede constatarse con el dismantelamiento de barreras arancelarias y no arancelarias del que se ha beneficiado, el crecimiento de su comercio exterior y con la nueva forma de relacionarse con México que hasta antes del TLCAN había permanecido neutral respecto de su actuar en la arena internacional a diferencia de Canadá que, abiertamente, había sido su aliado.

Lo cierto es que el TLCAN fue exitoso, al menos, en aumentar el intercambio comercial entre los tres países y en la creación de un marco estable y claro para las inversiones.

No obstante, el 26 de septiembre de 2016, en el debate por la presidencia de Estados Unidos de América auspiciado por la cadena televisiva NBC, al referirse a la intención de la candidata Hillary Clinton de ratificar el entonces denominado TPP (Trans Pacific Partnership Agreement) o Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica, Donald Trump le reclamó que su esposo había firmado el TLCAN que había sido una de las peores cosas que le habían pasado a la industria manufacturera; seguido afirmó: “el TLCAN es posiblemente el peor pacto comercial jamás firmado en cualquier lugar, pero con seguridad es el peor firmado en este país”.

La creencia de Trump no es sino el resultado de la larga perorata de los detractores del TLCAN, que han querido presentarlo como la fuente de los males económicos del pueblo estadounidense. Para ellos, el TLCAN llevó la balanza comercial de Estados Unidos de América al déficit constante —especialmente con México—, significó la pérdida de millones de empleos para sus ciudadanos que fueron desplazados por trabajadores mexicanos con trabajos similares, pero con percepciones casi 5 veces inferiores y, al mismo tiempo, frenó el incremento de los salarios en su país.

III. El T-MEC a vuelapluma

Con fecha 30 de noviembre de 2018, México, Canadá y Estados Unidos de América también firmaron el “Protocolo por el que se sustituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte por el Tratado entre los Estados Unidos de América,

los Estados Unidos Mexicanos y Canadá”, al que anexaron el T-MEC y establece que en la misma fecha en que entre en vigor el Protocolo, el T-MEC sustituirá al TLCAN y el Acuerdo Paralelo en Materia Laboral se dará por terminado.

El T-MEC se compone de treinta y cuatro capítulos, esto es, doce más que su antecesor; diez anexos, 3 por país y uno más sobre “Empresas Propiedad del Estado”, ocho “Cartas Paralelas” y un “Acuerdo sobre Cooperación Ambiental”.

Los capítulos son los siguientes: 1. Disposiciones Iniciales y Definiciones Generales; 2. Trato Nacional y Acceso a Mercados; 3. Agricultura; 4. Reglas de Origen; 5. Procedimientos de Origen; 6. Mercancías Textiles y del Vestido; 7. Administración Aduanera y Facilitación del Comercio; 8. Reconocimiento de la propiedad directa, inalienable e imprescriptible del Estado Mexicano sobre Hidrocarburos; 9. Medidas Sanitarias y Fitosanitarias; 10. Remedios Comerciales; 11. Obstáculos Técnicos al Comercio; 12. Anexos Sectoriales; 13. Contratación Pública; 14. Inversión; 15. Comercio Transfronterizo de Servicios; 16. Entrada Temporal de Personas de Negocios; 17. Servicios Financieros; 18. Telecomunicaciones; 19. Comercio Digital; 20. Derechos de Propiedad Intelectual; 21. Política de Competencia; 22. Empresas Propiedad del Estado y Monopolios Designados; 23. Laboral; 24. Medio Ambiente; 25. Pequeñas y Medianas Empresas; 26. Competitividad; 27. Anticorrupción; 28. Buenas Prácticas Regulatorias; 29. Publicación y Administración; 30. Disposiciones Administrativas e Institucionales; 31. Solución de Controversias; 32. Excepciones y Disposiciones Generales; 33. Asuntos de Política Macroeconómica y de Tipo de Cambio; y 34. Disposiciones Finales

A vuelapluma destacaré, de forma general, algunas de las disposiciones que hacen una diferencia grande con la manera en que se regulaban con TLCAN, o que son innovaciones.

