

## El T-MEC/USMCA: solución de controversias, remedios comerciales e inversiones

El marco jurídico para la discusión y, en su caso, la aprobación de las modificaciones al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) se integra por las disposiciones constitucionales que facultan tanto al Poder Ejecutivo Federal como al Legislativo en materia de comercio exterior (celebración y aprobación de tratados).<sup>1</sup>

El marco jurídico secundario aplicable a la discusión de un tratado internacional de comercio en México está contenido en la Ley sobre la Celebración de Tratados, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 2 de enero de 1992, y en la Ley sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica, que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 2 de septiembre de 2004.

Durante la campaña presidencial del presidente Donald Trump en los Estados Unidos de América (EUA)<sup>2</sup> se anunciaron diversas medidas en materia de comercio exterior, que habrían de desarrollarse en los primeros cien días de la nueva administración:<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Sobre el proceso de negociación del T-MEC, véase Cruz Barney, Oscar, *La modernización del TLCAN en el contexto de las relaciones comerciales entre México y los Estados Unidos de América*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.

<sup>2</sup> Para una explicación de las razones del impacto en la economía mexicana derivado del resultado electoral estadounidense, véase Calderón Salazar, Jorge Alfonso, "México ante la propuesta de Trump de renegociar el TLCAN", *El Punto sobre la i*, México, año 6, núm. 28, 2017.

<sup>3</sup> Aleem, Zeeshan, "Here's What Will Actually Happen if Trump Withdraws from NAFTA. It's Not Pretty", *Vox*, 16 de noviembre de 2016.

- 1) El retiro del recientemente negociado Acuerdo de Asociación Transpacífico o TPP, que actualmente es denominado CPTPP/TIPAT.
- 2) Renegociar o, en su caso, denunciar el TLCAN<sup>4</sup> (la posibilidad de la renegociación ya se había planteado años atrás).<sup>5</sup>
- 3) Imponer barreras arancelarias de 45% a las importaciones a EUA provenientes de China.
- 4) Imponer barreras arancelarias de 35% a las importaciones a EUA de bienes provenientes de empresas estadounidenses que hayan mudado sus plantas de producción a México.

El nivel de integración de nuestras economías es tan alto que una salida del TLCAN o una mala renegociación habrían implicado pérdidas importantes a las economías de los países parte. Las manifestaciones a favor de una mejora del tratado y contrarias a su desmantelamiento se han hecho presentes,<sup>6</sup> calificando, inclusive, de devastadora una posible salida del mismo con afectaciones a los trabajadores, para el sector “negocios” y para las economías de los tres países.<sup>7</sup>

Recordemos que tanto el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP/TIPAT)<sup>8</sup> como el TLCAN son tratados comerciales celebrados al amparo de la excepción

<sup>4</sup> Respecto a una posible renegociación del TLCAN, véase “Cargill c.e.o. Advocates Smart and Inclusive Trade, Immigration Policy”, *Milling & Baking News*, vol. 95, núm. 16, 14 de febrero de 2017, pp. 1 y 10.

<sup>5</sup> Gallagher, Kevin P. et al. (coords.), *The Future of North American Trade Policy: Lessons from NAFTA*, The Frederick S. Pardee Center for the Study of the Longer-Range Future Boston University, 2009.

<sup>6</sup> Véanse las declaraciones del director ejecutivo de Cargill, David MacLennan, en este sentido. “Cargill c.e.o. Advocates...”, *op. cit.*, p. 10.

<sup>7</sup> Véanse las declaraciones de Thomas J. Donohue, presidente de la U.S. Chamber of Commerce, ante el Economic Club de Canadá del 6 de febrero de 2017, publicadas en “U.S. Chamber of Commerce: NAFTA, Withdrawal Would Be «Devastating»”, *Milling & Baking News*, vol. 95, núm. 16, 14 de febrero de 2017, p. 10.

<sup>8</sup> Sobre este Tratado, véase Cruz Barney, Oscar, *El Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP/TIPAT) y la solución de controversias en los acuerdos comerciales firmados por México*, México, Tirant lo Blanch, 2018.

que contempla el artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)/Organización Mundial del Comercio (OMC) al principio de nación más favorecida.

