



EL T-MEC/USMCA:

solución de controversias, remedios
comerciales e inversiones

OSCAR CRUZ BARNEY
CARLOS H. REYES DÍAZ

SERIE
OPINIONES TÉCNICAS SOBRE TEMAS DE RELEVANCIA NACIONAL

01

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

OPINIONES TÉCNICAS SOBRE TEMAS DE RELEVANCIA NACIONAL, núm. 1

Dra. Nuria González Martín
Coordinadora de la serie

COORDINACIÓN EDITORIAL
Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

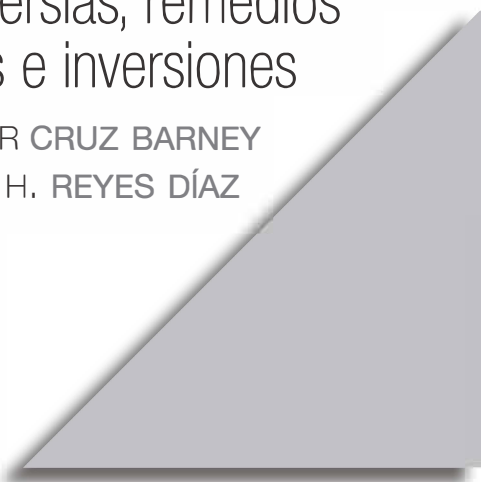
Lic. Cristopher Raúl Martínez Santana
Cuidado de la edición

Lic. Edith Aguilar Gálvez
Diseño de cubierta e interiores y formación en computadora



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

OSCAR CRUZ BARNEY
CARLOS H. REYES DÍAZ



**Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad
Nacional Autónoma de México.**

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 5 de diciembre de 2018

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN electrónico: 978-607-30-1257-7

Contenido

7

Presentación

9

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

21

La solución de controversias en el T-MEC

31

Los remedios comerciales en el T-MEC

43

La protección de inversiones en el T-MEC

57

Fuentes de consulta

Presentación

El proyecto editorial especial denominado “Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional” contiene una serie de documentos breves que aborda temas de coyuntura con relevancia jurídica y tiene una vocación informativa; pero, a la vez, busca incidir en la opinión pública y, eventualmente, en la toma de decisiones públicas en México.

La iniciativa surgió en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y tiene como antecedente la publicación de un conjunto de documentos aislados que tuvieron un impacto considerable en su momento. Se trata de los siguientes textos, que pueden consultarse en línea:

- *Lineamientos para una política pública de reacción, prevención y reconstrucción ante desastres con perspectiva de derechos humanos, participación y transformación de la desigualdad.*
- *Ocho propuestas para fortalecer al Poder Judicial.*
- *La (in)justicia electoral frente a las candidaturas independientes a la Presidencia. Análisis jurídico del caso Jaime Heliodoro Rodríguez Calderón vs. Consejo General del Instituto Nacional Electoral.*
- *Análisis sobre los decretos de reserva de agua.*
- *Temas y tendencias del constitucionalismo contemporáneo.*
- *México global. Intereses y principios de política exterior.*

- *Apuntes para la Ciudad en la que queremos vivir. Insumos para la Asamblea Constituyente de la Ciudad de México.*

Teniendo en cuenta esos textos, de cara a un segundo periodo de gestión, en el Plan de Trabajo 2018-2022, el actual director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Pedro Salazar Ugarte, propuso una especie de *nueva etapa* para dar continuidad al proyecto, pero ahora con una periodicidad e identidad propias.

En los contextos mundial y nacional actuales, consideramos que la universidad pública debe aportar información, conocimiento y propuestas técnicamente sólidas, políticamente imparciales y socialmente útiles para comprender y transformar la realidad. Son muchos los actores que deben enfrentarse para superar los grandes problemas nacionales y la academia es uno de ellos. De ahí que tengamos la oportunidad con este proyecto editorial, que abordará una diversidad de temáticas relacionadas con los retos que enfrenta nuestra sociedad: crecimiento económico, desigualdad, exclusión, violencia, corrupción, impunidad, migraciones, transformación institucional, derechos humanos, etcétera. Nuestro objetivo es compartir información y conocimiento capaces de generar opiniones fundadas y contribuir a la toma de decisiones.

Sabemos que es más fácil la autocomplacencia y la indolencia que la participación comprometida; sin embargo, estamos conscientes de nuestra responsabilidad institucional y, por lo mismo, creamos esta serie de textos, que busca contribuir a la toma de decisiones que hagan de México un país mejor para todas las personas.

Ciudad de México, 27 de noviembre de 2018

Pedro Salazar Ugarte (*Director IJ-UNAM*)

Nuria González Martín (*Coordinadora de la Serie*)

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).¹

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)² se anunciaron diversas medidas en materia de comercio exterior, que habrían de desarrollarse en los primeros cien días de la nueva administración:³

¹ 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.

² 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.

³ 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 TLCAN⁴ (la posibilidad de la renegociación ya se había planteado años atrás).⁵
- 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,⁶ 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.⁷

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

⁴ 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.

⁵ 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.

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

⁷ 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.

⁸ 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 1994.⁹

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 2017,¹⁰ 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

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

¹⁰ 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.¹¹ 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.¹² 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*.

¹¹ 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>.

¹² 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:¹³

- 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).

¹³ *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.¹⁴
- 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.

¹⁴ 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.¹⁵ 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).¹⁶ En particular, se busca:

¹⁵ 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.

¹⁶ 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:¹⁷

- 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.

¹⁷ 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.

La solución de controversias en el T-MEC

Para agosto de 2004 ya se habían resuelto tres casos bajo el capítulo XX del TLCAN, que son los siguientes:¹⁸

- 1) CDA-95-2008-01, “Aranceles aplicados por Canadá a determinados productos agrícolas originarios de los Estados Unidos”. El informe final se dictó el 2 de diciembre de 1996, resolviendo que la aplicación de dichos aranceles era conforme a las disposiciones del TLCAN.
- 2) USA-97-2008-01, “Salvaguarda impuesta por los Estados Unidos de América a escobas de mijo mexicanas”. El informe final se dictó el 30 de enero de 1998, en favor de México.
- 3) USA-98-2008-01, “Servicios de transporte transfronterizo de carga de y hacia los Estados fronterizos”. El 29 de noviembre de 2000 se dio a conocer el informe previo, emitido por votación unánime a favor de México. El panel confirmó en su informe final lo dicho en el previo a favor de México, el 6 de febrero de 2001.

Cabe destacar que México solicitó formalmente el 17 de agosto de 2000 un panel del capítulo XX en el tema de las exportaciones de azúcar a los Estados Unidos, por la ne-

¹⁸ Cruz Barney, Oscar y Cruz Miramontes, Rodolfo, “Diez años del capítulo XX: solución de controversias entre las partes del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, en Witker, Jorge (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Evaluación jurídica: diez años después*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

gativa de dicho país a respetar su compromiso contraído conforme al TLCAN, alegando la existencia de las llamadas “cartas paralelas”, sin que hasta ahora el gobierno estadounidense haya tomado los pasos necesarios que le corresponden para su establecimiento.¹⁹

El capítulo XX del TLCAN pasa a ser el capítulo 31 del T-MEC. Se divide en dos secciones:

- Sección A. Solución de controversias.
- Sección B. Procedimientos internos y solución de controversias comerciales privadas.

La Sección A establece los términos de cooperación entre las Partes, que procurarán en todo momento llegar a un acuerdo sobre la interpretación y la aplicación del T-MEC, y deberán realizar todos los esfuerzos, mediante cooperación y consultas, para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria sobre cualquier asunto que pudiera afectar su funcionamiento.

El mecanismo general de solución de controversias se aplicará cuando una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte es o sería incompatible con una obligación del T-MEC o que la otra Parte ha incumplido de alguna otra manera con una obligación del mismo, o bien cuando una Parte considere que un beneficio que razonablemente pudiera haber esperado recibir en materia de capítulo 2 (Trato nacional y acceso de mercancías al mercado), capítulo 3 (Agricultura), capítulo 4 (Reglas de origen y procedimientos relacionados con el origen), capítulo 5 (Procedimientos relacionados con el origen), capítulo 6 (Mercancías textiles y del vestido), 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 (Propiedad intelectual) está siendo anulado o menoscabado.

¹⁹ Sobre las “cartas paralelas”, véase Cruz Miramontes, Rodolfo, “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y las denominadas «cartas paralelas»”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. I, 2001.