III.1. Reglas de origen

Son los parámetros que permiten determinar si una manufactura o un servicio es de uno de los tres países entre los que se creó la zona de libre comercio, por lo que, confirmado su origen, tales manufacturas y servicios serán gozarán de los beneficios que otorga el tratado.

Destacan aquí las reglas aplicables al sector automotriz, pues, además de incrementarse los requerimientos Valor de Contenido Regional (VCR), se deben satisfacer requerimientos de Valor Contenido Laboral (VCL). Así, los componentes de un automóvil deben tener un VCR de 75% y un VCL de 40 o 45%, dependiendo de si se trata de un auto o camioneta. Ese 40% o 45% debe provenir de fábricas en donde los salarios sean de al menos 16 dólares por hora.

III.2. Comercio digital

En este nuevo tratado se introdujo el tema del comercio electrónico, que no existía en 1994 y las partes convinieron no imponer aranceles aduaneros, tarifas, u otros cargos sobre o en conexión con la importación o exportación de productos digitales transmitidos electrónicamente, entre una persona de un país y una persona de otro país.

Tres aspectos sobresalientes son la validez de la firma electrónica, la remisión a reglas sobre privacidad de la información de órganos APEC u OCDE, y la imposibilidad de tratar a los proveedores de “Servicios Informáticos Interactivos” —*e.g.*, Facebook o Youtube— como responsables de daños por la información almacenada, procesada, transmitida, distribuida o puesta a disposición por el servicio, a menos que tal información haya sido creada por ellos.

III.3. Propiedad intelectual

Canadá, México y Estados Unidos de América confirman ser partes de instrumentos internacionales como el Tratado de Cooperación en materia de Patentes, el Convenio de París y el Convenio de Berna, entre otros, y se comprometen a adherirse o ratificar el Protocolo de Madrid; el Tratado de Budapest; el Tratado de Singapur; el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales 1991; el Arreglo de la Haya y el Convenio de Bruselas. Lo anterior constituye el marco jurídico internacional al que estarán sujetos en materia de propiedad intelectual los tres países.

En materia de marcas, por ejemplo, los tres países están obligados a crear y proporcionar un sistema electrónico para la solicitud y mantenimiento de marcas, además de que el concepto de marca, como tal, fue ampliado a signos visualmente perceptibles.

Este capítulo contempla los nombres de dominio y obliga a las partes a crear un procedimiento adecuado para la solución de controversias que esté basado o que siga la misma línea que los principios establecidos en la “Política Uniforme de Solución de Controversias en materia de Nombres de Dominio”.

Conforme al artículo 20.48, las patentes para productos farmacéuticos para cuyo registro sanitario se requirió la presentación de datos de prueba u otros datos no divulgados concernientes a la seguridad y eficacia del producto tendrán un plazo de protección de al menos cinco años. Debe entenderse que este plazo se articulará con aquellos previstos en otros tratados sobre la materia. Asimismo, el 20.50 creó un sistema de vinculación entre la autoridad encargada de otorgar patentes y la oficina encargada de otorgar registros sanitarios.

Por otra parte, los plazos de protección en materia de derechos de autor no pueden ser inferiores a la vida del autor y 70 años posteriores a su muerte y de 75 para derechos conexos después de la primera publicación de la obra.

III.4. Laboral

A diferencia de lo que sucedía con TLCAN, ahora la regulación de aspectos laborales se encuentra inmersa en el propio texto del T-MEC y no en un acuerdo paralelo. Los tres países reconocen y confirman las obligaciones que les corresponden como miembros de la Organización Internacional del Trabajo y se comprometen a garantizar la libertad a asociaciones laborales, el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación del trabajo forzado, la abolición del trabajo infantil y la eliminación de discriminación laboral.

Son también importantes en el capítulo las disposiciones relativas a la instrumentación de medidas que impidan el “dumping social” y aquellas sobre el diálogo entre los países sobre asuntos laborales y la solución de controversias en esta materia.