En su momento, las negociaciones para el TLCAN iniciaron en junio de 1991 y concluyeron en agosto de 1992. La rúbrica del texto negociado se presentó en septiembre de 1992 y el Ejecutivo lo firmó el 17 de diciembre de ese mismo año. La aprobación por la Cámara de Senadores de México se produjo el 22 de noviembre de 1993, para entrar en vigor el 1o. de enero de 1994.<sup>9</sup>

El propósito fundamental fue el establecimiento de una zona de libre comercio, pero en realidad se rebasó el límite tradicional de estos acuerdos y se incluyeron muchos temas más que han convertido al TLCAN en un acuerdo *sui generis* de gran ambición contextual.

En una carta dirigida a Charles E. Schumer, líder del Partido Demócrata en el Senado de los Estados Unidos, fechada el 18 de mayo de 2017,<sup>10</sup> finalmente el United States Trade Representative, Robert E. Lighthizer, notificó al Congreso de aquel país la intención del titular del Ejecutivo estadounidense de iniciar negociaciones comerciales con Canadá y México relativas a la “modernización” del TLCAN. Lo anterior, conforme a la sección 105(a)(1)(A) de la Ley de Responsabilidad y Prioridades Comerciales Bipartidistas del Congreso de 2015 (Bipartisan Congressional Trade Priorities and Accountability Act) y a las facultades que le fueron delegadas por el titular del Ejecutivo. Dicha Ley busca establecer objetivos para las negociaciones comerciales en el Congreso y mejores requisitos de consulta para las mismas.

Conforme a la carta, la idea era iniciar las negociaciones tan pronto como fuera posible, pero no antes de los siguientes noventa días de su fecha. La idea, según la carta, era la

<sup>9</sup> El TLCAN se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de diciembre de 1993.

<sup>10</sup> Véase su texto en “Carta de Robert E. Lighthizer a Charles E. Schumer”, disponible en: <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/NAFTA%20Notification.pdf>.

de mejorar los salarios de los trabajadores estadounidenses e impulsar a la economía de aquel país y sus oportunidades conforme al TLCAN.

En la carta se hace hincapié en que el TLCAN se negoció hace veinticinco años y el entorno económico ha cambiado considerablemente, por lo que muchos capítulos del Tratado se han quedado rezagados ante el desarrollo económico y de negocios. De manera destacable debemos resaltar que en ese momento no se incluyó la pretensión posterior de eliminar el capítulo XIX del Tratado.

El 17 de julio de 2017 se plantearon por los Estados Unidos sus objetivos específicos para la modernización o renegociación, si bien todavía con un grado de ambigüedad importante.<sup>11</sup> Cabe señalar que en noviembre del mismo año se publicó por la Office of the United States Trade Representative la misma lista de objetivos actualizada.<sup>12</sup> La nueva lista refleja varias de las posturas controversiales planteadas en el curso de las cuatro rondas de negociación ya desarrolladas y aparece como preludio de la quinta ronda, que se llevó a cabo en la Ciudad de México del 15 al 23 de noviembre de 2017.

Temas como la inversión y la propiedad intelectual fueron ampliados, o bien se especificaron los objetivos de manera más clara; asimismo, se añadió el rubro “Equidad procesal para productos farmacéuticos y dispositivos médicos”. En competencia económica se incluyeron nuevas propuestas en defensa del secreto profesional; por su parte, con relación a la solución de controversias, se pretende poder dejar de lado la resolución de un panel del capítulo XX si las Partes consideran que está equivocada y se incluye lenguaje que habilita la denominada *sunset clause*.

<sup>11</sup> Office of the United States Trade Representative, Executive Office of the President, *Summary of Objectives for the NAFTA Renegotiation*. Monday, July 17, 2017, disponible en: <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/NAFTAObjectives.pdf>.

<sup>12</sup> Office of the United States Trade Representative, Executive Office of the President, *Summary of Objectives for the NAFTA Renegotiation*. November 2017, disponible en: <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/Nov%20Objectives%20Update.pdf>.