El artículo 31.3 aborda el tema de la elección del foro y establece que si una controversia relativa a cualquier asunto surge conforme al T-MEC y conforme a otro acuerdo comercial internacional en el que las Partes contendientes sean parte, incluyendo el Acuerdo sobre la OMC, la Parte reclamante podrá elegir el foro en el cual solucionar la controversia.

Se aclara que, una vez que una Parte reclamante haya solicitado el establecimiento de, o haya referido un asunto a, un panel u otro tribunal conforme a un acuerdo vigente, el foro seleccionado será utilizado con exclusión de los otros foros.

Asimismo, se contemplan las consultas, cuya realización podrá ser solicitada por cualquier Parte. A menos que las Partes consultantes acuerden otra cosa, las consultas deberán celebrarse a más tardar quince días después de la fecha de entrega de la solicitud para asuntos concernientes a mercancías perecederas,²⁰ o treinta días después de la fecha de entrega de la solicitud para todos los demás asuntos.

Las consultas podrán realizarse en persona o por cualquier otro medio tecnológico disponible para las Partes consultantes. Si las consultas se hacen en persona, éstas se llevarán a cabo en la capital de la Parte a la que se le haya hecho la solicitud de consultas, salvo que las Partes consultantes acuerden algo diferente.

Las Partes pueden acordar en cualquier momento iniciar voluntariamente un método alternativo de solución de controversias, como buenos oficios, conciliación o mediación, mismos que serán confidenciales y sin perjuicio de los derechos de las Partes en otro procedimiento.

El artículo 31.6 se refiere al establecimiento de un panel, cuya conformación podrá ser solicitada por cualquier Parte consultante mediante una notificación por escrito entregada a la Parte demandada a través de su sección del Secretariado, debiendo incluir en su solicitud

²⁰ El concepto "mercancías perecederas" significa productos agrícolas y pesqueros perecederos clasificados en los capítulos 1-24 del Sistema Armonizado.

una identificación de la medida u otro asunto en cuestión y un breve resumen del fundamento jurídico de la reclamación que sea suficiente para presentar el problema claramente. A la entrega de la solicitud, la Comisión de Libre Comercio deberá establecer el panel.

Una tercera Parte que considere que tiene un interés sustancial en el asunto tiene derecho a unirse como Parte reclamante mediante la notificación por escrito, de su intención de participar, a las Partes contendientes a través de sus respectivas secciones del Secretariado.

El panel deberá examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes del T-MEC, el asunto al que se hace referencia en la solicitud de establecimiento del panel y deberá emitir conclusiones y determinaciones, y cualquier recomendación solicitada de manera conjunta, junto con sus razonamientos.

El artículo 31.8 hace referencia a la lista y requisitos de los panelistas. Se acordó que las Partes establecerán a la fecha de entrada en vigor del T-MEC una lista de hasta treinta personas que estén dispuestas a actuar como panelistas. La lista se deberá designar por consenso y permanecer vigente por un mínimo de tres años o hasta que las Partes constituyan una nueva lista, pudiendo ser reelectos sus integrantes. Cada miembro de la lista y panelista deberá tener conocimientos especializados o experiencia en derecho, comercio internacional, otros asuntos cubiertos por el T-MEC, o en la solución de controversias derivadas de acuerdos comerciales internacionales; ser electos estrictamente en función de su objetividad, confiabilidad y buen juicio; ser independientes de, y no tener vinculación con ni recibir instrucciones de, las Partes, y cumplir con el Código de Conducta establecido por la Comisión.

En el caso de las controversias surgidas conforme al capítulo 23 (Laboral), capítulo 24 (Medio ambiente) o el capítulo 27 (Anticorrupción), cada Parte contendiente seleccionará a un panelista de conformidad con los siguientes requisitos, adicionales a aquellos establecidos para la solución general de controversias:

- a) En cualquier controversia que surja del capítulo 23 (Laboral), los panelistas distintos al presidente tendrán conocimiento especializado o experiencia en derecho o práctica laboral.
- b) En cualquier controversia que surja del capítulo 24 (Medio ambiente), los panelistas distintos al presidente tendrán conocimiento especializado o experiencia en derecho o práctica ambiental.
- c) En cualquier controversia que surja del capítulo 27 (Anticorrupción), los panelistas distintos al presidente tendrán conocimiento o experiencia en derecho o práctica en anticorrupción.

El artículo 31.9 se refiere a la selección de los panelistas, pero lamentablemente no resuelve la problemática que se tenía en el capítulo XX, consistente en qué sucede si una de las Partes se niega a celebrar el sorteo a que se refiere el propio artículo y que permite a una Parte bloquear el mecanismo. Se establece que el panel se integrará por cinco miembros. Las Partes contendientes procurarán acordar la designación del presidente del panel en los quince días siguientes a la entrega de la solicitud para la integración del mismo. En caso de que las Partes contendientes no logren llegar a un acuerdo dentro de este periodo, una de ellas, electa por sorteo, designará como presidente, en el plazo de cinco días, a un individuo que no sea ciudadano de la Parte que designa. Desafortunadamente y pese a la lamentable experiencia previa, no se resuelve ni se prevé, como en otros acuerdos, el caso de que una de las Partes se rehúse a celebrar el sorteo.

Dentro de los quince días siguientes a la elección del presidente, cada Parte contendiente seleccionará dos panelistas que sean ciudadanos de la otra Parte contendiente. Si una Parte contendiente no elige a sus panelistas dentro de ese plazo, éstos se seleccionarán por sorteo entre los miembros de la lista, quienes serán ciudadanos de otra Parte contendiente.

El artículo 31.11 señala las reglas de procedimiento para los paneles, mismas que deberán asegurar los siguientes aspectos:

- a) Las Partes contendientes tienen el derecho, por lo menos, a una audiencia ante el panel, frente al cual cada una podrá presentar sus observaciones oralmente.
- b) Cualquier audiencia ante el panel será abierta al público, salvo que las Partes contendientes acuerden algo diferente.
- c) Cada Parte contendiente tendrá una oportunidad para presentar una comunicación inicial y una réplica por escrito.
- d) Las presentaciones escritas de cada Parte contendiente, la versión escrita de una declaración oral y la respuesta escrita a una solicitud o pregunta del panel, si las hubiere, son públicas tan pronto como sea posible después de la presentación de los documentos.
- e) El panel considerará las solicitudes de entidades no gubernamentales ubicadas en el territorio de una Parte contendiente para proporcionar opiniones escritas con respecto a la disputa que puedan ayudar al panel a evaluar las presentaciones y argumentos de las Partes contendientes. Esto es una novedad y se conoce como *amicus curiae*.
- f) La información confidencial es protegida.
- g) Las presentaciones escritas y los argumentos orales se harán en uno de los idiomas de las Partes, a menos que las Partes contendientes acuerden lo contrario.
- h) Salvo que las Partes contendientes acuerden algo diferente, las audiencias se llevarán a cabo en la capital de la Parte demandada.

El artículo 31.12 contiene otra novedad: la presentación electrónica de documentos. Se acordó que las Partes contendientes archivarán todos los documentos relacionados con una disputa, incluidas las presentaciones escritas, las versiones escritas de las declaraciones orales y las respuestas escritas a las preguntas del panel, por medios electrónicos a través de sus respectivas secciones del Secretariado.

El artículo 31.13 establece que la función de un panel es hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido y presentar un informe que contenga:

- a) Las conclusiones de hecho.
- b) Determinaciones sobre: *i)* si la medida en cuestión es incompatible con las obligaciones del T-MEC; *ii)* si una Parte no ha cumplido con sus obligaciones en el T-MEC; *iii)* si la medida en cuestión está causando anulación o menoscabo en el sentido del artículo 31.2 (Ámbito de aplicación), o *iv)* cualquier otra determinación solicitada en los términos de referencia.
- c) Recomendaciones, si las Partes contendientes las han solicitado conjuntamente, para la resolución de la disputa.
- d) Las razones de las conclusiones de hecho y determinaciones.

Se hace la aclaración de que las conclusiones de hecho, determinaciones y recomendaciones del panel no aumentarán ni reducirán los derechos y las obligaciones de las Partes en virtud del T-MEC.

El panel deberá considerar el T-MEC de acuerdo con las reglas de interpretación conforme al derecho internacional, tal y como se reflejan en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), y tomará sus decisiones por consenso, salvo que podrá tomar sus decisiones por mayoría de votos si no puede llegar a un consenso.