III.5. Pequeñas y medianas empresas

El T-MEC establece, en el artículo 25.3, que los tres países harán accesible a través de un sitio web tanto el texto del tratado como un resumen de este y todo tipo de información que permita que las Pequeñas y Medianas Empresas (Pymes) puedan comerciar, invertir o hacer negocios en sus territorios.

En general, el capítulo 25 dedicado a las Pymes se entiende como impulso a este tipo de empresas que pueden ser parte de la cadena de proveedores de las grandes exportadoras, además del dinamismo y mejoramiento que imprimen a las respectivas economías de los tres países.

III.6. Anticorrupción

El artículo 27.3.1 proporciona un catálogo de actividades que constituyen la definición de corrupción y los Estados parte se obligan a adoptar medidas legislativas que consideren tales actividades como delitos.

De igual manera, el T-MEC obliga a las partes a adoptar medidas que establezcan procedimientos apropiados para la selección de funcionarios públicos, códigos de conducta para estos y procedimientos especiales para suspender, remover o reasignar funcionarios acusados de corrupción.

Los tres países adoptarán las medidas que consideren pertinentes para que la población conozca la existencia de sus órganos anticorrupción y deberán proporcionar acceso al público para realizar denuncias, incluso de forma anónima.

III.7. Vigencia

En términos generales, el T-MEC tendrá una duración de 16 años contados a partir de su entrada en vigor y se prorrogará por un período igual a voluntad de las partes.

Es interesante notar que, cumplidos seis años desde su entrada en vigor, el T-MEC será objeto de una “revisión conjunta” de las partes —y de sus resultados—. Cualquiera de los tres países puede anunciar su intención de no prorrogar la vigencia a la que alude el párrafo anterior.

III.8. Corolario

En resumen, el T-MEC conlleva un gran número de compromisos de los tres países que, si bien modernizan una parte del antiguo TLCAN, restringen numerosos derechos de México y Canadá en favor de los intereses de Estados Unidos de América, a cuya propuesta fue negociado.

IV. Solución de controversias en T-MEC

Si bien el análisis de los problemas de TLCAN llevados a mecanismos de solución de controversias se encuentra fuera del objeto del presente trabajo, no está de más mencionar que tan pronto entró en vigor, exportadores y abogados estadounidenses preparaban casos a ser presentados ante dichos mecanismos y que, entre los más relevantes, a manera de ejemplo menciono: a) el Metalclad resuelto por un tribunal arbitral CIADI instalado conforme al Capítulo XI, que condenó a México al pago de más de dieciséis millones al inversionista estadounidense; b) el de lámina cortada a la medida procedente de Estados Unidos de América, resuelto por un panel 1904 que determinó que la autoridad administrativa en México no tenía facultades para conocer y resolver el asunto; y c) el de las escobas de mijo resuelto por un panel —Capítulo XX— que concluyó que la Salvaguarda impuesta por Estados Unidos no se ajustaba a derecho y por lo tanto era violatoria del TLCAN en perjuicio de México.

Me abocaré ahora al T-MEC. Este prevé 6 medios para dirimir diferencias:

- 1) El del artículo 10.11 sobre reformas legislativas sobre dumping y subvenciones.

- 2) El establecido en el 10.12 en materia de cuotas compensatorias derivadas de dumping o subvenciones.
- 3) El previsto en los Anexos D y E del capítulo 14 en materia de inversiones extranjeras.
- 4) Aquel establecido en el artículo 23.17 sobre asuntos laborales.
- 5) El del capítulo 31 para todo aquello derivado del tratado distinto a lo cubierto por los procedimientos anteriores.
- 6) El de la carta paralela sobre controversias en el sector automotriz.

IV.1. Mecanismos del capítulo 10

Son los que el TLCAN preveía en su capítulo XIX y la intención del gobierno estadounidense era la de no contemplarlos más. Se trata de dos mecanismos que, de diferente forma, se refieren a la posibilidad de revisar los resultados de los sistemas domésticos antidumping y antisubvenciones.