Así, los objetivos de la negociación por parte de los Estados Unidos, conforme a las listas de julio y noviembre de 2017, son los siguientes:<sup>13</sup>

- 1) Comercio de bienes (actual capítulo III del TLCAN).
- 2) Medidas sanitarias y fitosanitarias (SPS) (actual capítulo VII del TLCAN).
- 3) Aduanas, facilitación del comercio y reglas de origen (actual capítulo V del TLCAN).
- 4) Obstáculos técnicos al comercio (OTC) (actual capítulo IX del TLCAN).
- 5) Buenas prácticas regulatorias.
- 6) Comercio de servicios, incluyendo telecomunicaciones y servicios financieros (actuales capítulos XII, XIII y XIV del TLCAN).
- 7) Comercio digital de bienes y servicios y flujos de datos transfronterizos (no incluido en el TLCAN).
- 8) Inversión (actual capítulo XI del TLCAN).
- 9) Propiedad intelectual (actual capítulo XVII del TLCAN).
- 10) Transparencia (no incluido en el TLCAN).
- 11) Equidad procesal para productos farmacéuticos y dispositivos médicos (incluido en la versión de noviembre de 2017 de los objetivos de EUA).
- 12) Empresas de Estado y bajo el control del Estado (actual capítulo XV del TLCAN).
- 13) Política de competencia (actual capítulo XV del TLCAN).
- 14) Materia laboral (actual Acuerdo de Cooperación Laboral paralelo al TLCAN).
- 15) Ambiente (actual Acuerdo de Cooperación Ambiental paralelo al TLCAN).
- 16) Combate a la corrupción (no incluido en el TLCAN).

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 3-17.

- 17) Remedios comerciales (actuales capítulos III y XIX del TLCAN).
- 18) Compras de gobierno (actual capítulo X del TLCAN).
- 19) Pequeñas y medianas empresas (no incluido en el TLCAN).
- 20) Energía (actual capítulo VI del TLCAN).
- 21) Solución de controversias (actual capítulo XX del TLCAN).
- 22) Disposiciones generales (actual capítulo XXII del TLCAN).
- 23) Manipulación cambiaria (no incluido en el TLCAN).

En materia de inversión, la propuesta planteó lo siguiente:

- Establecer reglas que reduzcan o eliminen las barreras a la inversión de los Estados Unidos en todos los sectores en los países del TLCAN, incluyendo las siguientes disposiciones:
  - ▶ Trato nacional y trato de nación más favorecida.
  - ▶ Prohibiciones de restricciones a las transferencias de capital relacionado con inversiones.
  - ▶ Prohibición de los requisitos de rendimiento, incluida la transferencia forzada de tecnología y la localización de tecnología.
  - ▶ Prohibición de expropiación sin una compensación pronta, adecuada y efectiva, consistente con los principios legales y la práctica de los Estados Unidos.
  - ▶ Un estándar mínimo de tratamiento en virtud del derecho internacional consuetudinario, coherente con los principios y la práctica jurídica de los Estados Unidos.
- Proporcionar procedimientos significativos para resolver disputas relacionadas con la inversión, a la vez que se garantice la protección de la soberanía de los Estados Unidos y el mantenimiento de las industrias nacionales sólidas de dicho país.

- Mejorar los procedimientos para resolver disputas de inversión, incluyendo asegurar que los árbitros actúen de manera imparcial e independiente, y permitiendo a éstos revisar y desestimar demandas frívolas, además de proporcionar a los países del TLCAN herramientas para garantizar la coherencia y corrección de la interpretación de las reglas de inversión.
- Asegurar que las audiencias de solución de controversias estén abiertas al público y que todos los documentos clave relacionados con los procedimientos se hagan públicos con prontitud.
- Establecer un mecanismo para permitir la presentación de escritos con el carácter de *amicus curiae* en procedimientos de solución de controversias por parte de empresas, sindicatos, organizaciones no gubernamentales y otros miembros del público.
- Asegurar a los inversionistas estadounidenses en los países del TLCAN importantes derechos consistentes con los principios y las prácticas legales de los Estados Unidos, al tiempo que se garantice que los inversionistas nacionales del TLCAN en los Estados Unidos no reciban mayores derechos sustantivos que los inversionistas nacionales.