El panel basará su informe en las disposiciones pertinentes del T-MEC, las presentaciones y los argumentos de las Partes contendientes, y en cualquier información o recomendación que se le presente en virtud del artículo 31.15, relativo a la función de los expertos.

Conforme al artículo 31.17, el panel deberá presentar a las Partes contendientes un informe preliminar a más tardar 150 días siguientes a la fecha de designación del último

árbitro. En casos de urgencia, incluyendo aquellos relacionados con mercancías perecederas, el panel procurará presentar el informe preliminar a las Partes contendientes a más tardar 120 días siguientes a la fecha de designación del último panelista. Una Parte contendiente podrá presentar observaciones escritas al panel sobre el informe preliminar a más tardar quince días siguientes a la presentación del informe o dentro de otro plazo que las Partes contendientes puedan acordar. Después de considerar esos comentarios, el panel, por iniciativa propia o a solicitud de cualquiera de las Partes contendientes, puede:

- a) Solicitar las opiniones de una Parte.
- b) Reconsiderar su informe.
- c) Realizar un nuevo examen que estime conveniente.

El panel deberá presentar un informe final a más tardar treinta días después de la presentación del informe inicial, a menos que las Partes contendientes acuerden lo contrario.

A más tardar quince días después de la presentación del informe final, las Partes contendientes pondrán el informe final a disposición del público, luego de tomar cualquier medida para proteger la información confidencial.

Dentro de los 45 días posteriores a la recepción de un informe final que contenga hallazgos sobre: *a)* la medida en cuestión es incompatible con las obligaciones de una Parte en el T-MEC; *b)* una Parte no ha cumplido con sus obligaciones en el T-MEC, o *c)* la medida en cuestión está causando anulación o menoscabo en el sentido del artículo 31.2 (Ámbito de aplicación), las Partes contendientes se esforzarán por llegar a un acuerdo sobre la resolución de la disputa.

La resolución de la disputa puede comprender la eliminación de la no conformidad o la anulación o menoscabo, de ser posible; el establecimiento de una compensación mu-

tuamente aceptable, o cualquier otro remedio que las Partes contendientes acuerden. Si las Partes contendientes no pueden acordar una resolución a la disputa dentro de los treinta días posteriores a la recepción del informe final, la Parte reclamante podrá suspender la aplicación, a la Parte demandada, de beneficios de equivalente efecto a la no conformidad o la anulación o menoscabo hasta que las Partes contendientes acuerden una resolución a la disputa. Al examinar los beneficios que habrán de suspenderse, una Parte reclamante debe, en primer lugar, tratar de suspender los beneficios en el mismo sector que el afectado por la medida u otro asunto que fue objeto de la controversia; si considera que no es posible o efectivo suspender beneficios en el mismo sector, puede suspender beneficios en otros sectores, a menos que se disponga lo contrario en el T-MEC.

La Sección B se refiere a los procedimientos internos y solución de controversias comerciales privadas. El artículo 31.20 trata acerca de la interpretación del T-MEC ante instancias judiciales y administrativas internas. Cuando una cuestión de interpretación o de aplicación del T-MEC surja en un procedimiento judicial o administrativo interno de una Parte y cualquier otra Parte considere que amerita su intervención, o cuando un tribunal u órgano administrativo solicite la opinión de alguna de las Partes, esa Parte lo notificará a las otras y a su sección del Secretariado. La Comisión procurará, a la brevedad posible, acordar una respuesta adecuada.

La Parte en cuyo territorio se encuentre ubicado el tribunal o el órgano administrativo presentará a éstos cualquier interpretación acordada por la Comisión, de conformidad con los procedimientos de ese foro.

Asimismo, cuando la Comisión no logre llegar a un acuerdo, cualquiera de las Partes podrá someter su propia opinión al tribunal o al órgano administrativo, de acuerdo con los procedimientos de dicho foro.

El artículo 31.21 señala que ninguna de las Partes podrá otorgar derecho de acción en su legislación interna contra cualquiera de las otras Partes con fundamento en que una medida de otra Parte es incompatible con el T-MEC.

Finalmente, el artículo 31.22 se refiere a los medios alternativos para la solución de controversias comerciales. Cada Parte, en la medida de lo posible, alentará, facilitará y promoverá, a través de la educación, el uso del arbitraje, la mediación, la resolución de disputas en línea y otros procedimientos para la prevención y resolución de disputas comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio. Para tal fin, cada Parte dispondrá de procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias, y facilitar y promover los procedimientos de mediación.

Se considerará que las Partes cumplen con lo anterior si son parte y se ajustan a las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958) o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (1975).

Se ordena que la Comisión establezca y mantenga un Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas, integrado por personas que tengan conocimientos especializados o experiencia en la solución de controversias comerciales internacionales privadas. Dicho Comité deberá, en la medida de lo posible, alentar, facilitar y promover, a través de la educación, el uso del arbitraje, la mediación, la solución de disputas en línea y otros procedimientos para la prevención y solución de disputas comerciales internacionales entre partes privadas en la zona de libre comercio.

El Comité deberá informar y proporcionar recomendaciones a la Comisión sobre temas generales que respeten la disponibilidad, el uso y la eficacia del arbitraje, la mediación, la solución de conflictos en línea y otros procedimientos de solución de conflictos para la prevención y solución de dichos conflictos en la zona de libre comercio.

Los remedios comerciales en el T-MEC

El capítulo XIX del TLCAN pasó a ser el capítulo 10 del T-MEC y es resultado de un proceso de discusión donde México había, lamentablemente, ya aceptado su desaparición, dejando su conservación a la negociación entre Canadá y Estados Unidos,²¹ pese a las múltiples manifestaciones que desde la academia y los colegios de abogados se habían hecho en favor de preservar dicho mecanismo de solución de controversias y su importancia vital para México y sus sectores productivo, exportador e importador.²²

Un tema particularmente grave de las propuestas estadounidenses se refirió precisamente a la eliminación del mecanismo de solución de controversias contenido en el artículo 1904 del capítulo XIX del TLCAN. Las resoluciones del capítulo XIX han sido en diversos sentidos: en unas ocasiones han sido favorables a las autoridades nacionales de Canadá, Estados Unidos y México, y en otras, a los particulares de los tres países que han solicitado su integración. Los usuarios del sistema mexicano de defensa contra prácticas desleales de comercio internacional han acudido en múltiples ocasiones al mecanismo contemplado en el

²¹ Disponible en: <https://www.forbes.com.mx/mexico-renuncio-a-capitulo-19-de-tlcan-sobre-solucion-de-controversias-lighthizer/>.

²² Así, tenemos las manifestaciones en redes sociales y las comunicaciones directas a la Secretaría de Economía por parte del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México y de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados; del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; de la Asociación Nacional de la Industria de Cerraduras, Candados, Herrajes y Similares; de la Cámara Nacional de las Industrias Azucarera y Alcohólica; del Instituto Mexicano de Contadores Públicos; del Colegio de Profesores de Comercio Exterior de la Facultad de Derecho de la UNAM; de la Asociación de Consultores en Prácticas Comerciales Internacionales; de la Cámara de Comercio del Canadá en México; del Instituto Mexicano de Ejecutivos en Comercio Exterior; de la ICC México, y de diversos juristas expertos en la materia.

artículo 1904 del TLCAN desde su entrada en vigor, obteniendo resultados de diversa índole, pero siempre positivos para la relación comercial. No debemos cerrar esa puerta a los exportadores de los países parte del Tratado.

El capítulo XIX fue el último capítulo en negociarse en el TLCAN y su inclusión representó un logro fundamental de México y de su sector privado en el Tratado. Se trata de un mecanismo que está al alcance de los particulares interesados y que ofrece una opción única de revisión imparcial, objetiva, internacional y de naturaleza arbitral de las resoluciones dictadas por las autoridades nacionales en materia de prácticas desleales de comercio internacional. Consideramos que el gobierno de México debe defender, fortalecer y mantener el mecanismo dentro del TLCAN, puesto que, de lo contrario, los exportadores de los tres países perderán una opción única para dar seguridad a sus exportaciones y sus mercados.