Considero que la razón central por la que Estados Unidos de América pretendía eliminar estos medios era porque impedían la imposición discrecional de medidas proteccionistas; sin embargo, existían algunas otras razones, por ejemplo, aquella que afirmaba que los paneles del Capítulo XIX minaban su soberanía y otras más que eran innecesarias, puesto que Canadá y México ya contaban con un Órgano de Solución de Controversias, la Organización Mundial de Comercio (OMC), al que comúnmente acudían a impugnar las decisiones estadounidenses sobre la materia.

Al final, fue tal la importancia que Canadá y México dieron a estos mecanismos que se impusieron en la negociación y el articulado relevante pasó prácticamente como copia al texto del capítulo 10 del T-MEC.

Así, el artículo 10.11 establece la posibilidad de que un panel binacional revise si una reforma legislativa a las disposiciones jurídicas de cualquiera de los Estados contratantes, en materia de antidumping y antisubvenciones, fue hecha en observancia de las disposiciones del GATT-1994, el Acuerdo Antidumping o el Acuerdo sobre Medidas Compensatorias ambos de OMC. En la experiencia TLCAN los procedimientos correlativos del artículo 1903 jamás fueron usados, por lo que es posible que la tendencia continúe.

Ahora bien, el polémico procedimiento de impugnación de medidas domésticas en materia de dumping y subvenciones a través de un panel compuesto por

expertos en comercio internacional nativos de los Estados en conflicto, conocido como “paneles 1904” de TLCAN, devino en el mecanismo del 10.12 del T-MEC.

En corto, en caso de que se solicite su funcionamiento, este procedimiento sustituye a la revisión judicial —interna— de cada parte, de ahí que sea un mecanismo “particular vis-à-vis Estado”. Dicho de otra manera, cualquier importador o exportador involucrado en un procedimiento doméstico de investigación de *dumping* o subsidios puede optar por impugnar el resultado de dicha investigación ante los tribunales competentes del país en el que se lleva ese procedimiento o pedir que se instale un panel de 5 expertos para que haga las veces de ese tribunal que ordinariamente habría conocido del caso y resuelva, en definitiva.

Una novedad es que el T-MEC prevé la publicación en línea de las regulaciones domésticas de cada Estado, así como modelos de los cuestionarios que utilizan sus autoridades administrativas para llevar a cabo las investigaciones correspondientes.

Los criterios de revisión que aplicarán los paneles se encuentran establecidos en el artículo 10.8 y son:

- (a) en el caso de Canadá, las causales establecidas en la Sección 18.1 (4) de la Ley de la Corte Federal (Federal Court Act), con sus reformas, respecto a toda resolución definitiva;
- (b) en el caso de México, el criterio establecido en el Artículo 51 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, o cualquier ley que lo sustituya, basado solamente en el expediente;
- (c) en el caso de Estados Unidos,
 - (i) el criterio establecido en la Sección 516A(b)(1)(B) de la Ley Arancelaria de 1930 (Tariff Act de 1930), con sus reformas, excepto la resolución a que se refiere el subinciso (ii), y
 - (ii) el criterio establecido en la Sección 516A(b)(1)(A) de la Ley Arancelaria de 1930 (Tariff Act de 1930), con sus reformas, respecto a una resolución que dicte la Comisión de Comercio Internacional de Estados Unidos (United States International Trade Commission) en el sentido de no iniciar la revisión conforme a la Sección 751(b) de la Ley Arancelaria de 1930 (Tariff Act de 1930), con sus reformas.

Excepto por los casos de parcialidad evidente u obstaculización del mecanismo por un Estado, para los que existe un procedimiento denominado “Salvaguarda del Sistema de Revisión ante el Panel”, previsto en el 10.13, los fallos del

mecanismo 10.12 son definitivos e inimpugnables. Esos fallos se reenvían a la autoridad investigadora doméstica para que emita una nueva resolución acorde a los mismos.

La sustitución de tribunales domésticos por paneles supranacionales a partir de un tratado internacional crea dudas respecto de la constitucionalidad del hecho, pero sobre todo supone un cambio en la concepción westphaliana de la soberanía que, para algunos, como los detractores estadounidenses del T-MEC, es simplemente inadmisibile.