En cuanto a los remedios comerciales, se pretendía:

- Mantener la capacidad de los Estados Unidos para hacer cumplir rigurosamente sus leyes comerciales, incluidas las leyes antidumping, compensatorias y de medidas de salvaguarda.
- Eliminar la exclusión de la salvaguarda global del TLCAN para que no restrinja la capacidad de los Estados Unidos de aplicar medidas en futuras investigaciones.
- Eliminar el mecanismo de solución de controversias del capítulo XIX del TLCAN.
- Buscar una definición específica de la industria doméstica para productos perecederos y estacionales en procedimientos AD/CVD.
- Excluir a las empresas estatales como parte de la industria nacional en los procedimientos AD/CVD.

- Facilitar la capacidad de imponer medidas basadas en los costos distorsionados de los insumos debidos a las subvenciones o al dumping en curso.<sup>14</sup>
- Promover la cooperación entre los administradores de las medidas correctivas comerciales de los países del TLCAN, particularmente con respecto al intercambio de información, que mejoraría sus capacidades para monitorear y abordar eficazmente las violaciones de las medidas comerciales correctivas, por ejemplo, mediante la iniciación de oficio.
- Fortalecer los procedimientos existentes y crear nuevos procedimientos para abordar la evasión de derechos AD/CVD, incluida la capacidad de realizar visitas de verificación de AD/CVD.
- Establecer mecanismos de transparencia y las debidas obligaciones de proceso reflejados en las leyes, los reglamentos y las prácticas de AD/CVD de Estados Unidos.
- Establecer un sistema de monitoreo de importaciones de alerta temprana para productos sensibles acordados de países que no son miembros del TLCAN.

Respecto a la solución de controversias, el planteamiento estadounidense buscó:

- Fomentar la identificación temprana y la resolución de disputas a través de consultas y otros mecanismos.
- Establecer un mecanismo de solución de controversias que sea efectivo, oportuno, y en el que las determinaciones del panel se basen en las disposiciones del Acuerdo y las presentaciones de las partes y se tomen de manera razonada.
- Instaurar procedimientos para garantizar que los paneles se integren de manera oportuna y con la experiencia adecuada.

<sup>14</sup> La versión de julio señalaba: "Facilitar la capacidad de imponer medidas basadas en el dumping de terceros países". Sobre el punto, véase el artículo 317 del texto vigente del TLCAN, "Dumping de terceros países": "1. Las Partes confirman la importancia de la cooperación respecto a las acciones comprendidas en el Artículo 12 del Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. 2. Cuando una de las Partes presente a otra una petición de medidas antidumping a su favor, esas Partes realizarán consultas en el plazo de 30 días sobre los hechos que motivaron la solicitud. La Parte que recibe la solicitud dará plena consideración a la misma".



- Establecer un proceso de solución de controversias transparente al:
  - ▶ Exigir que las presentaciones de las partes se pongan a disposición del público.
  - ▶ Exigir que las audiencias estén abiertas al público.
  - ▶ Exigir que las determinaciones finales de un panel se pongan a disposición del público.
  - ▶ Asegurar que las entidades no gubernamentales tengan el derecho de solicitar presentaciones por escrito a un panel.
- Tener disposiciones que fomenten el cumplimiento de las obligaciones del Acuerdo.
- Proporcionar mecanismos para garantizar que las partes conservan el control de las disputas y puedan abordar situaciones donde el panel tiene un claro error en su evaluación de los hechos o de las obligaciones aplicables.

Por su parte, la ministra de Relaciones Exteriores de Canadá, Chrystia Freeland, planteó la posición del país en la modernización del TLCAN.<sup>15</sup> Canadá apuntó a, en primer lugar, modernizar el TLCAN, puesto que las economías global, norteamericana y canadiense se han transformado, en estos momentos, gracias a la revolución tecnológica. Asimismo, el TLCAN debe garantizar un sector tecnológico internacionalmente competitivo y, además, que todos los sectores de la economía canadiense puedan cosechar todos los beneficios de la revolución digital.