El capítulo XIX garantiza la imparcialidad y la capacidad que puede ofrecer un mecanismo arbitral internacional, objetivo e independiente. Eso le interesa y le conviene a todas las Partes del TLCAN. No olvidemos lo dicho en su momento por la Cámara de Senadores en su dictamen sobre el TLCAN, al tratar el tema del capítulo XIX, quien señaló que

Las disposiciones del capítulo XIX del Tratado contribuirán a sentar las bases de un mercado libre de prácticas nocivas para el comercio entre las tres naciones... contribuirá a proteger la estabilidad de la producción nacional al establecerse vías adecuadas para dirimir las controversias que se presenten, entre ellas lo que se refiere a combatir el comercio desleal.²³

Durante la vigencia del TLCAN se presentaron 118 casos, donde 18 fueron en contra de México; por su parte, exportadores mexicanos presentaron 35 casos en contra de Estados Unidos y 2 en contra de Canadá.

²³ Senado de la República, *Dictamen sobre el Tratado de Libre Comercio para América del Norte y Acuerdos Complementarios —laboral y ambiental—*, México, Senado de la República, LV Legislatura, 1994, pp. 181 y 182.

El capítulo 10 del T-MEC se divide en las siguientes secciones:

- 1) Sección A. Salvaguardias.
- 2) Sección B. Derechos antidumping y compensatorios.
- 3) Sección C. Cooperación para prevenir la evasión de derechos en materia de leyes sobre remedios comerciales.
- 4) Sección D. Revisión y solución de controversias en materia de derechos antidumping y compensatorios.

Cabe destacar que se inserta una sección sobre salvaguardias que no estaba en el capítulo XIX original y diversos anexos, inspirados en el CPTPP.

En la Sección A se señala que cada Parte conserva sus derechos y obligaciones conforme al artículo XIX del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre Salvaguardias, excepto los referentes a compensación o represalia y exclusión de una medida en cuanto sean incompatibles con las disposiciones del T-MEC.

Se establece que cualquier Parte que aplique una medida de emergencia conforme al artículo XIX y el Acuerdo sobre Salvaguardias deberá excluir de la medida las importaciones de mercancías de cada una de las otras Partes, a menos que:

- a) Las importaciones de una Parte, consideradas individualmente, representen una participación sustancial en las importaciones totales.
- b) Las importaciones de una Parte consideradas individualmente o, en circunstancias excepcionales, las importaciones de varias Partes consideradas en conjunto contribuyan de manera importante al daño grave o amenaza del mismo causado por dichas importaciones.

Al determinar si las importaciones de una Parte, consideradas individualmente, representan una participación sustancial en las importaciones totales, normalmente aquéllas no se considerarán sustanciales si la Parte no es uno de los cinco proveedores principales de la mercancía sujeta al procedimiento, con base en su participación en las importaciones durante los tres años inmediatamente anteriores, y si las importaciones de una Parte o Partes contribuyen de manera importante al daño grave o amenaza del mismo.

Normalmente no se considerará que las importaciones de una Parte contribuyen de manera importante al daño grave o amenaza del mismo si su tasa de crecimiento durante el período en que se produjo el incremento dañino de las mismas es apreciablemente menor que la tasa de crecimiento de las importaciones totales, procedentes de todas las fuentes, durante el mismo período.

La Parte que aplique la medida, e inicialmente haya excluido de ella a una mercancía de otra Parte o Partes, más tarde tendrá derecho a incluirla, cuando la autoridad investigadora competente determine que un incremento súbito en las importaciones de tal mercancía reduce la eficacia de la medida.

Una Parte deberá notificar sin demora y por escrito a las otras Partes el inicio de un procedimiento que pudiera desembocar en una medida de emergencia de conformidad con el T-MEC.

La Parte que aplique una medida de salvaguardia deberá proporcionar a la Parte o Partes contra cuya mercancía se haya aplicado, una compensación mutuamente acordada de liberalización comercial, en forma de concesiones que tengan efectos comerciales sustancialmente equivalentes, o que lo sean respecto del valor de los gravámenes adicionales que se esperen de la medida. Si las Partes implicadas no pueden llegar a un acuerdo sobre la compensación, la Parte contra cuya mercancía se aplique la medida podrá imponer medidas que tengan efectos comerciales sustancialmente equivalentes a los de la medida adoptada.

La Sección B se refiere a los derechos antidumping y compensatorios; además, incluye una serie de definiciones relativas a la autoridad investigadora, la información confidencial, la parte demandada, la parte interesada y el procedimiento. Por otro lado, el artículo 10.3, que aborda lo relacionado a los derechos y obligaciones, reproduce, en buena medida, el artículo 6.8 del capítulo 6, “Defensa comercial”, del CPTPP.

Se establece que las Partes, sujetas a sus respectivas leyes y regulaciones, compartirán información aduanera relativa a importaciones, exportaciones y operaciones de tránsito, que le permita a las Partes combatir la evasión de derechos y efectuar análisis e investigaciones, conjuntos o coordinados, sobre una presunta evasión de derechos. Adicionalmente, cada Parte mantendrá un mecanismo a través del cual pueda compartir información con las otras Partes referente a importaciones que puedan implicar la evasión de derechos antidumping, compensatorios o de salvaguardia.

Cada Parte, a solicitud de otra Parte, se encuentra obligada a proporcionar a la Parte solicitante, de conformidad con sus leyes o regulaciones, la información recabada en relación con las importaciones, las exportaciones y las operaciones de tránsito, así como otra información relevante que tenga o pueda obtener razonablemente, que permita a la Parte solicitante determinar si una importación a su territorio está sujeta a derechos antidumping, compensatorios o de salvaguardia impuestos por la Parte solicitante.

Una Parte podrá solicitar por escrito que otra Parte realice una verificación de evasión de derechos, en el territorio de la Parte solicitada, para los efectos de obtener información, incluyendo documentos de un exportador o productor, que permitirá a la Parte solicitante determinar si una importación en particular al territorio de la Parte solicitante está sujeta a derechos antidumping, compensatorios o de salvaguardia impuestos por la Parte solicitante.

En el caso de la Sección D, se mantiene en el artículo 2o. el texto del artículo 1902 del capítulo XIX del TLCAN, relativo a la vigencia de las disposiciones jurídicas internas en materia de derechos antidumping y compensatorios.

El artículo 3o. incluye el texto del artículo 1903 del TLCAN, referente a la revisión de las reformas legislativas, añadiendo al final un plazo de sesenta días para denunciar el tratado luego de notificarlo por escrito a la Parte de que trata el texto del artículo.

Por fortuna, el artículo 4o. reproduce el artículo 1904 del capítulo XIX del TLCAN, relativo a la revisión de resoluciones definitivas sobre derechos antidumping y compensatorios, si bien se desaprovechó inexplicablemente la oportunidad para mejorar y fortalecer el mecanismo y al Secretariado del Tratado. Cabe destacar que se mantiene la obligación de que las partes en el procedimiento sean representadas por abogados ante el panel (párrafo 7) y se confirma la naturaleza arbitral del mecanismo de solución de controversias (párrafo 14).

El artículo 5o. mantiene el texto del artículo 1905 del TLCAN, respecto a la salvaguarda del sistema de revisión ante el panel. Asimismo, el artículo 6o. refleja el contenido del artículo 1906 del capítulo XIX del TLCAN, referente a la aplicación en lo futuro de la Sección. Por su parte, el artículo 7o. mantiene el texto del artículo 1907, relativo a las consultas anuales que deben mantener las Partes del Tratado.

El artículo 8o. reproduce el contenido del artículo 1908 del TLCAN, referente a las disposiciones especiales para el Secretariado y su funcionamiento. Por otro lado, el artículo 9o., relativo al Código de Conducta para los miembros de los paneles y comités establecidos conforme al capítulo 10, refleja el contenido del artículo 1909 del TLCAN. Por su parte, el artículo 10 mantiene el texto del artículo 1910 del TLCAN en materia de copias de la información pública presentada ante la autoridad investigadora en un procedimiento antidumping y antisubsidios.

El artículo 11 repite las definiciones específicas por país contenidas en el artículo 1911 del TLCAN y actualiza con respecto a México el criterio de revisión de los paneles, señalando que es el establecido en el artículo 51 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, o cualquier ley que lo sustituya, basado solamente en el expediente.

Se modifica la definición de ley antidumping, aclarándose que significa:

- a) En el caso de Canadá, las disposiciones pertinentes de la Special Import Measures Act, con sus reformas, y cualesquiera leyes sucesoras.
- b) En el caso de Estados Unidos, las disposiciones pertinentes del título VII de la Tariff Act de 1930, con sus reformas, y cualesquiera leyes sucesoras.
- c) En el caso de México, las disposiciones pertinentes de la Ley de Comercio Exterior, con sus reformas, y cualesquiera leyes sucesoras.
- d) Las disposiciones de cualquier otra ley que prevea la revisión judicial de las resoluciones definitivas conforme a los incisos *a*, *b* o *c*, o indique los criterios de revisión aplicables a esas resoluciones.