IV.2. Mecanismos del capítulo 14

Este capítulo versa sobre inversiones y los mecanismos previstos en los Anexos 14-D y Anexo 14-E son básicamente arbitraje inversionista-Estado con reglas o ante instituciones bien conocidas.

Con algunos cambios importantes, entre los que destaca que Canadá no es parte de los anexos y por lo tanto no puede acceder a este tipo de arbitrajes, a nivel procedimental incorpora medularmente la Sección B del capítulo XI de TLCAN.

En su tiempo, esa Sección B fue un hito porque, como lo señala Price (1993), el arbitraje inversionista-Estado jamás había sido incluido en tratados de dos países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Poco después de la entrada en vigor del TLCAN, en mayo de 1994, México se hizo parte de la OCDE.

Con el Capítulo XI, México dio un vuelco a su aproximación hacia la inversión extranjera que, fincada sobre la idea de la soberanía económica y sobre los recursos naturales, al menos desde la expropiación petrolera de 1938, había sido cautelosa, restrictiva y desconfiada. Ahora México aceptaba la visión de los países desarrollados del hemisferio norte en cuanto a su trato a la inversión extranjera con el reconocimiento implícito de los principios de Nación más favorecida, Nacional y Nivel Mínimo y en los años siguientes suscribiría más de 30 acuerdos para la protección y promoción recíproca de las inversiones, participaría en numerosos arbitrajes y en enero de 2018 finalmente se adheriría al Convenio del CIADI.

Ahora bien, el Anexo 14-D del T-MEC prevé varias posibilidades de arbitraje: ante CIADI, mediante el mecanismo complementario de CIADI (para los Estados que no son parte de CIADI), conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para Derecho Mercantil Internacional y, a diferencia del TLCAN, ante cualquier otra institución arbitral a la que las partes decidan acudir o con cualesquiera otras reglas que deseen aplicar.

El artículo 14.D.2 sugiere que, antes de solicitar que el problema se someta al arbitraje, las partes busquen una solución mutuamente acordada y evoca la posibilidad de consultas. Si la solución no se logra de esta forma, el inversionista afectado podrá solicitar el sometimiento de la controversia al arbitraje y 90 días antes notificará al Estado demandado su intención de hacerlo.

El inversionista podrá alegar 3 cosas: que el Estado demandado violó en su perjuicio el Trato Nacional, el Trato de la Nación más Favorecida, siempre que no se trate de establecimiento o adquisición de inversión o las disposiciones sobre Expropiación y Compensación, excluido el caso de la expropiación indirecta.

Conforme al artículo 14.D.5, es necesario que los inversionistas agoten los recursos internos antes de que la controversia sea sometida a arbitraje.

El Anexo 14-E es *lex specialis* frente al Anexo 14-D para resolver conflictos relacionados con ciertos tipos de contratos de gobierno que versen sobre petróleo y gas natural, generación de energía al público, servicios de telecomunicaciones al público, transporte público o propiedad o administración de caminos, vías ferroviarias, puentes o canales, que no sean para el uso y beneficio exclusivo o predominante del gobierno ya sea de México o de Estados Unidos de América.

IV.3. Mecanismo del capítulo 23

Conforme al artículo 23.17, cualquier asunto en materia laboral que derive del capítulo 23 será resuelto, preferentemente, por los Estados a través de consultas. Estas pueden llevarse entre dos o las tres partes del tratado en caso de que la tercera parte tiene un interés sustancial.

En caso de que los Estados no logren solucionar su diferencia mediante las consultas, podrán escalar solicitando que los Ministros laborales domésticos se reúnan con prontitud para resolver el asunto puesto a su consideración. Estos, a su vez, podrán ser auxiliados por terceros expertos e incluso recurrir a buenos oficios, conciliación o mediación.

En caso de que dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que un Estado reciba la solicitud de consultas laborales las partes no hayan llegado a la solución del asunto, podrán accionar los mecanismos de los artículos 31.5 y 31.6 que se mencionan más adelante.