En segundo lugar, Canadá persigue un TLCAN progresivo conforme al modelo del acuerdo con la Unión Europea (CETA).<sup>16</sup> En particular, se busca:

<sup>15</sup> Disponible en: <http://www.cbc.ca/news/politics/nafta-canada-demands-list-1.4246498>. El texto del comunicado se encuentra disponible en: [https://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2017/08/address\\_by\\_foreignaffairsministeronthemodernizationofthenorthame.html](https://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2017/08/address_by_foreignaffairsministeronthemodernizationofthenorthame.html).

<sup>16</sup> Se trata del Comprehensive Economic and Trade Agreement.

- Incorporar fuertes salvaguardias laborales en el núcleo del Acuerdo.
- Integrar disposiciones ambientales mejoradas para garantizar que ningún país del TLCAN debilite la protección ambiental para atraer inversiones.
- Agregar un nuevo capítulo sobre los derechos de género, de acuerdo con el compromiso canadiense con la igualdad de género.
- En línea con el compromiso canadiense de mejorar su relación con los pueblos indígenas, agregar un capítulo indígena; además, reformar el proceso de solución de controversias entre los inversores y los Estados, a fin de garantizar el derecho de los gobiernos para regular en aras del interés público.

Canadá busca un mercado más libre para la contratación pública —un logro significativo en CETA—. Las disposiciones de contenido local para los principales contratos del gobierno son comida basura política, superficialmente apetecible, pero insalubre a largo plazo. La liberalización de las adquisiciones puede ir de la mano de una mayor armonización regulatoria.

Asimismo, se pretende facilitar el movimiento de profesionales modernizando el capítulo XVI del TLCAN a través de su ampliación para reflejar las necesidades de los negocios. Aquí, nuevamente, Canadá considera que el CETA proporciona un modelo.

Los puntos canadienses se refieren, en síntesis, a:

- 1) Materia laboral.
- 2) Medio ambiente.
- 3) Derechos de género.
- 4) Derechos indígenas.
- 5) Mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado.
- 6) Expandir adquisiciones.
- 7) Movimiento más libre de profesionales.

- 8) Proteger el sistema de gestión de suministros de Canadá para productos lácteos y aves de corral.
- 9) Proteger las empresas culturales.
- 10) Mantener el capítulo XIX.

Tomando en consideración los comentarios y las propuestas recibidos a través de las consultas públicas realizadas del 1o. de febrero al 26 de julio de 2017 y la información obtenida mediante el diálogo con los sectores productivos del país, por medio del Consejo Consultivo Estratégico de Negociaciones Internacionales (CCENI), el gobierno de México presentó las prioridades en las negociaciones para la modernización del TLCAN, a saber:<sup>17</sup>

- 1) Fortalecer la competitividad de América del Norte.
- 2) Avanzar hacia un comercio regional inclusivo y responsable.
- 3) Aprovechar las oportunidades de la economía del siglo XXI.
- 4) Promover la certidumbre del comercio y las inversiones en América del Norte.

La certidumbre del comercio y las inversiones implicaba modernizar todos los mecanismos de solución de controversias previstos en el TLCAN (inversionista-Estado, Estado-Estado, así como en materia de cuotas antidumping y compensatorias, y servicios financieros) para hacerlos más ágiles, transparentes y eficaces.

El texto en español del resultado de las negociaciones se publicó electrónicamente por el gobierno de México el 18 de octubre de 2018. Debemos destacar que el texto está sujeto a revisión legal para asegurar su precisión, claridad y congruencia, así como sujeto a autenticación de idiomas.

<sup>17</sup> Disponible en: <https://www.gob.mx/se/articulos/prioridades-de-mexico-en-las-negociaciones-para-la-modernizacion-del-tratado-de-libre-comercio-de-america-del-norte>.

De inicio se señala que se ha decidido por las Partes “reemplazar” el TLCAN de 1994 con un “nuevo acuerdo de alto estándar del siglo XXI para apoyar el comercio mutuamente benéfico que conduzca a mercados más libres y justos, y al crecimiento económico sólido en la región”. El T-MEC establece en su artículo 1.1 una zona de libre comercio, de conformidad con el artículo XXIV del GATT de 1994 y el artículo V del AGCS.

El T-MEC es, entonces, un nuevo tratado de libre comercio para la región de América del Norte que sustituye al TLCAN.