Se señala que “ley de derechos compensatorios” significa:

- a) En el caso de Canadá, las disposiciones pertinentes de la Special Import Measures Act, con sus reformas, y cualesquiera leyes sucesoras.
- b) En el caso de Estados Unidos, la Sección 303 y las disposiciones pertinentes del título VII de la Tariff Act de 1930, con sus reformas, y cualesquiera leyes sucesoras.
- c) En el caso de México, las disposiciones pertinentes de la Ley de Comercio Exterior, con sus reformas, y cualesquiera leyes sucesoras.

- d) Las disposiciones de cualquier otra ley que prevea la revisión judicial de las resoluciones definitivas conforme a los incisos *a*, *b* o *c*, o indique los criterios de revisión aplicables a esas resoluciones.

Por su parte, el término “mercancías de una Parte” significa los productos nacionales tal como se entienden en el GATT de 1994. De igual forma, se define como “Parte importadora” a la Parte que haya emitido la resolución definitiva.

Por el concepto “resolución definitiva” se entiende:

- a) En el caso de Canadá: *i*) un mandato o fallo del Canadian International Trade Tribunal conforme a la Subsección 43(1) de la Special Import Measures Act; *ii*) un mandato del Canadian International Trade Tribunal conforme a la Subsección 76(4) de la Special Import Measures Act, con sus reformas, en continuación de un mandato o fallo pronunciados conforme a la Subsección 43(1) de la Act, con o sin reforma; *iii*) una resolución dictada por el President of the Canada Border Services Agency conforme a la Sección 41 de la Special Import Measures Act, con sus reformas; *iv*) una reconsideración dictada por el President conforme a la Sección 59 de la Special Import Measures Act, con sus reformas; *v*) una resolución dictada por el Canadian International Trade Tribunal conforme a la Subsección 76(3) de la Special Import Measures Act, con sus reformas, en el sentido de no iniciar el procedimiento de revisión; *vi*) una reconsideración por el Canadian International Trade Tribunal conforme a la Subsección 91(3) de la Special Import Measures Act, con sus reformas, y *vii*) una revisión por el President of the Canada Border Services Agency de un compromiso conforme a la Subsección 53(1) de la Special Import Measures Act, con sus reformas.
- b) En el caso de Estados Unidos: *i*) una resolución definitiva de naturaleza positiva que dicte la International Trade Administration of the U.S. Department of Com-

merce o la U.S. International Trade Commission conforme a la Sección 705 o 735 de la Tariff Act de 1930, con sus reformas, incluyendo cualquier parte negativa que contenga esa resolución; *ii*) una resolución definitiva de naturaleza negativa que dicte la International Trade Administration of the U.S. Department of Commerce o la U.S. International Trade Commission conforme a la Sección 705 o 735 de la Tariff Act de 1930, con sus reformas, incluyendo cualquier parte afirmativa que contenga esa resolución; *iii*) una resolución definitiva distinta a la señalada en el inciso *iv* conforme a la Sección 751 de la Tariff Act de 1930, con sus reformas; *iv*) una resolución que dicte la U.S. International Trade Commission conforme a la Sección 751(b) de la Tariff Act de 1930, con sus reformas, en el sentido de no revisar una resolución basada en un cambio de circunstancias, y *v*) una resolución dictada por la International Trade Administration of the U.S. Department of Commerce respecto a si un determinado tipo de mercancía está incluido en la clase o tipo de mercancía descrita en un fallo existente de dumping o una resolución sobre derechos antidumping o compensatorios.

- c) En el caso de México: *i*) una resolución definitiva respecto a las investigaciones en materia de derechos antidumping o compensatorios dictada por la Secretaría de Economía conforme al artículo 59 de la Ley de Comercio Exterior, con sus reformas; *ii*) una resolución definitiva con relación a la revisión administrativa anual de la resolución definitiva respecto a derechos antidumping o compensatorios de la Secretaría de Economía, como se señala en su lista del Anexo 10-B.4, inciso *o*, y *iii*) una resolución definitiva dictada por la Secretaría de Economía respecto a si un determinado tipo de mercancía está incluido en la clase o tipo de mercancía descrita en una resolución existente sobre derechos antidumping o compensatorios.

Asimismo, se incluye un Anexo 10-A, que reproduce en parte el contenido del Anexo 6-A, “Prácticas relativas a procedimientos antidumping y sobre derechos compensatorios”, del capítulo 6, “Defensa comercial”, del CPTPP.

Se establece que, para facilitar el acceso a la información pertinente para los procedimientos antidumping y sobre derechos compensatorios, cada Parte pondrá a disposición del público, en forma electrónica, lo siguiente:

- a) Leyes y reglamentaciones relacionadas con sus procedimientos antidumping y sobre derechos compensatorios.
- b) Ejemplos de cuestionarios que emitiría en un procedimiento antidumping típico.

Al poner la información a disposición electrónicamente, una Parte se esforzará por minimizar el número de páginas web en las que se proporcione dicha información. Una Parte también se esforzará por poner a disposición electrónicamente otra información relevante para los procedimientos antidumping y sobre derechos compensatorios, tales como manuales, directrices, plantillas, y otros materiales de referencia y orientación, cuando corresponda.

Se ordena que, para cada procedimiento antidumping y sobre derechos compensatorios que involucre importaciones de otra Parte, iniciado después de la fecha de entrada en vigor del T-MEC, cada autoridad investigadora de una Parte mantendrá y pondrá a disposición, sin cargo, mediante un punto de acceso vía web para todas las partes interesadas:

- a) Un archivo que contenga: *i)* todos los documentos no confidenciales que forman parte de su expediente administrativo para cada segmento de un procedimiento (procedimiento en el caso de México), y *ii)* en la medida de lo posible, sin revelar información confidencial, resúmenes no confidenciales de la información confidencial contenida en su expediente administrativo.

- b) Una lista de todos los documentos que forman parte de su expediente administrativo para cada segmento de un procedimiento (procedimiento en el caso de México), de manera que permita a cualquier parte interesada identificar y localizar documentos específicos en el archivo.

Si las restricciones técnicas impiden el acceso vía web a un documento que forma parte de su expediente administrativo para cada segmento de un procedimiento (procedimiento en el caso de México), la autoridad investigadora podrá, en su lugar, poner el documento a disposición de todas las partes interesadas, de conformidad con la legislación interna de la Parte, mediante inspección física durante el horario laboral normal de la autoridad investigadora (como lo hace actualmente la UPCI).

Cada autoridad investigadora de una Parte deberá mantener o establecer un sistema a través del cual las partes interesadas que participen en un segmento de un procedimiento antidumping o sobre derechos compensatorios (procedimiento en el caso de México) puedan presentar documentos en forma electrónica en dicho segmento del procedimiento (procedimiento en el caso de México). No obstante lo anterior, cada autoridad investigadora de una Parte podrá requerir la presentación física de una solicitud o de otros documentos en circunstancias excepcionales, incluyendo cuando las restricciones técnicas puedan afectar la capacidad de las partes interesadas para presentar determinados documentos electrónicamente.

El Anexo 10-B.1 se refiere a la integración de paneles binacionales y reproduce el contenido del Anexo 1901.2 del capítulo XIX del TLCAN. Por lo que toca al Anexo 10-B.2, éste establece los procedimientos de los paneles conforme al artículo 3o. y repite el texto del Anexo 1903.2 del capítulo XIX del TLCAN. Por su parte, el Anexo 10-B.3, "Procedimiento de impugnación extraordinaria", contiene el mismo texto del Anexo 1904.13 del capítulo XIX del TLCAN.

El Anexo 10-B.4, “Reforma a las disposiciones jurídicas internas”, reproduce el contenido del Anexo 1904.15 del capítulo XIX del TLCAN. Cabe destacar que los compromisos de reforma incluidos se ejecutaron durante la vigencia del TLCAN, por lo que deberá revisarse y, en su caso, eliminarse este Anexo. Por otro lado, el Anexo 10-B.5, “Procedimiento del Comité Especial”, mantiene el texto del Anexo 1905.6 del capítulo XIX del TLCAN.