El reto de México en esta materia será el de crear las condiciones laborales que impidan los cuestionamientos constantes de los otros países por vía de las consultas o los paneles, cosa que se antoja difícil por las diferencias económicas que guarda con sus socios.

IV.4. Mecanismo del Capítulo 31

El capítulo 31 de T-MEC prevé el mecanismo general sobre solución de controversias relacionadas con la interpretación o aplicación del tratado.

Por supuesto, primer punto que refiere es el de sus alcances. El artículo 31.2 establece que las normas sobre solución de controversias aplican:

- (a) con respecto a la prevención o solución de las controversias entre las Partes referentes a la interpretación o aplicación de este Tratado;
- (b) cuando una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte es o sería incompatible con una obligación de este Tratado o que otra Parte ha incumplido de otra manera llevar a cabo una obligación de este Tratado; o
- (c) cuando una Parte considere que un beneficio que razonablemente pudiera haber esperado recibir conforme al Capítulo 2 (Trato Nacional y Acceso de Mercancías al Mercado), Capítulo 3 (Agricultura), Capítulo 4 (Reglas de Origen), Capítulo 5 (Procedimientos de Origen), Capítulo 6 (Mercancías Textiles y Prendas de Vestir), Capítulo 7 (Administración Aduanera y Facilitación del Comercio), Capítulo 9 (Medidas Sanitarias y Fitosanitarias), Capítulo 11 (Obstáculos Técnicos al Comercio), Capítulo 13 (Contratación Pública), Capítulo 15 (Comercio Transfronterizo de Servicios) o Capítulo 20 (Derechos de Propiedad Intelectual), está siendo anulada o menoscabada como resultado de la aplicación de una medida de otra Parte que no es incompatible con este Tratado.

El segundo punto que toca, en el artículo 31.3, es la elección de foro. Se trata de una versión más clara, amplia y puesta al día de lo que en su momento estableció el artículo 2005.1 del TLCAN. Los Estados pueden someter sus diferencias de comercio internacional a consideración de los mecanismos previstos en cualquier otro arreglo comercial internacional del que sean parte o del T-MEC, según lo elijan, hecho lo cual, el foro elegido tendrá jurisdicción exclusiva. Esto evitaría lo que sucedió en los casos de Jarabe de Maíz de Alta Fructuosa, que fueron llevados ante el mecanismo 1904 del TLAN y al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC.

El proceso de solución de controversias comienza con la celebración de consultas entre gobiernos. De no resolverse el diferendo en un plazo que va de los 15 a los 45 días de presentada la solicitud de consultas, dependiendo del caso a considerar, un Estado podrá solicitar una reunión de la Comisión de Libre Comercio.

Con la finalidad de que las partes de la controversia lleguen a una solución mutuamente satisfactoria, la Comisión de Libre Comercio puede recurrir a expertos,

a buenos oficios, conciliación, mediación o cualquier otro medio alternativo al de paneles 31.6 para solucionar controversias o también puede hacer recomendaciones directamente.

Si con la intervención de la Comisión de Libre Comercio no es posible resolver la controversia dentro de los 30 días siguientes a que esta se reunió, una de las partes consultantes podrá solicitar la integración de un panel —arbitral— de cinco miembros de las nacionalidades de los Estados contendientes.

Para definir los perímetros de la disputa, el panel se sujetará a los “términos de referencia” propuestos específicamente por las partes o los generales establecidos en el 31.7.

En cuanto a las funciones de los paneles, el artículo 31.13.4 indica: “El panel interpretará este Tratado de conformidad con las reglas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público según se reflejan en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969”.

Esto es relevante porque Estados Unidos de América no es parte de la convención citada, pero la redacción del numeral elude su aplicación directa, pues solo menciona sus artículos 31 y 32 como cristalizadores del derecho internacional consuetudinario en materia de interpretación de tratados.

El panel presentará dos informes: uno preliminar entre los 120 y los 150 días de que el último panelista fue nombrado y uno final dentro de los 30 siguientes al preliminar. Posteriormente, dentro de los 45 días siguientes a la notificación del informe final, las partes procurarán llegar a un acuerdo sobre la solución de la controversia y en caso de no alcanzarlo, la parte reclamante podrá suspender beneficios a la parte demandada equivalentes a la medida objeto de la controversia.

IV.5. Mecanismo de la Carta Paralela de Solución de Controversias para el Sector Automotriz

No prevé un mecanismo propiamente, sino que permite a México acudir a aquellos previstos por el capítulo XX de TLCAN o el capítulo 31 de T-MEC, dependiendo de cual de esos tratados se encuentre en vigor al momento en que surja la disputa sobre si Estados Unidos excluyó de una medida tomada conforme a la sección 232 de su Ley de Expansión de Comercio de 1962 a los camiones ligeros, la cantidad de vehículos de pasajeros o al valor de autopartes en términos de las —otras 2— Carta Paralelas sobre el Sector Automotriz.

Una vez más, Canadá no es parte de este instrumento paralelo.

V. Conclusiones

Los grandes temores económicos de una significativa parte de sus compatriotas reverberaron en la plataforma política de Donald Trump que, exagerando el déficit en la balanza comercial de su país y exacerbando la idea de que los trabajadores estadounidenses habían sido desplazados de sus empleos por trabajadores mexicanos con ínfimos salarios, prometió terminar con lo que, desde su perspectiva, era el “peor pacto comercial jamás firmado por los Estados Unidos de América”: el TLCAN.

Trump cumplió, el T-MEC no es la puesta al día del TLCAN, sino la terminación de este por efecto de su sustitución con aquel que, a decir verdad, es un tratado de mayores alcances, a la carta y mucho más cargado a favor de los intereses estadounidenses.

Si bien los mecanismos de solución de controversias de los capítulos 10, 14, 23 y 31 del T-MEC, así como la Carta Paralela de Solución de Controversias para el Sector Automotriz abrevan de aquellos previstos en el TLCAN, los sobrepasan. Las diferencias, aunque en muchos casos sutiles, son múltiples y bien diseñadas para los objetivos que persiguen.

Sin duda, lo ambicioso y complejo del T-MEC será pronto motivo de un gran número de controversias entre los involucrados en él, con lo que se pondrán a prueba todos esos procedimientos para solucionarlas y de sus resultados se sabrá si los mecanismos implicados logran crear condiciones de certeza y seguridad jurídica que hagan viable un arreglo comercial de largo aliento.

VI. Bibliografía

Arriola, C. (1994). *Testimonios del TLC*. México: Miguel Ángel Porrúa.

Bello, J. y Holmer, A. (1993). Annual Symposium: The North American Free Trade Agreement (NAFTA). The NAFTA: Its Overarching Implications. *The International Lawyer*, vol. 27 (3) (p. 590). Estados Unidos.

Craig, P. y De Búrca, G. (1995). *EC Law. Texts, cases & materials*. Reino Unido: Clarendon Press. Oxford.

Cruz Barney, O. (2008). El criterio de revisión y el derecho supletorio en los procedimientos de revisión de las resoluciones antidumping del capítulo XIX del TLCAN. En E. Ferrer McGregor y A. Zaldívar Lelo de Larrea (coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T. XII, Ministerio público,

contencioso administrativo y actualidad jurídica (pp. 677-688). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Engel, J. A. (2018). *When the world seemed new. George H. W. Bush and the end of the cold war*. Estados Unidos de América: First Mariner Books.

Esquivel, G. (2014). El TLCAN: 20 años de claroscuros. *Foreign affairs*. Latinoamérica, vol. 14-2 (p. 7).

Fukuyama, F. (2006). *The end of history and the last man*. Estados Unidos de América: Free Press.

Hufbauer, G. A.; Cimino, C. y Moran, T. (2014). NAFTA at 20: Misleading Charges and Positive Achievements. NAFTA 20 Years Later. PIIIE Briefing (14-3) (pp. 6-29). Recuperado de <https://www.piiie.com/publications/piie-briefings/nafta-20-years-later> [Fecha de consulta: 05/03/2020].

Jackson, J. H. (2006). *Sovereignty, the WTO, and the changing fundamentals of international law*. Estados Unidos de América: Cambridge University Press.