Se incluyen al final del capítulo 10 diversas disposiciones transitorias y se aclara que su ubicación está por determinarse. A su vez, se establece lo siguiente:

- 1) El capítulo XIX del TLCAN de 1994 continuará aplicándose a las revisiones ante paneles binacionales relacionadas con las resoluciones definitivas publicadas por una Parte antes de la entrada en vigor de este Acuerdo.
- 2) Con respecto a los asuntos establecidos en el párrafo anterior, el Secretariado establecido conforme al artículo 30.6 de este Acuerdo desempeñará, en todos los aspectos, las funciones asignadas al Secretariado del TLCAN de 1994 conforme al capítulo XIX del mismo Tratado y conforme a los procedimientos nacionales de implementación adoptados por las Partes en relación con lo anterior, hasta que el panel binacional haya emitido una decisión y el Secretariado del TLCAN haya emitido un aviso de terminación de la revisión ante panel, de acuerdo con las reglas de procedimiento del artículo 1904 del TLCAN.

La protección de inversiones en el T-MEC

El capítulo XI del TLCAN, relativo a la inversión y todavía vigente, contiene dos apartados: 1) el “A”, referente a los derechos de los inversionistas y de las inversiones en territorios de las Partes del Tratado, y 2) el “B”, acerca de la solución de controversias por violaciones a derechos de inversión.

El actual T-MEC regula estos temas en el capítulo 14, según la versión en inglés, que es la que se ha distribuido recientemente, aunque con diversos anexos y apéndices que lo complementan.²⁴ De acuerdo con la postura institucional del gobierno mexicano,²⁵ en caso de que este Acuerdo entre en vigor, con este capítulo 14 prácticamente se “preserva el Capítulo XI, que permitirá defender las inversiones más importantes en las controversias Inversionista-Estado”.

La importancia de que la protección de inversiones esté contenida en un tratado es fundamental para el buen funcionamiento del mismo. Por un lado, el mensaje constante de los gobernantes radica en la importancia de atraer inversiones extranjeras que contribuyan al fortalecimiento de regiones y de áreas económicas nacionales mediante proyectos de infraestructura y desarrollo. Por otro lado, el generar confianza como país para que los grandes

²⁴ De acuerdo con la versión en inglés, el capítulo 14 contiene diecisiete rubros, anexos que van de la “A” a la “E” y tres apéndices incluidos en el Anexo 14-D, relativo a procedimientos en controversias entre México y Estados Unidos.

²⁵ “Mantener la certidumbre del comercio y las inversiones”, *Resultados de la modernización del acuerdo comercial entre México, Estados Unidos y Canadá*, disponible en: economia.gob.mx (fecha de consulta: 25 de octubre de 2018).

inversionistas extranjeros encuentren un nicho de oportunidad para el fortalecimiento de sus propios intereses resulta igualmente relevante.

Los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado (conocidos en inglés como ISDS)²⁶ son los que generan certidumbre para inversionistas que participan con sus proyectos en países ajenos a ellos, ya que siempre será preferible contar con procedimientos alternativos de solución de conflictos antes de litigar en las instancias nacionales.

El actual capítulo sobre inversión del T-MEC (USMCA en inglés) incluye algunas novedades que van en la misma sintonía de tratados recientes sobre protección recíproca de inversiones y también contiene cambios influenciados, en gran medida, por decisiones recientes que han dado un giro radical en beneficio de las facultades regulatorias estatales (véanse los casos *Philip Morris vs. Uruguay*²⁷ y *Eli Lilly vs. Canadá*).²⁸

Lo primero que hay que decir de esta reciente negociación es que, en caso de entrar en vigor el T-MEC, ésta será la primera ocasión en la que se establecen compromisos diferenciados para los tres socios comerciales, pues Canadá ha quedado excluida del procedimiento arbitral; es decir, los inversionistas canadienses podrán iniciar procedimientos de impugnación ante tribunales nacionales mexicanos y estadounidenses, mas no arbitrajes ISDS, así como tampoco inversionistas mexicanos y estadounidenses podrán iniciar arbitrajes contra violaciones canadienses a derechos de inversión.

La parte más débil del acuerdo alcanzado le corresponde a la relación entre Estados Unidos y Canadá, puesto que México y Canadá cuentan con el mecanismo arbitral en el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP), que se encuentra en vías de entrar en vigor.

²⁶ Esta sigla significa Investor-State Dispute Settlement.

²⁷ La decisión se encuentra disponible en: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/10/7>.

²⁸ La decisión está disponible en: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=UNCT/14/2>.

En lo que toca a los intereses bilaterales de Canadá y Estados Unidos, el TLCAN es hasta ahora el único vínculo internacional de protección de inversiones, aunque lo seguirá siendo al menos para los reclamos por violación de inversiones establecidas desde la entrada en vigor del TLCAN (1994) y hasta tres años posteriores a la entrada en vigor del T-MEC. A esta cláusula se le ha conocido en previos tratados como “cláusula del abuelo”, y en este caso también como la “cláusula legado”, que el T-MEC regula en el artículo 6o., inciso a, del Anexo 14-C.

Actualmente, en el marco del CIADI existen casos pendientes de decisión derivados de la aplicación del capítulo XI del TLCAN, dentro de los cuales no hay, en estos momentos, ningún caso en contra de Estados Unidos. Los casos pendientes son:

A. Contra Canadá:

- 1) Clayton/Bilcon.
- 2) Lone Pine Resources Inc.
- 3) Mobil Investments Canada Inc.
- 4) Resolute Forest Products Inc.
- 5) Tennant Energy, LLC.

B. Contra México:

- 1) Lion Mexico Consolidated LP.
- 2) B-Mex, LLC y otros.
- 3) Tele Fácil México.
- 4) Dal-Tile Corporation y Dal-Tile International.
- 5) Legacy Vulcan y Calizas Industriales del Carmen.
- 6) Oro Negro.

7) Vento Motorcycles.

8) Primero Mining Corp. (Aviso de Intención, empresa de Canadá).

Estas controversias no se verán afectadas por la entrada en vigor del T-MEC, como ya se dijo, al tiempo que todas las controversias que surjan en el lapso de tres años (artículo 3o. del Anexo 14-C), contados a partir de la fecha en la que quede sin efecto el TLCAN, podrán iniciarse bajo los auspicios del actual capítulo XI de este Tratado. Sólo después de ese plazo y bajo las condiciones del nuevo T-MEC, todas las controversias se tramitarán con las reglas del nuevo capítulo 14.

Las futuras controversias entre Canadá y Estados Unidos quedarán exceptuadas de este Tratado, como se señaló anteriormente. Respecto de las controversias entre Canadá y México (también antes referidas), se canalizarán por la vía del CPTPP, en tanto que las controversias entre México y Estados Unidos (Anexo 14-D) tienen ciertas reglas, tal y como se verá a continuación.

Agotamiento de la instancia nacional

El T-MEC requiere que los inversionistas agoten las instancias nacionales y, una vez hecho esto, deberán esperar treinta meses previo a solicitar el inicio del arbitraje, o bien tendrán que esperar la decisión del tribunal de mayor jerarquía nacional para solicitar el arbitraje, excepto cuando el recurso ante instancias nacionales sea manifiestamente inútil o no efectivo, de acuerdo con la interpretación de los propios tribunales nacionales.

Para la regla anterior existe una excepción, la cual refiere a controversias que hubieran resultado de contratos gubernamentales relacionados exclusivamente a determinados sectores descritos en el artículo 6o. del Anexo 14-E, que son:

- 1) Petróleo y gas natural.
- 2) Servicios de generación de energía.
- 3) Telecomunicaciones.
- 4) Transporte.
- 5) Infraestructura.

Las violaciones que se pueden reclamar serán sobre expropiación directa, así como sobre violación del trato nacional y del trato de nación más favorecida, excepto aquellas que tengan que ver con el establecimiento o adquisición de una inversión, lo que está expresamente excluido del Tratado.

*Disposiciones fork-in-the-road*²⁹

El Apéndice 3 del T-MEC contiene una disposición que limita el planteamiento de una misma controversia ante dos foros, y al mismo tiempo es una aparente contradicción respecto de agotar la instancia nacional, porque dispone que los inversionistas estadounidenses no someterán las disputas a arbitraje cuando México hubiera quebrantado una obligación de este capítulo si el inversionista o la empresa, respectivamente, hubiera alegado alguna violación de este capítulo ante tribunales o instancias administrativas de México.