López González, F. (2018). La renegociación (2017-2018) del capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte: regreso al Proteccionismo. *Revista Anales De La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, N° 48. Recuperado de <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/5640> [Fecha de consulta: 06/04/2020].

Lustig, N. (1998). *Mexico: The Remaking of an Economy*. Washington D.C.: The Brookings Institution.

Malpica de Lamadrid, L. (1995). *La Modernización del Sistema Jurídico Mexicano y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC). Un homenaje a Don Cesar Sepúlveda. Escritos Jurídicos* (pp. 245-264). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Posadas, A. y otros (2005). *México, Estados Unidos y Canadá: Resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Price, D. M. (1993). *An Overview of NAFTA Investment Chapter: Substantive Rules and Investor-State Dispute Settlement*. The International Lawyer (p. 731). Estados Unidos.

Rábago Dorbecker, M. (2004). *Derecho de la Inversión Extranjera*. México: Editorial Porrúa.

Rogers, W. D. (1978). Of Missionaries, Fanatics and Lawyers: Some Thoughts on Investment Disputes in the Americas. *American Journal of International Law*, vol. 72 (1) (pp. 1-16). Estados Unidos.

Rubio, L. (2015). Una Utopía mexicana. El Estado de Derecho es posible. Recuperado de <https://www.wilsoncenter.org/publication/mexican-utopia-the-rule-law-possible>

Zabludovsky, J. (2014). No es lo mismo México, Estados Unidos y Canadá, que 20 años después. *Foreign affairs*. Latinoamérica, vol. 14 (2) (pp. 2).

Páginas web

CBS News (2016). First presidential debate. Estados Unidos de América: Youtube. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=s7gDXtRS0jo> [Fecha de consulta: 24/03/2020].

FOX Business (2017). President Trump on how he plans to reform NAFTA. Estados Unidos de América: Youtube. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=s5hIBNw0qj0> [Fecha de consulta: 24/03/2020].

Gobierno de México (2020). Comercio exterior/Solución de controversias. México: Secretaría de Economía. Recuperado de <https://www.gob.mx/se/acciones-y-programas/comercio-exterior-solucion-de-controversias?state=published> [Fecha de consulta: 07/09/2020].

Gobierno de México (2020). T-MEC. México: Gobierno. Recuperado de <https://www.gob.mx/t-mec> [Fechas de consulta: 05/02/2020 al 15/04/2020].

Gobierno de México (2020). Decreto Promulgatorio del Protocolo por el que se sustituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte por el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, hecho en Buenos Aires, el treinta de noviembre de dos mil dieciocho; del Protocolo Modificatorio al Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, hecho en la Ciudad de México el diez de diciembre de dos mil diecinueve; de seis acuerdos paralelos entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América, celebrados por intercambio de cartas fechadas en Buenos Aires, el treinta de noviembre de dos mil dieciocho, y de dos acuerdos paralelos entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América, celebrados en la Ciudad de México, el diez de diciembre de dos mil diecinueve. México: Gobierno. Recuperado de http://dof.gob.mx/2020/SRE/T_MEC_290620.pdf [Fecha de consulta: 08/09/2020].

Serra Puche, J. (1991). Principios para negociar el tratado de libre comercio de América del Norte. México: Bancomext. Recuperado de <http://revistas.bancomext.gob.mx/rce/magazines/272/4/RCE4.pdf> [Fecha de consulta: 03/02/2020].

United States Trade Representative (2017). USTR Releases NAFTA Negotiating Objectives. Estados Unidos de América: USTR. Recuperado de http://www.sice.oas.org/TPD/USMCA/Modernization/USTR_NAFTA_Negotiating_Objectives_e.pdf [Fecha de consulta: 12/03/2020].

United States Trade Representative (2020). USMCA. Estados Unidos de América: USTR. Recuperado de <https://ustr.gov/usmca> [Fecha de consulta: 30/03/2020].

Fecha de recepción: 31-03-2020

Fecha de aceptación: 12-07-2020