La interpretación conjunta del Apéndice 3 y del artículo 5o. del Anexo 14-D parece una tarea complicada, al menos por ahora. Esta disposición, por otra parte, es unilateral contra violaciones mexicanas, pero no expresa nada respecto de reclamaciones de inversionistas

²⁹ Se entiende por el término *fork-in-the-road* las disposiciones por las que se prohíbe que una misma controversia se plantee ante dos foros distintos, lo que provocaría la posibilidad de dos decisiones contradictorias, por lo cual los tratados incluyen disposiciones que limitan dicha posibilidad.

mexicanos ante violaciones del gobierno estadounidense, lo que, según Bedrosyan,³⁰ significa una cláusula *fork-in-the-road* asimétrica, siendo la primera en su tipo para estos acuerdos comerciales. De acuerdo con este autor, dicha redacción no es fortuita, sino que se hizo con el más absoluto conocimiento de las diferencias de ambos sistemas jurídicos: el mexicano y el estadounidense.

Por mucho tiempo, desde que se suscribió el TLCAN, se ha hablado de las diferencias entre los sistemas jurídicos de los tres países, aunque el énfasis siempre ha sido por la forma en la que Estados Unidos y México incorporan el derecho internacional. Sobre esto, se ha dicho que, por el sistema monista mexicano, los tratados se incorporan al derecho nacional al momento de su ratificación y sin necesidad de ningún procedimiento de incorporación o interpretación posterior a la aprobación del Senado. Por su parte, Estados Unidos, debido a su sistema dualista, requiere de un acto posterior a la aprobación del tratado, consistente en la implementación de una ley que haga efectivas las obligaciones internacionales.

El elemento adicional que se incorpora con esta disposición del T-MEC consiste en que no era necesario que se incluyera una disposición espejo para reclamaciones de inversionistas mexicanos por violaciones de autoridades estadounidenses, ya que, de conformidad con el derecho estadounidense, los tratados se hacen efectivos por la vía ejecutiva, mas no por la judicial, a menos que concedan derechos particulares específicos, lo que no es muy común.

Derivado de lo anterior y en opinión de Bedrosyan, no es posible que inversionistas privados mexicanos pudieran llevar a los tribunales estadounidenses reclamaciones por violaciones al T-MEC, sino que tendrían que reclamar violaciones a la ley que lo implemente en los Estados Unidos, o bien ante instancias ejecutivas por la vía diplomática, como generalmente se hace con los procedimientos genéricos de solución de controversias del Tratado, que ya se vieron en la primera parte de este trabajo.

³⁰ Bedrosyan, Alexander, "The Asymmetrical Fork-in-the-Road Clause in the USMCA: Helpful and Unique", *Kluwer Arbitration Blog*, 29 de octubre de 2018, disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/29/usmca/> (fecha de consulta: 30 de octubre de 2018).

Por lo que se refiere a la materia de la controversia, las disposiciones *fork-in-the-road* implican que una controversia que surja de los mismos hechos y se plantee ante instancias nacionales y arbitraje simultáneamente no pueden prohibirse, ya que se trata de diferentes instancias, pues en una se revisa la violación de disposiciones nacionales y en otra se analiza la violación de un tratado.

Esta perspectiva es la que, de acuerdo con este mismo autor, se tomó en consideración para redactar estas disposiciones asimétricas, y como consecuencia de ello se prohíbe que los inversionistas estadounidenses que hubieran reclamado violaciones del T-MEC ante tribunales mexicanos lleven a cabo reclamaciones sobre violaciones del T-MEC ante arbitrajes de inversión, ya que entonces sí habría duplicidad de procedimientos. Esto no se hizo igual para inversionistas mexicanos, porque para ellos es imposible reclamar violaciones del T-MEC ante tribunales estadounidenses.

Plazo para iniciar controversias

El arbitraje del capítulo 14 del T-MEC tiene un plazo genérico para solicitarse (artículo 5o. del Anexo 14-D) de 48 meses (cuatro años), de los cuales se tienen que restar los treinta meses que deben de transcurrir para que los tribunales nacionales decidan en última instancia, suponiendo que se hubiera impugnado inmediatamente después de la violación jurídica, o bien que no hubieran decidido los tribunales pasado este periodo.

Si restamos estos treinta meses de requisito previo en instancias nacionales, el tiempo efectivo que le resta a los inversionistas para solicitar el arbitraje son dieciocho meses o año y medio, que representa la mitad del plazo que se tiene actualmente en el marco del capítulo XI del TLCAN para iniciar el procedimiento arbitral.

Esta regla de los treinta meses no se aplicaría para el caso de controversias que recaen en el ámbito de las excepciones del artículo 6o. del Anexo 14-E, ya que estos sectores especiales son directamente arbitrables, por lo que no es necesario agotar la instancia nacional y, en consecuencia, tampoco esperar los treinta meses referidos en el párrafo anterior.

Se mantienen tribunales ad hoc

Algo que ha sido parte del descrédito de este tipo de arbitrajes en los tiempos recientes es que todos estos procedimientos son *ad hoc*, lo que significa que se crean para resolver una controversia y desaparecen al resolverla o en cuanto termina el proceso por otras causas diferentes a la decisión (por ejemplo, desistimiento, discontinuar el proceso, desechamiento de las reclamaciones por motivos de jurisdicción), y una de las razones para este descrédito atiende a que los árbitros no se dedican a esto de tiempo completo, lo que provoca que puedan desempeñar cargos directivos en las empresas que luego son demandantes o peritos expertos, o sean servidores públicos de gobiernos demandados, y por ello se puedan crear conflictos de interés.

Ante esta circunstancia cada día más común, el T-MEC se acoge a los lineamientos en materia de conflictos de interés que regulan estas situaciones y limitan las disputas al constituirse tribunales arbitrales. Estos instrumentos, establecidos en el artículo 6.5 del Anexo 14-D, son referenciales para evitar problemas antes de constituir arbitrajes y que se dicten sus decisiones.

Estos problemas inherentes a los tribunales *ad hoc* ya se empiezan a resolver en otros tratados. Por ejemplo, el proceso de renegociación del Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea propone la inclusión de una corte permanente de arbitraje inversionista-Estado y, aunque actualmente enfrenta conflictos ante las instancias jurisdiccionales

européas sobre su congruencia con respecto al derecho europeo, representa un avance para eliminar la falta de institucionalidad de los arbitrajes actuales.

Concepto de inversión

Por lo que se refiere al concepto de inversión, el T-MEC adopta uno de los criterios más aceptados en esta clase de arbitrajes: el criterio Salini.³¹ Este criterio, aunque no es propiamente un precedente, tanto por la falta de autoridad de las decisiones arbitrales como porque no tiene total aceptación por la comunidad internacional, e incluso ha sido objeto de críticas, establece elementos muy precisos para determinar que una actividad concreta recae en el ámbito de la inversión y no de una comercial común.

De acuerdo con el criterio Salini, una inversión es aquella que supone:

- Un compromiso sustancial (aportaciones de capital).
- Cierta duración en la ejecución del contrato.
- Ingresos y beneficios regulares.
- Un elemento de riesgo (participación en los riesgos de la transacción).
- Contribución importante al desarrollo del Estado receptor.

El texto del capítulo 14 del T-MEC (artículo 14.1) hace alusión a este concepto, pero sin referirlo de manera expresa, al establecer que “investment means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk”.

³¹ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4. Decision on Jurisdiction (French Original: 129 Journal du droit international 196 [2002]) (English translation: 42 ILM 609 [2003], 6 ICSID Rep. 400 [2004]).

Estándar de trato mínimo

Este concepto, reconocido así porque intenta establecer un estándar mínimo conforme al derecho internacional, diferente del trato nacional y el de nación más favorecida, ya lo incluía el TLCAN en su artículo 1105, párrafo 1, de la siguiente forma: “1. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”.

La Comisión de Libre Comercio del TLCAN hizo una “interpretación” de este concepto en 2001.³² Entrecorramos la palabra “interpretación”, porque la misma fue objeto de muchas críticas, ya que dejó más dudas que claridad en sus conceptos. El artículo 14.6 del T-MEC recoge esta interpretación cuando dispone que “The concepts of «fair and equitable treatment» and «full protection and security» do not require additional treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights”.

La interpretación de la Comisión en 2001 decía textualmente:

B. Nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional

1. El artículo 1105(1) establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte.
2. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridades plenas” *no requieren un trato adicional* al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste.
3. Una resolución en el sentido de que se haya violado otra disposición del TLCAN o de un acuerdo internacional distinto no establece que se haya violado el artículo 1105(1).

³² Disponible en: http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Commission/CH11understanding_s.asp.

Como puede verse, esta supuesta interpretación, en realidad, no define al trato conforme al derecho internacional ni tampoco al trato justo y equitativo o a la protección y seguridad plena de las inversiones. Lo único que dice es aquello que “no” incluye, lo cual deja muchas más dudas sobre el significado. De ahí que en los casos de *Mondev v. Estados Unidos*³³ y *Pope y Talbot v. Canadá*³⁴ se criticara más el hecho de promover una interpretación en medio de una controversia, como lo hizo Estados Unidos, y que esta interpretación podría considerarse más como una modificación *de facto* de las disposiciones del TLCAN, que casualmente sirvió para no sancionar a Estados Unidos en este conflicto.

Lo que hace ahora el T-MEC es incorporar esta deficiente interpretación, pero con las mismas limitaciones, ya que no alcanza a delimitar el concepto, el cual se mantiene sujeto a la interpretación de los tribunales.

El T-MEC incorpora, como tema no regulado en el TLCAN, el estándar de trato en caso de conflicto armado o social (artículo 14.7) para el caso de que las inversiones sufran daños o perjuicios. Con la garantía de protección y seguridad que debe proporcionar el Estado dentro de un margen razonable, el inversionista podrá reclamar la restitución de la situación al estado previo, una compensación económica o ambas, según corresponda y respecto del monto del daño o perjuicio, tal y como se establece en el párrafo 2 de este artículo.

Expropiación indirecta

Este concepto ha sido uno de los causantes de muchas polémicas en torno a estos arbitrajes. Se trata de un concepto incorporado en el artículo 1110 del TLCAN con el objetivo de evitar medidas que, sin ser expropiatorias de pleno derecho, podrían tener efectos similares

³³ *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2 (2002).

³⁴ *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, UNCITRAL (2000).

que afecten los derechos de propiedad. A esta expropiación se le denominó desde entonces como expropiación de facto, expropiación indirecta y/o medidas equivalentes a la expropiación.

El artículo 1110, párrafo primero, del TLCAN dispone que

Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o *indirectamente*, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna *medida equivalente a la expropiación* o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea:

- (a) por causa de utilidad pública;
- (b) sobre bases no discriminatorias;
- (c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y
- (d) mediante indemnización...

El T-MEC (artículo 14.8.1, en concordancia con el Anexo 14-B) retoma estas reclamaciones, pero las limita a un análisis caso por caso, sobre una base de hechos concretos, y exclusivamente en controversias relacionadas con relaciones contractuales de las cinco áreas económicas descritas en el artículo 6o. del Anexo 14-E, y sólo para controversias entre Estados Unidos y México.

En el análisis que realizará el tribunal arbitral para determinar la expropiación, se deberá considerar el impacto económico de la acción gubernamental, de acuerdo con el Anexo 14-B, aunque estas circunstancias no serán determinantes, ya que también debe de tomarse en cuenta el carácter de la acción gubernamental, incluyendo su objeto, contexto e intención, al igual que el alcance por el que la acción gubernamental interfiere con las expectativas delimitadas y razonables de los inversionistas.

Adicionalmente a lo anterior, para determinar la pertinencia de las expectativas legítimas, el T-MEC establece determinados factores de guía a considerar; por ejemplo, si el

gobierno ha garantizado mediante contratos seguros contra cambios regulatorios, o lo que se conoce comúnmente como “cláusulas de estabilización”, que buscan los inversionistas para garantizar que nuevos gobiernos no hagan transformaciones repentinas en perjuicio de inversiones consolidadas y de proyectos de largo plazo que requieren de estabilidad jurídica.

De conformidad con el artículo 14.6(4) del T-MEC, la violación del estándar de trato conforme al derecho internacional, en especial las acciones gubernamentales concretas en perjuicio de las expectativas legítimas, no constituirá expropiación indirecta, aunque se pueda comprobar daño y perjuicio de alguno de los sectores cubiertos.

Facultades regulatorias del Estado

Éste es uno de los temas más sensibles y que forma parte de la agenda de las versiones actuales de tratados de inversión y de capítulos de inversión en tratados de libre comercio.

Las frecuentes reclamaciones por violaciones al trato conforme al derecho internacional y contra medidas expropiatorias han provocado reacciones en torno a que los grandes montos reclamados por los inversionistas disuaden de acciones gubernamentales, tanto administrativas como legislativas, por las cuales se suponen violentados los derechos de inversión.

La queja frecuente de los gobiernos es que los derechos de inversión no pueden estar por encima de las facultades estatales, que persiguen objetivos legítimos de interés general. Ante estas circunstancias, el T-MEC incorpora el artículo 14.16, que regula la relación entre la inversión y los objetivos regulatorios en materia de salud, medio ambiente, seguridad y otros más que forman parte de disposiciones jurídicas y procedimientos regulatorios no uniformes de los socios del TLCAN.

La forma en la que el artículo 14.16 afronta esta protección es asegurando que las inversiones que se encuentren en territorio de las Partes se realicen en concordancia con los objetivos legítimos establecidos en este artículo.

Aunque corresponde a los tribunales hacer el análisis de la pertinencia de dichos objetivos por parte de las autoridades nacionales, las controversias recientes han dejado claro que uno de los parámetros para determinar esta pertinencia está en el terreno de la discriminación. Es decir, si la medida viola el trato nacional y el trato de nación más favorecida, entonces se estima que la medida podría considerarse como discriminatoria por proteger intereses de otros inversionistas y, por lo mismo, ajenos al objetivo legítimo que busca resguardar.

Transparencia

Los arbitrajes ISDS apuestan cada día más por la transparencia, no sólo de sus decisiones (aunque todavía se mantiene un alto porcentaje de decisiones que no se publican, hay avances significativos), sino también de los avisos de intención, la notificación de arbitraje, los alegatos, los memoriales y resúmenes, las actas de transcripciones de audiencias, las órdenes, decisiones y los laudos.

Las audiencias de estos arbitrajes han estado abiertas al público desde hace algunos años. El T-MEC deja expresamente este objetivo en el artículo 8o. del Anexo 14-D. El tribunal tiene la obligación de garantizar la protección de la información protegida o reservada, lo que podrá incluir limitaciones a la publicidad de documentos y audiencias, referidas anteriormente, como obligaciones del tribunal y de las partes en conflicto.

Fuentes de consulta

- “Capítulo 14. Inversión”, *Von Wobeser y Sierra. Boletín/Newsletter*, disponible en: <http://newsletterwys.net/2018/10/17/capitulo-14-inversion/> (fecha de consulta: 24 de octubre de 2018).
- “Cargill c.e.o. Advocates Smart and Inclusive Trade, Immigration Policy”, *Milling & Baking News*, vol. 95, núm. 16, 14 de febrero de 2017.
- “U.S. Chamber of Commerce: NAFTA, Withdrawal Would Be «Devastating»”, *Milling & Baking News*, vol. 95, núm. 16, 14 de febrero de 2017.
- BEDROSYAN, Alexander, “The Asymmetrical Fork-in-the-Road Clause in the USMCA: Helpful and Unique”, *Kluwer Arbitration Blog*, 29 de octubre de 2018, disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/29/usmca/> (fecha de consulta: 30 de octubre de 2018).
- LANDICHO, Robert y COHEN, Andrea, “What’s in a Name Change? For Investment Claims Under the New USMCA Instead of NAFTA, (Nearly) Everything”, *Kluwer Arbitration Blog*, 5 de octubre de 2018, disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/05/whats-in-a-n...ment-claims-under-the-new-usmca-instead-of-nafta-nearly-everything/> (fecha de consulta: 8 de octubre de 2018).
- O’SULLIVAN, Meghan L., “Some Context for Canadians Who Love or Hate the New Nafta”, *Star Business Journal*, 30 de octubre de 2018, disponible en: <http://www.bloomberg.com/opinion/articles/2018-10-30/trump-s-usmca-trade-deal-context-for-canada-on-the-new-nafta> (fecha de consulta: 30 de octubre de 2018).

- 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>.
- 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>.
- SENADO DE LA REPÚBLICA, *Dictamen sobre el Tratado de Libre Comercio para América del Norte y Acuerdos Complementarios —laboral y ambiental—*, México, Senado de la República, LV Legislatura, 1994.
- Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), Senado de la República, disponible en: <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/41928-acuerdo-comercial-usmca.html> (fecha de consulta: 2 de noviembre de 2018).
- United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA), disponible en: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/united-states-mexico> (fecha de consulta: 2 de noviembre de 2018).